

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 48

Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

© Lex Nova 2011

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

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. Diríjase 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 los catálogos de publicaciones científicas.

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

ALTOS CARGOS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS: UNA NECESARIA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL CONTROL DE LA SELECCIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA EN CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA. LA APLICACIÓN DE LA STC 38/2007 POR LA STC 51/2011, DE 14 DE ABRIL DE 2011.

Elena García Testal y Juan Antonio Altés Tárrega 13

COHESIÓN EUROAMERICANA. SUPRANACIONALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Juan de Dios Izquierdo Collado y Rubén Darío Torres Kumbrian 29

LO ESENCIAL EN LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 2011: MODIFICACIONES EN LA ACCIÓN PROTECTORA Y REGÍMENES ESPECIALES.

Fco. Javier Fernández Orrico 47

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

Icár Alzaga Ruiz 85

II. TRABAJADOR

Luis Enrique de la Villa Gil (director); Luis Enrique de la Villa de la Serna (Lowells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (coordinación); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco y Luis Gordo González..... 95

III. EMPRESARIO

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

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra y Mercedes López Balaguer 135

V.	DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL <i>Lourdes López Cumbre (directora); Ana María Badiola Sánchez (coordinadora); Fernando Breñosa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Marina Revuelta García; Montserrat Ruiz Cuesta y César Tolosa Tribiño.....</i>	147
VI.	DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO <i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida e Inmaculada Baviera Puig.....</i>	193
VII.	LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA... <i>Jesús R. Mercader Uguina; Ana Belén Muñoz Ruiz (coordinadora); Cristina Aragón Gómez; Patricia Nieto Rojas; Amanda Moreno Solana; Pablo Gimeno Díaz de Atauri y Daniel Pérez del Prado.....</i>	211
VIII.	NEGOCIACIÓN COLECTIVA <i>Javier Gárate.....</i>	231
IX.	SEGURIDAD SOCIAL <i>Julia López López; Ignasi Areal Calama; Consuelo Chacartegui Jávega; Josep Fargas Fernández; Nuria Pumar Beltrán; Sergio Canalda Criado, Eusebi Colás Neila y Alexandre de le Court.....</i>	243
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; Jose María Viñas Armada y Susana de la Casa Quesada.....</i>	255
XI.	ADMINISTRACIÓN LABORAL <i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer y María Amparo Esteve Segarra.....</i>	265
XII.	EL PROCESO LABORAL <i>Lourdes Martín Flórez; Ana Alós Ramos; David Martínez Saldaña y Jesús David García Sánchez.....</i>	269
XIII.	SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO <i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada y Elisa Sierra Hernáiz.....</i>	281

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	293
-------------------------	-----

EDITORIAL

ALTOS CARGOS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS: UNA NECESARIA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Una cuestión que ha generado a lo largo de los últimos años una abierta controversia, tanto doctrinal como jurisprudencial, ha sido la relativa a si los trabajadores de alta dirección se encuentran sometidos a las reglas de transmisión de empresas que contempla tanto nuestra legislación interna (art. 44 ET y DA Primera —apartado 2— de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) como la comunitaria (Directiva 2001/23/CE, sobre 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 empresas o de centros de actividad). La inclusión en el campo de aplicación de la normativa sucesoria laboral no es discutida en la legislación interna de países europeos como Francia, Alemania, Bélgica, Italia, etc., donde los altos cargos directivos están comprendidos, en algunos casos con especialidades, dentro del ámbito de aplicación de la normativa sucesoria laboral. Por ello, ciertamente, a priori, no se puede negar que tenga sentido político jurídico la aplicación de la normativa sucesoria citada al personal de alta dirección, ya que como trabajadores «no están privados de las garantías de estabilidad en el empleo y la conservación de un estatuto jurídico laboral que se infieren lógicamente y coherentemente de su consideración jurídica como una relación laboral de carácter especial» (MONEREO).

El art. 2 ET incluye entre las relaciones laborales de carácter especial, la del personal de alta dirección, norma desarrollada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto. El art. 1.2 establece que las funciones de alta dirección pueden ser variadas, siempre que impliquen esa especial posición jerárquica y responsabilidad en la empresa. Los derechos y obligaciones de las partes se regulan, en primer término, por la «voluntad de las partes»; y aunque la autonomía de la voluntad ha de sujetarse a «las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación» (art. 3.1 RD 1382/1985), lo cierto es que las reglas proporcionadas por el RD 1382/1985 son, además de escasas, ampliamente permisivas para que las partes acuerden lo que convenga a sus intereses. El art. 10.3 del RD 1382/1985 incorpora una referencia implícita a los supuestos de transmisión de empresa, al disponer que: «El alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, fundándose en las causas siguientes: [...] d) *La sucesión de Empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios*». La cualidad *intuitu personae* que acompaña a este tipo de relación, y que justifica su especial configuración legal, hace comprensible también que el alto directivo

pueda proceder a extinguir indemnizadamente su contrato por variaciones en la titularidad societaria [porque el cambio empresarial puede afectar a la imagen social del trabajador o comportar cambios no deseables en su carrera profesional]; como la especial relevancia de la fiducia en esta relación especial justifica, asimismo, que la empresa sucesora desista de la relación laboral con el personal directivo. Ahora bien, el citado precepto no efectúa remisión alguna a la disciplina general del art. 44 ET. La ausencia de remisión plantea, por tanto, una primera cuestión: ¿Del art. 3.2 RD 1382/1985 cabe extraer que las normas de la legislación laboral común, «sólo será aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto» o también incluye a todas aquellas disposiciones laborales de derecho necesario cuyo ámbito aplicativo también comprenda al personal de alta dirección, entre las que cabría incluir el mecanismo de la subrogación que contempla el art. 44.1 ET, en tanto que necesario presupuesto de la previsión contenida en el art. 10.3.d)?

La doctrina de suplicación había venido razonando extensamente sobre la inaplicabilidad del art. 44 ET al personal de alta dirección; buen ejemplo son las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de Canarias, Las Palmas, de 19 de octubre de 1995 y de 21 de mayo de 1996; Andalucía/Granada de 3 de enero de 1997 y Andalucía/Sevilla de 24 de septiembre de 1999; Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2001 y Galicia de 19 de julio de 2004, entre otras. La tesis mantenida por los anteriores pronunciamientos puede resumirse del siguiente modo: el efecto subrogatorio del art. 44 ET es de imposible aplicación a los altos cargos, a menos que se pacte expresamente, y el RD 1382/1985 únicamente regula la sucesión empresarial en un solo aspecto, el de atribuir al directivo la facultad de extinguir su contrato con la indemnización pactada, pero sólo concurriendo determinadas circunstancias y en el corto plazo de tres meses desde la sucesión de empresa. Los citados pronunciamientos asientan sus conclusiones, por un lado, en la respuesta negativa que antes dejábamos formulada, al concluir que piedra angular de la relación de altos cargos es el principio del ejercicio de la autonomía de la voluntad; de modo que si de la conjugación de esos espacios resultase alguna dimensión no regulada, se estará, supletoriamente, a lo dispuesto en la Legislación Civil y Mercantil y a sus principios generales, sin posibilidad de aplicación de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores que «sólo será aplicable en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato (arts. 3.2 y 3, Real Decreto 1382/1985)». Por otro lado, en el hecho de que «esta regulación normativa configura un régimen semilaboral, en el sentido de que la voluntad tuitiva consustancial al Derecho del Trabajo retrocede ante el principio de la autonomía de la voluntad propio del régimen iusprivatista». De este modo, el art. 44.1 ET y su efecto subrogatorio no están comprendidos ni en la regulación básica ni en las remisiones al Estatuto de los Trabajadores que hace el citado Real Decreto 1382/1985 y, en consecuencia, debe operar la Legislación Civil, a cuyo tenor, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; éste es el principio general y el único posible de aplicar a este caso». En suma, «en la relación laboral especial de alto cargo, la sucesión de empresa sólo tiene (salvo pacto expreso en contra) una regulación: estar equiparada al desistimiento del empresario y poner en marcha los pactos indemnizatorios acordados para esta situación». De este modo, el art. 10.3.d) del RD 1382/1985 revela la existencia de una regulación autónoma de la sucesión de empresas en el marco de la relación laboral especial del Alto Directivo; no es que no exista sucesión patronal, sino que su regulación legal carece de los mecanismos de protección que encierra el art. 44 ET (desamparo este que, por otra parte, afecta también a muchos otros aspectos de este

especial vínculo laboral); el Real Decreto, en su art. 10.3.d) citado, limita la regulación de la sucesión patronal (ampliándola también a un «cambio importante en la titularidad de la empresa») a la atribución al alto directivo de la posibilidad de extinguir su contrato, percibiendo las indemnizaciones pactadas (aquí, el blindaje de 45 días/año de salario con un mínimo de 8 años de antigüedad garantizada) o, en su defecto, las legales, otorgándole para ello un amplio plazo de «tres meses». Finalmente, entiende la citada línea interpretativa que la respuesta merece el apoyo normativo del Derecho Comunitario, apoyo que consiste en la Directiva 77/187/CEE del Consejo, y que el Legislador español habría cumplido, al prever un mecanismo de garantía en caso de sucesión de empresa, con la diferencia de que para altos directivos se establece una solución especial [art. 10.3.d) RD 1382/1985] que «no coincide ni tiene por qué hacerlo con el general del art. 44 ET».

Sin embargo, la STSJ Madrid de 8 de octubre de 2010 altera el rumbo mantenido hasta el momento en esta materia. La misma llega a la conclusión, contraria a la mantenida por los antecedentes en suplicación, basándose en cuatro argumentos. En primer lugar, que si bien el art. 3.1 RD 1382/1985 dispone que la aplicación —al personal de alta dirección— de la legislación estatutaria únicamente procede «en los casos en que se produzca remisión expresa» a ella en el RD o en el contrato, no puede excluir la vigencia de elementales normas de «carácter laboral común», como las que definen el concepto de empresario, el salario, la jornada de trabajo, la sucesión de empresas, el derecho de negociación colectiva, los derechos sindicales, etc. En segundo término, que la previsión del art. 10.3.d) RD 1382/1985 [facultad resolutoria otorgada al trabajador de alta dirección en los supuestos de sucesión de empresa] «sólo supone el reconocimiento de una posibilidad no prevista en la normativa laboral común, razón que hace necesaria su expresa mención, sin que ello implique la desaparición de las garantías generales del art. 44 ET». En tercer lugar, que ello es acorde con las previsiones de la DA Primera —apartado 2— de la Ley 3/2009, de 3 de abril [«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 ET»], así como al art. 3 de la Directiva 2001/23/CE [«1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso (...) 3. Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al 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»]; y, finalmente, la doctrina de los propios actos, dado que en el caso analizado la empresa absorbente «Carl Zeiss Visión España, S.L.U.» siguió aplicando las condiciones laborales previas —pactadas— entre el Sr. Alonso y la empresa absorbida «Winter Óptica Distribución, SL».

La STS 27 de septiembre de 2011 procede a unificar doctrina en esta materia. En ella se desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la recién citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que reconoció a un trabajador de alta dirección despedido improcedentemente el derecho a recibir por la empresa recurrente, sucesora de la anterior en la que estaba contratado el trabajador, una indemnización de sesenta días por año trabajado, con un mínimo de treinta y seis mensualidades, por ser la pactada por el trabajador con la empresa sucedida. La Sala declara que no es aplicable la indemnización prevista en el art. 11.2 RD 1382/1985, de 1 de agosto, es decir, veinte

días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades, en casos de sucesión empresarial, dado que en estos supuestos el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo del personal de alta dirección pactadas mediante convenio colectivo en los mismos términos aplicables al cedente, y hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio o hasta la entrada en vigor de otro nuevo.

El citado pronunciamiento muestra, en primer lugar, su «más completa discrepancia» en relación con el planteamiento básico del recurso en relación con la posibilidad de que la regla de subrogación se encuentra admitida pero exclusivamente limitada, en el marco del RD 1382/1985, a la posibilidad de que el directivo extinga indemnizadamente su contrato en el plazo de tres meses, tal y como contempla el art. 10.3.d) RD 1382/1985. La sentencia de referencia señala que «con carácter general es contrario a toda lógica admitir, sin precepto amparador de tal conclusión, la existencia de una novación subjetiva empresarial en la que el efecto subrogatorio se encuentre limitado —en lo que a la indemnización por despido o desistimiento se refiere— a las prescripciones mínimas reglamentarias de la figura [alta dirección] y excluya las previsiones de los singulares contratos que la anterior empresa tuviera suscritos; no alcanza a comprender la Sala por qué ha de admitirse —como es ajustado a Derecho— la sucesión de empresa en la relación laboral especial, pero a los efectos indemnizatorios resulte “inexistente” la previsión indemnizatoria que se hubiese establecido en el contrato. Tal afirmación de la parte recurrente nos resulta del todo voluntarista y contraria a los principios más elementales del Derecho Civil, porque no hay precepto alguno —lo desconocemos— del que pueda derivarse tan singular consecuencia».

Añade a lo anterior que, «con carácter especial», si bien ciertamente «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos» (art. 1257 CC), al margen de que tal precepto no excluye —antes al contrario— la responsabilidad de la empresa sucesora absorbente [la misma es «parte» que asume los derechos y obligaciones de la empresa absorbida], esa eficacia limitada fue, en el caso que nos ocupa, expresamente excluida en acta notarial conforme a la cual la empresa demandada «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». Y, con independencia de otros preceptos que impongan la misma consecuencia con abstracción de la voluntad de las partes, la eficacia de esa cláusula a los efectos que tratamos vendría determinada por el art. 1255 CC y su previsión de que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Subraya el alto tribunal que: «esta última previsión convencional hace del todo punto incomprensible la posición mantenida por la empresa recurrida, respecto de la que no sólo ha de mantenerse —como aplica la sentencia recurrida— la doctrina de los propios actos, que significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad —generalmente de carácter tácito— al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, sino más estrictamente ha de aplicarse la previsión general de obligatorio cumplimiento de los contratos —en lo expresamente pactado y en sus consecuencias— desde su perfección por el mero consentimiento (art. 1258 CC)».

Continúa la sentencia subrayando que, con independencia de todo lo anterior, en la solución del problema que se plantea han de diferenciarse dos cuestiones absolutamente diversas: de un lado, los efectos propios de la subrogación respecto del mantenimiento

—en su integridad convencional— de los contratos de alta dirección, como consecuencia propia del fenómeno de la sucesión empresarial; y, de otro, la aplicación al personal de alta dirección de las garantías previstas para los trabajadores de orden común en el art. 44 ET para la sucesión de empresa, que es materia de respuesta bastante más compleja.

La Sala precisa que la conclusión adelantada de 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 1382/1985, 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 de 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 1382/1985 y no por las del contrato. La cualidad *intuitu personae* que acompaña a este tipo de relación y que justifica su especial configuración legal, hace comprensible, también, que el alto directivo pueda proceder a extinguir indemnizadamente su contrato por variaciones en la titularidad societaria [porque el cambio empresarial puede afectar a la imagen social del trabajador o comportar cambios no deseables en su carrera profesional]; pero lo que no tiene sentido es que la novación subjetiva en la persona del empleador sea seguida —si el alto directivo no hace uso de su facultad extintiva con derecho a la indemnización pactada— por la novación objetiva de su contrato, perdiendo toda virtualidad la regulación convencional y pasando la relación a regirse por las exclusivas previsiones del RD 1382/1985, entre ellas la relativa a la indemnización por desistimiento o despido. Y no es ya que tal consecuencia no esté expresa o implícitamente contenida en norma alguna (como efectivamente no lo está), sino que carece de todo rigor lógico que la extinción por voluntad del trabajador se atenga al importe pactado con la empresa subrogada y que la efectuada por la empresa atienda al importe —ya inferior— fijado en el RD; la diversidad pretendida pugna con el deseable equilibrio negocial y con la regulación paritaria que el legislador hace para los supuestos de extinción del contrato por voluntad de una y otra parte, no sólo respecto de la relación laboral común (arts. 50 y 56 ET), sino en el propio RD 1382/1985 (arts. 10.3 y 11.1).

Añade a lo anterior el Tribunal Supremo que el mantenimiento de las mismas condiciones laborales por parte del personal de alta dirección en el caso de la sucesión de empresa, es conclusión que también se ve reforzada por la previsión contenida en el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 /CE respecto de la continuidad automática e íntegra de las relaciones laborales en curso [«Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso»], cuyos inequívocos términos —que no excepcionan relación laboral alguna, ordinaria o especial— habrían de imponerse en caso de duda interpretativa [en el caso inexistente] de nuestra legislación, habida cuenta de que la primacía del Derecho comunitario llega a influir en la hermenéutica de la normativa nacional. Hasta el punto de que «no se trata ya de que nuestra legislación ofrezca un margen de apreciación en el que aplicar la Directiva como instrumento hermenéutico, sino que

ofrece —a nuestro entender— una regulación plenamente coincidente con el Derecho Comunitario». De esta forma, la coincidencia de protección ofrecida al respecto por la Directiva 2001/23/CE y por el RD 1382/1985 excluiría la no siempre fácil cuestión relativa a los efectos directos de la normativa comunitaria, que si bien se admiten sin género de dudas en el plano «vertical» y limitados a las relaciones entre los poderes públicos y los particulares, también se sostiene que carecen de eficacia invocable en el plano «horizontal», pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra».

En fin, una cuestión largo tiempo controvertida y a la que el Tribunal Supremo ha dado adecuada y precisa respuesta. Ahora bien, el citado pronunciamiento deja abierto un claro interrogante: ¿no se estará sobretutelando una relación como la de alta dirección fundamentada en el principio de autonomía de la voluntad?

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Jesús R. MERCADER UGUINA

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL CONTROL DE LA SELECCIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA EN CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA. LA APLICACIÓN DE LA STC 38/2007 POR LA STC 51/2011, DE 14 DE ABRIL DE 2011

ELENA GARCÍA TESTAL y JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA

Profesores Titulares del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València

RESUMEN

El control de la selección de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza. La aplicación de la STC 38/2007 por la STC 51/2011, de 14 de abril de 2011

Recientemente el Tribunal Constitucional en la STC 51/2011, de 14 de abril, ha otorgado el amparo a una profesora de religión católica a la que se anunció su no propuesta para continuar ejerciendo dicha actividad, por haber contraído matrimonio civil con un divorciado, lo que permite al Tribunal pronunciarse de nuevo sobre el principal problema que ha generado la docencia de la asignatura de religión católica en los centros públicos de enseñanza: la idoneidad de los docentes por propuesta de la Iglesia Católica. Pese a la aparente novedad del pronunciamiento del Tribunal, lo cierto es que aplica la tesis de la STC 38/2007, de 15 de febrero, no obstante lo cual la sentencia nos brinda una nueva oportunidad para reflexionar sobre el control que los órganos judiciales deben llevar a cabo a la hora de valorar la legalidad de la selección de los profesores de religión católica en los centros públicos de enseñanza.

ABSTRACT

The control of the selection procedure of catholic religion teachers in public schools. The application of the STC 38/2007 for the STC 51/2011

Recently the Constitutional Court —STC 51/2011, April 14th— has granted protection to a teacher of Catholic religion who was refused in her job aptitude for teaching by the fact that she had contracted civil marriage to a divorcé. This claim allows the Court to decide again on one of the main problems that has been generated by the teaching of the subject of Catholic religion in public schools: the declaration of aptitude by proposal of the Catholic Church. Despite the apparent novelty of the pronouncement of the Court it applies the same arguments of STC 38/2007, February 15th, however this statement gives us a new chance to reflect on the control which the courts have to carry out when judging the legality of selection procedure of Catholic religion teachers in public schools.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA SELECCIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA.
 - II. EL CONTROL DE LA DESIGNACIÓN DE PROFESORES DE RELIGIÓN EN CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA.
 1. Control de la decisión administrativa.
 2. El control de la actuación de la autoridad eclesial.
 3. Ponderación de los derechos en conflicto.
 - III. LA STC 51/2011, DE 14 DE ABRIL.
-

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN:
LA SELECCIÓN DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA

En mayo del año 2001 el Delegado Diocesano de Enseñanza de Almería comunicó a la recurrente, que venía prestando sus servicios como profesora de la asignatura de religión católica desde el curso académico 1994-1995 en diversos centros escolares públicos, que para el siguiente curso escolar 2001-2002 no sería propuesta como profesora por haber contraído matrimonio civil con un divorciado, siendo esta situación no coherente con la doctrina de la iglesia católica, lo que la inhabilitaba para impartir la asignatura. La justicia ordinaria (SJS núm. 3 de Almería de 13 de diciembre de 2001; y STSJ Andalucía, Granada, de 23 de abril de 2002, Rec. 486/02) resolvió sobre esta cuestión entendiendo que no había existido despido alguno, sino terminación de un contrato temporal por vencimiento de plazo, acogiendo la tesis del Abogado del Estado en defensa de la Administración educativa y argumentando que nos encontramos ante una relación laboral de naturaleza temporal pero objetivamente especial, que tiene su fundamento en un Tratado Internacional, a la que no resulta aplicable el Estatuto de los Trabajadores. Estas decisiones son las que se recurren en amparo, por entender que se ha producido una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), un trato discriminatorio en relación con sus circunstancias personales (art. 14 CE) y una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) ⁽¹⁾.

El problema que se suscita tiene su origen en la necesidad de interpretar el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede plasmado en el Tratado de 3 de enero de 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales (ASS) en el marco constitucional español de tal forma que se respeten los derechos fundamentales de todas las partes en conflicto ⁽²⁾. En efecto, el marco legal de referencia, que otorga importantes prerrogativas a los órganos eclesiales en la elección y remoción del profesorado de religión, ha provocado la multiplicación de demandas judiciales por parte de este colectivo en defensa de sus derechos. Las prerrogativas aludidas están contenidas en el artículo III del mencionado Acuerdo, que señala que «la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los Profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza. En los Centros públicos de Educación Preescolar y de Educación General Básica, la designación, en la forma antes señalada, recaerá con preferencia en los Profesores de EGB que así lo soliciten».

(1) La prensa se ha ocupado de esta sentencia otorgándole en un principio un carácter de ruptura absoluta que realmente no tiene —«La Iglesia no puede prescindir de docentes por “pecar” fuera de clase», *El País*, 20 de abril de 2011—, suavizado posteriormente —«Las espadas siguen en alto», *El País*, 25 de abril de 2011.

(2) Se trata, como señala la doctrina, de una de las cuestiones más controvertidas con las que se han enfrentado los Tribunales (en este sentido, CALVO GALLEGO, F.J., «Profesores de religión, centros públicos y libertad religiosa: un equilibrio complicado», en *Temas Laborales*, núm. 92/2007, p. 229), habiéndose calificado como de «conflictividad permanente» (RUIZ CASTILLO, M.M., «Profesores de religión, negociación colectiva y nuevas relaciones laborales», en *Temas Laborales*, núm. 74, p. 195).

En este contexto, el actual régimen jurídico, contenido en la disposición adicional 3.^a de LO 2/2006, de Educación (LOE) y Decreto 696/2007, de 1 de junio, de regulación de la relación laboral de los profesores de religión, se ha construido sobre la valoración judicial y constitucional de las normas aplicables⁽³⁾, pero también ha tenido en cuenta la presión social del colectivo afectado, solicitando reiteradamente la mejora de sus condiciones de trabajo y denunciando la vulneración de sus derechos como consecuencia del peculiar sistema de selección de personal que deriva de la intervención de una confesión religiosa que, a la postre, no es quien contrata a los trabajadores seleccionados⁽⁴⁾.

Y es que la disposición adicional 3.^a de la LOE señala: «los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, imparten la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos»⁽⁵⁾.

Desde luego, el legislador podría haber optado por otro sistema en el que las confesiones asumiesen la condición de empleador, lo que sería igualmente compatible con los arts. 27.3 y 16.1 CE⁽⁶⁾. Sin embargo, se ha decidido convertir en empleador a la Administración

La justicia ordinaria argumenta que los profesores de religión ostentan una relación laboral a la que no resulta aplicable el Estatuto de los Trabajadores

(3) La exposición de motivos del Decreto 696/2007 se refiere a la doctrina del TC, a partir de la Sentencia 38/2007, que considera válida la exigencia de la idoneidad eclesial como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión. El art. 7.b) del Decreto ha recogido la revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión, como causa de extinción. La norma vigente no ha añadido nada a lo contenido en la LOE: el contrato es indefinido, y serán los Tribunales quienes determinen, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el ajuste a derecho derivado del respeto a los derechos fundamentales del trabajador cuando se produzca la decisión extintiva. En este sentido, CARDENAL CARRO, M., «El contrato de trabajo de los profesores de religión», *Cuadernos de Aranzadi Social* 33/2008, BIB 2009/133, Pamplona, 2008, p. 158.

(4) ALTÉS TÁRREGA, J.A. y GARCÍA TESTAL, E., «La posible vulneración de derechos fundamentales en la selección y en la remoción de profesores de religión», en *Jurisprudencia e Instituciones Jurídico-Laborales. Estudios en Homenaje al profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación* (Coordinador J. García Ortega), Tirant lo Blanch, 2009, pp. 369 y ss.

(5) La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, ya consideró, a partir de la introducción de un nuevo párrafo en la disposición adicional 2.^a en 1998, la relación jurídica de los profesores de religión de centros públicos como una relación laboral en el marco de una Administración Pública.

(6) Lo cual, en opinión de CARDENAL CARRO, no sólo presenta ventajas sino que se adapta mejor a la normativa aplicable: «el Estado necesita profesores de religión que sólo las confesiones pueden elegir, de la misma manera que solo ellas pueden pronunciarse sobre los programas y materiales didácticos». En este sentido, las fórmulas que podrían dar lugar a esta propuesta irían desde la contrata de servicios hasta una puesta a disposición similar a una ETT —«El contrato de trabajo de los profesores de religión», *Cuadernos de Aranzadi Social* 33/2008, BIB 2009/133, Pamplona, 2008, pp. 103 y ss.

Pública, que designa y nombra, planifica, organiza y controla, de forma que el profesor desarrolla sus funciones en el ámbito organizativo de la empleadora, que es quien ejerce la potestad disciplinaria y corre con los gastos⁽⁷⁾. Por su parte, a la Iglesia no sólo le corresponde proponer a los profesores idóneos para ejercer la actividad docente, sino que además tiene la potestad de revocar dicha idoneidad. Existen, por tanto, tres relaciones jurídicas que atribuyen distintos derechos y obligaciones a los sujetos que intervienen: (a) una relación jurídica entre la autoridad eclesiástica y la Administración Pública, con base en el art. 16.3 CE; (b) otra entre la autoridad eclesiástica y los profesores, a los que propone y controla los contenidos de su enseñanza, relación en todo caso ajena al Derecho del Trabajo; (c) y, finalmente, una última entre los profesores y la Administración Pública, que es la que se configura como relación laboral⁽⁸⁾.

A pesar de las dudas que pudiera suscitar, este singular proceso de elección, contratación y remoción fue validado por la STC 38/2007, de 15 de febrero, que resolvió sobre la constitucionalidad de los dos primeros párrafos del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede y sobre el párrafo añadido por el art. 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, a la disposición adicional 2.ª de la entonces vigente LOGSE.

El Tribunal confirmó la constitucionalidad del ASS y desestimó los argumentos presentados en relación con la posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución, pero, además, y ésta es la cuestión crucial, estableció la virtualidad de la fiscalización por los órganos judiciales y el control de las decisiones de contratación y/o renovación, determinando la necesaria ponderación de derechos constitucionales⁽⁹⁾. Para ello, se tomó en consideración que en el art. 16 CE, junto al principio de neutralidad del Estado, coexisten dos mandatos constitucionales: la necesaria atención a las creencias religiosas de la sociedad española; y el establecimiento de unos márgenes de cooperación impuestos al Estado en relación con la Iglesia Católica y demás confesiones. Esa neutralidad estatal impone la obligación de no intervenir en asuntos religiosos o puramente eclesiásticos en la medida en que dicha intervención de los poderes públicos pueda suponer una violación del derecho de libertad religiosa desde su aspecto colectivo. Por otro lado, el deber de cooperación exige una actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, una de cuyas manifestaciones es la inserción de la enseñanza de la religión en el sistema educativo, lo que en su dimensión individual comporta el derecho a recibir educación religiosa y moral de acuerdo con las propias convicciones.

(7) La normativa vigente viene así a confirmar las decisiones judiciales del Tribunal Supremo que, desde 1996, venían considerando, con mayor o menor fortuna, que la relación jurídica de este colectivo poseía naturaleza laboral y no administrativa, con base, fundamentalmente, en el hecho formal de la inexistencia de una norma con rango de ley que lo autorizase, considerando que no se impedía esta calificación, ni por el nombramiento, ni por sus peculiaridades de duración, o extinción, ni por la propuesta de la autoridad eclesiástica, por lo que entendían aplicable la presunción de laboralidad del art. 8 ET. La recepción legal de esta doctrina ha llevado a considerar que la norma efectúa una inclusión declarativa en el ámbito del Derecho del Trabajo acorde con una realidad preexistente —CARDENAL CARRO, M., «El contrato de trabajo de los profesores de religión», citado, p. 62—.

(8) Véase ampliamente en CASTRO ARGÜELLES, M.A., «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», en *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2002, pp. 295-297.

(9) En este sentido, se ha señalado que la importancia de la STC 38/2007 viene determinada por el establecimiento de límites al poder del Ordinario del Lugar. CALVO GALLEGU, F.J., «Profesores de religión, centros públicos y libertad religiosa: un equilibrio complicado», citado, pp. 229 y 230.

Además, la inserción de la enseñanza de la religión católica en el sistema educativo hace posible el ejercicio de otros derechos de relevancia constitucional: el ejercicio del derecho de los padres de los menores a que éstos reciban la enseñanza religiosa y moral acorde con las convicciones de los padres (art. 27.3 CE); y la efectividad del derecho de las Iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso, contenido de la libertad religiosa en su dimensión colectiva (art. 16.1 CE). En este contexto, el Estado debe abstenerse de valorar si las personas que han de desarrollar la labor docente resultan idóneas. La facultad concedida a las autoridades eclesiásticas para determinar quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público. La declaración de idoneidad es valorada como un requisito de capacidad necesario dada la función específica a la que se han de dedicar los trabajadores contratados, llegándose a estimar como irrazonable que la enseñanza religiosa se pudiese llevar a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes. Ese juicio de idoneidad alcanza tanto a los conocimientos dogmáticos o aptitudes pedagógicas del profesor como a aquellos extremos de su conducta en los que el testimonio personal constituya un componente definitorio de su credo y de la transmisión de valores que se propone la docencia de la religión.

Ello no obstante, tal libertad de decisión no es absoluta, pues, como ya señaló la STC 38/2007 y vuelve a recordar el Tribunal en STC 51/2011, «no implica, en modo alguno, que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad».

II. EL CONTROL DE LA DESIGNACIÓN DE PROFESORES DE RELIGIÓN EN CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA

En efecto, los órganos judiciales deben realizar un control del proceso de selección que comprende, como ha reiterado el constitucional, diversas etapas o fases y abarca tanto la decisión de la administración educativa como la propia de la autoridad eclesiástica.

1. Control de la decisión administrativa

Así, los tribunales deberán comprobar si la decisión administrativa se ajusta a las previsiones legales, esto es, si la designación se ha realizado entre las personas que el Diocesano ordinario ha propuesto para ejercer esta enseñanza por haber obtenido la declaración de idoneidad; y si se ha llevado a cabo en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad.

En este sentido, hay que señalar que la contratación de profesores de religión católica en centros públicos debe cumplir con los mismos requisitos legales que rigen la del personal laboral en las Administraciones Públicas, por lo que se sujeta a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que recoge el artículo 103.3 CE, directamente aplicables en base al artículo 9.3 CE, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y al propio artículo 14 CE, que garantizaría de esta manera la igual-

dad de los ciudadanos en el acceso al empleo público. De hecho, la única peculiaridad que tienen estos trabajadores de la administración es precisamente la necesidad de obtención previa de «idoneidad» y la posible alteración de los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública que ello pudiera ocasionar. Sobre estos requisitos para ser contratados se pronunció la STC 107/2003, de 2 de junio, considerando que «el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos señalados en las leyes tiene un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo; de manera especialmente relevante, que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo, se produce una intersección, en este momento, del contenido del art. 23.2 CE con el del art. 103.3 CE, que impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también vulneradores del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los aspirantes. A partir de aquí se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso». Esta doctrina tiene un reflejo legal en la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público que, al enumerar los requisitos generales de capacidad que posibilitan el acceso a la función pública, permite incorporar requisitos adicionales siempre que «guarden relación objetiva y proporcional con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar» (art. 56.3 EBEP)⁽¹⁰⁾.

Pues bien, la declaración de idoneidad configura la capacidad para acceder a la función pública, sin que su exigencia pueda considerarse arbitraria, desproporcionada o irracional. Es más, está justificada por la especial naturaleza de los servicios que prestan estos trabajadores, lo que los distingue del resto del profesorado. Como señala la STC 38/2007, «la diferencia de trato que se denuncia, materializada en la exigencia de idoneidad, posee una justificación objetiva y razonable y resulta proporcionada y adecuada a los fines perseguidos por el legislador —que poseen igual relevancia constitucional— sin que pueda, por tanto, ser tachada de discriminatoria». De este modo, el art. 3.1 del RD 696/2007 establece que «para impartir las enseñanzas de religión será necesario reunir los mismos requisitos de titulación exigibles, o equivalentes, en el respectivo nivel educativo, a los funcionarios docentes no universitarios conforme se enumeran en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente».

Por ello, si del control deriva la comprobación de que el profesor contratado carece de la declaración de idoneidad, dado que se trata de un requisito que afecta a la capacidad

(10) Sobre el tema RAMOS MORAGUES, F., «Los principios rectores del acceso al empleo público», en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, MTIN, 2009.

para contratar y provoca un vicio en el consentimiento, habría de declararse la nulidad del contrato⁽¹¹⁾.

En el mismo sentido, si del control judicial se comprueba que la contratación infringe el derecho a la igualdad y/o los principios de mérito y capacidad se derivarán las mismas consecuencias que la normativa y la jurisprudencia viene aplicando en relación con el resto del personal laboral contratado por las Administraciones Públicas⁽¹²⁾, y el contrato resultante debería reputarse nulo, aunque es cierto que mayoritariamente la jurisprudencia y la doctrina judicial han aplicado las consecuencias de la contratación temporal irregular por parte de las Administraciones Públicas, y han considerado al trabajador como indefinido, pero no fijo de plantilla⁽¹³⁾. También habría que considerar nulos los contratos que resultan afectados por la anulación en sede administrativa del procedimiento de selección de que traen causa⁽¹⁴⁾, no obstante lo cual el Tribunal Supremo no aplica la nulidad contractual y entiende que lo que procede es la extinción contractual por fuerza mayor impropia, tramitando dicha extinción conforme a los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en función del número de trabajadores afectados⁽¹⁵⁾. Finalmente, también deberían reputarse nulos los contratos cuando no se cumple el resultado del proceso de selección, por haberse llevado a cabo una valoración incorrecta de los méritos de los candidatos o cuando se produce alterando el orden de prelación establecido, aunque en este último caso no habría razón por la que anular todo el procedimiento, debiendo respetarse aquellos contratos que se hayan celebrado válidamente.

El actual régimen jurídico ha tenido en cuenta la presión social del colectivo afectado

Por último, tras la entrada en vigor del Decreto 696/2007 habrá de controlarse que la contratación se lleva a cabo de forma indefi-

(11) La situación sería similar a la que vendría provocada por la presentación de méritos falsos para acceder a una convocatoria pública de empleo, situación en la que el Tribunal Supremo ha sancionado como nulo el contrato (STS de 26 de octubre de 1999, RECURSO 3955/1998).

(12) Véase sobre esta cuestión SALA FRANCO, T. y ALTÉS TÁRREGA, J., «La contratación de personal laboral en la Administración Local», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 112, 2008, pp. 55 y ss., y la doctrina científica y judicial allí citada.

(13) Así sucede en la STS de 2 de junio de 2000, Rec. 2645/1999, y en la STSJ de Aragón de 25 de abril de 2007, Rec. 262/2007. En esta última sentencia, tras recordar la obligación de que el proceso selectivo esté precedido por la inclusión de la plaza en una Oferta Pública de Empleo, se señala que «la contratación laboral en la Administración pública, al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad, impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato por tiempo indefinido».

(14) Baste recordar el contenido de los artículos 61 y 62 del Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con el art. 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(15) En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado «que de la nulidad declarada por sentencia firme de las bases del concurso para la contratación de trabajadores en la Administración pública deriva lógicamente la extinción del contrato o de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases» (STS de 10 de marzo de 1999, Rec. 2138/1998).

nida, según establece en el art. 4 de dicha norma, salvo los supuestos de interinidad por sustitución⁽¹⁶⁾.

2. El control de la actuación de la autoridad eclesiástica

En este caso, la principal problemática se centra en valorar el margen de discrecionalidad con que cuentan las autoridades eclesiásticas, lo que afectará a las dos últimas etapas del control de la decisión de no contratación o remoción puestas de manifiesto por el TC, bien porque la decisión de la autoridad eclesiástica no esté fundada en motivos religiosos, o bien porque esa decisión, pese a fundamentarse en motivos estrictamente religiosos, vulnera otros derechos fundamentales del trabajador, en cuyo caso habrá que efectuar la correspondiente ponderación de derechos.

Así, los órganos judiciales habrán de analizar si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, o si se basa en motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa, y no amparados por él. En este sentido, por ejemplo, los tribunales han dejado sin efecto estas decisiones de no renovación de la declaración de idoneidad cuando se probaba que respondían al legítimo ejercicio por parte de los trabajadores del derecho de huelga⁽¹⁷⁾ y del derecho a la libertad sindical⁽¹⁸⁾. Es evidente que la decisión de la autoridad eclesiástica para decidir sobre la concesión o renovación de la idoneidad no puede basarse en motivos sindicales, pues no puede entenderse que éstos sean criterios de índole religiosa o moral relevantes para la concesión de la idoneidad, de modo que estos trabajadores no pueden quedar privados de sus derechos sindicales.

Tampoco responden a criterios religiosos o morales que puedan ser empleados por la autoridad eclesiástica las declaraciones de inidoneidad que supongan una represalia por

(16) El Decreto abandona el carácter anual, renovable, que poseían estos contratos sin que ello implique, en nuestra opinión, realmente una mejora efectiva de su régimen jurídico. Efectivamente, para el trabajador, en la práctica, no existen grandes diferencias entre un contrato temporal renovable automáticamente y un contrato indefinido que incorpora como causa de extinción la retirada motivada de la acreditación por parte de la confesión, ya que continúa existiendo la posibilidad de que la confesión religiosa retire la propuesta de un profesor, es decir, que por su decisión no se prolongue la prestación de servicios de un curso para otro —CARDENAL CARRO, M., *El contrato de trabajo de los profesores de religión*, citado, p. 152; GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., «Incidencia del Real Decreto 696/2007 en la contratación laboral de los profesores de religión», citado; MARTÍN VALVERDE, A., «Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión», *REDT*, núm. 138, 2008, p. 301—.

(17) STSJ Canarias, Las Palmas, de 31 de enero de 2008, Rec. 717/2005, que califica como nulo el despido de una trabajadora, cuya no renovación obedeció a la participación en una huelga y a su actitud conflictiva y participación en los encierros, no siendo justificada la razón de su inidoneidad. Sobre esta resolución judicial, véase MALDONADO MONTOYA, J.P., «Profesor de Religión huelguista que es omitido en la propuesta del Obispado, que guarda silencio sobre el motivo de su decisión», citado. También las SSTs de 10 de febrero de 2009, RECU 1927/2007, y de 28 de enero de 2009, RECU 1576/2008, en las que se estima que la decisión eclesiástica estaba motivada por un móvil ajeno a la libertad religiosa: el derecho a la libertad sindical por su participación activa en un conflicto laboral, como integrante de un comité de huelga.

(18) STC 80/2007 a STC 90/2007; STS de 19 de abril de 2005, RECU 855/2004. En este sentido, la STS de 20 de enero de 2009, RECU 1927/2007, conoció de un conflicto originado por la no renovación de la habilitación para poder llevar a cabo la actividad de profesor de religión por cuanto ostentó la condición de liberado sindical e intervino como letrado en varias demandas presentadas ante los Juzgados de lo Social formuladas por profesores de religión católica.

ejercer el derecho a la defensa de los intereses de los trabajadores ante los tribunales, ya que suponen una vulneración del derecho a la indemnidad incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁽¹⁹⁾.

En definitiva, el hecho de que estemos ante una decisión discrecional no ampara vulneración de derechos fundamentales, de modo que la falta de idoneidad debe justificarse o basarse en razones de índole religiosa y moral (STC 38/2007). Todo ello implica que la revocación ajustada a derecho deberá realizarse y, sobre todo, justificarse expresamente en base a hechos concretos y específicos que justifiquen esta revocación, lo que, a su vez, delimitará el posterior debate jurisprudencial⁽²⁰⁾.

3. Ponderación de los derechos en conflicto

Una vez garantizada la motivación estrictamente religiosa de la decisión, el órgano judicial deberá efectuar la ponderación de los eventuales derechos fundamentales en conflicto, a fin de determinar si la modulación que el derecho de libertad religiosa puede ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo es legítima⁽²¹⁾.

Y es que, si en la relación laboral ordinaria las creencias del trabajador exteriorizadas fuera del tiempo y lugar de trabajo deben ser intrascendentes para el empresario, en el caso de los profesores de religión sí parece admisible el establecimiento de limitaciones que se extiendan más allá del ámbito estrictamente laboral de prestación de servicios, y ello porque la actividad realizada no consiste únicamente en la transmisión de conocimientos, sino también en el adoctrinamiento, por lo que sólo sería correctamente ejecutada si su actividad extralaboral pública fuera adecuada a la doctrina que transmite⁽²²⁾.

No obstante, precisa el TC, por más que haya de respetarse la libertad de las confesiones a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas y los criterios con arreglo a los cuales determinen la concurrencia de la cualificación necesaria para la contratación de

(19) La STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2001, Rec. 4502/2001, sancionó con la nulidad el cese de un profesor de religión que no fue incluido en la propuesta del Obispado, al entender que responde al ejercicio, por parte del trabajador, de una reclamación de modificación de horario que fue estimada por el Juzgado de lo Social. La sentencia declara la existencia de «clarísimos indicios de que la finalización del vínculo laboral del actor con la Generalitat de Catalunya obedece no al carácter temporal de su contratación, en principio limitada a la duración del curso escolar, sino a una actitud de represalia por la actuación inmediatamente anterior de éste al acudir a los tribunales laborales demandando al Arzobispado de Barcelona y al propio Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya reclamando la nulidad de una modificación de sus condiciones de trabajo». También la, ya citada, STS de 20 de enero de 2009, RECUR 1927/2007, confirmó la nulidad de la extinción del contrato de un profesor de religión, al haber quedado acreditado que, con anterioridad a su cese, había intervenido como letrado en diversas demandas ante los Juzgados de lo Social formuladas por profesores de religión católica, por lo que el cese vulnera su derecho a la garantía de indemnidad.

(20) CALVO GALLEGO, F.J., «Profesores de religión, centros públicos y libertad religiosa: un equilibrio complicado», citado, p. 247.

(21) Véase, en este sentido, el Voto Particular que formulan los Sres. Elisa Pérez Vera y Pascual Sala Sánchez a la STC 128/2007, de 4 de junio.

(22) CALVO GALLEGO, F.J., «Profesores de religión, centros públicos y libertad religiosa: un equilibrio complicado», citado, pp. 239 a 241.

una persona como profesor de su doctrina, esa libertad está sometida, en todo caso, a las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional.

En este sentido, no sólo la doctrina⁽²³⁾, sino también la jurisprudencia⁽²⁴⁾ se cuestionan si, pese a tratarse de un trabajo en una «empresa ideológicamente neutra» —la Administración Pública—⁽²⁵⁾, puede valorarse como un *trabajo de tendencia*, partiendo de la consideración de que la labor del trabajador va a consistir, precisamente, en manifestar las convicciones ideológicas de la organización a quien representa, de manera que esa enseñanza va a tener una orientación estrictamente religiosa, con el objetivo de transmisión de la fe⁽²⁶⁾. Y así, puede llegarse al elemento clave para la valoración de estas prestaciones de servicios: cómo debe juzgarse una posible colisión de estas tareas con una conducta extralaboral. Como se sabe, las actuaciones del trabajador ajenas a la actividad laboral van a ser cuestionadas de forma diferente cuando éste realice una actividad de tendencia, de tal forma que una conducta extralaboral puede adquirir relevancia cuando contraste con la ideología de la empresa, haciendo peligrar, por su publicidad o relevancia externa, la credibilidad del mensaje difundido⁽²⁷⁾. En este sentido, parecería admisible la exigencia de una vida coherente con la doctrina que transmite⁽²⁸⁾, no porque se parta de que las obligaciones laborales se extiendan a su vida privada, sino porque determinados modos de vida y comportamiento pueden resultar incompatibles con la ortodoxia de la Iglesia Católica que es el objeto de la enseñanza del profesor de religión⁽²⁹⁾.

Ello no obstante no queda amparada cualquier obligación de abstención de actuar contra el ideario en relación a los contenidos educativos, incluso fuera de los centros de enseñanza. El trabajador de tendencia no se sitúa en una posición de pérdida absoluta de sus derechos y libertades públicas, pero éstos pueden encontrar cierto grado de modalización

(23) CASTRO ARGÜELLES, M.A., «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», citado, p. 302. CALVO GALLEGU, F.J., «Profesores de religión, centros públicos y libertad religiosa: un equilibrio complicado», citado, pp. 238-239 y 248 y ss. respecto a las dudas que genera la posible compatibilidad de una escuela pública y las creencias y apariencia del docente.

(24) Así, en la cuestión de constitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias se mantiene la tesis de que la consideración de los profesores de religión como trabajadores de la Administración Pública convierte a la Administración en una empresa de tendencia. En la resolución de la cuestión, la STC 38/2007 (FJ 10) estima que las relaciones entre los profesores de religión y la Iglesia no son estrictamente las de una empresa de tendencia, que la declaración de idoneidad alcanza a la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe, y finalmente que este sistema de contratación no implica la conversión de las Administraciones Públicas en una empresa de tendencia, lo que resultaría incompatible con el art. 103.1 CE. La contratación es, a juicio del TC, la ejecución de la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa, pero no supone el desarrollo de tendencia ni ideario por parte de las Administraciones Públicas.

(25) En la que rige el principio de aconfesionalidad del Estado propia de un Estado auténticamente pluralista, en el que no cabe un sistema de ideología de Estado. Véase ampliamente BLAT GIMENO, F., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 75 y ss.

(26) CASTRO ARGÜELLES, M.A., «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», citado, p. 302.

(27) BLAT GIMENO, F., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, citado, pp. 83-84.

(28) CASTRO ARGÜELLES, M.A., «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», citado, p. 302.

(29) En sentido similar, MALDONADO MONTOYA, J.P., «Profesor de religión huelguista que es omitido en la propuesta del Obispado, que guarda silencio sobre el motivo de su decisión», *Aranzadi Social*, núm. 29/2008.

por el contenido de su actividad laboral. Esta precisión va a suponer no sólo la exigencia de profesión de la religión que van a impartir y la obligatoria transmisión de sus valores, sino también la exigencia de testimonio público de su fe⁽³⁰⁾. De modo que los límites de la idoneidad se encontrarían, más que en la realización de conductas incompatibles con la ortodoxia católica, en la publicidad y en la ostentación de esas conductas contradictorias con la fe asumida, proclamada y transmitida⁽³¹⁾. En este sentido, no entrarían en colisión aquellas discrepancias ideológicas surgidas en el fuero interno del empleado, las no exteriorizadas ni en su prestación de trabajo ni en su actividad extralaboral, o incluso aquellas discrepancias manifestadas en su círculo más íntimo, ya que el elemento a valorar será el de la trascendencia social de la discrepancia⁽³²⁾.

Por tanto, la aplicación de la doctrina elaborada con ocasión del trabajo en empresas de tendencia a la relación que surge entre los profesores de religión católica y la autoridad eclesiástica, encargada de valorar la idoneidad, permitiría a ésta un cierto control de la vida privada del trabajador, con el fin de comprobar si esta se corresponde con los principios y valores propios de la religión que imparten. Como expresó el Tribunal Constitucional corresponde a «las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y testimonios personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable» (STC 38/2007).

No obstante, no cabe que la autoridad eclesiástica correspondiente realice indagaciones y averiguaciones que impliquen una intromisión en la vida privada del trabajador, y, por tanto, una vulneración del derecho constitucional a la intimidad personal (art. 18 CE), a

A la Iglesia no sólo le corresponde proponer a los profesores idóneos para ejercer la actividad docente, sino que, además, tiene la potestad de revocar dicha idoneidad

(30) CABEZA PEREIRO, J., «Algunos apuntes sobre la sentencia relativa al profesorado de religión católica no funcionario en los centros públicos», p. 169.

(31) CABEZA PEREIRO, J., «Algunos apuntes sobre la sentencia relativa al profesorado de religión católica no funcionario en los centros públicos», p. 170.

(32) Aunque manifestado de forma genérica para los trabajadores de tendencia, véase en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y CALVO GALLEGO, F.J., «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario», en *Temas Laborales*, núm. 59/2001, p. 151.

fin de descubrir posibles situaciones personales contrarias a la fe impartida por la Iglesia Católica, cuando el trabajador no haya incorporado, de una manera u otra, dicha situación a su actividad laboral. Este límite ha servido a los Tribunales para resolver sobre la validez de la revocación de la idoneidad por el Obispado correspondiente⁽³³⁾.

Por consiguiente, podemos señalar como límite al control de la Iglesia sobre el comportamiento del profesor de religión la necesidad de que éste tenga cierta trascendencia externa. Así, como ha señalado la doctrina judicial, «en la averiguación del punto justo de equilibrio entre valores opuestos en que la ponderación consiste ha de estarse al principio de proporcionalidad que exige, entre otras cosas, que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquel que goza de prioridad, la Iglesia sólo podrá penetrar en la esfera de la intimidad personal y familiar del profesor de religión cuando se trate de conductas íntimas con trascendencia externa por ser las únicas constatables socialmente y por consecuencia, las únicas que podrían frustrar la confianza que en el profesor de religión depositan la Iglesia y los padres del alumnado.

La exigencia al profesor de religión, como “servidor de un ministerio” y no “mero empleado”, de profesar la fe religiosa que trasmite no otorga patente de corso a la Iglesia para, bajo el auspicio de criterios estrictamente religiosos, injerirse en su vida privada»⁽³⁴⁾.

Por el contrario, la autoridad eclesiástica sí podrá ejercer su función de control cuando las situaciones familiares y/o personales que entran en colisión con los dictados de la fe católica sean públicas y/o afecten a la actividad docente del profesor de religión. En este sentido la STC 128/2007 admitió la constitucionalidad de la revocación de la idoneidad a un profesor de religión católica tras haber sido publicada en un medio de comunicación su situación familiar de cura casado con hijos y su pertenencia a un grupo contrario a la ortodoxia católica pro-celibato opcional. Como se ha afirmado «el comportamiento de la autoridad eclesiástica retirando la habilitación en defensa de la ortodoxia no incurre en abuso de derecho»⁽³⁵⁾.

III. LA STC 51/2011, DE 14 DE ABRIL

Pues bien, la STC 51/2011, siguiendo los criterios de la STC 38/2007, a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior, otorga el amparo, por entender que los tribunales inferiores se han limitado a enjuiciar el conflicto desde una perspectiva de estricta legalidad, estimando que no existía despido, sino extinción de un contrato temporal por expiración del tiempo convenido. El Tribunal entiende que resulta insostenible la tesis relativa a la

(33) En este sentido, la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 17 de julio de 2007, Rec. 419/2002, conoció de la demanda presentada por una profesora de religión cuya idoneidad es revocada por mantener una relación afectiva, estando legalmente separada de su marido. Esta «*situación irregular*» impide, a juicio de la Iglesia, otorgar la declaración eclesiástica de idoneidad. Sin embargo, dicha relación afectiva, que evidentemente integra el ámbito de la intimidad personal, no era pública y notoria, ni había trascendido a su actividad laboral.

(34) STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 17 de julio de 2007, Rec. 419/2002.

(35) MARTÍN VALVERDE, A., «Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión», citado, p. 308. Sobre esta sentencia véase también ALTÉS TÁRREGA, J.A. y GARCÍA TESTAL, E., «La posible vulneración de derechos fundamentales en la selección y en la remoción de profesores de religión», citado, pp. 389 y ss.

inmunidad jurisdiccional de las decisiones de la autoridad eclesiástica, y que las decisiones judiciales impugnadas no han llevado a cabo la necesaria valoración de los motivos de índole religioso o moral que justifican la inidoneidad, ni tampoco la exigencia constitucional de ponderar los derechos fundamentales en conflicto.

La razón por la que la demandante de amparo no fue propuesta como profesora de religión y moral católica se basó en el hecho de que había contraído matrimonio civil con un divorciado, lo que se entendía que contradecía la doctrina de la iglesia católica sobre el matrimonio. Este hecho resulta evidente que constituye «una razón cuya caracterización de índole religiosa y moral no puede ser negada», por lo que el Tribunal Constitucional admite que la decisión se justifica en motivos religiosos y morales que sólo corresponde a la autoridad eclesiástica definir, pudiendo extenderse a «los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante para la aptitud o cualificación para la docencia».

Acreditada la motivación estrictamente religiosa, procedería la ponderación de los eventuales derechos fundamentales en conflicto, de forma que se permita «conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores». Es la renuncia por parte de los órganos judiciales a realizar esta ponderación entre derechos fundamentales lo que justifica el otorgamiento del amparo a la recurrente, dado que las sentencias impugnadas, como se ha mencionado, niegan la posibilidad de control jurisdiccional de la decisión de la autoridad eclesiástica.

Aunque, llegados a este punto, la STC 51/2011 podría haberse limitado a anular las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, encomendando a estos la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, el Tribunal asume este cometido entendiendo que existe un conflicto entre el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE), el derecho de la trabajadora a elegir libremente su estado civil (art. 10.1 CE) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Sin embargo, dado que el criterio utilizado por el obispo de Almería —haber contraído matrimonio civil con persona divorciada— no entra en contradicción con la actividad docente desempeñada, el derecho a la libertad religiosa no puede prevalecer sobre los derechos fundamentales de la recurrente. Y ello porque en ningún momento se pone de manifiesto que la demandante de amparo en su actividad docente hubiese cuestionado la doctrina de la Iglesia católica en relación con el matrimonio o realizado apología del matrimonio civil, ni consta exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada, sino que, por el contrario, la decisión permanece en la esfera de su intimidad personal y familiar.

La Sentencia, que, como se ha señalado, no hace sino aplicar la doctrina elaborada por la STC 38/2007, sigue la orientación marcada en relación con la afectación del derecho a la intimidad personal y familiar de los profesores de religión y moral católica. De esta manera, no es el hecho de que algunos aspectos de la vida privada de estos trabajadores no sean acordes con el credo de la Iglesia católica lo que permite a la autoridad eclesiástica retirar la idoneidad, sino que estos puedan afectar a la actividad docente, sin que sea posible indagar en ellos mientras permanezcan en la esfera privada del trabajador. Por tanto, aunque la STC 51/2011 no puede calificarse como innovadora, sí constituye un avance,

pues, al definir las pautas que debe seguir el obispado en sus actuaciones, puede contribuir a que disminuya la conflictividad surgida en torno a este problema.

Para lograr este objetivo es igualmente necesario que se normalice la imputación a la autoridad eclesiástica de las consecuencias económicas que resultan de estos litigios, cuestión que no puede abordar el Tribunal Constitucional, pero que sí que se ha puesto de manifiesto por la justicia ordinaria. Hay que tener en cuenta que, cuando se revoca la decisión de la autoridad eclesiástica, se pueden generar dos tipos de derechos económicos.

Por un lado, en relación con la terminación ilegal del contrato, al margen de la obligatoria readmisión del trabajador, deberán abonarse los correspondientes salarios de tramitación; y, por otro lado, surge una responsabilidad de daños y perjuicios por la vulneración de un derecho fundamental. Ambas indemnizaciones son expresamente compatibles desde la reforma que introdujo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 50 y 52) y en la Ley de Procedimiento Laboral (arts. 27, 180 y 181).

Pues bien, la responsabilidad indemnizatoria por la actuación lesiva de un derecho fundamental es perfectamente imputable a la autoridad eclesiástica. En este sentido hay que recordar que, en el procedimiento laboral, la legitimación pasiva por la violación de un derecho fundamental no se circunscribe al empresario, sino que se extiende a cualquier sujeto al que le sea imputable la conducta lesiva. El art. 180 LPL así parece entenderlo, cuando señala entre los afectados por la sentencia al «empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada». En cualquier caso, las posibles dudas que pudiera generar esta legitimación ampliada han sido resueltas por el Tribunal Supremo que, en STS de 19 de abril de 2005⁽³⁶⁾, declaró la nulidad de actuaciones por falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandado el obispado, sobre quien recae la obligación de proponer esa contratación y la de soportar, en su caso, las consecuencias que para él se derivan de dar ocupación al trabajador en la enseñanza religiosa⁽³⁷⁾. Entiende el Tribunal que el acto impugnado se produce en el ámbito de decisión de la Iglesia Católica y que la intervención de la Administración es meramente formal y se limita a instrumentar esa decisión previa.

De hecho, en las sentencias de los Tribunales de Justicia, cuando se ha demandado al obispado se ha señalado que la responsabilidad por la vulneración del derecho fundamental es atribuible en exclusiva a la autoridad eclesiástica⁽³⁸⁾, como único y directo responsable. En estas sentencias se parte de la premisa de que la actuación de la autoridad educativa no puede entrar a valorar la propuesta realizada⁽³⁹⁾, lo que se cuestiona en el Voto Particu-

(36) RECUR 855/2004.

(37) La existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre el empresario y otros sujetos que en principio no forman parte de la relación laboral se ha puesto también de manifiesto por el Tribunal en relación con un caso de acoso, señalándose que, cuando la conducta lesiva ha sido llevada a cabo no por la empresa, sino por otro sujeto (un trabajador de la empresa), es preciso demandar también a dicho sujeto —STS de 30 de enero de 2008, RECUR 2543/2006—.

(38) STSJ Canarias de 11 de diciembre de 2007, Rec. 1431/2003, seguida por otras como la STSJ Canarias de 14 de diciembre de 2009, Rec. 1166/2009.

(39) En este sentido el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que, aunque formalmente las decisiones se adopten por la autoridad administrativa educativa, la designación y cese de personal corresponden a la Iglesia Católica —STS de 19 de abril de 2005, RECUR 855/2004—.

lar formulado a la STC 51/2011. En dicho Voto, discrepante sólo en cuanto al tratamiento procesal seguido en la resolución del problema, se atribuye a la autoridad administrativa la obligación de valorar la decisión de la iglesia y, en su caso, realizar la ponderación de derechos fundamentales, y por ello se entiende que también la decisión administrativa debió ser anulada. Si esto es así la lesión del derecho fundamental tiene su origen también en la decisión de la autoridad administrativa y, en consecuencia, la responsabilidad por la lesión del derecho fundamental debería ser compartida.

Por otro lado, en relación con las consecuencias económicas de la extinción del contrato, por más que algunas decisiones judiciales las atribuyan conjuntamente tanto a «quien tiene la facultad de decidir la contratación como a quien suscribe como empleador el contrato»⁽⁴⁰⁾, lo cierto es que la condición de empleador corresponde en exclusiva a la Administración y es ésta «la que tiene que asumir la responsabilidad frente al trabajador por los incumplimientos que se produzcan como consecuencias de las actuaciones de la autoridad eclesiástica»⁽⁴¹⁾. En este sentido, puede recordarse que el TS ha venido concediendo la condición de empresario en exclusiva a la Administración educativa que tenga atribuida la competencia⁽⁴²⁾, «por ser el destinatario de los servicios que le presta este personal; planifica, organiza y controla el trabajo; ejerce la potestad disciplinaria y son de su cargo todos los gastos que con ello se ocasionen y, sobre todo, es el obligado a remunerar a este profesorado, pues si bien debe poner los fondos necesarios a disposición de la Conferencia Episcopal Española, la autoridad eclesiástica limita su intervención a la de simple pagador por cuenta de otro o distribuidor de los fondos recibidos. Además, la designación y el nombramiento de estos profesores se lleva a cabo por la autoridad docente del Estado, reservándose la jerarquía eclesiástica la única facultad de presentar los candidatos que considere más idóneos para impartir esta enseñanza, pero quien realmente crea el vínculo jurídico es la Administración del Estado al efectuar la designación y el nombramiento de cada trabajador»⁽⁴³⁾.

La facultad concedida a la Iglesia para determinar quiénes serán profesores de religión constituye una garantía de libertad para la impartición de su doctrina

(40) STSJ Canarias de 11 de diciembre de 2007, Rec. 1431/2003, seguida por otras como la STSJ Canarias de 14 de diciembre de 2009, Rec. 1166/2009.

(41) STS de 10 de febrero de 2009, RECU 771/2008.

(42) Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, habida cuenta de la transferencia de competencias que puede haberse producido —en este sentido la STSJ Asturias de 24 de octubre de 2008, Rec. 80/2008—.

(43) STS de 31 de mayo de 2000, RECU 3899/1999.

COHESIÓN EUROAMERICANA. SUPRANACIONALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

JUAN DE DIOS IZQUIERDO COLLADO

Director del Departamento de Trabajo Social. Facultad de Derecho. UNED.

RUBÉN DARÍO TORRES KUMBRIÁN

Profesor Contratado Doctor. Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Derecho. UNED

RESUMEN

Cohesión euroamericana. Supranacionalidad de los derechos sociales

La experiencia europea en materia de Cohesión Económica Social y Territorial permite un análisis de resultados, por su extensión en el tiempo y su intensidad en la aplicación. La conclusión fundamental es que el modelo de Zona de Libre Comercio ha sido superado por el de Zona de Libre Comercio con Igualdad Competitiva. La política de Cohesión ha permitido a regiones y países desfavorecidos alcanzar un nivel de competitividad suficiente para estar en el mercado sin producir la exclusión social que se derivaría del «Consenso de Washington». Normas claras, directrices científicas orientadas a las reformas estructurales, mutuo beneficio y presupuesto adecuado para las regiones con desigualdad competitiva han sido las bases de la política de cohesión europea. ¿Puede el paradigma europeo aplicarse para lograr la cohesión en América Latina? ¿Quiénes serían los socios? ¿Se dan los lazos adecuados para promover una Cohesión Euroamericana? ¿De qué nivel presupuestario se debería dotar? ¿Es beneficiosa para Europa, Estados Unidos y Canadá, además de para América Latina, la Cohesión Euroamericana? ¿Se dan las condiciones para implementarla? ¿Cuál es el coste de la no-cohesión en América Latina?

ABSTRACT

Euro-american cohesion. Supranational social rights

European experience about Economic, Social, and Territorial Cohesion will facilitate to analyse results: it has been apply intensely and for a long period of time. The main conclusion is that the Free Trade Area is excelled by the Free Trade Area with Competitive Equality. Cohesion policy had allowed that underdeveloped countries and regions achieve a level of sufficient competitiveness without producing the social exclusion derivate from «Washington´s Consensus». Therefore, clear rules and scientific guidelines has been orientated to structural reforms, mutual profit and appropriated budget in favour of backward regions.

Could the European paradigm be applied in order to achieve cohesion in Latino America? Who will be the partners? Are there appropriated links to promote an **Euroamerican Cohesion**? Which budget level would be need? Is the Euroamerican Cohesion profitable for Latino America in the same way it is for Europe, United States and Canada? Do we have the appropriate conditions to implement measures? And perhaps the most relevant question, which would be the price to pay for all countries (Europeans and Americans) in case of no-cohesion in Latino America?

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA COHESIÓN ES UNA DE LAS GRANDES POLÍTICAS EUROPEAS.
 1. La política de Cohesión es coherente, de gran calado jurídico y social.

2. **La política de Cohesión es presupuestariamente potente [(1,27% del PIB europeo, presupuesto total de la Unión), (0,34% presupuesto de la cohesión)].**
3. **La política de Cohesión está bien armada jurídica y administrativamente.**

III. LAS POSIBILIDADES DE TRANSFERENCIA DEL PARADIGMA DE LA COHESIÓN EUROPEA HACIA AMÉRICA LATINA.

IV. LA COHESIÓN EUROAMERICANA.

V. FACTORES FAVORABLES.

VI. COHESIÓN EN MERCOSUR INSPIRADA EN EL MODELO EUROPEO.

VII. MERCOSUR Y LOS REQUISITOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA COHESIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Con el pragmatismo propio de la Unión Europea, y con la lentitud habitual para implementar sus políticas, se ha creado un instrumento eficaz para la recuperación de Regiones y estados con dificultades competitivas, rentas bajas y niveles de servicios alejados de la media del estado del bienestar europeo.

Esta herramienta es la Política Regional Europea, también conocida por Cohesión Económica y Social Europea. Su núcleo significativo se encuentra en la tradición inclusiva socialdemócrata y en cierta raíz democristiana que reclaman, para todos aquellos que se incorporan a un proyecto común, igualdad eficiente de oportunidades y prioridad política en la búsqueda de condiciones que asuman el límite de desigualdad que la sociedad considera aceptable. La política de cohesión crea empleo y protege el empleo.

Este objetivo se pretende alcanzar, no por la vía exclusiva de la redistribución de los ingresos de los Estados, sino a través de las reformas estructurales necesarias en determinados ámbitos geográficos (ajuste estructural) que den opciones reales y acceso normalizado a la producción, el comercio, el crédito y las inversiones. Se busca la inclusión en el mercado, mediante inversiones programadas y a fondo perdido, que ayuden a superar las condiciones competitivas asimétricas de las regiones más desfavorecidas. Con la colaboración de todas las demás políticas.

Siendo consecuente con su tradición más avanzada en lo social y buscando complementarla con el realismo económico de la competitividad y las condiciones de la mundialización, los europeos han producido un modelo de globalización eficiente, en espacio controlado. Buscaban, sólo, solventar sus problemas cohesivos en un organismo supranacional logrado sin anexiones económicas o militares, inédito históricamente antes. Pero, sin recurrir al manido tópico weberiano, quizás recentrados en sí mismos, produjeron no sólo la salvación de su modelo social sino también una palanca de glo-

balización justa, mediante la creación de un «ámbito de libre mercado con igualdad competitiva»⁽¹⁾.

Por ello exploramos si el paradigma de la Cohesión Económica y Social Europea puede ser utilizado y aguantado como referente de actuación fuera de las fronteras de la Unión. En concreto: las posibilidades de transferencia hacia América Latina; las fuentes presupuestarias para avalar una política euroamericana de cohesión; el papel de Europa y Estados Unidos en el proceso.

II. LA COHESIÓN ES UNA DE LAS GRANDES POLÍTICAS EUROPEAS

Ha necesitado de un liderazgo político para implementarse, representado en tres personas con tres roles diferentes: Jacques Delors, arquitecto y estratega de la negociación; Helmut Kohl, representante estratégico de los contribuyentes netos, con sentido europeo; Felipe González, principal receptor y garante del contrato de confianza.

La política de cohesión, tiene efectos visibles en la modernización y la inclusión social por tres características:

La política de cohesión crea empleo y protege el empleo

1. La política de Cohesión es coherente, de gran calado jurídico y social

Se encuentra estadísticamente objetivada por el organismo institucional de la Unión, Eurostat. Las Regiones y los Estados que cumplen las condiciones requeridas, medidas científicamente, se incorporan a ella.

Distingue entre Estados, Regiones y colectivos sobre los que se fijan las prioridades y los presupuestos.

Los Estados y Regiones entran y salen de ella según fija la evolución de los parámetros económicos y sociales requeridos. No es una subvención indefinida.

Se marcan Objetivos y Directrices a los que deben adaptarse los proyectos y las inversiones, que apuntan a la recuperación estructural y competitiva⁽²⁾.

(1) Informe Izquierdo. *Resolución (19-11-97) Parlamento Europeo. Relativo al Primer Informe Trienal sobre la Cohesión Económica y Social de la Comisión Europea.*

(2) COMISIÓN EUROPEA, *Las Acciones Estructurales 2000-2006*, Comentarios y Reglamentos (FE, FC e ISPA). Guía 1999.

Se exige: *Programación* a medio plazo, compartida, que evita la improvisación y la unilateralidad; *Adicionalidad* de las inversiones, sin sustituir los esfuerzos que efectúan los Estados, sino incrementando los mismos; *Concentración* de los fondos en las regiones y colectivos más desfavorecidos; *Cooperación* entre la administración europea, estatal, regional y municipal, además de la incorporación de la empresa privada en la definición de los proyectos y en la cofinanciación de los mismos⁽³⁾.

El objetivo de la política regional o de cohesión es el ajuste estructural mediante el apoyo a proyectos que inciden verticalmente en capacidad productiva: infraestructura energética, infraestructura viaria, transporte, medio ambiente, comunicaciones, formación de los trabajadores, investigación, tecnologías de la información y la comunicación, reindustrialización. El resultado es la generación de la posibilidad objetiva, en los Estados, regiones y colectivos sociales sometidos a dificultad estructural, de competir con éxito en el mercado integrado nacional y supranacional, construyendo a la vez inclusión social. Todo ello garantizado por una normativa social.

La Política de Cohesión no es Política Social, aunque beneficie profundamente a la situación de los territorios y colectivos (IZQUIERDO, J., 2001). Son los Estados los que afrontan y se responsabilizan de la política social.

La Política de Cohesión no es Política de Empleo, aunque su éxito lleva aparejada una mejora de la situación y la creación de puestos de trabajo que perviven después de que la subvención se termina.

La Política de Cohesión no es un fruto del Consenso de Washington, ni del Consenso de Monterrey aunque incorpore objetivos de ajuste estructural y perspectiva social.

La Política de Cohesión no es Política de Cooperación al Desarrollo, aunque beneficiará a las regiones más desfavorecidas invirtiendo en ellas el 80% de los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión.

La Cohesión es un proyecto integrado y compartido en el que a la apertura comercial se corresponde la inversión estructural para las Regiones y los Estados que carecen de capacidad competitiva real. La zona de libre cambio es sustituida, paulatinamente, por la zona de igualdad competitiva, evaluada por una variable incompleta pero contundente: pertenecen al Objetivo 1 sólo aquellas regiones cuya renta per capita se sitúa por debajo del 75% de la renta media comunitaria. Mientras esta situación permanezca pueden recibir ayudas sin atentar contra la Ley de Competencia, que prohíbe las ayudas públicas discriminantes. Son una excepción de derecho social a la competencia. Es un acuerdo sobre intercambios comerciales, competitividad y competencia que incorpora la realidad estructural de las economías que pactan, evitando la absorción, la sucursalización y la posición de dominio. Las potencialidades autóctonas reciben dotaciones presupuestarias importantes en las zonas de menor desarrollo⁽⁴⁾.

(3) TORRES, Rubén, «Evolución y Perspectivas de la Cohesión Económica y Social frente al reto de la ampliación comunitaria». III E. E. de la Europa Oriental. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 43/44. Universidad de Valencia. ISSN 1133-7087. 2003. Valencia.

(4) Informe Izquierdo. *Resolución (19-11-97) Parlamento Europeo. Relativo al Primer Informe Trienal sobre la Cohesión Económica y Social de la Comisión Europea.*

2. La política de Cohesión es presupuestariamente potente [(1,27% del PIB europeo, presupuesto total de la Unión), (0,34% presupuesto de la cohesión)]

La Agenda 2000 (Consejo de Berlín) marcó para el periodo 2000-2006 la cantidad de 213.010 millones de euros para los quince Estados miembros y los inicios de la ampliación⁽⁵⁾.

Las actuales Perspectivas Financieras para el septenio 2007-2013 presentan un montante de 477.645 millones de euros para los 27 Estados⁽⁶⁾.

Esta aportación presupuestaria de la Unión se complementa con la parte cofinanciada por las administraciones estatal, regional, local y privada que en cada proyecto corresponda.

La distinción entre nivel de renta de los Estados, las Regiones y los Colectivos con dificultades estructurales es fundamental para la distribución del presupuesto.

Se denomina oficiosamente Contribuyentes Netos a aquellos países que aportan más de lo que reciben al presupuesto de la Unión. De hecho, y este es un factor clave de la política de cohesión, los contribuyentes netos son los países más beneficiados de la Comunidad, como indican sus balanzas de pagos, en el cómputo total de transferencias.

Se denomina oficiosamente Receptores Netos a aquellos países que reciben del presupuesto comunitario más de lo que aportan pero han abierto sus economías de lleno al mercado interior, en condiciones competitivas muy desfavorables. El plus de financiación que reciben va destinado a poner en alza su capacidad competitiva.

Todos, Contribuyentes Netos y Receptores Netos, se benefician mutuamente de la cohesión al generar zonas con creciente capacidad adquisitiva, obras de gran envergadura a las que puede acudir cualquier empresa europea, dotaciones de bienes de equipo adquiridas en concurso público abierto y mercado para las empresas con 450 millones de consumidores internos. España es un ejemplo: sus 47 millones de habitantes y sus obras de infraestructura han permitido que empresas europeas ejecuten obras y transfieran bienes de máximo nivel tecnológico y presupuestario: el tren de Alta Velocidad (AVE) ha recibido tanto en tecnología de seguridad, gestión e infraestructura como en unidades móviles cuantiosas ventas de Alemania, Francia, Italia.

La cofinanciación interinstitucional y privada es vital para multiplicar los efectos de la ayuda europea y para implicar a los destinatarios de los proyectos: la UE, los Estados, las regiones, los municipios, la iniciativa privada, las instituciones financieras, forman una cadena de intereses creados positiva.

Las posibilidades de los gobiernos estatales y regionales a la hora de distribuir el presupuesto y decidir los proyectos son amplias. No existe condición alguna excepto adaptarse a las prioridades de las Directrices y a las zonas elegidas como prioritarias.

Por ello, también la responsabilidad de los gobiernos es máxima y sólo la práctica genera una relación de mutua confianza. El límite máximo de recepción de fondos europeos

(5) COMISIÓN EUROPEA, *Las Acciones Estructurales 2000-2006*, Comentarios y Reglamentos (FE, FC e ISPA).Guía 1999.

(6) Informe Dury- MAIJ-Weggen. Dictamen del Parlamento Europeo. *Fortalecimiento de la Cohesión Económica y Social en la perspectiva de la CIG* de 1996. Europarlamento.

de cohesión es el 4% del presupuesto del país. Sólo en situaciones excepcionales y en países cuyo PIB es pequeño se ha llegado a este nivel. La utilización eficaz y eficiente de los recursos desaconseja superarlo.

3. La política de Cohesión está bien armada jurídica y administrativamente

La base jurídica de la Cohesión es de nivel «Constitucional»⁽⁷⁾ y mantiene el mismo rango que el Mercado Único y la Moneda Única⁽⁸⁾. Sin cohesión no hubiera sido posible, en el contexto europeo, la unificación del mercado, dada la asimetría profunda de los aparatos industriales y sus niveles de productividad.

La legislación que la desarrolla es, a su vez, de máximo nivel, con intervención plena del Consejo, el Parlamento, el Comité de las Regiones y el Consejo Económico y Social, en sus atribuciones respectivas. Es una parte viva del derecho social europeo.

Las Directivas y Reglamentos sobre cohesión tienen carácter supranacional y obligatorio para los Estados. Deben ser transpuestos a las legislaciones estatales, con un pequeño margen de adaptación y en plazos precisos⁽⁹⁾.

La tramitación administrativa es de gran severidad. Frecuentemente acusada de excesiva burocratización, es una muestra del nivel de calidad de esta política. Se dirige a aplicar las directrices que pretenden la máxima eficacia en la utilización de los fondos. Para ello las propuestas deben venir aportadas por las zonas en que se ha de materializar la inversión (Regiones o Estados) en los Planes Regionales de Desarrollo.

Posteriormente, en debate con la Comisión Europea, representada por el Comisario de Política Regional, se establece el Marco Comunitario de Apoyo (MCA), que garantiza que las inversiones se adaptarán a las Directrices políticas, económicas y sociales marcadas en los preceptos y reglamentos.

Junto a la severidad en la eficacia está la severidad en la honradez de la utilización de los fondos. La ausencia de fraude es una garantía insuperable para la política de cohesión. Los que acusan de burocrática a la gestión administrativa de la cohesión suelen ser los mismos que posteriormente exigen máxima transparencia y control⁽¹⁰⁾.

Sería imposible una política de tal calado presupuestario sin una garantía exquisita de resultados y de limpieza. Las sanciones ante los escasos casos de fraude están contempladas en la legislación y son contundentes. Afectan económica y políticamente al país infractor que debe hacerse cargo de su subsanación, multa y, a veces, pérdida de las ayudas.

La cooperación institucional UE, Estado, Región, Municipio, Colectivos, Iniciativa Privada genera un valor añadido a toda actuación económica. De todas formas, el interlocutor

(7) UE. Acta Única (1987) Artículo 130A.

(8) UE. Tratado de la Unión Europea (TUE) (1993). Tratado de Maastricht, Civitas Ediciones S.L. 1993, Madrid.

(9) ALLEN, D., «Cohesión and Structural Adjustment», H. Wallace y W. Wallace (eds.), *Policy Making in The European Union*, New York, Oxford University Press. 1996.

(10) COMISIÓN EUROPEA, *Segundo Informe sobre la Cohesión Económica y Social*, Vols., 1 y 2. Oficina de publicaciones de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. Enero de 2001.

responsable es el Estado y éste no puede escudarse, ante cualquier reclamación que afecte a su territorio, en instituciones u organismos de nivel inferior. La subsidiariedad europea desde el punto de vista jurídico termina en el Estado.

III. LAS POSIBILIDADES DE TRANSFERENCIA DEL PARADIGMA DE LA COHESIÓN EUROPEA HACIA AMÉRICA LATINA

La creación de un espacio supranacional de comercio y cooperación política entre Europa y América abre unas posibilidades de evolución y plasmación de sus objetivos muy diferentes, según se utilice el paradigma de zona de libre cambio o el de crecimiento multinacional con cohesión. Esta reflexión, planteada como proyecto de investigación por Nicolás Sartorius y Vicente Palacios (Fundación Alternativas), ha sido debatida en ámbito internacional (Buenos Aires 2007, Madrid 2009).

Es evidente que los acuerdos supranacionales deberán ser tomados con metodología intergubernamental, es decir, mediante consenso, y que no supondrán ninguna intromisión en los procesos de integración regional latinoamericana que en estos momentos se fraguan (MERCOSUR y otros).

La realidad de la que se parte, según sea la amplitud de dicho espacio supranacional, se caracteriza por desigualdades profundas de renta y capacidad competitiva de los distintos estados que le componen y compondrán, además de asimetrías aún más profundas entre las regiones que constituyen el territorio latinoamericano.

Uno de los objetivos del espacio supranacional (MERCOSUR) es el intercambio liberalizado de productos, servicios, empresas, trabajadores, capitales y por tanto la abolición progresiva y rápida de las tasas impositivas a las importaciones de los países que componen el espacio supranacional y aquellos con los que se realicen convenios.

El choque de la desigualdad competitiva que se patentiza en la diferencia de capacidad industrial, energética, empresarial, investigadora, infraestructural viaria entre los Estados y las Regiones puede tener consecuencias demoledoras para los ámbitos peor estructurados ante la imposición de una zona de libre cambio. El coste bajo proporcional de la energía y la capacidad de distribución de mercancías alcanzado por la logística implica que los productos, sin tasas de frontera, alcanzan los mercados más alejados de la producción con costes competitivos y precios difícilmente sostenibles para las empresas con menor nivel tecnológico o claramente desfasadas en organización empresarial, capital disponible y modernización empresarial.

El objetivo de la política regional o de cohesión es el ajuste estructural mediante el apoyo a proyectos que inciden verticalmente en capacidad productiva

El choque para la pequeña y mediana empresa latinoamericana puede ser insuperable y los peligros de colonización de empresas que se instalen en el cogollo de la demanda, en detrimento de las empresas nacionales, una consecuencia lógica.

Aunque en un primer momento pueda parecer que la actividad generada por la inversión exterior es preferible a la autarquía ineficiente (caso Méjico), la realidad es que la quiebra de muchas pequeñas y medianas empresas y la colocación de los beneficios fuera del ámbito en que se han generado, limita las posibilidades de desarrollo de la región. La creación de un esquema de apertura comercial con cohesión intenta minimizar, erradicar y reconducir dichos efectos hacia la creación de un área competitiva allí donde no existía.

Para ello compensa de forma equilibrada las facilidades comerciales, obtenidas por la apertura de las fronteras a los productos de otros países, con la mejora del entorno empresarial (polígonos industriales, energía, carreteras, vías férreas, centros tecnológicos y de investigación, cualificación y formación de los trabajadores, ayudas a las empresas para su modernización) de la región que requiere elevar su nivel de competitividad.

Para organizar y regular el derecho a las ayudas es preciso establecer las zonas y los niveles económicos exigibles, la legislación básica que avale el cumplimiento y el control supranacional de leyes y reglamentos y las condiciones de cofinanciación de los proyectos⁽¹¹⁾.

La similitud de toda la problemática expresada con la experiencia europea es notable, aunque las diferencias existentes en el nivel de infraestructura productiva, inversión en investigación, extensión del territorio en el que deben plasmarse los objetivos, articulación de las comunicaciones, población, nivel de renta y experiencia institucional en la creación de las instituciones supranacionales, comunitarias, es tan cualitativo que podría hacer peligrar las posibilidades de aplicación referente del paradigma cohesivo europeo en latinoamérica⁽¹²⁾.

Es, no obstante, la aportación y organización de los fondos cuantiosísimos que necesita la cohesión americana el problema fundamental para establecer un sistema de competitividad con cohesión. ¿Quiénes deben participar en el proceso de aportación de fondos? ¿A quiénes interesa establecer intercambios duraderos basados en mejora de los socios comerciales? ¿En qué medida y qué países están políticamente interesados en la creación de instituciones supranacionales euroamericanas?

Si asumimos como criterio provisional la posición europea de que el máximo nivel de recepción posible es el 4% del PIB de cada país, posición meramente teórica puesto que jamás se ha llegado a recibir tales cantidades en ningún Estado Miembro, obtendríamos el referente óptimo del horizonte de la cohesión en las regiones de Latinoamérica.

En función de las geometrías posibles y de la entidad supranacional resultante deslindaríamos una cifra presupuestaria, basada no tanto en las necesidades ingentes de inversión, promoción y modernización, sino en virtud de la capacidad de asimilación eficiente de las inversiones. Esta cifra en el MERCOSUR de hoy está reflejada, en virtud de su PIB

(11) IZQUIERDO, J.; TORRES, R., *Los fondos de cohesión como instrumentos de cooperación al desarrollo*. Fundación Alternativas-AECI. ISBN 97884924240203. 2007. Buenos Aires.

(12) IZQUIERDO, J.; TORRES, R., *Los fondos de cohesión como instrumentos de cooperación al desarrollo*. Fundación Alternativas-AECI. ISBN 97884924240203. 2007. Buenos Aires.

correspondiente en 50.000 millones de dólares anuales, aproximadamente, correspondiente al 4%.

Nuestra propuesta sería alcanzar un acuerdo para iniciar con el 1%, es decir, 11.000 millones de dólares anuales, aproximadamente, con los datos estadísticos del momento. La incorporación de nuevos países latinoamericanos aportaría referentes proporcionales que situarían la dimensión de la cohesión en términos operativos de análisis. Si tenemos en cuenta que la cohesión europea prácticamente nunca ha superado el 1% del PIB en presupuesto ejecutado, tendríamos un factor comparativo complementario bastante realista. Es cierto que las necesidades regionales de la Unión Europea y las de América Latina son muy asimétricas, pero en estos momentos el análisis del modelo tiene prioridad sobre la velocidad del recorrido.

¿Qué papel pueden jugar EEUU, Canadá y La Unión Europea?

Posiblemente la respuesta comience por saber qué papel quieren jugar en el desarrollo, el intercambio y el proyecto americano. Si desean jugar un papel secundario en las relaciones de futuro, es lógico que su incorporación al proyecto sea escasa y que las reclamaciones hacia ellos no deban proporcionar grandes esperanzas. Si, por el contrario, consideran que la nueva realidad les afecta, interesa, hasta el punto de incorporarse a un proyecto común, matizado por todas las cláusulas de cautela que se desee, su incorporación debe implicar exigencias, aportación presupuestaria y beneficio comercial y político.

La situación de madurez y experiencia institucional de la UE, que en estos momentos se desembaraza de regiones españolas, portuguesas, italianas, francesas, alemanas, inglesas, por haber conseguido ya los objetivos propuestos, y que asume casi en su totalidad los doce nuevos estados de la ampliación en las políticas de cohesión, debería implicar su involucración, de forma decidida, por los múltiples lazos culturales, económicos y políticos que se comparten con América.

La incorporación de la actual administración política federal americana, con los cambios presumibles, puede abrir oportunidades para tejer una nueva relación de compromiso real con los proyectos y el futuro americano, sin el cual las dificultades serán crecientes.

Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea tienen cara de contribuyentes netos a un posible modelo cohesivo euroamericano. La experiencia europea manifiesta que los grandes beneficiados globales de la Unión son los contribuyentes netos comunitarios. No estamos diseñando política de Cooperación al Desarrollo, complementariamente necesaria, sino de intercambio comercial con cohesión.

IV. LA COHESIÓN EUROAMERICANA

¿Es posible la Cohesión en contextos diferentes al europeo? ¿Quiénes serían los socios? ¿Qué presupuestos de referencia debería tener para ser creíble y operativa?

Sin minusvalorar la importancia de las características apuntadas que deben ser contributivas de la política de cohesión (coherencia en la elección de las Zonas y las estadísticas que la objetiven; Programación nacional y supranacional; Base Jurídica máxima; Capacidad Ejecutiva Supranacional para su aplicación; Directrices política y científicamente

defendidas; Capacidad Administrativa de negociación, seguimiento y control) todas las miradas e interrogantes se dirigen a las necesidades de aporte presupuestario de los Estados y Regiones más desarrollados hacia los más desfavorecidos.

Un cierto escepticismo, por no decir un completo descrédito, está instalado, en el consciente colectivo, ante el importante número de iniciativas de transferencia de experiencias que han funcionado en otros contextos pero no en el latinoamericano.

Bienintencionadas siempre, han adolecido de insuficiencia económica, evaluación inadecuada de la asimetría institucional etc. Por ello conviene, con la máxima humildad y cautela, diseñar algunas geometrías posibles de cohesión supranacional en el contexto euroamericano.

Al exponer los distintos ámbitos de materialización de una política de Cohesión Económica, Social y Territorial extraemos de la experiencia europea una norma que, redactada a la defensiva ante la Ampliación de 12 nuevos Estados del este europeo, fue luego barnizada de apariencia científica: ningún país puede recibir más del 4% de su PIB en ayudas provenientes de la cohesión. Este porcentaje venía marcado por el conocimiento de los bajos PIB de los países candidatos⁽¹³⁾.

Tenemos, pues, una cifra referente, burocrática si se quiere, pero operativa, porque conviene en políticamente practicable un área de actuación, la política regional de cohesión en latinoamérica, que de otra manera se mantendría cerrada. Podríamos hacernos la pregunta metafísica de ¿qué presupuesto se necesita para superar la desigualdad competitiva latinoamericana (autovías, vías férreas, investigación, energía, formación, interconexión de los países...)? Posiblemente la respuesta llevaría a un gran desánimo. Acotar, pues, las obligaciones presupuestarias asumibles es una solución positiva: permite comenzar el proceso inaplazable del intercambio con igualdad competitiva, el proceso de la cohesión.

El PIB latinoamericano es comparativamente bajo aunque en fuerte crecimiento en algunos países⁽¹⁴⁾.

El 4% del PIB global por país es el escenario de máximos, o, en expresión sibilina de la Comisión Europea, el máximo de asimilación eficaz y eficiente por parte de los países receptores.

En contadas ocasiones un país europeo ha recibido más del 1% de su PIB en Política Regional, es decir, en Cohesión. Conviene tener referencias del PIB de Latinoamérica.

Es preciso entender que toda la propuesta presupuestaria está concebida para ser afrontada una vez superada la coyuntura económica de crisis actual, en un escenario presupuestario institucional similar al previo a 2008.

También conviene tener la referencia del PIB de EEUU, Canadá y la UE para comprender que la propuesta del 1% es viable, aunque difícil, y negociable, pero sólo se refiere

(13) Informe Oostlander. *Resolución (30-11-94) Parlamento Europeo: Estrategia de la UE para la Adhesión*. Europarl, Ficha Temática n.º 21: La ampliación y la cohesión económica y social. <<http://www.europarl.ep.ec/enlarge-ment/briefings>>, 5 de junio del año 2001, Bruselas.

(14) GARCÍA MARTÍN, Carlos; RIVAS, Luis; DÍAZ, Santiago; ALONSO, José Antonio, *Integración Iberoamericana. ¿Es viable un Fondo de Cohesión?* Ed. SEGIB, Madrid 2009.

a la zona latinoamericana. Ese 1% sobre el que hacemos la propuesta es el de Latinoamérica exclusivamente.

Con estos datos de las economías Americana y Europea es posible generar una política de Cohesión en: ¿MERCOSUR?, ¿Latinoamericana?, ¿Americana?, ¿Euroamericana?

Los datos de MERCOSUR son nítidos. Sus necesidades son amplias y fáciles de inventariar pero el suministro presupuestario para esa política de cohesión es más problemático, de forma autónoma. Los intercambios comerciales, dada la demanda interna de MERCOSUR son limitados. En la UE los países de la cohesión alcanzan un nivel del 80% de su comercio en el propio ámbito de la Unión. No obstante es una tarea inaplazable, si no se quiere que la cohesión entre las regiones y los países que componen MERCOSUR inicie un proceso de deterioro. Cuenta con incipiente supranacionalidad y contextos democráticos estables.

¿Es factible la cohesión en el estricto ámbito de Latinoamérica, sin socios contribuyentes netos que garanticen y aporten presupuesto? Latinoamérica es un ámbito plenamente necesitado de cohesión económica social y territorial. Sus necesidades en el camino hacia la igualdad competitiva son tan asimétricas como ingentes. No se posee un marco supranacional y ni siquiera un cierto consenso político de integración en la actualidad. Las disponibilidades, en estas circunstancias, para introducir políticas de cohesión supranacional son difíciles, por no decir inexistentes. Un requisito inequívoco de la política de cohesión es el control democrático y, por tanto, la inexcusable libertad y derechos fundamentales.

La insuficiencia presupuestaria y la dificultad política, que encierra un objetivo de transferencias presupuestarias tan alto, lleva a los que se han adentrado en este análisis a considerar insuficiente la involucración de los Estados de América Latina y del ámbito iberoamericano, puesto que la incorporación de España y Portugal, aunque importante, no soluciona ni el presupuesto ni la masa comercial crítica necesaria a la que nos venimos refiriendo⁽¹⁵⁾.

Otra hipótesis de trabajo es la cohesión efectuada en el ámbito americano. La realidad de los intercambios comerciales de Estados Unidos con muchos países latinoamericanos, el TLC y los acuerdos bilaterales especiales, marcan posibilidades objetivas para acuerdos con cohesión. Si no se plasman es por la actitud tradicional estado-unidense de evitar superar la zona de librecambio.

La cofinanciación interinstitucional y privada es vital para multiplicar los efectos de la ayuda europea y para implicar a los destinatarios de los proyectos

(15) GARCÍA MARTÍN, Carlos; RIVAS, Luis; DÍAZ, Santiago; ALONSO, José Antonio, *Integración Iberoamericana. ¿Es viable un Fondo de Cohesión?* Ed. SEGIB, Madrid 2009.

Operar con un proyecto integrado acarrea compromisos y corresponsabilidad en materia de cohesión pero a corto, medio y largo plazo genera beneficios, como ha quedado demostrado en la experiencia europea.

La incorporación del norte de América cambia, si no todas, algunas variables sobre balanzas de pago, nivel de intercambios comerciales y capacidad presupuestaria. Falta la estructura supranacional, evitando cualquier mimetismo con la situación europea.

La Cohesión Euroamericana, entendida como la confluencia de América y la Unión Europea supone que las potencialidades, desde el prisma de los intercambios comerciales, y los auténticos lazos históricos y actuales, culturales, políticos, económicos de América y Europa dibujan un panorama muy atractivo, aunque no fácil de implementar, para la creación de una gran área de cohesión, adecuada a las necesidades y a los intercambios comerciales.

Posiblemente no exista en ningún otro ámbito geográfico la posibilidad, beneficiosa para todas las partes, de constituir organismos supranacionales que encuadren la colaboración y el intercambio comercial dentro del Paradigma de la Cohesión.

Es preciso tener en consideración que una parte sustancial de la política de cohesión es su carácter integral. Si las ayudas regionales se neutralizan con las políticas de competencia mediante el dumping empresarial, con políticas agrarias proteccionistas estatales, con políticas de investigación no transferibles, estaríamos eliminando los efectos que pretendemos en las políticas de cohesión. Ello no afecta a la competitividad de las empresas sino a las inversiones de los Estados.

Las muchas posibilidades de transferencias en todas las direcciones, practicables entre América y Europa, convierten a la cohesión en algo infinitamente mayor que en una compensación por desarme arancelario. Es todo un proyecto que necesita tiempo y negociación pero que puede comenzar por una política cohesiva que establecerá bases de confianza y de proyecto común necesarias para acuerdos más profundos⁽¹⁶⁾.

V. FACTORES FAVORABLES

Las circunstancias actuales, unas analizables, otras más difíciles de presentar, ofrecen un panorama más practicable que el que haya existido nunca:

- a) Hastío de transferencias de políticas miméticas que no contaban ni con base analítica suficiente ni con fundamento presupuestario.
- b) Madurez de la experiencia europea sobre cohesión, que sirve como banco de pruebas y realidad visible de la evolución de los países y regiones que tenían y tienen atraso estructural.

(16) La plausibilidad de la idea referente a que Estados Unidos se pueda sumar a una Asociación Reforzada Estratégica con la Unión Europea y América Latina, la podemos encontrar en un estado embrionario en: *La UE y los Estados Unidos socios mundiales con responsabilidades mundiales* (COMISIÓN EUROPEA. DIR. GRAL. EXT. <<http://www.eurounion.org>>).

- c) Evolución muy positiva institucional, económica y comercial de América Latina, susceptible de ser golpeada por la globalización rampante o favorecida por una globalización que incorpore la cohesión.
- d) Evolución previsible en la Administración estadounidense, con nuevos interlocutores, susceptibles de comprender mejor que el mercado a palo seco no es la inversión más inteligente y de futuro para Norteamérica y Europa en relación con Latinoamérica.

Por todo ello consideramos que debe explorarse con urgencia la posibilidad de un Consenso Euroamericano que propicie la Cohesión Económica Social y Territorial, partiendo de bases sociológicas, económicas y políticas que acreditan la posibilidad de sustentarlo:

- a) La situación de asimetría entre países y regiones en América Latina, desde el prisma social y económico, es importante y se convierte en un obstáculo para la constitución de estructuras supranacionales integradoras. Si en el análisis incluimos los dos grandes polos de referencia comercial, cultural e histórica de Latinoamérica, América del Norte y Europa, la asimetría en materia de competitividad, renta, cobertera social y nivel de vida es cualitativamente más profunda.
- b) La dinámica de la globalización y la propia voluntad de los interlocutores está produciendo una creciente implicación comercial y cultural entre estos tres ámbitos.
- c) Para superar esa asimetría es preciso introducir modelos que hayan confirmado su éxito y no operar con meros futuribles. La experiencia europea, con décadas de implementación de la política de Cohesión, ha demostrado con contundencia que el modelo funciona. La situación de progreso generalizado de todas las regiones, especialmente las más desfavorecidas, es un hecho constatable. La incidencia en la mejora que han tenido las Ayudas Públicas de Cohesión, posibles por ser consideradas una excepción a la ley de la competencia y dirigirse a reformas estructurales, es evidente.
- d) El valor de la Cohesión Europea, más allá de sus efectos económicos, ha generado un clima de identificación con el proyecto y una relación de confianza, colaboración y beneficio mutuo que mantiene, a pesar de la diversidad histórica y cultural, unión y respeto por el proyecto, al que otros quieren sumarse⁽¹⁷⁾.
- e) Los lazos históricos y actuales de los países que componen América y la Unión Europea son una realidad profunda, mal expresada por la retórica política, excesivamente atenta a intereses tácticos. Las relaciones culturales, económicas, políticas, sociales, geopolíticas diseñan un ámbito de intensidad y de posibilidades de compartir proyectos que superan el modelo de relaciones de mero intercambio económico y acuerdos preferenciales (Comisión Europea, 2005).
- f) La asimetría económica que existe entre Europa, América del Norte y América Latina es un obstáculo principal para que los proyectos euroamericanos avancen. La racionalización económica y política que supone MERCOSUR en Latinoamérica

(17) Declaración de Madrid de las Delegaciones Socialistas Alemana y Española del Parlamento Europeo, sobre la Cohesión Económica y Social, 2001.

es un proceso esperanzador, que parte de sus propias fuerzas y pretende generar sinergias necesarias para avanzar unidos. Posiblemente no es suficiente para alcanzar todos los objetivos.

- g) La Cohesión Euroamericana, entendida como Cohesión Económica, Social y Territorial, adaptada a la realidad latinoamericana, puede ser el mecanismo, junto a la permeabilidad de los mercados, que inicie el proceso de igualdad competitiva. Ello implica que las Regiones más desfavorecidas recibirán ayudas para efectuar las reformas estructurales necesarias y que las transacciones comerciales y el desarme arancelario progresivo tendrán en consideración las dificultades de las regiones en materia de competitividad.
- h) La dotación económica para los proyectos de Cohesión debería ser proporcional a las transferencias globales y a los niveles de renta de las regiones en cada uno de los países, medidas por un organismo estadístico supranacional, y redistribuida a todo el territorio, con arreglo a las necesidades objetivas y a la eficiencia de la inversión⁽¹⁸⁾.
- i) La evolución institucional democrática de Latinoamérica ha supuesto una desinversión política de tal calibre, por parte de la Administración de los Estados Unidos, que podría evaluarse por encima de los costes que acarrearía una inversión progresiva en cohesión.
- j) Las actuales circunstancias políticas y económicas de las tres zonas implicadas abren la posibilidad de actuaciones profundas, integradoras y fértiles de cara al futuro (CASTILLO, 2002). De no ser así, las nacionalizaciones sustituirán de modo traumático la cohesión y las relaciones de confrontación política y desconfianza sustituirán a la colaboración y la mutua confianza entre países con proyectos comunes, mutuamente beneficiosos, abiertos a las inversiones con garantías jurídicas.
- k) La evolución favorable institucional, democrática y económica de América Latina, a pesar de ciertos endemismos conflictivos; la estabilización y experiencia europea en materia de cohesión; la evolución de la «Administración» de Estados Unidos en las elecciones presidenciales; la creciente competencia de nuevos mercados, exteriores a la geopolítica euroamericana, hacen plausible y atractivo, desde todos los prismas, el proyecto de Cohesión Euroamericana, dotándole de capacidad económica suficiente y de la posibilidad de una base jurídica superestatal necesaria.
- l) Las políticas de Cooperación al Desarrollo deben seguir su curso y a ellas deberán sumarse, como contribuyentes netos, aquellos países latinoamericanos que alcancen rentas per capita que se lo permitan. La Cohesión Económica Social y Territorial no es Política de Cooperación.
- m) Las políticas de Empleo siguen marcadas por las estrategias de cada Estado, con la mayor coordinación posible en las medidas que reducen el desempleo. La Cohesión no es Política de Empleo.

(18) IZQUIERDO, J.; TORRES, R., *Los fondos de cohesión como instrumentos de cooperación al desarrollo*. Fundación Alternativas-AECL. ISBN 97884924240203. 2007. Buenos Aires.

- n) Las políticas Sociales, que dotan a los ciudadanos de servicios públicos (sanidad, educación, pensiones, movilidad...) son ya prioritarias para los Estados y, en la medida de su capacidad económica y de sus estrategias, están centrados en ellas. La Cohesión no es Política Social.
- ñ) Las recomendaciones de ajuste estructural reclamadas por el Consenso de Washington, basadas exclusivamente en la disciplina presupuestaria, el adelgazamiento del Estado y la desregulación nacional en materia de capitales y de contratación laboral, no tienen en cuenta ni la situación social de los países y regiones más desfavorecidas ni la situación de desigualdad estructural competitiva que sufren. La Cohesión no obedece a una deriva del Consenso de Washington.
- o) Las actuaciones de la política de Cohesión difieren de las llevadas a cabo por organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. La Cohesión se nutre de fondos que no han de ser devueltos por las regiones beneficiarias ni están condicionados a otras circunstancias que no sean las de sus propias directrices.
- p) La Cohesión Económica Social y Territorial implica apertura de las economías hacia un mercado cada vez más integrado, reconocimiento de la desigualdad estructural competitiva y social de base, entre los socios estatales y regionales del mismo, e implementación de políticas regionales que sirvan para reajustar las economías, sin destruir políticas sociales, dotando de infraestructuras, formación e investigación a los deficitarios.
- q) Las cifras de referencia de la Cohesión Euroamericana son asumibles y negociables, en función de los compromisos y objetivos alcanzados.
- r) Nadie va a regalar nada a América Latina, pero con acuerdos inteligentes, mutuamente satisfactorios, y relaciones recíprocas justas es suficiente para conseguir gradualmente los objetivos de despegue y capacidad competitiva. Es preciso tener también en cuenta el coste de la no cohesión y evaluarlo con el proyecto constructivo de la Cohesión Euroamericana posible.

Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea tienen cara de contribuyentes netos a un posible modelo cohesivo euroamericano

VI. COHESIÓN EN MERCOSUR INSPIRADA EN EL MODELO EUROPEO

Los argumentos históricos, económicos y políticos que abogan en favor de la cohesión en MERCOSUR y toda ALC son atractivos.

Podemos afirmar que la cohesión es un derecho que jamás puede considerarse como un privilegio otorgado por los países avanzados del escenario global.

Las reformas de los años noventa no han servido, y en ocasiones han dificultado, el avance en los indicadores de distribución de la renta, pobreza y cohesión. En este sentido, se debe destacar que la CEPAL ha advertido del riesgo de que ALC no pueda alcanzar los Objetivos de Desarrollo de la Cumbre del Milenio para 2015.

El coste de la no cohesión en MERCOSUR y el resto de ALC puede ser la inseguridad jurídica y económica para los inversores nacionales y extranjeros, el peligro de descrédito y deslegitimación social de la democracia, la existencia exclusivamente nominal de los derechos humanos en su vertiente material, la autocracia excluyente, etc.

La UE y los Estados Unidos deben contribuir a la generación de la oportunidad objetiva para que ALC impulse sus perspectivas de competencia efectiva en el escenario mundial. Esta oportunidad puede venir dada por la construcción de la cohesión económica, social y territorial. En este sentido debemos señalar que cuando Delors afirma «la cohesión es el pedestal del Mercado Interior», se está refiriendo a que la integración supranacional debe romper con las versiones que no garantizan un proyecto común sino que sólo suponen yuxtaposición asimétrica de intereses.

La construcción de la cohesión en MERCOSUR y ALC, es una salvaguarda para los intereses estadounidenses y europeos en la región, a la vez que una oportunidad de negocio para sus empresas. La cohesión supone un nivel de interlocución de confianza lograda en los acuerdos previos de prioridades conjuntas, garantías jurídicas y aportación económica no testimonial.

VII. MERCOSUR Y LOS REQUISITOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA COHESIÓN

Los Estados miembros de MERCOSUR deberían tomar decisiones de preparación de las instituciones estatales y supranacional. Esta labor incluye:

- Desarrollo institucional y administrativo supranacional.
- Desarrollo de cooperación institucional y administrativo reforzado.
- Delegación de competencias en favor de la autoridad supranacional.
- Implantación de un acervo jurídico supranacional que se imponga a los derechos nacionales y se cumpla de modo efectivo.
- Instauración de un organismo estadístico supranacional.
- Defensa efectiva de la competencia en el espacio supranacional integrado.
- Supervisión de la autoridad supranacional de los sistemas financieros.
- Protección de los derechos de propiedad que dé seguridad jurídica a la vez que regule los derechos y deberes de los inversores.
- Generación de un Sistema Tributario eficiente.
- Mecanismos estatales que aseguren la transparencia, la redición de cuentas y combata la corrupción.

- Instauración de un método que garantice la construcción de las anteriores capacidades, conforme a un calendario preciso.

Para el logro de los requisitos anteriores que exige la construcción de la cohesión en un proceso de integración supranacional, MERCOSUR se puede inspirar en la experiencia europea. En junio de 1993, el Consejo Europeo de Copenhague estableció los cimientos del proceso de ampliación al declarar que los países asociados de Europa Central y Oriental que lo deseasen se convertirían en miembros de la Unión Europea.

Los criterios de Copenhague fueron la base estratégica política, normativa y económica al establecer las condiciones de la adhesión. Dichos criterios son los siguientes:

- Criterios Políticos: estabilidad de las instituciones que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto a las minorías.
- Criterios Económicos: existencia de una economía de mercado en funcionamiento y capacidad de hacer frente a la presión de la competencia y a las fuerzas del mercado dentro de la Unión.
- Criterio del Acervo: capacidad de asumir las obligaciones de la adhesión, incluida la observancia de los fines de la unión política, económica y monetaria.

Los criterios de Copenhague constituyeron la base estratégica de la gran ampliación europea de las dimensiones política, institucional, normativa y administrativa. Todas ellas requisitos ineludibles para el proceso de construcción de la cohesión en la UE27.

Los Estados miembros de MERCOSUR cumplen los criterios políticos de democracia; en menor medida y de modo desigual los económicos; y en un grado casi inexistente los criterios de un acervo propio que le conduzca a los requisitos institucionales y administrativos ineludibles que exige la cohesión.

LO ESENCIAL EN LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 2011: MODIFICACIONES EN LA ACCIÓN PROTECTORA Y RÉGIMENES ESPECIALES

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández (Elche)*

RESUMEN

Lo esencial en la Reforma de la Seguridad Social de 2011: Modificaciones en la acción protectora y Regímenes Especiales

Pretender realizar en estas pocas líneas un completo elenco de lo que se encontrará el lector en el presente análisis sobre lo esencial en la Reforma de la Seguridad Social de 2011, sería una labor demasiado pretenciosa y de resultados poco menos que impredecibles. De momento, baste con señalar que se ha prestado gran atención a las novedades sustanciales que la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social* (Ley 27/2011), ha realizado en materia de pensiones de Seguridad Social, en particular de la pensión de jubilación.

Ciertamente, el estudio se dirige a comentar aquellos cambios, no pocos, sobre las pensiones, pero también de las prestaciones periódicas y de los Regímenes Especiales incluidas sus integraciones, la de Empleados de Hogar y la del Agrario (esta última a través de la *Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social*), en el Régimen General a partir de 1 de enero de 2012.

En la confección del presente análisis y debido al desorden que impera en la norma objeto de comentario se ha hecho un especial esfuerzo en sistematizar todas las materias con la finalidad de que el lector pueda seguir con fluidez la Reforma de 2011, sin tener que ir y volver de unas a otras disposiciones de la Ley, incluyendo sus fechas de vigencia. Entiendo que se trata de una labor que debería realizar el legislador, a fin de ofrecer a quienes deben aplicar y cumplir las normas una regulación ordenada y aseada que facilite su observancia.

ABSTRACT

The essence of Social Security System reform of 2011: Changes in the protective action and Special Regimes

To try to realise in these few lines a complete list than will be the reader in the present analysis on the essential in the Reformation of the Social Security of 2011, would be a too pretentious work and of results than little less unpredictable. At the moment, it is enough with indicating that great attention to the substantial new features has been lent that *Law 27/2011, of 1 of August, on update, adjustment and modernization of the Social security system* (Law 27/2011), has realised in the matter of pensions of Social Security, in particular of the pension of retirement.

Certainly, the study goes to comment those changes, not few, on the pensions, but also of the periodic benefits and the Special Regimes including its integrations, the one of Employees of Home and the one of the Agrarian one (this last one through *Law 28/2011, of 22 of September, by which it is come to the integration of the Agrarian Special Regime of the Social Security in the General Regime of the Social Security*), in the General Regime from 1 of January of 2012.

In the preparation of the present analysis and due to the disorder that commentary object reigns in the norm it has delivered a special attack in systematizing all the matters for the purposes of which the reader can follow with fluidity the Reformation of 2011, without having to go and returning from an a other dispositions of the Law, including his dates of use. I understand that one is a work that would have to realise the legislator, in order to offer to those who must apply and fulfill the norms a regulation ordinate and cleaned up that facilitates its observance.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. NOVEDADES EN LAS PENSIONES.

1. Complementos para pensiones inferiores a la mínima.

- A) Importe mínimo en pensiones de sacerdotes y religiosos secularizados.

2. Incapacidad Permanente.

- A) Base reguladora derivada de contingencias comunes.
- B) Compatibilidades e incompatibilidades con el trabajo.

3. Jubilación.

- A) Requisitos.
- B) Reducción de la edad ordinaria.
- C) Modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social.
- D) Base reguladora de la pensión.
- E) Cuantía de la pensión.
- F) Compatibilidad e incompatibilidad con el trabajo.
- G) Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social.
- H) Jubilación forzosa.
- I) Jubilación anticipada.
- J) Estudios actuariales en los coeficientes reductores de la pensión en la jubilación anticipada y ampliadores (porcentaje adicional) por retraso en la edad de jubilación.
- K) Jubilación parcial.
 - a) Requisitos en la jubilación parcial anticipada y la postergada (artículo 6.Uno y Dos Ley 27/2011).
 - a') Jubilación parcial postergada.
 - b') Jubilación parcial anticipada.
 - b) El contrato de relevo.
 - c) Vigencia de la legislación anterior.

- L) Derecho de información a empresarios y trabajadores sobre su futura jubilación.

4. Muerte y supervivencia.

- A) Pensión de viudedad.
 - a) Incremento del porcentaje en la pensión de viudedad.
 - b) Beneficios fiscales en el caso de acumulación de la pensión de viudedad con rentas del trabajo.
 - c) Nueva ampliación al derecho de la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.
- B) Pensión de orfandad.

- a) Ampliación del límite de la edad ordinaria en la pensión de orfandad y en diversas circunstancias.
 - a') Supuesto general.
 - b') Supuestos especiales.

III. AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES A TODOS LOS REGÍMENES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

IV. BENEFICIOS POR CUIDADO DE HIJOS O MENORES.

- 1. Mejora en la consideración como período cotizado por cuidado de hijos o menores.**
- 2. Prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave de los empleados públicos.**

V. CUESTIONES COMUNES EN LAS PRESTACIONES.

1. Prestaciones no contributivas.

- A) Ampliación del límite en los ingresos no computables.
- B) Reforzar las pensiones de quienes viven en unidades familiares unipersonales.
- C) Delimitación del umbral de pobreza y reordenación integral de las prestaciones no contributivas.

2. Consecuencias del incumplimiento en la presentación de documentos o de comparecencia en caso de citación, por los beneficiarios de prestaciones.

3. Normas de procedimiento.

4. Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efectos de las prestaciones.

5. Transformación en días de los plazos fijados para el acceso y determinación de la cuantía de las pensiones.

6. Delimitación del cómputo de ingresos a efectos del reconocimiento o mantenimiento del derecho a prestaciones.

7. Informe sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

VI. LOS REGÍMENES ESPECIALES.

1. Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

A) Cotización.

- a) Exoneración de cuotas respecto de los trabajadores por cuenta propia con 65 o más años.
- b) Cotización a la Seguridad Social de trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio.
- c) Cotizaciones adicionales de los trabajadores autónomos, con independencia de su edad.
- d) Convergencia con las bases medias del Régimen General.
- e) Cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal y en supuestos de alta de oficio.

- f) Tipo de cotización para trabajadores del sector agrario integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- g) Estudio sobre las cotizaciones sociales de los trabajadores autónomos.
- B) La incorporación progresiva de la jornada parcial: concepto, encuadramiento, cotización, bonificaciones y reducciones.
- C) Acción protectora.
 - a) Cese de actividad no obligatorio en determinados supuestos.
 - b) Estudio sobre jubilación anticipada de trabajadores autónomos en situación de cese de actividad.
 - c) Estudio sobre un Sistema de jubilación parcial anticipada para trabajadores autónomos.

2. Régimen Especial de Empleados de Hogar: su integración en el Régimen General.

- A) Procedimiento de integración en el Régimen General.
- B) Adaptación del contenido de la Ley General de la Seguridad Social a la integración.
- C) Prestación de servicios domésticos a través de empresas.

3. Régimen Especial Agrario: su integración en el Régimen General.

- A) Incorporación y peculiaridades.
- B) Cotización.
- C) Acción protectora.

I. INTRODUCCIÓN

Con seguridad durante este verano pasado se iniciaron gran número de estudios e investigaciones referentes a la Reforma de la Seguridad Social de 2011, que intentarán dar luz a tantas cuestiones como son: las múltiples materias a las que afectan los cambios o el desorden al que nos tiene acostumbrados el legislador, al ir incluyendo obligaciones, prohibiciones, promesas de futuros informes, autorizaciones, etc., sin orden ni concierto. No digamos, si lo que se pretende es deslindar aquellos preceptos, según las fechas de su entrada en vigor.

En suma, esos investigadores a los que antes me refería tienen mucho trabajo por delante para desentrañar los cambios y coordinarlos, nada menos que hasta cincuenta páginas del Boletín Oficial del Estado del día 2 de agosto de 2011, en donde se publica la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*.

Lo más llamativo de esta norma es que si, en un principio, la materia mollar era la que se refería al futuro de la pensión de jubilación, y hacia ello se aunaron esfuerzos, incluyéndose otras cuestiones en las disposiciones adicionales y finales del Proyecto de Ley, su redacción definitiva, una vez transitó por Congreso y Senado, ha aumentado de forma exorbitada, desde las catorce disposiciones adicionales del Proyecto hasta las cincuenta y

dos de la Ley, y de las seis disposiciones finales del Proyecto al doble (12) de la Ley.

En esta ocasión, justo es reconocerlo, no se ha abusado de incluir otras cuestiones ajenas a la materia de Seguridad Social, tan solo, algunas materias no demasiado alejadas sobre regulación de los planes de pensiones, algunas sobre cuestiones fiscales y otras que no tienen nada que ver, como es el desarrollo reglamentario de la Hipoteca inversa.

Decía al principio que se preparan estudios sobre la Reforma en materia de Seguridad Social, reforma que requiere que se aborde de forma profunda. Sin embargo, para aquellos que por su profesión necesitan conocer de inmediato aquellos aspectos esenciales e imprescindibles para realizar su trabajo —me refiero a los profesionales que se dedican a asesorar a empresas y trabajadores—, pero también para quienes les gustaría tener a su disposición un vademécum con las cuestiones fundamentales y accesorias que aborda la reforma y un breve comentario sobre su aplicación, se ha elaborado el presente estudio, en donde de forma telegráfica se intenta resaltar lo esencial, una vez ordenadas por materias.

Para ello, se ha considerado por su importancia, iniciar con las pensiones de la Seguridad Social y el complemento por mínimos de tales pensiones, continuando con el resto de la acción protectora que se ve afectada por la Ley 27/2011, y finalizando con los cambios a que se va a ver abocado el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, así como la integración en el Régimen General de los Regímenes Especiales Agrario y de Empleados de Hogar a partir de 2012.

La principal modificación que introduce la Reforma es el establecimiento de un nuevo requisito y otro límite

II. NOVEDADES EN LAS PENSIONES

En este apartado se desgranarán las novedades que incorpora la Ley 27/2011, en materia de pensiones, entre las que se encuentran, además del complemento por mínimos, las pensiones de incapacidad permanente, de jubilación, y de muerte y supervivencia (viudedad y orfandad).

Se indican las normas modificadas —en su mayoría de la LGSS⁽¹⁾—, junto con la disposición modificadora, en este caso la Ley 27/2011 o, solo ésta cuando por sí sola establece una nueva normativa autónoma.

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

1. Complementos para pensiones inferiores a la mínima

La principal modificación que introduce la Reforma es el establecimiento de un nuevo requisito y otro límite, además del que ya existía —y que se establece cada año en la Ley de Presupuestos—, respecto a la percepción de ingresos de quienes son beneficiarios del complemento por mínimos (artículo 1.Uno Ley 27/2011, que modifica el artículo 50 LGSS).

El nuevo requisito es la exigencia de que los beneficiarios del complemento «residan en territorio español», que se aplicará para las pensiones cuyo hecho causante se produzca a partir de 1 de enero de 2013 (artículo 1.Dos Ley 27/2011, que introduce la disposición adicional quincuagésima cuarta.2 LGSS).

El otro límite se relaciona, no con el importe de los ingresos del beneficiario, sino con la cuantía del complemento que percibirá, que no podrá superar la cuantía que se establece en cada ejercicio para las pensiones no contributivas, y que prevé algunas cuestiones particulares en el caso de que exista cónyuge a cargo del pensionista⁽²⁾, así como en los supuestos de orfandad⁽³⁾ y gran invalidez⁽⁴⁾ (artículo 50.2 LGSS, en la redacción del artículo 1.Uno Ley 27/2011).

Esta limitación no se aplicará respecto de las pensiones causadas antes de 1 de enero de 2013 (artículo 1.Dos Ley 27/2011, que introduce la disposición adicional quincuagésima cuarta.1 LGSS).

A) *Importe mínimo en pensiones de sacerdotes y religiosos secularizados*

Se realiza un mandato al Gobierno para que, de acuerdo con su normativa específica, se garantice que los titulares de pensiones de sacerdotes y religiosos secularizados tengan el derecho a percibir, al menos, el 99% de la cuantía mínima fijada para la pensión de que se trate vigente en cada momento (disposición adicional trigésima quinta, Ley 27/2011). En vigor, desde la publicación de la Ley [disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011].

2. Incapacidad Permanente

A) *Base reguladora derivada de contingencias comunes*

a) Se adecua el cálculo del porcentaje de la base reguladora, referido a la edad de jubilación ordinaria vigente en cada momento, en lugar de los 65 años de la anterior redacción de la controvertida letra b) del artículo 140.1 LGSS (artículo 3.Uno Ley 27/2011, que modifica la citada letra).

(2) Se refiere a que cuando exista cónyuge a cargo del pensionista, el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que correspondería a la pensión no contributiva por aplicación de lo establecido en el apartado 1.1.º, del artículo 145 LGSS, para las unidades económicas en las que concurren dos beneficiarios con derecho a pensión.

(3) En ese sentido, cuando la pensión de orfandad se incremente en la cuantía de la pensión de viudedad, el límite de la cuantía de los complementos a mínimos sólo quedará referido al de la pensión de viudedad que genera el incremento de la pensión de orfandad.

(4) Que se traduce en que los pensionistas de gran invalidez que tengan reconocido el complemento destinado a remunerar a la persona que le atiende no resultarán afectados por los límites establecidos en este apartado.

b) Se modifica la fórmula de integración de lagunas, según la lejanía desde el momento del hecho causante, estableciéndose tres tramos (artículo 3.Uno Ley 27/2011, que modifica el apartado 4 del artículo 140 LGSS).

De las reglas que figuran en el citado apartado 4 del artículo 140 LGSS, se desprende lo siguiente:

- 1.º Por un lado, si en los 36 meses previos al hecho causante existen cotizaciones, cada mensualidad cotizada dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización actualizada, hasta un máximo de 24 mensualidades, a partir de la más cercana al hecho causante. No obstante, se hace constar que en ningún caso la integración será inferior al 100% de la base mínima vigente.
- 2.º En cambio, las lagunas que se produzcan en las siguientes 24 mensualidades (de la 37 a la 60) se integrarán con el 100% de la base mínima vigente.
- 3.º El resto de mensualidades con lagunas se integrarán con el 50% de la base mínima vigente.

Se trata de una redacción algo confusa. Además, faltaría concretar a qué base mínima de cotización se refiere.

Finalmente, se encarga al Gobierno que realice una evaluación sobre la fórmula de integración de lagunas, en el plazo de un año, a contar desde el 1 de enero de 2013 (disposición adicional octava, Ley 27/2011).

B) Compatibilidades e incompatibilidades con el trabajo

Con respecto al tema de la compatibilidad con el trabajo, dos novedades:

- a) Se establece la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el salario que reciba el trabajador en la misma o en otra empresa, pero, atención, siempre que «las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total» (artículo 141.1 LGSS, en la redacción del artículo 3.Dos Ley 27/2011).
- b) Se establece la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con trabajo a partir de la edad de jubilación (nuevo apartado 3 del artículo 141 LGSS incorporado por el artículo 3.Tres Ley 27/2011). Esta previsión entrará en vigor el 1 de enero de 2014 [disposición final duodécima.1.c) Ley 27/2011].
- c) Se efectúa un mandato al Ministerio de Trabajo e Inmigración para que actualice los importes sobre lesiones no invalidantes (disposición adicional quincuagésima sexta introducida por el artículo 3.Cuatro Ley 27/2011).

3. Jubilación

A) Requisitos

a) Las nuevas condiciones de los beneficiarios: Alternativa entre haber cumplido 65 años, con 38 años y medio cotizados, o haber cumplido 67 años con 15 años cotizados, de

los cuales 2 años deben estar comprendidos en los últimos 15 años anteriores al momento de causar el derecho. Respecto a las cotizaciones no se considera la parte proporcional de pagas extraordinarias. Respecto al cómputo de los años, sólo se tienen en cuenta años completos [artículo 161.1.a) LGSS en la redacción del artículo 4.Uno Ley 27/2011].

Se establece, asimismo, un período de aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización (disposición transitoria vigésima incorporada por el artículo 4.Dos Ley 27/2011).

Para que no exista dudas acerca de la edad mínima o a la de 65 años a las que se aluden en diversas disposiciones de la LGSS, se establece una acomodación a las referencias sobre la edad mínima de jubilación del trabajador⁽⁵⁾, entendiéndose referidas a la edad que en cada caso resulte de la aplicación de la letra a) del apartado 1 del artículo 161 LGSS en la redacción del artículo 4.Uno Ley 27/2011 (disposición adicional quincuagésima séptima LGSS incorporada por artículo 4.Siete Ley 27/2011).

b) Con respecto a la vigencia de la legislación anterior se seguirá aplicando en los supuestos que describen las letras a) y b) del apartado 2 de la disposición final duodécima.2 Ley 27/2011).

B) Reducción de la edad ordinaria

a) Se modifica la regulación de la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%, elevando la edad mínima de jubilación desde los 52 a los 56 años [artículo 3 RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis LGSS, en la redacción de la disposición adicional decimoctava Ley 27/2011).

Con respecto a la vigencia está algo enmarañada la Ley 27/2011, ya que, si bien la disposición adicional decimoctava, por la que modifica el artículo 3 RD 1851/2009, de 4 de diciembre, entra en vigor el 1 de enero de 2012 según la disposición final duodécima.1.b), la disposición final sexta.2 autoriza su modificación al Gobierno a partir de la publicación de la Ley 27/2011, según la disposición final duodécima.1.a) de la misma Ley.

b) Asimismo, se prevé, por la disposición adicional vigésima tercera Ley 27/2011⁽⁶⁾, que el Gobierno aprobará, en el plazo de un año, el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo, adecuando, en su caso, los porcentajes actuales de cotización.

Para ello se tendrá en cuenta la siniestralidad en el sector, la penosidad, la turnicidad, el trabajo nocturno y el sometimiento a ritmos de producción, la peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad.

(5) Se refiere a las referencias a la edad mínima o a la de 65 años que aparecen en los artículos 112 bis, 161 bis 1 y 2, 166.1 y 2.f) y disposición adicional trigésima segunda LGSS.

(6) Con vigencia a partir del 2 de agosto de 2011, según disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011.

C) *Modificaciones relacionadas con la cotización a la Seguridad Social*

La exención en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas del artículo 112 bis LGSS, se refiere a los trabajadores con 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización o con 67 años de edad y 37 años de cotización (artículo 112 bis LGSS, en la redacción del artículo 2.Uno, Ley 27/2011).

Exención en la cotización que viene al caso, pues se incorpora una nueva disposición adicional quincuagésima quinta LGSS, en donde, con respecto a los trabajadores que hayan dado ocasión a las exenciones de la obligación de cotizar previstas en el artículo 112 bis y en la disposición adicional trigésima segunda con anterioridad a 1 de enero de 2013 y que accedan al derecho a la pensión de jubilación con posterioridad a dicha fecha, el período durante el que se hayan extendido dichas exenciones será considerado como cotizado a efectos del cálculo de la pensión correspondiente (artículo 2.Tres Ley 27/2011).

D) *Base reguladora de la pensión*

Para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación, se modifica el período dentro del cual se tomarán las bases objeto de cálculo y también, al igual que en la pensión de incapacidad permanente, el criterio sobre integración de lagunas, que figura en el artículo 162.1 LGSS en la redacción del artículo 4.Tres Ley 27/2011.

- a) Base reguladora: Ya no será dentro de los últimos 15 años anteriores al momento en que se produzca el hecho causante, sino que será el de 25 años. Concretamente, será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses anteriores al mes previo al hecho causante.

No obstante, se establece un período gradual de aplicación hasta el 1 de enero de 2022 (disposición transitoria quinta.1 LGSS redacción artículo 4.Cuatro Ley 27/2011).

Asimismo, se establece una mejora, según el año, en las bases para aquellos que cesen en su trabajo por causa no imputable a su voluntad por los supuestos del artículo 208.1 LGSS a partir de los 55 años y que, al menos durante 24 meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral (disposición transitoria quinta, apartados 2 y 3, LGSS en la redacción del artículo 4.Cuatro Ley 27/2011).

Se modifica la fórmula de integración de lagunas, según la lejanía desde el momento del hecho causante, estableciéndose tres tramos

Esto último también será de aplicación a los trabajadores por cuenta propia que desde que agotaron la prestación por cese de actividad haya transcurrido un año, siempre que dicho cese se produzca a partir de los 55 años de edad (disposición transitoria quinta.4 LGSS según redacción del artículo 4.Cuatro Ley 27/2011).

- b) Sobre la nueva fórmula de integración de lagunas, se modifica según la lejanía desde el momento del hecho causante, estableciéndose tres tramos:

De las reglas que figuran en el apartado 1.2 del artículo 162 LGSS se desprende lo siguiente:

- 1.º Por un lado, si en los 36 meses previos al hecho causante existen cotizaciones, cada mensualidad cotizada dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización actualizada, hasta un máximo de 24 mensualidades, a partir de la más cercana al hecho causante. No obstante, se hace constar que en ningún caso la integración será inferior al 100% de la base mínima vigente.
- 2.º En cambio, las lagunas que se produzcan en las siguientes 24 mensualidades (de la 37 a la 60) se integrarán con el 100% de la base mínima vigente.
- 3.º El resto de mensualidades con lagunas se integrarán con el 50% de la base mínima vigente.

Se trata de una redacción algo confusa. Además, faltaría concretar a qué base mínima de cotización se refiere.

Finalmente, se encarga al Gobierno, al igual que en la pensión de incapacidad permanente, que realice una evaluación sobre la fórmula de integración de lagunas, en el plazo de un año, a contar desde el 1 de enero de 2013 (disposición adicional octava, Ley 27/2011).

E) Cuantía de la pensión

Se modifican los porcentajes aplicados a la base reguladora del siguiente modo:

- a) **Nuevos porcentajes:** Por los primeros 15 años cotizados se mantiene, como en la normativa anterior, el 50% de la base reguladora.

Sin embargo, cambia desde el siguiente año, pues a partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19%, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18%, sin que el porcentaje supere el 100% de la base reguladora (artículo 163.1 LGSS redacción artículo 4.Cinco Ley 27/2011).

Se establece un período gradual de aplicación de tales porcentajes, y para ello se crea una escala con los porcentajes provisionales hasta el año 2027 (disposición transitoria vigésima primera LGSS, incorporada por el artículo 4.Seis Ley 27/2011).

- b) **Porcentaje adicional:** Se incrementa el porcentaje adicional, en aquellos supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la ordinaria. Por cada año completo cotizado, se incrementará el porcentaje, según los años co-

tizados, según la siguiente escala (artículo 163.2 LGSS redacción artículo 4.Cinco Ley 27/2011):

- Hasta 25 años cotizados, el 2%.
- Entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75%.
- A partir de 37 años cotizados, el 4%.

F) *Compatibilidad e incompatibilidad con el trabajo*

En este punto la norma presenta dos importantes novedades:

- a) Se incorpora un apartado 4 al artículo 165 LGSS por la disposición adicional trigésima primera Ley 27/2011, según el cual se admite la complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación, de modo, que el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual.

Y ello, con tres precisiones a su vez:

- 1.^a Que quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social.
 - 2.^a Que las actividades especificadas por las que no se cotice no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.
 - 3.^a Que esta previsión resulta de aplicación desde el día 2 de agosto de 2011 [disposición adicional trigésima primera, en relación con la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011].
- b) La disposición adicional trigésima séptima Ley 27/2011 [en vigor a partir del 2 de agosto de 2011, según disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011] mantiene el criterio anterior a la entrada en vigor de la *Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados* (BOE del 26), según la cual, el régimen de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista⁽⁷⁾ será también aplicable con respecto al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que se hallen exonerados de la obligación de causar alta en el RETA⁽⁸⁾, con independencia de que queden o no integrados en una de las mutualidades de previsión social previstas como alternativas al alta en el citado régimen especial (artículo único).

(7) El régimen sobre incompatibilidades es el previsto en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, y en las correspondientes normas reguladoras de los regímenes especiales de la Seguridad Social.

(8) Exoneración prevista al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*.

En definitiva, que no se aplica la citada Orden que extiende la incompatibilidad a los citados profesionales y, por tanto, sigue siendo posible la compatibilización de su actividad profesional con la pensión de jubilación.

G) Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social

El artículo 8 Ley 27/2011 incorpora la disposición adicional quincuagésima novena a la LGSS, según la cual se establece que, a partir de 2027, se revisarán los parámetros fundamentales del sistema por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año que se realice la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en el año 2027, realizándose las revisiones cada 5 años.

Todo ello, con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones, así como garantizar su sostenibilidad.

H) Jubilación forzosa

Se modifican los requisitos para la jubilación forzosa de la disposición décima del ET⁽⁹⁾, por la disposición adicional trigésima sexta, Ley 27/2011.

Concretamente, los que conciernen al trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo, que deberá tener cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80% a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión.

Por otro lado, pese a la habilitación que concede al Gobierno para que demore, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición, sin embargo, merced a la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011, resulta de aplicación con efectos del 2 de agosto de 2011.

I) Jubilación anticipada

La principal novedad es la posibilidad de jubilarse anticipadamente de forma voluntaria, de manera que la jubilación anticipada con coeficientes reductores quedará establecida mediante dos modalidades, la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva de la voluntad del interesado, de la siguiente forma (artículo 161 bis.2 LGSS, en la redacción del artículo 5.Uno Ley 27/2011):

- A) Respecto de la derivada del cese en el trabajo por causa *no imputable* a la libre voluntad del trabajador.
 - a) Tener cumplidos los 61 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores establecidos en la edad ordinaria de jubilación prevista para determinados grupos de trabajadores.

(9) 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.

- b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación.
- c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias.
- d) Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral⁽¹⁰⁾.

Asimismo, también dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

B) Respecto del acceso anticipado a la jubilación por voluntad del interesado se requiere:

- a) Tener cumplidos los 63 años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores establecidos en la edad ordinaria de jubilación prevista para determinados grupos de trabajadores.
- b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias.
- c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

Se efectúa un mandato al Ministerio de Trabajo e Inmigración para que actualice los importes sobre lesiones no invalidantes

(10) A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

- a) El despido colectivo por causas económicas autorizado por la autoridad laboral, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.
- b) El despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.
- c) La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- d) La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.
- e) La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor.

C) Disposiciones comunes a ambos accesos anticipados a la jubilación:

- a) Tanto en el caso de que el cese en el trabajo lo sea por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, como por voluntad del interesado, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161 LGSS, de un coeficiente del 1,875% por trimestre para los trabajadores con menos de 38 años y 6 meses cotizados, y del 1,625% por trimestre para los trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más.

A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

- b) Se establece una nueva limitación al importe de la pensión, en estos supuestos, en los que se determina, una vez aplicados los coeficientes reductores según edad. Limitación que consiste en que «una vez aplicados los referidos coeficientes reductores, el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0,25% por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación» (nuevo apartado 3 del artículo 163 LGSS, en la redacción del artículo 4.Cinco Ley 27/2011).
- c) Con respecto a la jubilación anticipada de los mutualistas, se establece expresamente que se reducirá en un 8% por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años (disposición transitoria tercera.1, norma 1.ª párrafo 1.º, LGSS, en la redacción del artículo 5.Dos Ley 27/2011), en lugar de «la edad que se fija en el artículo 161.1.a)» LGSS, anterior redacción que figuraba en el citado párrafo, porque entonces la edad ordinaria era precisamente los 65 años de edad, en lugar de las nuevas posibilidades de 65 ó 67 años, según la reforma.

J) *Estudios actuariales en los coeficientes reductores de la pensión en la jubilación anticipada y ampliadores (porcentaje adicional) por retraso en la edad de jubilación*

Sobre tales materias se dispone que el Gobierno realizará un estudio actuarial, en el plazo de un año, relacionado con los coeficientes reductores de la pensión utilizados en la jubilación anticipada, así como del porcentaje adicional, al objeto de evaluar su adaptación a los principios de proporcionalidad y contributividad al sistema.

En dicho estudio —continúa la disposición— «se contemplará específicamente la situación de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 y se hubieran jubilado anticipadamente a través de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley» (disposición adicional vigésima cuarta Ley

27/2011). Se da la circunstancia de que la disposición entra en vigor el 1 de enero de 2013, por lo que, en realidad, el estudio deberá realizarse durante el año 2013.

Curiosamente, se reitera parte del estudio (el que se refiere al porcentaje adicional), esta vez en forma de informe, sobre los efectos del retraso de la edad de jubilación, en la disposición adicional cuadragésima cuarta, Ley 27/2011, según la cual, «el Gobierno, en el plazo de dos años, presentará un informe económico sobre los efectos producidos en la prolongación de la vida laboral, por la aplicación de coeficientes adicionales por retrasar la edad de jubilación».

Al igual que en el anterior estudio, se establece un plazo, esta vez de dos años, a partir del 1 de enero de 2013.

En mi opinión, se trata de una duplicidad involuntaria que no forma parte del estricto articulado de la Ley 27/2011, debida, precisamente, al desorden con que se han incorporado las diversas disposiciones.

K) Jubilación parcial

A diferencia de la anterior reforma de 2007, no son muchos los cambios en la jubilación parcial.

a) Requisitos en la jubilación parcial anticipada y la postergada (artículo 6.Uno y Dos Ley 27/2011)

a') Jubilación parcial postergada

La única modificación, que no lo es tanto, es la confirmación de que la edad, para que la jubilación parcial sea considerada como postergada, es la que figura en el artículo 161.1.a) LGSS (65 ó 67 años de edad), a diferencia de la normativa anterior que remitía directamente a la edad de 65 años como edad que se consideraba el punto de partida de la jubilación parcial postergada.

No obstante, se prevé su aplicación gradual, de acuerdo con la disposición transitoria vigésima segunda.1 LGSS, incorporada por el artículo 6.Tres, en relación con la disposición transitoria vigésima LGSS, introducida por el artículo 4.Dos Ley 27/2011.

b') Jubilación parcial anticipada

Con respecto a los requisitos de la jubilación parcial anticipada se modifican dos y se añade uno más.

1.º Equivalencia de bases.

Con respecto a los dos primeros se modifican las letras e) y f) del artículo 166.2 LGSS para establecer, en primer lugar, la obligación de que deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, sin que las de aquél sean inferiores «al 65% del promedio de las bases de cotización de los últimos 6 meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial» (redacción artículo 6.Uno Ley 27/2011).

2.º Duración mínima del contrato de relevo.

En segundo lugar [letra f)], para adecuar la edad límite del contrato del trabajador sustituido como período mínimo de duración de los contratos de relevo. Ya no serán los 65 años de edad, sino los 65 ó 67, según dispone el artículo 161.1.a) LGSS (redacción artículo 6.Uno Ley 27/2011). Al igual que en el caso de la jubilación postergada, se prevé su aplicación gradual, de acuerdo con la disposición transitoria vigésima segunda.1 LGSS, incorporada por el artículo 6.Tres, en relación con la disposición transitoria vigésima LGSS, introducida por el artículo 4.Dos Ley 27/2011.

3.º Base de cotización a jornada completa.

A continuación, se establece un nuevo requisito que puede desanimar a muchos, y es que, con independencia del porcentaje de jornada que se reduzca del jubilado parcial, «durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa» [artículo 166.2.g) LGSS, en la redacción del artículo 6.Uno Ley 27/2011].

El consuelo es que tal medida se aplicará de forma gradual con arreglo a la siguiente escala:

- «a) Durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 30% de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- b) Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5% más hasta alcanzar el 100% de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa.

En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada» (disposición transitoria vigésima segunda.2 LGSS, en la redacción del artículo 6.Tres, Ley 27/2011).

b) El contrato de relevo

En el ámbito laboral y relacionado con la jubilación parcial, concretamente el contrato de relevo ha sufrido en su regulación leves variaciones. Así en el apartado 6, del artículo 12 ET, las referencias que se hacían a la edad de 65 años del jubilado parcial se modifican y se referencia a la edad prevista en el apartado 1 del artículo 161.1.a) LGSS o, en el apartado 7, del artículo 12 ET, al artículo 166.1 LGSS o, transitoriamente, las edades previstas en la disposición transitoria vigésima LGSS (disposición final primera Ley 27/2011).

c) Vigencia de la legislación anterior

Debe tenerse en cuenta, además, que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación parcial, sus requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, a quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a la fecha de publicación de

la Ley 27/2011, así como a las personas incorporadas antes de la fecha de publicación de la citada Ley a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o con posterioridad al 1 de enero de 2013 [disposición final duodécima.2.c) Ley 27/2011].

L) Derecho de información a empresarios y trabajadores sobre su futura jubilación

Si bien el derecho a la información ya se contemplaba en el artículo 14 LGSS, su apartado 2 se ha desarrollado, más minuciosamente, respecto a la futura pensión de jubilación ordinaria de cada trabajador, con efectos meramente informativos. Extendiéndose la obligación —con la misma periodicidad y términos comparables que la suministrada por la Seguridad Social—, a los compromisos por jubilación tales como Mutualidades de Previsión Social, Mutualidades alternativas, Planes de Previsión Social Empresariales, Planes de Previsión Asegurados, Planes y Fondos de Pensiones y Seguros individuales y colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones de las empresas (apartado 2 del artículo 14 LGSS, en la redacción de la disposición adicional vigésima sexta.Uno Ley 27/2011).

Se modifica la regulación de la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%, elevando la edad mínima de jubilación desde los 52 a los 56 años

4. Muerte y supervivencia

A) Pensión de viudedad

a) Incremento del porcentaje en la pensión de viudedad

La disposición adicional trigésima, cuya entrada en vigor se produjo el 2 de agosto de 2011, según la disposición final duodécima.1.a), ambas de la Ley 27/2011, encarga al Gobierno que aplique el 60%⁽¹¹⁾ de la base reguladora de la pensión de viudedad, a los beneficiarios que cumplan con los siguientes requisitos:

- «a) Tener una edad igual o superior a 65 años.
- b) No tener derecho a otra pensión pública.
- c) No percibir ingresos por la realización de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

(11) Señala la citada norma, que la aplicación del citado porcentaje se llevará a cabo de forma progresiva y homogénea en un plazo de 8 años a partir de 1 de enero de 2012 (apartado 2). Sin embargo, no se concreta la forma en que se llevará a cabo tal aplicación progresiva y homogénea.

- d) Que los rendimientos o rentas percibidos, diferentes de los arriba señalados, no superen, en cómputo anual, el límite de ingresos que esté establecido en cada momento para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad».

b) Beneficios fiscales en el caso de acumulación de la pensión de viudedad con rentas del trabajo

A efectos fiscales, para la declaración del IRPF, a presentar a partir del ejercicio 2013, se regulará en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, «un mecanismo corrector de la progresividad en el caso de pensiones de viudedad que se acumulen exclusivamente con rentas procedentes del trabajo u otras pensiones, tomando como referencia el importe de la pensión mínima de viudedad. Para ello, las personas que compatibilizan estos ingresos estarán exentas de la obligación de declarar si no sobrepasan el límite legal establecido y, en el caso de que exista la obligación de declarar, se aplicará a las personas que perciban rendimientos de trabajo y pensiones de viudedad la separación de la escala de tributación en el IRPF por ambas fuentes» (apartado 3 disposición adicional trigésima Ley 27/2011).

c) Nueva ampliación al derecho de la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008

Como es sabido, la disposición transitoria decimoctava LGSS amplía el derecho a la pensión de viudedad, de aquellas personas divorciadas o separadas judicialmente que no sean acreedoras de la pensión compensatoria, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad no haya transcurrido más de 10 años, en el caso de que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años, y cumpla con alguno de los dos requisitos siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o, b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

Pues bien, la disposición final séptima.Nueve Ley 27/2011 incorpora un nuevo apartado 2 a la citada disposición transitoria decimoctava LGSS, en donde se amplía, una vez más, el derecho a la pensión de viudedad de las personas que se encuentran en la anterior situación, «aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años».

Se trata de una disposición con efectos retroactivos ya que, en realidad, únicamente puede aplicarse respecto a los hechos causantes producidos antes de 1 de enero de 2011, según prevé el último párrafo del apartado 1 de la citada disposición transitoria decimoctava LGSS.

B) *Pensión de orfandad*

a) Ampliación del límite de la edad ordinaria en la pensión de orfandad y en diversas circunstancias

a') Supuesto general

Se modifica la edad para causar el derecho a la pensión de orfandad al establecerse que los beneficiarios sean menores de 21 años (antes, 18 años), con carácter general (apartado 1 del artículo 175 LGSS, modificado por la disposición adicional primera.Uno Ley 27/2011).

b') Supuestos especiales

En el caso de que no trabaje el menor o lo haga y perciba por ello ingresos inferiores a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional, la edad se amplía, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante sea menor de 25 años (antes, menor de 22 o de 24 años en orfandad absoluta o el huérfano presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33%).

Por último, «si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años (antes, 24 años) durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico» (apartado 2 del artículo 175 LGSS, modificado por la disposición adicional primera.Uno Ley 27/2011).

En estos supuestos especiales se prevé su aplicación de forma gradual del siguiente modo (disposición transitoria sexta bis LGSS, modificada por la disposición adicional primera.Dos Ley 27/2011):

«Cuando sobreviva uno de los progenitores, el límite de edad determinante de la condición de beneficiario de la pensión de orfandad, será aplicable a partir de 1 de enero de 2014.

Hasta alcanzar dicha fecha, el indicado límite será el siguiente:

a) Durante el año 2012, de veintitrés años.

b) Durante el año 2013, de veinticuatro años».

Obsérvese, que las edades para causar el derecho a la pensión de orfandad se han elevado, sin que se tenga en cuenta, en ningún caso, el hecho de que se trate de orfandad absoluta (salvo en el período transitorio) o de que el huérfano presente una discapacidad en un grado igual o superior al 33%.

Según la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011, tal disposición entró en vigor el 2 de agosto de 2011.

III. AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES A TODOS LOS REGÍMENES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Según la disposición adicional quincuagésima octava LGSS, incorporada por el artículo 7, Ley 27/2011, a partir de 1 de enero de 2013, se amplía la acción protectora por contingencias

profesionales a todos los Regímenes del sistema de la Seguridad Social, que afecta a los trabajadores que se den de alta en cualquiera de sus Regímenes, a partir de la indicada fecha.

Por no caer en una casuística excesiva, tal afirmación incluiría a todos los trabajadores de todos los regímenes que no contemplaran la cobertura por contingencias comunes pero también a aquellos regímenes que la tengan prevista en determinados supuestos como sucede con el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA). Sin embargo, si se mantiene la redacción del artículo 10.2.d) LGSS en la versión de la disposición final primera. Uno *Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social*, se incluiría al denominado como «Régimen Especial de Estudiantes», lo que no parece coherente con la naturaleza de su actividad, eminentemente formativa y de preparación para un futuro trabajo pero que no constituye en sí mismo un trabajo que deba ser cubierto por contingencias profesionales.

Asimismo, se prevé que esta cobertura obligatoria por contingencias profesionales se podrá desarrollar «en régimen de colaboración con la Seguridad Social, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en el caso de socios de cooperativas comprendidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, siempre que estas cooperativas dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al Sistema Público, que cubra estas contingencias y que dicho sistema intercooperativo cuente, con anterioridad al 1 de enero de 2013, con la autorización de la Seguridad Social para colaborar en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal» (artículo 7 Ley 27/2011, que introduce una nueva disposición adicional quincuagésima octava LGSS).

IV. BENEFICIOS POR CUIDADO DE HIJOS O MENORES

1. Mejora en la consideración como período cotizado por cuidado de hijos o menores

El artículo 9 Ley 27/2011 introduce en la LGSS una nueva disposición adicional, la sexagésima, sobre beneficios en la cotización por cuidado de hijos o menores.

Supuesto: Se prevé que se computará como período cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, «aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación».

Duración: «La duración de este cómputo como período cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019⁽¹²⁾, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización.

(12) En el apartado 2 de la disposición adicional sexagésima LGSS, se prevé que «en función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del período de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas».

Este beneficio sólo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre».

Con respecto a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, «la duración del cómputo como período cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido».

Finalmente, la citada disposición adicional sexagésima establece, en su apartado 3, el límite de que, «en cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley⁽¹³⁾», se refiere, naturalmente, a la LGSS.

A este respecto, se encomienda al Gobierno que en el plazo de un año presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los períodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres. En dicho estudio se evaluarán económicamente las medidas que se propongan, y también la actual regulación existente en el sistema de Seguridad Social, especialmente en el artículo 180 LGSS, y en el artículo 9 Ley 27/2011 (disposición adicional quinta Ley 27/2011).

Para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación, se modifica el período dentro del cual se tomarán las bases objeto de cálculo

2. Prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave de los empleados públicos

Como es sabido, la disposición final vigésima primera. Dos de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, introdujo el artículo 135 quáter LGSS en donde se explica que la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave «se reconocerá a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado del menor/es que esté/n a su cargo y se encuentre/n afectados por cáncer (tumores

(13) En ese sentido, viene al caso, la modificación del artículo 180.1 LGSS por la disposición adicional sexagésima. Dos Ley 27/2011, según la cual, se amplía de dos a tres los años considerados como de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, por el período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales.

malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente»⁽¹⁴⁾.

Se trata de una regulación similar a la establecida para los empleados públicos, pero que no es aplicable a los que tengan la condición de funcionario público, como se encarga de recordar el nuevo apartado al artículo 135 quáter LGSS introducido por la disposición final séptima. Dos Ley 27/2011, al establecer que «las previsiones contenidas en este artículo no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolle».

La disposición final vigésima tercera de la *Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011*, introdujo una nueva letra e) al artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, mientras que la disposición final segunda Ley 27/2011 la ha modificado, completando su perfil, más cercano, no obstante, al desarrollo establecido por el RD 1148/2011 que desarrolla el régimen jurídico de la prestación para todos los regímenes de la Seguridad Social.

En el caso de los empleados públicos, no se refiere a prestaciones, sino a permisos, mediante reducción de jornada en la que mantiene las retribuciones íntegras. Se especifica en la modificación del artículo 49.e) de la citada Ley —no se hacía en la redacción anterior— que ambos progenitores, adoptantes o acogedores deben trabajar; que las retribuciones íntegras irán con cargo a los presupuestos del órgano donde preste sus servicios; que se acredite mediante el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o de la entidad sanitaria concertada, en su caso, la necesidad de hospitalización de larga duración y el cuidado directo, continuo y permanente del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que tales novedades entraron en vigor el 2 de agosto de 2011, según prevé la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011.

V. CUESTIONES COMUNES EN LAS PRESTACIONES

Dispersas por el articulado y otras disposiciones que contiene la Ley 27/2011, se encuentran una serie de previsiones que afectan a la prestaciones, ya sean en su conjunto o en determinados colectivos de beneficiarios.

1. Prestaciones no contributivas

En materia de prestaciones no contributivas, se establece una modificación, así como el otorgamiento de facultades al Gobierno y el mandato de un estudio sobre esta materia.

(14) El desarrollo reglamentario se ha producido por el *Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*. Sus efectos se produjeron a partir de 1 de enero de 2011.

A) Ampliación del límite en los ingresos no computables

Como es sabido, en la determinación de las pensiones no contributivas, una de las deducciones del importe de la pensión que se llevan a cabo es la de los ingresos que percibe el beneficiario que proceden de otras fuentes de recursos, una vez excluidos los conceptos no computables previstos por la norma.

Pues bien, desde 2006, se estableció, en el artículo 145.2 LGSS (modificado por Ley 39/2006, de 14 de diciembre), que las cuantías resultantes de los ingresos computables, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que éstos no excedan del 25% del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva.

En otro caso, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de tal porcentaje.

La novedad es que la disposición final séptima.Tres Ley 27/2011 modifica el artículo 145.2 LGSS al ampliar ese límite hasta el 35%, siendo de aplicación desde el día 2 de agosto de 2011 [disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011].

B) Reforzar las pensiones de quienes viven en unidades familiares unipersonales

Poco comentario requiere la disposición adicional decimotercera Ley 27/2011, al otorgar facultad «al Gobierno para reforzar, desde la vertiente no contributiva, las pensiones de los mayores que viven en unidades económicas unipersonales, sin hacer distinciones por razón de la contingencia protegida».

Se trata de una facultad muy genérica que no da ninguna pista de por dónde podrían reforzarse esas pensiones, si bien, como es lógico, el resultado debería ser el de un incremento de la cuantía final de la pensión, no se acierta a vislumbrar la forma, ni de si se trata de colectivos concretos, además de convivir en unidades unipersonales.

C) Delimitación del umbral de pobreza y reordenación integral de las prestaciones no contributivas

La disposición adicional vigésima primera Ley 27/2011 prevé que el Gobierno, en el plazo de seis meses, realice los estudios pertinentes que permitan delimitar los umbrales de pobreza, con arreglo a los criterios fijados por la Unión Europea, al objeto de reorientar las políticas públicas dirigidas a su erradicación.

Asimismo, en el plazo de un año (debe entenderse desde el 1 de enero de 2013), el Gobierno aprobará un Proyecto de Ley de reordenación integral de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, con el objetivo de mejorar su cobertura, establecer con más claridad el ámbito de sus prestaciones e introducir nuevos ámbitos de protección en orden a colmar lagunas de cobertura que se detectan en el sistema.

2. Consecuencias del incumplimiento en la presentación de documentos o de comparecencia en caso de citación, por los beneficiarios de prestaciones

Además de la posible suspensión cautelar a los beneficiarios de prestaciones económicas de la Seguridad Social en los casos en que se incumpla la obligación de presentar en los

plazos legalmente establecidos declaraciones, documentos, etc. que no obren en la Entidad, como prevé la disposición adicional decimoséptima bis LGSS, se dispone que los beneficiarios de prestaciones económicas de la Seguridad Social «cuyo disfrute se encuentre condicionado a la residencia efectiva en España, podrán ser citados a comparecencia en las oficinas de la Entidad Gestora competente con la periodicidad que ésta determine.

Si no se presenta la documentación requerida en el plazo establecido o no se comparece ante la Entidad Gestora, previa citación de ésta, la prestación o, en su caso, el complemento a mínimo de la misma, será objeto de suspensión cautelar.

Si se presenta la información solicitada o se comparece transcurridos más de 90 días desde su solicitud o citación, se producirá la rehabilitación de la prestación o, en su caso, del complemento a mínimo con una retroactividad máxima de 90 días» (apartados 2 y 3 de la disposición adicional séptima bis LGSS, añadidas por la disposición final séptima.Cuatro), previsiones que entraron en vigor el 2 de agosto de 2011 [disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011].

3. Normas de procedimiento

Junto a las previsiones que figuran en la disposición adicional vigésimo quinta LGSS, en materia de normas de procedimiento sobre tramitación de prestaciones de Seguridad Social, se intercala un apartado 2, en donde se especifica cómo debe acreditarse la representación del interesado de modo que, «en caso de actuación por medio de representante, la representación deberá acreditarse por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado ante el órgano administrativo competente»⁽¹⁵⁾, tal como prevén la disposición final séptima.Cinco y la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011, cuyos efectos se produjeron el 2 de agosto de 2011.

4. Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efectos de las prestaciones

Como es sabido, en el caso de trabajadores responsables del ingreso de las cotizaciones, para el reconocimiento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, se exige que el causante se encuentre al corriente en el pago. Considerándose así, incluso, cuando se le ha aplazado el pago.

Sin embargo, es posible, dadas las circunstancias actuales, que posteriormente incumpla los plazos o condiciones del citado aplazamiento. Para estos supuestos establece el nuevo párrafo tercero de la disposición adicional trigésimo novena LGSS, incorporada por la disposición final séptima.Seis Ley 27/2011, que el interesado «perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la Seguridad Social en su totalidad. A

(15) A estos efectos, serán válidos los documentos normalizados de representación que apruebe la Administración de la Seguridad Social para determinados procedimientos (disposición adicional vigésimo quinta.2 LGSS, en la redacción según la disposición final séptima.Cinco Ley 27/2011).

tal fin, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) de esta Ley (LGSS), la Entidad Gestora de la prestación podrá detraer de cada mensualidad devengada por el interesado la correspondiente cuota adeudada».

5. Transformación en días de los plazos fijados para el acceso y determinación de la cuantía de las pensiones

Algo que ya se vislumbra a medida que nos adentramos en la reforma de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación es que «para el acceso a las pensiones de la Seguridad Social, así como para la determinación de la cuantía de las mismas, los plazos señalados —en la LGSS—, en años, semestres, trimestres o meses, serán objeto de adecuación a días, mediante las correspondientes equivalencias» (disposición adicional sexagésima primera LGSS, introducida por la disposición final séptima. Siete Ley 27/2011).

De ese modo, se afina más en el cálculo sobre el acceso al derecho y respecto al cálculo de la prestación económica.

6. Delimitación del cómputo de ingresos a efectos del reconocimiento o mantenimiento del derecho a prestaciones

Un problema que se suele plantear, cuando la obtención de una prestación de Seguridad Social (contributiva o no contributiva) se sujeta a los ingresos que obtiene el interesado o beneficiario, es a qué tipo o clase de ingresos se refiere. En el caso de las pensiones no contributivas, esos ingresos aparecen perfectamente delimitados en el artículo 5 de la *Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, sobre rentas o ingresos computables y su imputación*⁽¹⁶⁾.

Y también se encuentran identificados los ingresos considerados en las prestaciones por desempleo, en especial, desde que se modificó el párrafo tercero del artículo 215.3.2 LGSS, por la disposición final tercera. Ocho de la *Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011*, al establecer que «las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto». Pero se especifica con respecto al «rendimiento que procede de las actividades empresa-

La principal novedad es la posibilidad de jubilarse anticipadamente de forma voluntaria

(16) Norma que fue objeto de un amplio comentario por el Autor en esta misma publicación, con el título: «Clarificación del significado de *renta o ingreso computable* en las pensiones no contributivas de la Seguridad Social» *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Editorial Lex Nova) núm. 43, 2010.

riales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computará por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención».

Pues bien, el legislador parece que prefiere unificar criterios en relación con este asunto, y establece que, salvo en los dos casos comentados, «se considerarán como ingresos los rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y ganancias patrimoniales, en los mismos términos en que son computados en el apartado 1 del artículo 50 (de la LGSS) para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones, cuando para el acceso o el mantenimiento del derecho a prestaciones comprendidas en el ámbito de la acción protectora (de la LGSS), distintas de las pensiones no contributivas y de las prestaciones por desempleo, se exija, legal o reglamentariamente, la no superación de un determinado límite de ingresos» (disposición adicional sexagésima segunda LGSS, introducida por la disposición final séptima.Ocho Ley 27/2011).

7. Informe sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones

La disposición adicional trigésima segunda Ley 27/2011 dispone que el Gobierno «en el plazo de un año, presentará un informe sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas en los últimos cinco años. Teniendo en cuenta el mismo y, con arreglo a las posibilidades económicas del sistema, el Gobierno articulará las medidas necesarias para llevar a cabo la recuperación del poder adquisitivo perdido». El mencionado plazo debe contarse desde el 2 de agosto de 2011 [disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011].

Se trata, como en otras previsiones similares a lo largo de la Ley 27/2011, de un intento de salvar la cara a la congelación de las pensiones establecida para el ejercicio 2011.

VI. LOS RÉGIMENES ESPECIALES

Sobre los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, la Reforma atiende fundamentalmente al RETA, mediante cambios en diversas disposiciones repartidas por la norma que se incluyen en el siguiente apartado.

Asimismo, cabe comentar de forma resumida la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General, que aparece en la disposición adicional trigésima novena y en la disposición final duodécima.1.a), así como en la disposición adicional decimoséptima o la disposición transitoria única, todas ellas de la Ley 27/2011.

Tampoco pueden dejar de mencionarse las principales características de la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social, a través de la *Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social*⁽¹⁷⁾.

Ambos procesos de integración se llevaron a cabo mediante la creación de un sistema especial específico para cada una de tales integraciones, y entrarán en vigor el 1 de enero de 2012, como expresamente disponen sus normas reguladoras.

(17) En adelante: Ley 28/2011.

1. Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos

A) Cotización

En materia de cotización, la Ley 27/2011, contempla las siguientes medidas:

a) Exoneración de cuotas respecto de los trabajadores por cuenta propia con 65 o más años

Se mantiene la exoneración establecida en la disposición adicional trigésima segunda LGSS (con la redacción del artículo 2.Dos Ley 27/2011), en iguales condiciones que en la anterior redacción, con la coherente variación de que en lugar de que se deba acreditar 65 años de edad y 35 años cotizados, deberá tener 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización o 67 años de edad y 37 años de cotización.

Al igual que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, cuando se haya dado ocasión a las exenciones de la obligación de cotizar «con anterioridad a 1 de enero de 2013 y que accedan al derecho a la pensión de jubilación con posterioridad a dicha fecha, el período durante el que se haya extendido dichas exenciones será considerado como cotizado a efectos del cálculo de la pensión correspondiente» (disposición adicional quincuagésima quinta LGSS, incorporada por el artículo 2.Tres Ley 27/2011). Es decir, que se tendrá también en cuenta como cotizado el período anterior a la entrada en vigor de esta disposición.

b) Cotización a la Seguridad Social de trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio

Sobre estos trabajadores existe una especial atención en las normas sobre cotización de los Presupuestos Generales del Estado de cada año y en la correspondiente Orden de cotización, que prevé una cotización inferior para ellos.

No obstante, la disposición adicional decimoquinta Ley 27/2011 vuelve a incidir en ello al prevenir que «se establecerá una base mínima de cotización al RETA inferior a la fijada anualmente con carácter general para dicho régimen, en los términos y condiciones que determine la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio».

Este mandato, según la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011, comienza a tener virtualidad a partir de la publicación de la citada Ley.

Lo más probable es que se siga actuando en la misma línea que se venía haciendo con respecto a esta cuestión de la rebaja en la cotización de los trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio.

c) Cotizaciones adicionales de los trabajadores autónomos, con independencia de su edad

Con respecto a las bases de cotización elegidas por los trabajadores autónomos, a diferencia de los límites actuales determinados por la edad del trabajador, se establece otro, consistente en que «a partir del 1 de enero de 2012, y con carácter indefinido, los trabajadores del RETA podrán elegir, con independencia de su edad, una base de cotización que pueda alcanzar hasta el 220% de la base mínima de cotización que cada año se establezca

para este Régimen Especial». Ese será el nuevo límite, trazado por la disposición adicional trigésima tercera, que entrará en vigor en enero de 2012, tal como confirma la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011.

d) Convergencia con las bases medias del Régimen General

La disposición adicional novena Ley 27/2011 establece, con objeto de hacer converger la intensidad de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia con la de los trabajadores por cuenta ajena, que las bases medias de cotización del RETA experimentarán un crecimiento al menos similar al de las medias del Régimen General.

A este respecto, prevé una serie de limitaciones, tales como que, la subida anual no superará el crecimiento de las medias del Régimen General en más de un punto porcentual o que las subidas de cada año, así como cualquier otra modificación sustancial del sistema, se debatirán con carácter previo en el marco del diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como con las organizaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativas, y se consultará al Consejo Estatal del Trabajo Autónomo según establece el artículo 22 de la Ley 20/2007, y no serán aplicables los años en los que las crisis económicas tengan como efectos la pérdida de rentas o empleo en este colectivo.

Asimismo, se tendrá en cuenta la posibilidad, prevista en los artículos 25.3 y 27.2.c) del Estatuto del Trabajo Autónomo, de establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos que, por su naturaleza, tienen especiales dificultades para aumentar su capacidad económica y de generación de rentas, o para aquellos sectores profesionales que de forma temporal puedan sufrir recortes importantes en sus ingresos habituales.

e) Cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal y en supuestos de alta de oficio

Esta materia ha sufrido variación⁽¹⁸⁾, pues, desde 1 de enero de 2012, los trabajadores incluidos en el RETA deben formalizar la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la afiliación y el alta de oficio en el RETA conllevará la formalización de la cobertura de la prestación por incapacidad temporal y de las contingencias profesionales con una entidad gestora de la Seguridad Social, cuando los trabajadores afectados por tales actuaciones estén obligados a su protección.

Esta cobertura de oficio se efectuará, asimismo, en otros supuestos en que la referida prestación económica pase a ser obligatoria y no haya sido formalizada con una mutua por los propios trabajadores autónomos y tendrá, en todo caso, carácter provisional hasta que dicha formalización se produzca.

(18) Se modifica la disposición adicional undécima.2 LGSS, por la disposición final primera.5 Ley 28/2011.

Se trata de otorgar cierta seguridad jurídica en aquellos casos en que el trabajador autónomo no haya formalizado la cobertura que debiera haber solicitado, otorgándole cobertura por tales contingencias a cargo de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

No obstante, se espera que todo lo anterior se desarrolle reglamentariamente.

- f) Tipo de cotización para trabajadores del sector agrario integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La disposición adicional cuadragésima quinta Ley 27/2011 establece que respecto a los trabajadores del anterior Régimen Especial Agrario por cuenta propia que se integraron en el RETA según Ley 18/2007, de 4 de julio, desde el año 2012, el tipo de cotización aplicable a la base de cotización elegida hasta una cuantía del 120% de la base mínima establecida para este régimen será el 18,75%. De ese modo de forma gradual se van incrementando las bases de cotización de quienes en su día formaron parte del Régimen Especial Agrario y fueron integrados en el RETA, a partir de enero de 2008.

Tal disposición es de aplicación desde el 2 de agosto de 2011 según la disposición final duodécima.1.a) Ley 27/2011.

- g) Estudio sobre las cotizaciones sociales de los trabajadores autónomos

A partir del 1 de enero de 2013, se ordena al Gobierno que «en el plazo de un año, remitirá a la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados un estudio sobre las actuales cotizaciones sociales de los trabajadores autónomos en relación a los ingresos del sistema percibidos por los mismos», en relación al desarrollo de la recomendación número 4 del Pacto de Toledo⁽¹⁹⁾, sobre (disposición adicional vigésima, en relación con la disposición final duodécima 1 Ley 27/2011).

- B) *La incorporación progresiva de la jornada parcial: concepto, encuadramiento, cotización, bonificaciones y reducciones*

La disposición final décima, apartados 1, 2, 3 y 4, Ley 27/2011, introduce en la Ley 20/2007, de 11 de julio de 2007, del Estatuto del

Las edades para causar el derecho a la pensión de orfandad se han elevado

(19) En donde se recomienda: «modificar en lo posible la situación actual, bajo el criterio de que, a igualdad de acción protectora, debe ser también semejante la aportación contributiva» (Recomendación 4 sobre Financiación de los Regímenes Especiales. Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales Reformas que deberán acometerse. Pacto de Toledo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Seguridad Social, núm. 15, p. 54).

Trabajo Autónomo, diversas modificaciones, respectivamente, para posibilitar el trabajo por cuenta propia a tiempo parcial en los siguientes aspectos:

- En el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley (artículo 1.1).
- Su inclusión en el RETA (nuevo párrafo al artículo 24).
- El establecimiento por Ley de «un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados períodos de su vida laboral. En su defecto, se aplicará la disposición adicional séptima LGSS sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial» (nuevo apartado 4 artículo 25).
- Ampliando la posibilidad de que la Ley establezca reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social, a favor de «quienes en función de su actividad la ejerzan a tiempo parcial, en unas condiciones análogas a las de un trabajador por cuenta ajena contratado a tiempo parcial» [nueva letra e) del apartado 1 de la disposición adicional segunda].

C) *Acción protectora*

a) Cese de actividad no obligatorio en determinados supuestos

Como es sabido, la prestación por cese de actividad es una prestación equivalente a la prestación por desempleo, que alcanza obligatoriamente a los trabajadores por cuenta propia que tengan cubierta la protección por contingencias profesionales, según el artículo 2.1 Ley 32/2010, de 5 de agosto.

Pues bien, la disposición adicional quincuagésima primera Ley 27/2011 añade un apartado 3 al artículo 2 de la citada Ley 32/2007, en donde se establece que, a partir de 1 de enero de 2013⁽²⁰⁾, la protección por cese de actividad no resultará obligatoria en el caso de socios de Cooperativas comprendidos en el RETA, siempre que estas Cooperativas dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al Sistema Público, que establezca un nivel de cobertura, en lo que respecta a las situaciones de cese de actividad, al menos equivalente al regulado en la Ley 32/2007.

b) Estudio sobre jubilación anticipada de trabajadores autónomos en situación de cese de actividad

Se prevé la posibilidad de que el Gobierno, en función de los resultados operados en el primer año de vigencia del cese de actividad establecido por la Ley 32/2010, de 5 de agosto, efectúe los estudios pertinentes sobre la posibilidad de que quienes se encuentren en dicha situación legal de cese de actividad puedan acceder a la jubilación anticipada a los 61 años (disposición adicional vigésima séptima Ley 27/2011).

Se trata de algo que ni siquiera se encuentra en estudio y que representa tan solo una propuesta de futuro, a partir del año 2013.

(20) Según la disposición final duodécima.1 Ley 27/2011.

- c) Estudio sobre un Sistema de jubilación parcial anticipada para trabajadores autónomos

En la línea de lo anterior, se ordena al Gobierno que presente, «en el plazo de un año (contado desde 1 de enero de 2013)⁽²¹⁾, un estudio relativo a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de autónomos que cesen en su negocio o lo traspasen a otra persona a la que deben formar» (disposición adicional trigésima cuarta Ley 27/2011).

Se trata de una cuestión coherente con la introducción en la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la propia Ley 27/2011, de la posibilidad de realizar la actividad por cuenta propia a tiempo parcial, en aquellos aspectos anteriormente examinados.

2. Régimen Especial de Empleados de Hogar: su integración en el Régimen General

A) *Procedimiento de integración en el Régimen General*

Lo esencial en el Régimen Especial de Empleados de Hogar es que, según la disposición adicional trigésimo novena Ley 27/2011, y con efectos de 1 de enero de 2012, se produce la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un Sistema Especial.

Sin pretender agotar el contenido de la forma en que se llevará a cabo la integración, pues ello correspondería a otro trabajo que excede con mucho el objetivo de la presente colaboración, sí conviene que, al menos, se comenten sus características esenciales:

1. La integración se producirá de forma gradual desde enero de 2012 hasta 2018, mediante el establecimiento de un Sistema Especial en el Régimen General.
2. Desaparece la tradicional distinción entre empleados que prestan sus servicios para un solo cabeza de familia, para quien realizan, al menos, 80 horas al mes, y los empleados que realizan su actividad por menos horas, y que son los únicos obligados y responsables de darse de alta y de cotizar a la Seguridad Social, estableciéndose un régimen común de cotización tanto por parte del empleador como del trabajador.
3. Se aplica una base de cotización, en función de la retribución mensual del trabajador, estableciéndose hasta 15 tramos en 2012, y un nuevo tramo 16.^o(22) a partir de 2013, que se aplicará a la cotización de las personas cuyas retribuciones mensuales superen la base mínima del Régimen General en dicho ejercicio con los incrementos que se especifican en la propia norma, según ejercicio y tramo⁽²³⁾.

(21) De acuerdo con la disposición final duodécima.1 Ley 27/2011.

(22) La base de cotización de ese nuevo tramo 16.^o a partir de 2013, corresponderá a la base del tramo 15.^o, incrementada en un 5%.

(23) A este respecto, desde el año 2013 hasta el año 2018, las bases de cotización se actualizarán en idéntica proporción al incremento que experimente la base mínima de cotización del Régimen General en cada uno de esos años, a excepción de la correspondiente al tramo 16.^o, que se incrementará en un 5% anual.

4. Se establece para 2012, un tipo de cotización del 22%, siendo el 18,30% a cargo del empleador y el 3,70% a cargo del empleado, incrementándose desde el año 2013 hasta el año 2018, el tipo de cotización se incrementará anualmente en 0,90 puntos porcentuales. A partir del año 2019, el tipo de cotización y su distribución entre empleador y empleado serán los que se establezcan con carácter general, para el Régimen General de la Seguridad Social.
 - a) Durante 2012, 2013 y 2014, se aplicará una reducción del 20% de las cotizaciones por la contratación de las personas que presten servicios del hogar familiar, siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de integración (disposición transitoria única Ley 27/2011).
 - b) Se mantienen las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social por la contratación de cuidadores en familias numerosas⁽²⁴⁾.
5. La cotización por contingencias profesionales, sobre la base de cotización que corresponda según lo indicado en el apartado a) se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas aprobada por la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.
6. La acción protectora de los trabajadores será la misma del Régimen general con una serie de peculiaridades, entre las que se encuentran:
 - a) Establece la forma de determinar el número de horas trabajadas a los efectos de la jornada realizada a tiempo parcial, según la disposición adicional séptima LGSS.
 - b) El subsidio de incapacidad temporal se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive.
 - c) No se aplica la figura del pago delegado sino que es directo por la Entidad gestora o mutua.
 - d) Durante el período 2012-2018 no se aplica la posibilidad de cubrir las lagunas de cotización en las bases reguladoras de las pensiones de invalidez y de jubilación.
 - e) Se alude a que no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 LGSS⁽²⁵⁾, como ya señala la disposición quincuagésima tercera LGSS⁽²⁶⁾.

(24) La bonificación alcanza el 45% de la cuota, en los términos previstos en el artículo 5 del *Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas*.

(25) Se refiere a los supuestos por parte del empleador de incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización, como señala el artículo 126.2 LGSS.

(26) Disposición incorporada por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

- f) Sigue sin incluirse en la acción protectora al desempleo.
- g) Se establece unos plazos, desde 1 de enero 2012 hasta el 30 de junio de 2012, para que voluntariamente se comunique por los empleadores y trabajadores que cumplen los requisitos para ser integrados en el Régimen General, mediante su inclusión en el Sistema Especial, distinguiéndose según se trate de:
 - i. Trabajadores que prestan sus servicios con carácter parcial o discontinuo. En este caso, si no se realiza la comunicación, los empleados quedarán excluidos del Sistema Especial, con la consiguiente baja en el Régimen General, con efectos de 1 de julio de 2012.
 - ii. Si se trata de trabajadores que prestan sus servicios de forma exclusiva y permanente para un único empleador, en este caso si no se realiza la comunicación, los efectos son diferentes, pues su cotización será, a partir de 1 de julio de 2012, la prevista en el tramo superior.
- h) Finalmente, el Gobierno procederá a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012.

Un problema que se suele plantear, cuando la obtención de una prestación de Seguridad Social (contributiva o no contributiva) se supedita a los ingresos que obtiene el interesado o beneficiario, es a qué tipo o clase de ingresos se refiere

B) Adaptación del contenido de la Ley General de la Seguridad Social a la integración

La integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General exige, necesariamente, la incorporación de determinadas adaptaciones en la LGSS. Para ello, la disposición adicional cuadragésima de la Ley 27/2011 (cuya entrada en vigor se produce el 1 de enero de 2012) incorpora las siguientes modificaciones en la LGSS:

- Artículo 10.2 (suprimiendo la referencia al Régimen de Empleados de Hogar).
- Artículo 26.1 (presentación de los documentos de cotización y compensación).
- Disposición adicional séptima.2 (sobre normas aplicables en los contratos a tiempo parcial).
- Disposición octava.4 (normas aplicables a los Regímenes Especiales).
- Disposición adicional undécima bis 3 (prestaciones de maternidad o paternidad).

C) *Prestación de servicios domésticos a través de empresas*

Debe tenerse presente que la inclusión en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General queda condicionada a que la contratación de los servicios se haga directamente por el titular del hogar familiar y no a través de empresas interpuestas, pues si se da este último supuesto, las personas contratadas quedarían excluidas de su incorporación en el Sistema Especial.

En ese sentido, «las tareas domésticas prestadas por trabajadores no contratados directamente por los titulares del hogar familiar sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, determinará el alta de tales trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de esas empresas» (disposición adicional decimoséptima Ley 27/2011), sin mediación, por tanto, del Sistema Especial.

3. Régimen Especial Agrario: su integración en el Régimen General

El otro Régimen Especial que es integrado en el Régimen General de la Seguridad Social es el Régimen Especial Agrario (REA), que comprende a los empresarios y trabajadores por cuenta ajena del sector de las actividades agrícolas, forestales o pecuarias o sean complementarias o auxiliares de las mismas en explotaciones agrarias.

Régimen Especial, que incluyó, asimismo, desde 2008 a los trabajadores por cuenta propia agrarios que fueron, a su vez, integrados en el RETA. De modo que los trabajadores agrarios dejan de encuadrarse en el Régimen Especial Agrario para quedar encuadrados, bien en el RETA⁽²⁷⁾, bien en el Régimen General de la Seguridad Social.

A diferencia del REEH —cuya integración en el Régimen General se realizó mediante una disposición adicional, la 39.^a, de la Ley 27/2011—, la integración del REA en el Régimen General se realiza a través de toda una norma establecida para su regulación, la *Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social*, cuya entrada en vigor se produce el 1 de enero de 2012.

Dado lo extenso de la norma, que regula todo el proceso de integración, me limitaré a resaltar aquellos aspectos más sobresalientes de la nueva regulación:

A) *Incorporación y peculiaridades*

— La integración se produce a través del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios dentro del Régimen General de la Seguridad Social, en el que dichos trabajadores podrán quedar incluidos tanto durante los períodos en que efectúen labores agrarias como durante los períodos de inactividad en tales labores, para lo que se exigirá, con carácter general, la realización de un mínimo de 30 jornadas reales en un período continuado de 365 días (artículo 2.3).

(27) A través de la *Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*.

- Como peculiaridad se contempla un plazo especial de presentación de las solicitudes de alta de los trabajadores cuando no resulte posible dicha presentación con carácter previo al comienzo de su prestación de servicios, pudiendo realizarse en tal caso hasta las 12 horas del día de inicio de dicha prestación (artículo 3)⁽²⁸⁾.

B) Cotización

- Con respecto a la cotización, el artículo 4 Ley 28/2011 distingue, entre los períodos de actividad, en los que las bases de cotización, tanto mensuales como diarias, se determinan igual que en el Régimen General, y los períodos de inactividad, en los que, con arreglo a la fórmula que se determine legalmente, se cotizará por la base mínima del grupo 7 de cotización vigente en cada momento, con aplicación, en ambos períodos, de los tipos de cotización previstos en el artículo 4.1, regla 3.ª, Ley 28/2011.
- Asimismo, se fijan unas condiciones especiales de cotización respecto a los trabajadores agrarios por cuenta ajena por los conceptos de recaudación conjunta con la Seguridad Social, entre los que se incluye por vez primera la Formación Profesional, así como en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, previéndose igualmente que no será de aplicación en este Sistema Especial el incremento de la cuota previsto para los contratos temporales de duración inferior a siete días, en atención a las circunstancias y condiciones de trabajo en el sector agrario (artículo 4, apartados 2, 3 y 4, Ley 28/2011).
- Por otro lado, se regulan (artículo 5 Ley 28/2011) los supuestos de responsabilidad en el ingreso de las cuotas dentro del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, distinguiendo para ello entre los períodos de actividad y de inactividad y las situaciones indicadas antes, de percepción de subsidios de la Seguridad Social.

C) Acción protectora

Con respecto a las peculiaridades de las prestaciones cabe señalar las siguientes:

- Para el reconocimiento de las prestaciones económicas será necesario que los trabajadores se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables.
- Durante los períodos de inactividad, la acción protectora del Sistema Especial comprenderá las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación.
- Para el acceso a la modalidad de jubilación anticipada con coeficientes reductores previsto en el artículo 161 bis.2 LGSS, a efectos de acreditar el requisito del período mínimo de cotización efectiva establecido en tal artículo, será necesario que,

(28) No obstante, si la jornada de trabajo finaliza antes de las 12 horas, las solicitudes de alta deberán presentarse antes de la finalización de esa jornada (artículo 3 Ley 28/2011).

en los últimos diez años cotizados, al menos seis correspondan a períodos de actividad efectiva en este Sistema Especial. A estos efectos, se computarán también los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en este Sistema Especial.

- Durante la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y en los términos reglamentariamente establecidos, la cuantía de la base reguladora del subsidio no podrá ser superior al promedio mensual de la base de cotización correspondiente a los días efectivamente trabajados durante los últimos 12 meses anteriores a la baja médica.
- La prestación económica por incapacidad temporal causada por los trabajadores incluidos en el Sistema Especial será abonada directamente por la entidad a la que corresponda su gestión.
- Para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena respecto de los períodos cotizados en este Sistema Especial sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 LGSS sobre integración de las lagunas de cotización.
- Sobre las condiciones de la protección por desempleo, resulta de aplicación lo establecido en el Título III sobre Protección por desempleo establecido en la LGSS, con las particularidades de la disposición adicional tercera Ley 28/2011.

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONFLICTOS ENTRE REGULACIONES.
 - A) **Legislación laboral y concursal en la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial.**
 - B) **Prevalencia de la normativa sobre cesión de trabajadores.**
 - C) **Pactos individuales en masa *versus* regulación en convenio colectivo.**
 - D) **La regulación de la extinción del contrato de interinidad y supresión de la plaza en normativa administrativa.**
 - E) **La regulación del preaviso en caso de dimisión en convenio colectivo tiene la condición de derecho mínimo frente a una eventual regulación en contrato.**
 - F) **Desarrollo convencional del artículo 37.5 ET.**

 2. CUESTIONES SOBRE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.
 - A) **Consentimiento del trabajador, finiquito y contratos temporales.**
 - B) **Decisiones unilaterales del empresario.**
 - a) Cohonestación con el principio de igualdad.
 - b) Las instrucciones o circulares de empresa.
 - c) Nulidad de las decisiones que no respeten la legalidad.
 - d) Condición más beneficiosa.
 - C) **Requisitos para la adopción de acuerdos por la asamblea de trabajadores.**

 3. CONVENIOS COLECTIVOS.
 - A) **Legitimación empresarial.**
 - B) **Convenio colectivo aplicable.**
 - a) Cesión de trabajadores.
 - b) Sucesión de empresa.
 - C) **Interpretación de convenios colectivos.**
 - a) Prevalencia del criterio de instancia.
 - b) Cláusula *rebus sic stantibus*.
 - c) Afectación de la prohibición de cláusulas potestativas.

 4. OTROS PACTOS COLECTIVOS.
-

1. CONFLICTOS ENTRE REGULACIONES

A) **Legislación laboral y concursal en la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial**

La prevalencia de la legislación concursal sobre el Estatuto de los Trabajadores no se refiere sólo a la atribución de la competencia judicial. Según resuelve la **STS de 13 de abril de 2011** (J 998/2011), también es la Ley aplicable a la extinción. En concreto, instada la extinción del contrato por parte de los trabajadores de la empresa, la transformación que realiza el artículo 64.10 de la Ley Concursal en su consideración de extinciones colectivas, no es aplicable sólo a las cuestiones procedimentales, sino también a la del alcance de la indemnización, que deja de ser 45 días de salario por año de servicio con el límite de 42 mensualidades, para concretarse en 20 días con el límite de 12 mensualidades.

B) **Prevalencia de la normativa sobre cesión de trabajadores**

La **STS de 21 de enero de 2011**, IL 755/2011, resuelve un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, recordando que la empresa cesionaria no puede oponer el contenido del contrato —en este caso administrativo—, si la realidad de los hechos coincide con los rasgos tipificadores de la maniobra vedada por el artículo 43 ET. No es óbice para la aplicación del mentado precepto que el pacto recoja que la contrata incurra en los términos que la legislación califica como cesión ilegal, tal y como resuelve la **STS de 14 de febrero de 2011**, IL 745/2011, «pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 del Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos» (**SSTS de 15 de febrero de 2011**, IL 739/2011 y **22 de febrero de 2011**, IL 732/2011).

C) **Pactos individuales en masa versus regulación en convenio colectivo**

El Convenio Colectivo del comercio textil establece que «el personal librerá» determinadas partes del día durante los meses de verano. La **STSJ del País Vasco de 1 de febrero de 2001** (J 795/2011) determina que el pacto celebrado con los trabajadores de las tiendas ubicadas en los centros comerciales, con el fin de que, a cambio de un complemento salarial y del correspondiente descanso, trabajen durante dichos, lesiona el derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva (de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las SSTC 105/1992, de 1 de julio; 208/1993, de 28 de junio; 107/200, de 5 de mayo y 225/2001, de 26 de noviembre). En parecidos términos, Sentencia de la **Audiencia Nacional de 9 de mayo de 2011** (J 868/2011), en relación con, en palabras de la resolución, «los contratos novatorios en masa con trabajadores».

D) **Regulación de la extinción del contrato de interinidad y supresión de la plaza en normativa administrativa**

Otro supuesto en el que la norma laboral cede a la aplicación de una disposición ajena a ella viene dado por la peculiar causa de extinción de los contratos de trabajadores interinos de la Administración pública, en la que, más allá de los casos contemplados en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, constituye título habilitante la normativa administrativa

que con rango suficiente establezca la modificación de la plantilla. Recordando jurisprudencia anterior, así lo establece la **STS de 3 de mayo de 2011** (J 1001/2011). Resuelven conflictos en parecidos términos las Sentencias de 12 de marzo de 2002 (rec. 1223/01) y de 14 de marzo de 2002 (rec. 3191/01) y las que en ellas se citan. En el 5.º fundamento de esta última se razona al respecto: «En este punto la doctrina ya ha sido unificada por la Sala, y precisamente en el sentido en que lo hace la sentencia de contraste; en repetidas ocasiones (sentencias de 2 de abril de 1997, 8 de junio de 1997 y 27 de marzo de 2000, entre otras) se ha admitido la posibilidad de que, cuando el contrato es de interinidad por vacante y los servicios se prestan a la Administración, el contrato puede extinguirse por las causas generalmente previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, pero también se produce ese efecto por la causa específica de la amortización de la plaza servida. 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”».

E) La regulación del preaviso en caso de dimisión en convenio colectivo tiene la condición de derecho mínimo frente a una eventual regulación en contrato

Fijado en el convenio colectivo un plazo de preaviso mínimo de quince días para la dimisión, el contrato individual aumentó hasta dos meses el tiempo con que el trabajador debía anticipar su decisión al empresario, imponiéndose el salario de los días incumplidos como indemnización por los daños derivados de su eventual incumplimiento. Además de la discusión sobre el alcance de esa expresión —podría considerarse que ese «mínimo» del Convenio estaba autorizando que se pactara un período más largo—, la **STS de 31 marzo de 2011** (IL 889) se pronuncia sobre la naturaleza de esa prescripción. A juicio del voto particular, se trataría de una condición de empleo, no de trabajo, sobre la que no se proyectaría el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. Al sostener la tesis mayoritaria lo contrario, hay que concluir que el contrato individual no es fuente hábil para delimitar períodos de preaviso superiores a los mínimos indicados en convenio colectivo.

F) Desarrollo convencional del artículo 37.5 ET

En la regulación del derecho establecido en el párrafo primero del artículo 37.5 ET, el convenio colectivo debe seguir una técnica precisa. Según establece la **STS de 21 de mar-**

zo de 2011 (J 705), es imprescindible que se realice una ponderación de los intereses en juego, sin que sea aceptable una mera concreción de los aspectos huérfanos de ella en la Ley —concreción horaria, intereses merecedores de mejor protección—. En el convenio colectivo debe incluirse esa ponderación para que, en cada caso concreto, sea posible resolver, sin que sea suficiente una mera enumeración de los requisitos que hagan vinculante la solicitud del trabajador. Frente a lo afirmado en el voto particular con que cuenta la Sentencia, la clave radica no en la mejora que pueda introducir el convenio, sino en el hecho de que al tratarse de un derecho individual deben justificarse, en todo caso, las restricciones que se le impongan.

2. CUESTIONES SOBRE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

A) Consentimiento del trabajador, finiquito y contratos temporales

El consentimiento del trabajador está viciado y no es fuente válida de obligaciones, cuando en un supuesto de encadenación de contratos temporales, el trabajador acepta firmar un finiquito «por la oferta empresarial de firmar un nuevo contrato en fechas próximas» (**STS de 17 de marzo de 2011**, IL 712). El vidrioso tema de los finiquitos es afrontado de manera general en la **STS de 22 de marzo de 2011** (IL 804), reiterando doctrina anterior sobre los límites y requisitos del consentimiento en lo que atañe a su faceta extintiva. Es necesario que se acredite su carácter transaccional, de forma que faltaría el objeto del acuerdo si las cantidades no hacen creíble que ese fuera el fin pretendido, o la causa misma, si no existe una contraprestación que dé cobertura al acuerdo.

B) Decisiones unilaterales del empresario

a) *Cohonestación con el principio de igualdad*

El alcance del principio de igualdad en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo es abordado en la **STS de 28 de marzo de 2011** (IL 699/2011). Recordando jurisprudencia anterior, trae a colación su diferente proyección en las relaciones individuales respecto de las normas generales. Así, el hecho de que las consecuencias derivadas de la extinción del contrato de trabajo sean diferentes según la empresa a la que el trabajador perteneciera antes de integrarse ambas, no supone un trato desigual inspirado en alguno de los supuestos vedados por el art. 14 de la Constitución, como tampoco lo es la decisión empresarial que opta por un sistema retributivo que utiliza como criterio de diferenciación la fecha de contratación (**STC 36/2011, de 28 de marzo**, J 675/2011).

b) *Las instrucciones o circulares de empresa*

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2011** (J 686/2011) ofrece la oportunidad de recordar los requisitos de las Instrucciones o circulares de empresa, como fuente reguladora de las relaciones laborales, así como su alcance. Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, afirma que «Las instrucciones de la empresa no son en nuestro ordenamiento ninguna norma, porque no forman parte del sistema de fuentes de ordenación

de la relación laboral que define el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, salvo cuando pudieran generar una condición más beneficiosa que se incorporase al vínculo contractual por la vía del apartado c) del número 1 de ese precepto, si bien en este caso tampoco se trataría propiamente de una norma, sino de una condición de origen contractual. Pero no por ello puede concluirse que este tipo de instrucciones son necesariamente ilícitas, pues las mismas pueden constituir un ejercicio legítimo del poder directivo empresarial, si bien hay que aclarar que no se trata ya del poder de dirección de la prestación laboral (art. 20 del Estatuto de los Trabajadores), sino del poder general de dirección en el marco de cualquier organización compleja y jerárquica. En efecto, las instrucciones definen criterios a los que han de atener, en virtud del principio de jerarquía, los órganos de la empresa al aplicar las normas convencionales y son así directrices internas que no crean derechos y obligaciones en el marco de la relación de trabajo, sino meras indicaciones u órdenes de actuación para los servicios de personal de la propia empresa, como sucede con las denominadas circulares o instrucciones internas de las administraciones públicas a las que refiere el art. 21 de la LRJAPC, que, según la doctrina administrativa, tienen eficacia meramente *ad intra* en el seno de la organización. Lo dicho muestra que tampoco han podido vulnerar las instrucciones el derecho a la negociación colectiva y el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, sencillamente porque no ocupan el lugar del convenio colectivo, ni el de las decisiones interpretativas de la comisión paritaria; son solamente instrucciones internas sin eficacia reguladora de los contratos de trabajo». Así, no puede considerarse entonces lesivo de la libertad sindical una instrucción que la propia Comisión paritaria entiende respetuosa con el Convenio colectivo».

c) Nulidad de las decisiones que no respeten la legalidad

En relación con los límites del poder de dirección para imponer unilateralmente condiciones de trabajo, se recuerda que su ejercicio en ocasiones es reglado, lo que comporta la nulidad de la decisión empresarial si no respeta las exigencias de la legislación laboral. Esta nulidad radical se añade a la previsión de considerar injustificada la decisión si el empresario no sólo no justifica la medida, sino que prescinde completamente del procedimiento establecido. En concreto, en un caso relativo a modificación de horario convenido consuetudinariamente, la **STSJ de Castilla La Mancha de 25 de enero de 2011** (J 786/2011), considera que «La controversia queda entonces centrada en la discusión de si es posible o no modificar alguna de las condiciones que son legalmente consideradas como esenciales [y el horario de trabajo lo es, conforme al citado artículo 41.1.b) ET], mediante una mera decisión unilateral amparada en el ejercicio ordinario del poder de dirección, acogido así al artículo 5.c) de la citada norma estatutaria laboral, o si por el contrario, es exigible, dada la importancia de dicha condición de trabajo, el tener que acudir a las cautelas y garantías establecidas en dicho precepto. Que junto a causalizar tal posibilidad de empleo del poder patronal (deben de concurrir probadas —no solo alegadas— razones económicas, técnicas, organizativas o de producción), lo somete además a unas ciertas formalidades en su ejercicio (comunicación al trabajador y a sus representantes legales con una antelación de treinta días). De tal manera que, para el caso de así considerarlo, la decisión modificadora realizada de modo injustificado y al margen de la procedimentalización legalmente prevista, deviene, no ya en injustificada, sino en nula, con la consecuencia de reponer al trabajador en la situación anterior a dicha decisión (...) pues existente un determinado horario,

(...) no es posible modificarlo de modo unilateral, pues eso excede del ejercicio ordinario del poder de dirección empresarial “no reglado”, para entrar dentro del poder de dirección “reglado” o legalmente limitado. Y mucho menos, si no existe consentimiento de los trabajadores afectados por el cambio, y mucho menos aún, si no se han cumplido las exigencias formales y plazos legales, establecidos en defensa del derecho de los mismos. Por lo que el tema no es propiamente de una falta de justificación de la causalidad de la medida, de su razonabilidad o proporcionalidad, que conllevaría en ese caso a la declaración de ser la misma injustificada, sino que en cuanto que es una decisión que ha tratado de evitar las garantías, realizada así en fraude de ley, debe de considerarse como nula, de acuerdo con la petición principal del recurrente, tanto de conformidad con el Código Civil (artículo 6.4), como por aplicación analógica del artículo 41.3 ET (artículo 4.1 del citado Código)».

d) Condición más beneficiosa

La reiteración de la jurisprudencia sobre la conformación de las condiciones más beneficiosas, según la cual «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» y se pruebe, en fin, «la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo». Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide 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 11 de septiembre de 1992). Por ello, la condición más beneficiosa tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior «legal o pactada colectivamente», más favorable que modifique el «status» anterior en materia homogénea, conduce a la **STS de 4 de abril de 2011** (IL 891/2011) a considerar incorporado al contenido del contrato una gratificación que venía disfrutándose desde hace una década, no sometida a ninguna condición y que no sólo la recibía el reclamante sino también otros trabajadores de similar categoría profesional.

C) Requisitos para la adopción de acuerdos por la asamblea de trabajadores

Los requisitos de quórum y proporción entre votos afirmativos y plantilla de la empresa que recoge el artículo 80 ET deben circunscribirse a los supuestos en que expresamente la norma invoca esa Asamblea, esto es, «los previstos en los arts. 66.2 (convocatoria de una reunión del comité de empresa), 67.3 (revocación del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa), 87.1 (designación de la representación sindical para negociar un convenio de franja) del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 2.2 (promoción de elecciones) del Real Decreto 1844/1994 de elecciones o órganos de representación de los trabajadores en la empresa; y, en último extremo, aunque es más dudoso, para acordar, con igual carácter, medidas de conflicto colectivo o la conclusión de

convenios colectivos extraestatutarios». Con esa premisa, la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2010** (J 678/2011) excluye que sea necesaria más de la mitad de los votos de los trabajadores de cada centro de trabajo, admitiendo que la referencia sea los que efectivamente acudieron a la convocatoria, en el caso en que un preacuerdo sobre un Expediente de Regulación de Empleo se remite a la opinión de los trabajadores. En la medida en que el propio órgano que convoca la Asamblea tenía capacidad para adoptar el acuerdo, puede imponer a éste las restricciones que considere oportunas.

3. CONVENIOS COLECTIVOS

A) Legitimación empresarial

La legitimación para negociar un convenio colectivo por la parte empresarial está regulada, como es conocido, en el artículo 87.2.c) del Estatuto de los Trabajadores. Son recurrentes los problemas que existen para acreditar el cumplimiento de los parámetros reseñados en ese precepto, salvedad trascendente que se ha sorteado con una interpretación del Tribunal Supremo que admite el mero reconocimiento de la otra parte negociadora (así en la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2011**, J 931/2011) o, en el caso de que haya accedido ya el acuerdo al Diario oficial, concede una presunción que sólo es enervable mediante la cumplida prueba de que las empresas representadas o el número de trabajadores no son suficientes. Eso es lo que sucede con una Asociación empresarial en el caso resuelto por la **STS de 15 de marzo de 2011** (J 719/2011), que sirve de recordatorio de las doctrinas reseñadas.

B) Convenio colectivo aplicable

a) Cesión de trabajadores

Otro supuesto de cesión ilegal de trabajadores es el abordado por la **STS de 25 de enero de 2011**, IL 754/2011, que establece que el trabajador que elige su integración en la empresa cesionaria, en aplicación del artículo 43 ET, asume que el convenio colectivo de aplicación será el de dicha empresa, perdiendo entonces aquellas ventajas que le deparara el contrato que le unió al cedente —en el caso, un salario superior—. Reitera esta resolución jurisprudencia ya consolidada que cita con profusión.

b) Sucesión de empresa

A los trabajadores de una empresa que pasan a otra por aplicación del art. 42 ET les sigue siendo de aplicación su inicial convenio colectivo, incluso en fase de ultraactividad, mientras no se apruebe un nuevo convenio colectivo aplicable a la empresa en la que se integran, según doctrina que recoge la **STS de 12 de abril de 2011** (J 697/2011). En coherencia con ello, el nuevo convenio colectivo que pudiera aprobarse, si prevé su retroacción, respecto de los trabajadores integrados sólo es aplicable desde que tal se produce, como señala la **STSJ de Madrid de 31 enero de 2011** (J 968).

C) Interpretación de convenios colectivos

a) *Prevalencia del criterio de instancia*

En materia de interpretación de convenios colectivos, el Tribunal Supremo cuenta con una consolidada jurisprudencia que recuerda la **STS de 1 de febrero de 2011**, IL 752/2011, partiendo de la premisa de que «el carácter mixto del Convenio Colectivo —norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa— determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos». En este caso concreto, se determina el alcance de una cláusula previendo una revisión salarial vinculada al incremento del IPC previsto por el Gobierno, elemento que formalmente no se produjo. Más allá de la solución, reflejada en numerosas sentencias y que rectifica doctrina anterior (al respecto *cfr.* **STS de 24 de febrero de 2011**, J 730/2011), se recuerda el privilegiado lugar que ocupa la instancia en la interpretación de los Acuerdos y Convenios Colectivos: «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) *Cláusula rebus sic stantibus*

a) Inaplicabilidad a los convenios colectivos

Entre la larga serie de sentencias que tuvieron que interpretar los efectos de la deflación producida en 2009 respecto de las cláusulas que ligaban la evolución salarial al IPC de dicho año, se encuentra la **STS de 1 de marzo de 2011** (J 879/2011). Para desestimar la pretensión empresarial de llevar a cabo la correspondiente rebaja en las retribuciones, considera útil el Tribunal Supremo recordar que la regla *rebus sic stantibus* no es aplicable a los convenios colectivos, habida cuenta su carácter normativo, siendo el destinatario de ese criterio aplicativo el contrato individual. Sigue este mismo criterio, con cita de abundante doctrina jurisprudencial, la **STS de 15 de abril de 2011** (J 869/2011).

b) La corrección de una *praxis* ilegal

No trae a colación esa restricción en el ámbito de la cláusula *rebus sic stantibus* la **STS de 30 de mayo de 2011** (J 1019/2011), aunque igualmente desestima su aplicación. El Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad (2005-2008) recogía un valor para la hora extraordinaria que formalmente pretendía equiparar al de la hora ordinaria, pero materialmente descontaba pagas extraordinarias y cualquier complemento retributivo más allá del salario base. Declarada la ilegalidad de ese artículo, se pretende que consista tal hecho en el supuesto que permitiría acudir a la mentada institución. Una práctica ilegal, por reiterada que sea, con la conculcación de una norma de Derecho necesario, no puede dar pie a que la mera aplicación de la legalidad se considere que ha roto el equilibrio del convenio colectivo.

c) Afectación de la prohibición de cláusulas potestativas

La prohibición de cláusulas potestativas que establece el artículo 1256 del Código Civil es trasladable al ámbito de los convenios colectivos y contratos de trabajo. En el caso resuelto por la **STS de 22 de febrero de 2011**, IL 731/2011, esta prohibición se aplica a un pacto de concurrencia, configurado de tal manera que a la extinción del contrato la empresa decidía sobre su eficacia. Suprimida esa condición ilegal, en la que el pacto individual no puede prevalecer frente a la norma impeditiva, se tiene por no puesta y el desinterés empresarial en eludir la competencia de su antiguo trabajador no puede acompañarse de omitir el pago pactado por el mentado acuerdo de no competencia postcontractual.

4. OTROS PACTOS COLECTIVOS

La **STS de 9 de marzo de 2011** (J 722/2011) aborda el complejo tema del rol al que está llamada la negociación colectiva en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, donde debe casarse la amplia llamada que la norma realiza, reiteradamente, a la autonomía colectiva, y el hecho de que los aspectos técnicos de la prevención en ocasiones impiden que exista un espacio de mejora. El punto concreto en el que se detiene es el relativo a los órganos de representación, para afirmar que frente a la amplia disponibilidad ofertada por la Ley 31/1995, es necesario que el instrumento colectivo sea, en este ámbito, un Convenio colectivo estatutario: «existen determinadas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme, y en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo».

ICÍAR ALZAGA RUIZ

II. TRABAJADOR

SUMARIO⁽¹⁾

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.

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

- E) **Trabajos familiares.**
 - F) **Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.**
 - G) **Trabajos de colaboración social.**
4. *ZONAS GRISES.*
- A) *Transportistas.*
 - B) *Personal contratado en Administraciones Públicas.*
 - C) **Autónomos.**
 - D) **Profesiones liberales.**
 - E) **Socios empleados.**
 - F) **Arrendatarios y aparceros.**
 - G) **Toreros.**
 - H) **Religiosos.**
 - I) **Trabajadores extranjeros.**
 - J) **Otros.**
5. **NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.**
- A) **Trabajador por cuenta ajena.**
 - a) Familiares.
 - b) Extranjeros.
 - B) **Inclusiones por asimilación.**
 - a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.
 - b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
 - c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.
 - d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.
 - e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas.
 - f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.
 - g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.
 - h) Funcionarios en prácticas.
 - i) Funcionarios del Estado transferidos a las CC.AA.
 - j) Miembros de las corporaciones locales.
 - k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.
 - l) Otros.
 - C) **Exclusiones.**
 - a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.
 - b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial.
 - c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.
6. **TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.**
-

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

La sentencia cuyo comentario incluimos a continuación resulta de gran interés. Analiza la naturaleza jurídica de un contrato de director de centro cultural en el extranjero celebrado por una agencia pública. Se discute si estamos ante una relación laboral especial de alta dirección.

STSJ de Madrid de 12 de enero de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 5401/2010), ILJ 769/2011.

1. El trabajador ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada AECID (Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo) desde 8-1-2008, según contrato celebrado entre las partes con la categoría de director de centro cultural en República Dominicana, hasta el 7-1-2011, con un salario bruto mensual con inclusión de pagas extras por importe de 4.920,71 euros. El demandante ostentaba las siguientes facultades de disposición inherentes a su cargo de Director del centro: facultades en materia de gasto en relación con los pagos a justificar y celebración de contratos administrativos; facultades en materia de personal: autorización de las convocatorias de personal laboral, suscripción de contratos de trabajo en representación de la AECID y proposición de modificaciones de condiciones de trabajo. Mediante comunicación de fecha 13-10-2009 la AECID comunica al trabajador que el contrato se extingue por desistimiento de la AECID y se alega la celebración por parte del actor de contratos administrativos en nombre de la AECID con infracción del artículo 49 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público supone una trasgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza según lo establecido en los artículos 55 y 54.c) del ET.

2. El art. 13 del EBEP contempla la figura del personal directivo profesional considerando como tal al que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. Igualmente, el referido precepto establece que «cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección». Por su parte, el art. 38 del RD 1403/2007, regulador del Estatuto de la AECID, señala que tendrán la consideración de personal directivo de la Agencia en el exterior los Directores de las Oficinas Técnicas de Cooperación, de los Centros de Formación y de los Centros Culturales, indicando que estos puestos directivos se cubrirán en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección, entre titulados superiores atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia. Finalmente, el núm. 7 del art. 38 precisa que, «de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la determinación de las condiciones de empleo de personal directivo no tendrán la consideración de materia objeto de negociación colectiva. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral especial de carácter especial de alta dirección».

Por otro lado, el actor fue contratado como Director de Centro Cultural lo que, de conformidad con el art. 38 del RD 1403/2007, determina que el mismo deba considerarse como personal directivo y, al haber sido contratado en régimen laboral, mediante un contrato de alta dirección, sometido al régimen especial, por aplicación no solo de dicha norma, sino también de lo previsto en el art. 13 del EBEP. Si se añade la circunstancia de que el actor efectivamente tenía y desarrollaba facultades directivas, tanto en materia de gasto como de personal, así como tareas de dirección del Centro Cultural de la República de Santo Domingo y su personal, de programación y ejecución de actividades culturales de cooperación para el desarrollo de la cultura dominicana, el actor era personal laboral especial de alta dirección, al que le es aplicable el RD 1382/1985 con las peculiaridades que al efecto se derivan de ser el empleador una Administración Pública manifestadas simplemente en el hecho de que actuaba sujeto a los criterios e instrucciones emanados de los órganos superiores de gobierno (Dirección General de Relaciones Culturales y Científicas y la Intervención de las cuentas), pero correspondiendo al mismo la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la programación, la dirección y el asesoramiento que se detalla en el cuerpo de la sentencia, aunque obviamente sin ostentar poderes inherentes a la titularidad jurídica, por ser ello imposible, como también lo es ostentar poderes relativos a objetivos generales de la Administración. Se evidencian así las razones claras por las que el mismo es personal directivo, sujeto por norma legal a la normativa específica aun cuando no se cumplan todas y cada una de las previsiones del RD 1382/1985 que, por cierto, tiene rango reglamentario, mientras que el EBEP tiene condición y carácter de ley formal.

En el art. 2.1.j) LET se extiende el concepto de relación laboral especial a «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley» tal y como ha hecho la Ley reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, ya que lo que en ella se hace es otorgar la condición de relación laboral especial al personal directivo que sea personal laboral, sin que ello resulte impedido porque el otorgamiento se efectúe mediante el sistema de remitirse a los mandatos del Real Decreto 1382/1985.

Y le es aplicable el desistimiento empresarial, según se expresa el art. 11 del RD y ello aun cuando a continuación se cite el art. 54 ET y se aluda a un incumplimiento del trabajador como causa del desistimiento, pues el desistimiento no precisa causa, bastando al efecto su simple ejercicio. El hecho de que se especifique una causa o motivo como razón del desistimiento no transforma el desistimiento en despido.

3. La Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, dispone sobre el personal directivo profesional lo siguiente: El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. 2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y con-

currencia. 3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. 4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección (art. 13).

Por ello, no se puede afirmar, pese a que lo haga la STSJM, que en el art. 13 del EBEP se considera «personal directivo profesional (...) al que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración». La LEBEP faculta al Gobierno de España y a los órganos de gobierno de las CC.AA. a que establezcan el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, tomando en cuenta los referidos criterios, de modo que el principio expresivo de que «es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas», definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, no es operativo *per se*, sino tan solo para que lo tenga en cuenta el Gobierno de España al redactar su RD o los órganos de gobierno de las CC.AA. cuando redacten sus normas. Va dirigido al Gobierno y a las CC.AA, no a los trabajadores ni a los organismos para los que trabajen, sin que preexista esa norma gubernamental o autonómica. Y tales normas no se mencionan.

Lo que diga el art. 38 RD 1403/2007, regulador del Estatuto de la AECID, sobre la consideración de personal directivo de la Agencia en el exterior, los Directores de las Oficinas Técnicas de Cooperación, de los Centros de Formación y de los Centros Culturales, y que se dotarán mediante contratos de alta dirección, entre titulados superiores atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, es o no válido, según respete o no normas superiores preexistentes.

No consta el cometido o funciones propias de esos directores de oficinas técnicas de cooperación, y de los demás que se mencionan, pero parece o, más bien, es un exceso manifiesto suponer, dar por implícito, que reúne las condiciones establecidas en el RD 1382/1985, art. 1.2, a menos que empiecen a distinguirse múltiples especies, grados, tipos y subtipos de contratos de trabajo especiales de alta dirección. Pero lo que no puede hacerse es acudir al art. 11 RD 1382/1985 para decidir un pleito en el que la norma a aplicar no es esa, sino el RD 1403/2007, cuyo contenido no explicita el régimen jurídico de esos «contratos de alta dirección» (distinto de la «relación laboral de carácter especial de personal de alta dirección», a que se dirige el RD 1382/1985). Cargos directivos hay muchos; contratos de alta dirección, mientras no se modifique o derogue el citado RD 1382/1985, solo son los que en él se regulan.

Las facultades que ejercía el demandante: en materia de gasto en relación con los pagos a justificar y celebración de contratos administrativos; facultades en materia de personal: autorización de las convocatorias de personal laboral, suscripción de contratos de trabajo en representación de la AECID y proposición de modificaciones de condiciones de trabajo, no son lo suficientemente rigurosas y comprometidas para quien le nombra, de modo que no lleva la dirección de la empleadora, ni la vincula en las orientaciones

o decisiones relevantes, mucho menos dirige sus líneas económicas. Seguramente todo eso es imposible cuando se trata de una Administración Pública. Pero si es así, lo que se entiende jurídicamente muy bien, no se le puede aplicar el régimen del personal de alta dirección que efectivamente compromete en sus decisiones la marcha económica y vital de su empleador. Si el demandante no es ni puede ser el *alter ego* de la AECID, ni ejerce, ni puede ejercer facultades inherentes a ésta, no se le puede aplicar el RD 1382/1985. Si se le quiere llamar «contrato de alta dirección» resulta imprescindible concretar su régimen jurídico, propio, específico, ajeno al del RD 1382/1953 citado, que no le es aplicable por la citada imposibilidad técnico-jurídica. Otra cosa sería mezclar instituciones, cargos, contratos, supuestos, sustancialmente distintos, dándoles un régimen jurídico inapropiado, no expandible por analogía, por ser el único régimen jurídico existente.

En todo caso, si se entendiera lo contrario, habría que compartir que los nominalismos son perversos. Si el empresario dice al trabajador que le cesa por una concreta trasgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza según lo establecido en los artículos 55 y 54.c) del ET, eso no puede ser otra cosa que un despido disciplinario, sin que, sobre la claridad de los motivos, prevalezca la contundencia de las denominaciones, en el caso, que se trataba de un desistimiento, a menos que se olvide el intérprete del contenido del art. 1286 CCiv.

STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 4873/2010), ILJ 1130/2011.

1. El demandante en la instancia inició su prestación de servicios en el año 1982 por cuenta de una empresa que posteriormente cambiará su estatuto jurídico en sucesivas operaciones hasta ser adquirida por una empresa multinacional. A lo largo de esos cambios, las nuevas titulares fueron subrogándose y respetando antigüedad, categoría y salario. A raíz de la compra por parte de la multinacional, se suscribió un nuevo contrato laboral de carácter especial y el demandante fue nombrado con posterioridad director de operaciones «west mediterranean a nivel de vicepresidencia». Pero, en el desempeño de esta tarea, surgieron diferentes discrepancias, siendo la última la que se produjo con motivo de la evaluación de los objetivos realizada por un superior. Al poco tiempo, se le comunicó por conducto notarial su despido y, cuando se presentó en la empresa, le impidieron el acceso a su puesto de trabajo. Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social declara la improcedencia del mismo; frente a dicha sentencia se interponen sendos recursos de suplicación, por parte de la empresa demandada y por la parte actora.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entra a conocer de los motivos de los recursos interpuestos por las partes y sucesivamente los va desestimando, salvo en lo que respecta al cálculo del salario a efectos indemnizatorios, como se dirá más adelante. La Sala confirma que la relación del actor con la empresa demandada se corresponde a una relación laboral especial de alta dirección, no laboral común, y en consecuencia es competencia del orden jurisdiccional social conocer de la demanda interpuesta por el trabajador. En segundo lugar, el Tribunal confirma la existencia de un despido, no de un desistimiento, puesto que en la comunicación que se dirige al trabajador no se pretende el cese de las funciones de alta dirección o el cese de su condición de administrador solidario, sino la extinción total de la relación que unía a las partes. Finalmente,

sí se acoge el último de los motivos del recurso presentado por la empresa en lo relativo al cálculo del salario a efectos de la indemnización, admitiendo el error en el cálculo en la sentencia de instancia.

3. Se considera consolidado el criterio jurisprudencial según el cual es incompetente el orden social para conocer de las pretensiones ejercitadas contra la empresa por quien forma parte de sus órganos de administración y paralelamente ejerce tareas directivas que pudieran entenderse propias de una relación de trabajo especial, pero ello parece referirse siempre al caso en que concurren tales circunstancias sobre quien posee parte del capital social y, por ello, su condición de miembro de los órganos de administración viene determinada por esa participación en la titularidad de la empresa.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

La sentencia que se comenta a continuación es una sentencia relevante por su claridad y por vincular entre sí dos cuestiones destacadas en el ámbito de la administración social de las empresas y de la alta dirección en las mismas funciones que, con mucha frecuencia, van unidas entre sí.

STS de 24 de mayo de 2011 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1427/2010), ILJ 1091/2011.

1. El actor inició una relación con la empresa C en el año 1982, ostentando en aquel momento la condición de Ingeniero-Director General, siendo nombrado en el mismo año por el Consejo de Administración Director General de la Sociedad, con poderes limitados que se ampliaron considerablemente en 1987, cuando ya C había constituido, con otras sociedades, una nueva entidad mercantil. Tras complejas peripecias societarias, que no son del caso, el actor desempeñó el cargo de Administrador Único a partir del año 2000, hasta que en el 2008, invocando pérdida de confianza, se desiste empresarialmente de la relación de alta dirección y se revoca el nombramiento del actor como administrador único. En respuesta a estos hechos, el actor solicitó su reincorporación como personal laboral común, a lo que se opuso la empresa alegando la inexistencia de un vínculo contractual de ese carácter.

El Juzgado de lo Social núm. 5 de Madrid, en sentencia de 4 de marzo de 2009 (Autos 1051/2008), declaró la incompetencia jurisdiccional por razón de la materia, pero la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 9 de febrero de 2010 (Rollo 4065/2009), estimó el recurso de suplicación interpuesto por el actor, anulando la sentencia de instancia y ordenando al órgano *a quo* entrar en el fondo del asunto. Recurrida la anterior sentencia en unificación de doctrina, por entender que la sentencia impugnada resultaba contradictoria con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13 de julio de 2001 (Rollo 2797/2001), la Sala casacional lo estima y declara nuevamente la incompetencia del orden social para el conocimiento del asunto.

2. La Sala casacional, tras admitir la contradicción entre las sentencias contrastadas, examina los razonamientos contenidos en ambas. Así, comprueba que la sentencia recurrida entendió que hasta el 19 de febrero de 1987 la relación entre las partes había sido laboral común, pasando a ser de alta dirección desde esa fecha hasta el año 2000 y, a partir de entonces, de carácter mercantil. Interpretando que cuando se accede al órgano societario de representación por promoción laboral —desde una relación laboral previa— hay que entender que con ello se suspende la relación laboral y no se extingue, salvo pacto expreso en contrario, por la demanda jurídica que va implícita en toda situación, de promoción y resultar de aplicación analogía *iuris* con la situación de excedencia o la *legis* prevista en el artículo 9 del RD 1382/1995, regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, de tal modo que la extinción de la relación societaria activa la laboral suspendida desde la que se accedió a ésta. Por su parte, en la sentencia de contraste —que tenía como probado que el actor había comenzado a prestar servicios para G en 1996, siendo designado administrador único en 1999 con desempeño de las funciones de director general de la sociedad—, considera que la vinculación del actor con la empresa desde el 1 de mayo de 1999 no fue de carácter laboral sino mercantil, al haberse ejercido funciones de director general y administrador único de la misma, habiendo perdido su condición de trabajador por cuenta ajena al haber sido promovido a tales cargos, suponiendo su promoción al cargo de administrador de la sociedad la extinción y no la simple suspensión de la relación.

Pues bien, a partir de la confrontación de las dos interpretaciones opuestas, la Sala casacional entiende que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, lo que avala con la fundamentación que a continuación se reproduce literalmente, diferenciando las dos grandes cuestiones que el pleito plantea, primero la exclusión del ámbito laboral de los administradores sociales (A) y, segundo, si el vínculo societario posterior suspende o anula el vínculo laboral anterior (B):

A) «... la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2009, recurso 1156/2009, ha examinado la situación que se produce cuando un trabajador, unido a la empresa por una relación especial de alta dirección, pasa a desempeñar un cargo societario, como miembro del Consejo de Administración. La sentencia razona: “Como recuerda la sentencia de 22-de diciembre de 1994 (rec. 2889/1993), al interpretar el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores... ‘hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la ley (...). Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan “la realización de cometidos inherentes” a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el “desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad”, de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Teniendo siempre presente el anterior argumento, esta Sala ha resuelto reiteradamente la cuestión que se plantea, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias de 29 de septiembre de 1988, 21 de enero, 13 de mayo, 3 y 18 de junio 1991, 27 de enero de 1992 (rcud. 1368/1991), 11 de marzo de 1994 (rcud. 1318/1993), 22 de diciembre de 1994 (rcud. 2889/1993), 16 de junio de 1998 (rcud. 5062/1997), 20 de noviembre de 2002 (rcud. 337/2002) y 26 de diciembre de 2007 (rcud. 1652/2006) han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo [de ahí que en el caso presente, sea irrelevante que la amplitud de los poderes sea distinta en el caso de la sentencia recurrida y en el de la referencial, al haber actuado ambos demandantes en función del vínculo que como miembros de consejo de administración les unía con las empresas demandadas]; por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral».

Aplicando la doctrina expuesta al caso debatido, resulta que la relación del actor con la hoy recurrente a partir del 23 de junio de 2000 es de naturaleza mercantil, tal y como ha señalado la sentencia recurrida.

B) La sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2009 (recurso 1156/09) ha señalado que «... el nacimiento del vínculo societario ha supuesto la extinción del previo laboral, con la consiguiente incompetencia de este orden social para resolver las controversias que se susciten entre las partes en litigio. Y no existe en el caso norma colectiva ni pacto individual sobre la posible reanudación de la relación de alto cargo tras el cese como consejero o sobre el mantenimiento, tras dicho cese, del derecho al percibo de la indemnización pactada en el contrato de alto cargo, cuyo contenido y alcance deba ser interpretado por esta Sala».

Proyectando la doctrina expuesta al asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, forzoso es concluir que el inicio del vínculo societario el 23 de junio de 2000 ha acarreado la extinción de la relación laboral especial de alta dirección, vigente desde el 19 de febrero de 1987, no existiendo, efectivamente, ni norma colectiva ni pacto individual sobre la posible reanudación de la relación laboral especial tras el cese como consejero ni sobre el percibo de indemnización alguno por la extinción de la citada relación laboral. No empece tal conclusión que en el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia conste que, el 23 de junio de 2000, el actor suscribió contrato de alta dirección, pues ya ha quedado razonado que, aun en el supuesto de que se admitiera el desempeño simultáneo de las tareas de administrador único y de alta dirección, con integración orgánica en el campo de la administración social, la relación no es laboral sino mercantil, admitiéndose únicamente el desempeño de cargos de administración de la sociedad y laborales, en el supuesto de relación de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección.

La conclusión obligada es la de estimar el recurso formulado, declarando la incompetencia del orden social para resolver el fondo de la cuestión debatida, casar y anular la sentencia recurrida que quebranta la unidad de doctrina y resolver el debate planteado en suplicación en términos ajustados a esta, lo que comporta revocar la sentencia recurrida, declarando la firmeza de la sentencia de instancia, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo, sin perjuicio del derecho de las partes a solventar sus diferencias ante el orden civil de la jurisdicción.

3. La doctrina casacional es importante por su claridad y por vincular entre sí dos cuestiones destacadas en el ámbito de la administración social de las empresas y de la alta dirección en las mismas funciones que, con mucha frecuencia, van unidas entre sí. La doctrina sobre la extralaboralidad de las funciones de administración social, la absorción por estas funciones de las de alta dirección, cuando resultan superpuestas, y la compatibilidad de las funciones mercantiles con las laborales ordinarias, manteniendo cada una su respectivo régimen jurídico, sin desnaturalización de las segundas por las primeras, era ya doctrina jurisprudencial consolidada. No así en cambio la relativa a la extinción y no la suspensión de la relación laboral inicial cuando le sucede una relación de administración social. En este sentido la sentencia que se comenta, aun no siendo totalmente innovadora, es una sentencia relevante habida cuenta de los hechos sobre los que recae y la contradicción de las sentencias contrastadas, provenientes de dos de las más grandes Salas de lo Social de suplicación por el volumen de la conflictividad que asumen.

Pero una cosa es conocer, y valorar debidamente en su significado vinculante, la doctrina casacional expuesta, y otra bien distinta admitirla sin crítica jurídica. Porque lo que ocurre —como desde hace muchos años observó el profesor De la Villa— es que el Tribunal Supremo no ha aceptado en el terreno de los principios las reformas introducidas por el Estatuto de los Trabajadores primero, y por la relación especial laboral de alta dirección después, respecto del derecho laboral anterior, contrario a incluir en su seno esas funciones. Y a partir de esa posición ha encontrado argumentos para sentar una doctrina que ofrece flancos vulnerables y que, por ello mismo, como se dirá a continuación, se vale a veces de argumentos de apoyo no exentos de contradicción.

Es cierto que hay consejeros o miembros de los órganos de administración social que no desempeñan, pura y simplemente, esas funciones, sino otras muchas exigidas por el buen funcionamiento de las empresas con forma de sociedad. Pero no es menos cierto que hay otros que sí se limitan a desempeñar tales funciones «menores» y es precisamente a esas personas a las que ha excluido la ley del ordenamiento laboral. Por aplicación de un sencillo método de interpretación a contrario, la exclusión no debe afectar a aquellos que amplían esas funciones tal y como se describe en la jurisprudencia anteriormente reproducida. Lo cual significa que, conforme a la letra de la ley, solo unos de estos consejeros quedan expresamente al margen del ordenamiento laboral. Si esa es la inequívoca voluntad de la ley, no se antoja argumento jurídico suficiente en contra el de insistir en la naturaleza inevitablemente mercantil de tales administradores sociales ejecutivos, al confundirse con la misma sociedad, tesis que se ha formalizado como la teoría del vínculo. Pero admitida en el derecho del trabajo la inclusión constitutiva, en la nomenclatura difundida por el profesor De la Villa desde el año 1966, no se explica por qué se ignora que lo que el art. 1.3.c) LET contiene es una inclusión constitutiva de los administradores sociales ejecutivos, y

una exclusión declarativa de los restantes administradores sociales, por la elemental razón de que ellos no realizan actividad laboral en sentido estricto.

De otro lado, la relación laboral especial de alta dirección es «laboral» antes de ser «especial» y, por tanto, peculiaridades aparte, tiene la misma naturaleza básica que la relación laboral ordinaria o de régimen común. A partir de ahí carece de coherencia que la primera relación laboral se considere incompatible con la función de administración social, ejecutiva o no ejecutiva, en tanto que sí se acepta la compatibilidad con la relación laboral común. El argumento de que solo esta relación ordinaria es dependiente no resiste un análisis basado en la definición de la dependencia jurídica, cuya manifestación principal es la de quedar sujeto, el trabajador, a las órdenes o instrucciones de otro, tal y como dispone expresamente el art. 1.2, final, del RD 1382/1985. Sujeción al poder de otro que se proyecta a la potestad disciplinaria del empleador, de modo que sin tal capacidad de sancionar la relación exonerada de ella no puede ser relación laboral, en tanto que, si concurre, la relación laboral no puede ser discutida. En la relación especial de alta dirección el despido del alto directivo está admitido y regulado en el art. 11.2 del RD 1382/1985. Por lo demás, si se defiende desde posiciones teóricas que la relación laboral especial de alta dirección no cumple, *ex ante*, el presupuesto de la dependencia, habría que admitir que la laboralización de la misma por el art. 2.1.a) LET —desarrollado por el RD 1382/1985— jugaría como inclusión constitutiva y, por tanto, la voluntad del legislador supliría, rellenándolo *ex post*, el presupuesto de referencia, sin posibilidad de encontrar otras diferencias de régimen jurídico que las enunciadas por el legislador.

Similar crítica merece la tesis de la extinción y no de la suspensión de los vínculos laborales previos —hay que entender que tanto los ordinarios como los de alta dirección— cuando les sucede la encomienda de funciones de administración social. Al menos con referencia a las relaciones laborales ordinarias, cuesta comprender por qué esas relaciones pueden simultanearse con las de administración social, sin ser absorbidas por estas, y no pueden sin embargo sucederse, puesto que tal diseño conceptual choca con el antiguo brocárdico de que aquel que puede lo más debe poder lo menos.

Aparte de todo lo expuesto, la misma jurisprudencia comentada aporta un argumento que debería llevar a la conclusión contraria a la que se alcanza. Es el argumento que utiliza la Sala como decisivo para apartarse de la tesis de la suspensión del vínculo laboral previo, cuando constata que en el caso enjuiciado no existía «... norma colectiva ni pacto individual sobre la posible reanudación de la relación de alto cargo tras el cese como consejero o sobre el mantenimiento, tras dicho cese, del derecho al percibo de la indemnización pactada en el contrato de alto cargo», lo que obliga a interpretar, *a sensu contrario*, que de tales pactos colectivos o individuales podrían haber existido y producir otros efectos, lo que significa situar el problema en el plano dispositivo y no en el plano del derecho imperativo o necesario. O sea, que de la naturaleza de las sucesivas relaciones o funciones laborales y societarias no se deriva necesariamente un efecto extintivo de las primeras por el encomendamiento de las segundas, en la medida en que la voluntad de las partes podría trocar el efecto extintivo por el efecto suspensivo. De lo que también puede obtenerse la conclusión de que dicho efecto extintivo, manifiestamente perjudicial para el trabajador, debería haber sido establecido por el legislador de modo expreso, y a falta de tal determinación lo que impone la sentencia es una presunción judicial opuesta al principio de favor que

informa todas las instituciones laborales. Olvidando, dicho sea de paso, la pauta analógica que presta el art. 9 del RD 1382/1985, claramente regulador de un supuesto distinto al de autos pero con la misma unidad de razón.

4. ZONAS GRISES

Las tres sentencias comentadas a continuación, una del Tribunal Supremo y las otras dos de Tribunales Superiores de Justicia, resuelven diferentes conflictos relativos a la prestación de servicios de transporte pero las tres son ilustrativas de la complejidad normativa que rodea a la actividad de transporte y de la diversidad de supuestos y soluciones jurídicas que pueden darse a los mismos.

A) Transportistas

STS de 28 de marzo de 2011 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 40/2010), IL J 887/2011.

1. El actor firmó un contrato de prestación de servicios con la mercantil XXX, a través de la empresa de su titularidad «Transportes YYY». En virtud de dicho contrato, el actor prestaba servicios de forma personal y directa a favor de XXX consistentes en las actividades de transporte, carga y reposición de los consumibles comercializados por la empresa por medio de máquinas expendedoras sitas en diversos centros. Igualmente, el actor se ocupaba de la recaudación, limpieza y mantenimiento básico de las máquinas propiedad de XXX.

El actor figuraba dado de alta en el RETA, y giraba facturas con su correspondiente IVA a nombre de XXX en contraprestación por los servicios prestados. Para la realización de su actividad ordinaria, el demandante hacía uso de un vehículo de su propiedad, modelo Ford Transit, con una Masa Máxima Autorizada (MMA) de 3.000 kilogramos, siendo titular de una tarjeta de transporte.

La empresa demandada imponía al actor la ruta de servicios, que debía completar de lunes a viernes, así como un horario de carga en sus almacenes. La empresa disponía de un supervisor en plantilla encargado de controlar y dirigir la prestación de servicios de todos los transportistas-reponedores a su servicio (todos de alta en el RETA excepto uno). El actor, al igual que el resto de transportistas-reponedores, debía llevar un uniforme con el anagrama de la empresa XXX. La empresa demandada facilitaba a todos los transportistas-reponedores cursos de higiene alimentaria y de formación en prevención de riesgos laborales.

Entre octubre y noviembre de 2008 el actor fue intervenido quirúrgicamente por problemas de espalda. El 10 de noviembre de 2008 el actor mantuvo una conversación con el gerente comercial de la empresa demandada, en la que puso de manifiesto que, debido a sus problemas de espalda, no volvería a prestar servicios para aquella como transportista, a la vez que solicitaba una contraprestación económica. El actor inició una situación de IT derivada de enfermedad común unos días más tarde, hasta enero de 2009, momento en que inició una actividad por cuenta propia como socio director de una tercera empresa. El actor

presentó una demanda por despido ante el Juzgado de lo Social de Barcelona, alegando que la relación que le unía con la empresa XXX era de tipo laboral.

2. El Juzgado de lo Social competente considera que el vínculo entre el actor y la empresa demandada XXX debe calificarse como laboral. Dicha resolución es íntegramente confirmada por la STSJ de Cataluña, al entender que la relación que une a ambas partes es de índole laboral dado que, por un lado, concurren las notas de laboralidad, y, por otro, no se alcanzaban los requisitos constitutivos excluyentes del artículo 1.3.g) ET.

Frente a dicha resolución, la empresa demandada prepara y formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se alega infracción del citado artículo 1.3.g) ET, que expresamente señala: «se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador».

Por su parte, el TS estima el recurso de casación presentado por la empresa XXX, partiendo de la doctrina dictada previamente por su Sala 4 en la materia, declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de las pretensiones formuladas.

Según el razonamiento formulado por la Sala, con anterioridad a la publicación de la Ley 11/1994, que introdujo en nuestro ordenamiento el citado artículo 1.3.g) ET, el contrato de transporte en el que mediaban las notas configuradoras del contrato de trabajo (*ex* artículo 1.1 ET) debía ser clasificado como relación laboral, sin que dicha naturaleza laboral se viese impedida por la aportación del vehículo por el trabajador.

No obstante, continúa el TS, «a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994, el intérprete que se enfrenta con el problema de la calificación de relaciones de servicios de transportistas queda liberado en principio de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de dichas notas generales, pudiendo y debiendo proceder en primer lugar a la comprobación de si concurre o no en el caso el criterio legal concreto que se adopta como indicador específico de las mismas».

Así, según la doctrina del TS, será necesario atender únicamente a la concurrencia de los requisitos establecidos en el epígrafe g) del artículo 1.3 ET para dilucidar si estamos ante una relación laboral o ante una prestación de servicios por cuenta ajena. En el presente supuesto, es crítico interpretar si concurre el requisito de transporte al amparo de una «autorización administrativa».

Para ello, señala el TS, la «jurisprudencia ordinaria ha señalado que la autorización administrativa a la que se refiere el artículo 1.3.g) ET como causante de la extralaboralidad del vínculo es la específica de determinados vehículos en función del tonelaje de carga». No obstante, continúa la sentencia analizada, es bien cierto que las competencias normativas en materia de transporte regional se encuentran generalmente transferidas a las Comunidades Autónomas, por lo que el requisito de autorización administrativa (requisito diferenciador entre relación por cuenta ajena o cuenta propia) quedaría supeditado a cada regulación autonómica, lo que, a la postre, podría vulnerar el orden competencial de la CE según el cual la legislación laboral corresponde en exclusiva al Estado. El TS salva este

escollo resolviendo que el tonelaje determinante de las autorizaciones administrativas que excluyen del ámbito laboral es el existente en la legislación del Estado en el momento de la aprobación de la Ley 11/1994.

Sentados tales antecedentes jurídicos, el TS acude al Real Decreto 1211/1990 que aprueba el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres, en vigor a la fecha de aprobación de la citada Ley 11/1994, en cuyo artículo se indica que «no será necesaria la obtención de título habilitante para la realización (...) de transportes públicos de mercancías en vehículos de hasta 2 toneladas de masa máxima autorizada (MMA)».

Toda vez que el vehículo utilizado por el actor para su prestación de servicios habitual, según sus datos técnicos, alcanzaba una MMA de hasta 3000 kilogramos, es evidente la concurrencia de los requisitos excluyentes del artículo 1.3.g) ET y, por ende, se impone la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación formulada.

3. La relación profesional de los transportistas con sus respectivos comitentes y su calificación jurídico-laboral ha sido tradicionalmente un supuesto especialmente conflictivo en la doctrina.

Hasta el año 1986, la aportación del vehículo por parte de los transportistas a la relación de servicios se reputaba como un elemento fundamental que determinaba la calificación de la relación como profesional por cuenta ajena. En dicho año, y a partir de la STS conocida como «sentencia de los mensajeros» (STS de 26 de febrero de 1986), la aportación del vehículo deja de ser un elemento constitutivo que no impedía la calificación como laboral de aquellas prestaciones de servicios en las que se apreciaran las notas de laboralidad.

No obstante, la reforma introducida por la Ley 11/1994 excluye definitivamente a determinados transportistas de la relación de trabajo. A partir de dicho momento, la titularidad del medio de trabajo será decisiva en la calificación de la naturaleza de la relación, pero únicamente en el supuesto en que el vehículo aportado sea de relevancia necesaria como para requerir de autorización administrativa. En todos aquellos supuestos en los que el vehículo de transporte no alcance la importancia suficiente será necesario atender a la concurrencia o no de las notas de laboralidad tradicionales para determinar si la relación profesional puede ser calificada como laboral o por cuenta propia.

En la sentencia de referencia, el TS identifica el requisito de autorización administrativa con un determinado tonelaje máximo de carga del vehículo o MMA. Si bien podemos estar de acuerdo con el fondo de la resolución, ya que respeta el espíritu de la Ley 11/1994 por el que se debe excluir sólo a aquellos supuestos en los que el vehículo reúna ciertas características especiales, también es cierto que la identificación inmediata y automática de tal especificidad con la capacidad máxima de carga admite cierta crítica. A modo de ejemplo:

- (i) Dado que la importancia del medio de transporte en la prestación de servicios es el factor decisivo, no es difícil imaginar un supuesto en que el transporte contratado requiera de un vehículo particular por tratarse, p. ej., de un transporte especial (e incluso requiera de autorización administrativa para ello), pero que su capacidad de carga no alcanzase los umbrales señalados por la sentencia comentada;

- (ii) O, por el contrario, cabría la posibilidad de que el transporte contratado fuera de menor entidad y no necesitara de un vehículo especial, pero que, por decisión del transportista, se realizara utilizando un vehículo especial que superase los umbrales de MMA. En tal caso, de seguir de manera estricta la doctrina del TS, la naturaleza del vínculo quedaría sujeta a la voluntad del transportista y su capacidad de decidir qué vehículo utilizar para prestar los servicios contratados.

STSJ de Extremadura de 15 de abril de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 113/2011), ILJ 1069/2011.

1. El actor afiliado al RETA, como transportista, desde el 18-06-1999 realizaba los mismos transportes en la empresa WOR ESPAÑA, anterior denominación de la demandada, y suscribió el 15-12-2004 un contrato de transporte con la empresa demandada EXPRES, dedicada a la actividad de transporte de carga fraccionada. Dicho contrato tenía por objeto la realización del transporte encomendado por la empresa, efectuando las operaciones de carga y descarga y la entrega o recogida de las mercancías al destinatario en los domicilios designados por estos y dentro del horario convenido. Realiza las rutas que le indica la empresa y cobra sus servicios, mediante facturas con IVA que liquida periódicamente por cantidades variables. Ha utilizado hasta mayo del 2007 un vehículo de más de 2.500 kilos provisto de la correspondiente tarjeta de transporte y posteriormente otro vehículo, también destinado a servicio público, de 2.950 kilos, si bien en su ficha técnica solo constan 2.600 kilos. Ambos, en los que ciertamente consta el rótulo de la empresa «EXPRES URGENTE», son de su propiedad y corriendo con todos los gastos de mantenimiento y combustible, teniendo contratado un seguro de responsabilidad civil de daños a terceros del que es tomador. Realiza los portes contratados por la demandada con total independencia y autonomía y es también titular de una empresa de transportes con personal laboral propio.

2. El artículo 1.3.g) LET excluye del ámbito laboral a las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador. Y la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres establece la regla general de la «obligatoriedad de la autorización», de la que quedan exceptuados, entre otras, «los transportes públicos o privados complementarios realizados en vehículos de hasta 2 Tm de peso máximo autorizado, inclusive». Hasta mayo de 2007, el actor utilizaba para la prestación de servicios para la demandada un vehículo provisto de tarjeta de transporte y tonelaje superior a 2500 kilos, lo que excluiría la laboralidad de la relación jurídica, y desde mayo de 2007 otro vehículo destinado a servicio público en cuya ficha técnica sólo constan 2.000 kilos, lo que haría innecesaria la autorización administrativa, pero no existe dependencia ya que el demandante presta el servicio a la demandada con plena autonomía y libertad, con sus propios medios productivos, soportando todos los gastos de mantenimiento y combustible, asumiendo los riesgos de su actividad para cuya cobertura tiene concertado un seguro de responsabilidad civil de daños a terceros del que es tomador, y no está inmerso en el círculo organicista, rector y disciplinario de la empresa. Falta el ele-

mento definitorio de la existencia de salario o retribución, por cuanto el actor no percibe un salario fijo, sino que cobra un precio por su actividad confeccionando las correspondientes facturas —en las que especifica los servicios de transporte realizados— con IVA que liquida periódicamente por cantidades variables (siendo sus ingresos superiores a los fijados para un trabajador por cuenta ajena). No concurre ajenidad en el presente caso, dado que el actor asume personalmente los riesgos de su actividad teniendo contratado un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros del que es tomador, lo que es incompatible con el trabajo por cuenta ajena.

El actor realizaba las rutas que le indicaba la demandada y ejecutaba el transporte encomendado por ella, y lo hacía dentro del horario convenido, pero de ello no puede extraerse la concurrencia del requisito de dependencia, puesto que el actor hacía su trabajo con sus propios medios —los vehículos eran de su propiedad—, y asumía los riesgos de su actividad, disponía de organización propia y se comporta como empresario laboral, por lo que no puede concluirse que prestaba los servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la demandada. El demandante forma parte de una empresa que realiza esta actividad de transporte con sus propios medios y su propio personal, para varias empresas (entre ellas la demandada). El hecho de que el actor sea cotitular con otro socio de la empresa DISTRANS viene a corroborar que el trabajo que presta el actor no se hace en régimen de exclusividad.

La existencia de un control absoluto de la demandada sobre los medios de transporte del propio transportista a quien se imponen las rutas, horarios y las características del vehículo que debe prestar servicios, la publicidad exterior reflejada en los rótulos del vehículo empleado y la uniformidad del actor, no son relevantes dado que el actor asume los riesgos de su actividad, sin que el hecho de que lo haga en el horario convenido, y las rutas fijadas por la empresa y haya prestado servicios para una empresa a la que sucedió la demandada conviertan la relación en laboral, por cuanto derivan del contrato suscrito entre las partes en el que se viene a fijar la relación entre éstas. Y tampoco puede deducirse que exista control de la demandada respecto a la actora por establecer las características del vehículo que debe prestar los servicios, la publicidad exterior reflejada en los rótulos del vehículo empleado y la uniformidad del actor, por cuanto ello es expresivo de una publicidad por la que percibe contraprestación económica.

Aunque desde mayo de 2007 los servicios se han prestado sólo y exclusivamente con el vehículo MCY con masa máxima autorizada de 2.000 kilos, lo que determina que no se aplique la exclusión establecida en el art. 1.3.g) del ET al no requerir tarjeta de transporte, no concurren las notas definitorias de la relación laboral previstas en el art. 1.1 del ET.

Del hecho de que el actor cobraba sus servicios mediante facturas con IVA que liquidaba periódicamente por cantidades variables se infiere que la relación existente entre las partes no era laboral por cuanto las cantidades percibidas por el actor eran variables y liquidaba IVA, lo que no es propio de una relación laboral.

3. El hecho que se describe es, desde mayo de 2007, en que utilizaba el demandante un vehículo oficialmente con peso de 2.000 kg, un contrato no mercantil por razón del medio utilizado, en función de la inexistencia de autorización administrativa.

En cuanto a la dependencia, visto que se le imponen por la demandada las rutas, horarios y las características del vehículo que debe prestar servicios, la publicidad exterior reflejada en los rótulos del vehículo empleado y la uniformidad del actor, es manifiesta la misma, porque se encuentra acreditada la sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario, con sometimiento a sus criterios. Si tenía un plus por llevar el uniforme de la demandada, se trata de un complemento salarial subsumible en el art. 26.1 LET. Si el demandante prestaba su actividad con vehículos de su propiedad, estaba acreditando el derecho a compensaciones del art. 26.2 LET. La alegación de que asumía los riesgos de su actividad, disponía de organización propia y se comportaba como empresario laboral no tienen fundamento en los hechos reseñados de la sentencia. Si soportaba los gastos de mantenimiento y combustible, o bien permitiría una compensación a través de una contraprestación que incluyera este gasto (art. 26.2 citado) o se le debía abonar directamente. Carece de fundamento decir que asumía los riesgos de su actividad por tener concertado un seguro de responsabilidad civil de daños a terceros del que es tomador, ya que con ello evita sanciones empresariales y repercusión por el empleadora de las reclamaciones de terceros, cuando su actividad tiene ese manifiesto riesgo de dañar a otros por el ejercicio permanente del transporte de objetos empresariales, en vehículos por carretera. Ello no puede hacerse equivaler a asumir los riesgos de la actividad empresarial, que son otros, mucho más relevantes; como el impago de los transportes, el robo, deterioro o sustracción de los bienes transportados, la falta de clientes, o de pedidos. No consta que el demandante asumiera el riesgo del impago de los transportes, que sería una señal indicativa, relevante, de la falta de ajenidad.

El dato expresivo de que el salario lo cobraba mediante facturas con IVA que liquidaba periódicamente por cantidades variables, y que liquidaba IVA, no refleja la ausencia de retribución salarial, ya que el modo del percibo no es relevante, sino la naturaleza contraprestacional y la ausencia de participación en aleas empresarial. Que tomara la forma de facturas con IVA, en muchas ocasiones es un medio estratégico empresarial para alejar al que denomina «autónomo» de su ámbito contractual laboral. Se tratará de una irregularidad fiscal de la que deba responder quien tenga que hacerlo. Pero es una cortina de humo, como su inscripción en el RETA. Lo relevante es que hacía personalmente el servicio de reparto según las rutas, encargos y clientes señalados por el empresario.

Podría ser obstativo el hecho de que no prestara la actividad personalmente, pero ello no se afirma. Tan solo se dice que era socio de otro con el que formaba una sociedad y que ello impedía la exclusividad. Pero es que la exclusividad no es requisito del contrato de trabajo. Se constata la prestación personal del servicio por el demandante, luego la sociedad que tenga con otro es ajena a ese requisito del contrato de trabajo.

En definitiva, desde mayo de 2007 no existe razón ni motivo para negar la laboralidad de la relación entre las partes.

STSJ de Madrid de 27 de abril de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 5683/2010), ILJ 1119/2011.

1. El TSJ de Madrid resuelve el recurso de suplicación presentado por D. Eusebio contra la sentencia en instancia que declaraba la incompetencia del orden jurisdiccional social para entrar a juzgar las condiciones en que se extinguió su relación de prestación de ser-

vicios como transportista con las empresas Holcim Hormigones, SA y Holcim Áridos, SLU. Los hechos que se toman en cuenta en la resolución del recurso son los siguientes: que D. Eusebio lleva prestando sus servicios como transportista para las empresas hoy demandadas y otras a las que sucedieron, desde el año 1994; que realizaba el transporte de mercancías —cemento, hormigón, etc.— con su propio vehículo (un camión hormigonera de 32 Tm MMA) que precisaba autorización para el transporte discrecional de mercancías públicas concedida a su nombre; que el actor ha percibido, al menos, el 75% de sus ingresos mediante la emisión mensual de la factura correspondiente a nombre de la empresa demandada; que el actor no tiene, ni ha tenido trabajadores por cuenta ajena a su servicio y que tampoco subcontrató total o parcialmente la prestación de sus servicios a la demandada; que el actor carecía de horario fijado por la empresa, e incluso descansaba cuando lo entendía conveniente; que el 22 de enero de 2009 el actor recibió una llamada por la que se le comunicaba que la empresa prescindía de sus servicios a partir del día siguiente, por falta o descenso de la actividad del transporte por paralización del sector de la construcción.

2. La Sala de lo Social, en *obiter dicta*, analiza la naturaleza excepcional del recurso de suplicación para valorar si la petición del recurrente es ajustada a derecho. En la medida en que la cuestión afecta a la competencia objetiva de la sala, al tratarse de una cuestión de orden público procesal, la Sala entiende que debe entrar a valorar los hechos, sin quedar sujeta siquiera a los concretos motivos invocados en el recurso. Una vez resuelta esta cuestión procesal previa, la Sala analiza el principio antinominalista vigente en el Derecho del Trabajo y conforme al cual la naturaleza de los contratos deriva de su esencia, cualquiera que sea la denominación que le den las partes. En consecuencia, la naturaleza laboral de una relación no es algo que quede a la libre disposición de las partes, sino que surge del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los presupuestos de laboralidad. Por otra parte, entra a valorar si la relación que une a las partes del proceso es la encuadrada en el Capítulo III del Título II de la Ley 20/2007, del trabajo autónomo, que se refiere al trabajador autónomo económicamente dependiente, o no. Del examen de los hechos concluye que, en efecto, se trata de una relación jurídica de este tipo. Ahora bien, la Sala entiende que, de acuerdo con el art. 12 de la citada norma, y el art. 2.2 RD 197/2009, de 23 de febrero, que regula el Reglamento del Trabajador Autónomo Económicamente dependiente, D. Eusebio debía haber comunicado su condición de TRADE a su empleador para formalizar el contrato correspondiente, que debía ser registrado en la oficina pública oportuna. El incumplimiento de ambos requisitos, unido a la doctrina mantenida por otros TSJ, lleva a la Sala a entender que en este caso no se aplica el principio antinominalista, y que se ha incumplido un requisito de forma *ad solemnitatem* que justifica la declaración de incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda interpuesta.

3. En esta ocasión no puedo estar de acuerdo con la resolución comentada. 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 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 incum-

plimiento del requisito formal contemplado en el art. 12 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 (DDAA 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. Es en esta situación en la que queda D. Eusebio, si bien, a mi juicio, la respuesta ha de ser a favor de su protección de acuerdo con la naturaleza real de su relación.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Madrid de 7 de abril de 2011 (Recurso de Suplicación núm. 1527/2010), ILJ 1029/2011.

1. Desde octubre del año 2000 el demandante ha venido prestando sus servicios para el Excelentísimo Ayuntamiento de Soto del Real. La prestación de servicios se ha desarrollado a lo largo del tiempo a través de diferentes modalidades contractuales de duración determinada. El último contrato está fechado el 15 de febrero de 2007.

Todas las contrataciones comparten un nexo en común: la coordinación y supervisión de diferentes actividades deportivas por parte del trabajador. Por citar solo algunas de las muchas actividades coordinadas por el demandante podríamos mencionar entre otras su labor de monitor de baloncesto, monitor en cursos de natación, monitor de psicomotricidad o animador juvenil.

Paralelamente a la anterior sucesión de contratos laborales el demandante junto con otro socio constituye en escritura pública el 21 de octubre de 2005 la mercantil «Destrezas, deporte, cultura y sociedad, S.L.». Dicha mercantil tenía como objeto social la organización, gestión, coordinación, intermediación y realización de actividades y eventos educativos, formativos, deportivos, lúdicos, culturales, docentes, relacionados con el empleo, la cultura, el deporte y el ocio.

El 16 de marzo de 2006 el Pleno del Ayuntamiento de Soto del Real decidió adjudicar a la empresa «Destrezas, deporte, cultura y sociedad S.L.» el servicio de bedel y vigilancia de instalaciones deportivas, el apoyo a la coordinación de actividades e instalaciones deportivas, el control y la supervisión de las tareas administrativas en las oficinas del Servicio Municipal de Deportes y funciones administrativas. El 7 de abril de 2006 se suscribió el contrato administrativo de adjudicación de los anteriores servicios entre el demandante, como administrador único de la anteriormente citada mercantil, y el Alcalde del Ayuntamiento. El contrato administrativo de adjudicación comenzó a ejecutarse el 8 de abril y su vigencia temporal se extendió hasta el 7 de abril de 2007. Siendo posible la prórroga del

contrato por mutuo acuerdo de las partes suscribientes hasta un máximo de cuatro años. Finalmente, el contrato fue prorrogado hasta en tres ocasiones.

El 10 de noviembre de 2009 el Ayuntamiento comunicó al demandante que no abonaría ninguna hora extra aparte de las contratadas y que de consumirse el crédito horario contratado antes del término final de la prórroga vigente en el momento de producirse la comunicación entendería que el adjudicatario, es decir el demandante, habría cumplido con sus obligaciones y daría por finalizado el contrato.

El 20 de noviembre el demandante interpuso reclamación previa frente a la finalización del crédito horario.

La sentencia del Juzgado de lo Social desestima la excepción de jurisdicción alegada por el Ayuntamiento y reconoce la improcedencia del despido del demandante, condenando al Ayuntamiento a su propia elección a la readmisión del trabajador o a la extinción definitiva de la relación previo pago de la indemnización correspondiente por despido improcedente.

2. Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social presentó recurso de suplicación la representación procesal del Excelentísimo Ayuntamiento de Soto del Real. En primer lugar, la institución recurrente alegaba que había adjudicado a la mercantil «Destrezas, deporte, cultura y sociedad S.L.» diversos servicios municipales relacionados con la práctica deportiva en función del concurso público celebrado previamente, no existiendo en consecuencia ninguna relación con el demandante. Por tanto, el orden social no sería el competente para conocer del litigio que enfrenta a las partes, cuya relación se circunscribe al ámbito administrativo.

El segundo motivo de censura jurídica expresado por el recurso se funda en una supuesta falta de motivación de los hechos declarados probados por la sentencia.

Respecto del segundo motivo del recurso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda que es al Juzgador de instancia al que por su inmediación le corresponde apreciar los elementos de convicción para intentar que la verdad procesal se acerque lo más posible a la verdad real. Para ello deberá valorar conforme a las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos. Además, dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación no es posible que mediante su interposición se lleve a cabo una nueva ponderación de la prueba practicada, sino realizar un control de legalidad de la sentencia recurrida. Solo de manera muy excepcional pueden revisarse las conclusiones fácticas cuando de manera directa e incuestionable, sin mediar interpretaciones y de manera clara, algún documento o prueba pericial obrante en autos muestre el error del juzgador *a quo*. Por lo anteriormente expuesto, la omisión en la que incurre la sentencia de instancia no debe generar automáticamente la nulidad pretendida por la parte pues aunque es cierto que la sentencia no explicita los medios de prueba que le llevan a declarar probados los hechos recogidos en la sentencia, no es menos cierto que no pueden revisarse los mismos en función de meras conjeturas o suposiciones alegadas por una parte.

En cuanto al motivo principal del recurso, la alegada falta de competencia del orden social por encontrarnos ante un contrato de índole administrativa, debe señalarse que es sumamente compleja la delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral. Las diferencias entre uno y otro radican en que el primero está previsto para trabajos de

tipo excepcional, pues su objeto no es la prestación de un trabajo en sí mismo sino un trabajo específico, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independientemente del resultado final. Por otra parte, es sobradamente conocido que, conforme a la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la presencia de las notas de ajenidad y dependencia no puede ser desvirtuada por la mera existencia de un contrato administrativo.

Por tanto, si lo que se contrata no es ninguna obra o resultado final sino la propia actividad nos encontramos ante una relación laboral. Ese es precisamente el supuesto frente al que nos encontramos en el caso de autos, lo cierto es que el contrato con la mercantil no es más que una simulación para evitar el carácter laboral de la relación, pues el trabajador ha cobrado todos los meses la misma cantidad independientemente del trabajo realizado, desarrollando las mismas actividades que desempeñaba con anterioridad para el Ayuntamiento, y en las mismas condiciones. Así mismo el Ayuntamiento le facilita todos los medios necesarios para el correcto ejercicio de su prestación de servicios.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la sentencia recurrida y declara la existencia de una verdadera prestación de servicios bajo la supervisión y control directo de la entidad contratante.

3. No es frecuente que la solución jurídica a los problemas que presenta la aplicación práctica del derecho pueda aplicarse sin la concurrencia de una mínima interpretación de la norma aplicable. La situación es todavía más confusa cuando los problemas surgen en los márgenes grises del derecho, como el caso que ocupa a la sentencia comentada. Aunque la jurisprudencia y la doctrina científica han abordado profusamente el estudio del carácter laboral de las relaciones entre empleadores y trabajadores, siguen existiendo enormes áreas de incertidumbre y amplios espacios en los que las partes tratan de simular relaciones no laborales para escapar de la regulación de las normas sociales.

Las partes del supuesto sometido al enjuiciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid diferían en el orden competente para conocer del litigio. Mientras el Ayuntamiento de Soto del Real estimaba que el orden competente era el orden administrativo por encontrarnos ante un contrato de naturaleza claramente administrativa, el trabajador demandante defendía la competencia del orden social por entender que la relación que le vinculaba con la Administración local era de naturaleza laboral. Debemos compartir la posición defendida por el trabajador y acogida más tarde por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Las particularidades del presente caso disipan las posibles dudas que pueda suscitar la delimitación entre el contrato administrativo y un contrato laboral y dejan patente la simulación llevada a cabo entre las partes para aparentar la existencia de un contrato administrativo sobre la base real de un contrato de trabajo laboral. La realidad nos muestra que el trabajador ha desarrollado exactamente las mismas funciones tanto cuando era contratado con carácter laboral por el Ayuntamiento como cuando empezó a cumplir con sus obligaciones bajo la cobertura jurídica del contrato administrativo. Esas funciones eran desarrolladas por el trabajador bajo las indicaciones directas de los órganos correspondientes del Ayuntamiento, cobrando todos los meses las mismas cantidades. Además el Ayuntamiento no analizaba los objetivos cumplidos por el trabajador en el desempeño de su actividad. Parece pues bastante plausible que el cambio de un contrato laboral a un contrato adminis-

trativo para hacer frente a las mismas funciones solo respondiera a una táctica para evitar la calificación de la relación como laboral y poder sortear las prescripciones del Estatuto de los Trabajadores.

En conclusión, tal y como ha manifestado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, la naturaleza laboral de la relación entre un trabajador y una administración no puede quedar desvirtuada por la mera calificación formal de la relación como administrativa. Un contrato será administrativo cuando el objeto del contrato sea un trabajo de tipo excepcional, es decir, un trabajo específico y no una actividad en sí misma considerada independientemente del producto final. Luego la relación que vinculaba a las partes tiene naturaleza laboral y no administrativa, tal y como correctamente confirma el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL (director)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (Lowells)
DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA
MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coordinación)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
LUIS GORDO GONZÁLEZ

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATAS.
 - A) **Diferencias con la cesión ilegal.**
 - B) **Responsabilidad por deudas salariales, vacaciones y conceptos indemnizatorios.**
 - C) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
 3. GRUPO DE EMPRESAS.
 - A) **Ámbito de apreciación de las causas económicas.**
 4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
 - 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.**
 - B) **Cesión de trabajadores en los grupos de empresa.**
 - C) **Efectos derivados del derecho de opción.**
 - a) Opción de la empresa elegida entre readmisión o indemnización.
 - b) Consecuencias retributivas.
 6. SUCESIÓN DE EMPRESA.
 - A) **Elementos que delimitan el supuesto de hecho.**
 - B) **Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa.**
 - C) **Segregación empresarial y sucesión de empresa.**
 - D) **Subrogación y convenio colectivo aplicable.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 7 de 2011 de la *Revista Información Laboral de Jurisprudencia* que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal), grupos de empresa, 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, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura «u.d.».

2. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A) de esta crónica.

B) Responsabilidad por deudas salariales, vacaciones y conceptos indemnizatorios

El art. 42.2 ET reconoce la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social de la contrata o subcontrata de la propia actividad durante la vigencia de la misma. El alcance material de las obligaciones citadas es objeto de frecuentes litigios, siendo un ejemplo de ello el que examina la **STJS de Asturias de 4 de marzo de 2011**, IL J 854. En ella se rechaza la tesis de la empresa principal Naval Gijón, S.A., que interpretaba que deberían excluirse a estos efectos tanto las retribuciones correspondientes a las vacaciones como los intereses de demora del conjunto de obligaciones salariales a las que se extiende su responsabilidad solidaria como empresario principal.

En cuanto a las vacaciones el TSJ, con apoyo de la doctrina unificada del Tribunal Supremo, considera que la retribución correspondiente al concepto de vacaciones es salario a todos los efectos y, en concreto, a los previstos en el art. 42.2 ET. Por lo que respecta al recargo por mora que se deriva del impago de las percepciones salariales no abonadas por la empresa contratista, el TSJ recuerda que hasta la STS 30-1-2008 prevalecía la tesis restrictiva de que «el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes», de modo que «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses». Pues bien, dicha doctrina se va a corregir a partir del pronunciamiento citado con vistas a la solución satisfactoria de los intereses del trabajador.

Y así cabe concebir también que si se pretende conceder al trabajador a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el trabajador. Y si las cosas claman por su dueño y deben ser entregadas a éste con todos sus accesorios, frutos e intereses, no parece injusto que, en aquellos supuestos en que existe una deuda a favor del trabajador y en contra del empleador o del empresario principal, se entienda que la completa satisfacción de los derechos del trabajador exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada. Atendiendo a lo dicho el TSJ, en recta aplicación de la regulación laboral sobre el pago del interés por mora (art. 29.3 ET), concluye que nada impide extender a estos intereses la responsabilidad solidaria previstas en casos de contrata de la propia actividad (art. 42.2 ET).

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

Ya hemos aludido en crónicas precedentes (véanse, por ejemplo, crónicas núms. 37, 39, 42 y 43) a la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de ellas. En el caso específico del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la regulación aplicable hace recaer esa responsabilidad en el «empresario infractor» (art. 123.2 LGSS), expresión genérica pero precisa que, para el supuesto de las contrataciones de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia (artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS). A uno de estos supuestos se refiere la **STSJ de Castilla y León de 12 de enero de 2011**, IL J 946. Como antecedente a la misma, la resolución de la Dirección Provincial del INSS acordó la imposición del recargo de prestaciones sólo a la empresa subcontratista, responsabilidad que ésta pretende hacer extensiva tanto a la empresa contratista principal, Eraikuntza Birgaikuntza Artapena, S.L., por falta de coordinación e incumplimiento de su obligación de vigilancia (art. 24.3 LPRL), como a la empresa Construcciones Moyua, S.A. por ser ésta la que, en el curso de sus trabajos, movió las placas de hormigón de Dinescon, S.L. —cuyo intento de corrección posterior por parte del trabajador originó el accidente—. EL TSJ resolvió que no procedía extender la responsabilidad por el recargo hacia las otras empresas pues, ni todos los incumplimientos empresariales ni toda omisión de medidas de seguridad pueden dar lugar al recargo de prestaciones, sino sólo aquellas que se insertan en la cadena causal del accidente cuya constancia sea clara e inequívoca y son las que deben de valorarse tanto en la instancia como en suplicación. Tal y como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo «el carácter dual, sancionador e indemnizatorio del recargo de prestaciones exige que se interprete estrictamente tanto la acreditación de una infracción normativa en materia de medidas seguridad, como la existencia de un nexo de causalidad entre la infracción y el accidente de trabajo».

Por lo tanto, al no quedar acreditados los incumplimientos citados el TSJ entiende que no puede ser extensible el carácter solidario del recargo de prestaciones a las empresas citadas.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) **Ámbito de apreciación de las causas económicas**

La STSJ de Galicia de 14 de enero de 2011, IL J 947, revisando un despido objetivo efectuado por la Compañía Gallega de Supermercados, S.A., perteneciente al grupo de empresas el Árbol y que la trabajadora consideraba una lesión a su derecho fundamental a la libertad sindical, reitera el ámbito en el cual deben de ser apreciadas las causas económicas y que resulta ser la empresa o unidad económica de producción. En este contexto y aplicado a los grupos de empresas, la jurisprudencia afirma que la dirección comercial única así como la unidad económica no implican necesariamente la existencia de una confusión de empresas, siempre que cada una de ellas conserve la titularidad formal y siga siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciado en el que tiene lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores.

A tal fin, y para apreciar la posible existencia de responsabilidad solidaria del grupo respecto de las obligaciones contraídas por Supermercados, S.A. con la trabajadora el TSJ argumenta la necesidad de que concurra alguno de los siguientes elementos: a) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; c) creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; d) confusión de plantillas, de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. En base a lo anterior, el TSJ niega la existencia de responsabilidad solidaria en este supuesto afirmando que circunstancias tales como la participación de un 94,24% de el Árbol en el supermercado en el que prestaba servicios la actora, la prestación profesional temporal o provisional no fraudulenta de trabajadores de ésta en aquél no impiden reconocer la personalidad jurídica propia y autónoma de cada una de éstas ni permiten afirmar la existencia de una única relación laboral cuyo titular fuese el grupo ni de una explotación unitaria por cuenta de la que presta servicios la trabajadora, hasta el punto de no poder diferenciar la empresa receptora de su actividad para poder apreciar la responsabilidad solidaria.

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) **Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad**

La STSJ de Galicia de 1 de febrero de 2011, IL J 794, analiza un supuesto de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el que se discute la extensión de la responsabilidad derivada del citado recargo hacia la ETT, la cual había suministrado el

trabajador que se accidentó y que motivó la correspondiente sanción del INSS a la empresa usuaria. La discusión se centra en que, según la empresa usuaria, es la ETT la que tiene la obligación de proporcionar la formación necesaria al trabajador (art. 12.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, y art. 28.3 de la Ley 31/1995, de PRL). Sin embargo, el TSJ resuelve que la empresa infractora es la empresa usuaria y que debe ser ella quien asuma el recargo, ya que el accidente se produjo en el ámbito de las condiciones de ejecución del trabajo, con una concreta máquina, de responsabilidad de la empresa usuaria y cuyo manejo no se correspondía con la categoría profesional recogida en el contrato de puesta a disposición.

5. CESIÓN ILEGAL

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

Como ya hemos indicado en anteriores crónicas la modificación de la regulación del régimen de cesión de trabajadores (art. 43 ET) recogiendo los criterios jurisprudenciales previos, trataba de perfilar las circunstancias determinantes de la existencia de la conducta interpositoria prohibida. Sin embargo, ello no ha servido para disminuir la litigiosidad en relación a esta cuestión. Buena prueba de ello es que en el período examinado la mayor parte de los pronunciamientos judiciales recaídos en nuestra temática aluden a cuestiones ligadas a la delimitación de cuándo estamos ante un supuesto de cesión ilegal de mano de obra y cuándo ante una lícita figura de descentralización productiva (STSJ Extremadura 13-1-2011, IL J 772; STSJ de Galicia de 6-4-2011, IL J 978; STSJ de Andalucía de 16-2-2011, IL J 826; SSTS, Sala 4.^a, de lo Social, u.d., de 28-2-2011, IL J 728; de 15-2-2011, IL J 878; de 14-2-2011, IL J 745; de 2-3-2011, IL J 726; de 15-2-2011, IL J 738; de 15-2-2011, IL J 741; de 9-3-2011, IL J 723; de 23-2-2011, IL J 730; de 11-5-2011, IL J 1007; de 19-4-2011, IL J 909; de 2-6-2011, IL J 1020; de 15-2-2011, IL J 877; de 11-5-2011, IL J 923; de 22-2-2011, IL J 732; de 21-1-2011, IL J 755; de 18-1-2011, IL J 758; de 28-2-2011, IL J 727; de 16-2-2011, IL J 736; de 15-2-2011, IL J 739; de 4-5-2011, IL J 918). La cuestión principal es que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, hoy incluso consagrados normativamente, que indican la presencia de la figura prohibida, la dificultad reside en su proyección al caso concreto. De ahí que sea necesario un análisis preciso de las circunstancias que rodean la prestación de servicios del trabajador, así como de las relaciones efectivamente establecidas entre él y las empresas que figuran como aparente o real comitente y contratista y de los derechos y obligaciones derivados del nexo contractual existente entre estas dos últimas. Los pronunciamientos arriba citados del Tribunal Supremo, que contemplan supuestos sustancialmente iguales de cesiones temporales de personal entre la empresa Perfaler Canarias, S.L., que presta los servicios de distintos trabajadores al Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, acogen la doctrina consolidada de la Sala sobre supuestos de cesiones ilícitas que se enmascaran con la práctica de utilizar contratas como medio de articular el acuerdo interpositorio prohibido entre las empresas cedentes y cesionaria, por lo que pasamos a exponerlos y resumirlos de forma conjunta (SSTS, Sala 4.^a, de lo Social, u.d., de 28-2-2011, IL J 728; de 15-2-2011, IL J 878; de 14-2-2011, IL J 745; de 2-3-2011, IL J 726; de 15-2-2011, IL J 738; de 15-2-2011, IL J 741; de 9-3-2011, IL J 723; de 23-2-2011, IL J 730; de 11-5-2011, IL J 1007; de 19-4-2011, IL J 909; de 2-6-2011, IL J 1020; de 15-2-2011,

IL J 877; de 11-5-2011, IL J 923; de 22-2-2011, IL J 732; de 21-1-2011, IL J 755; de 18-1-2011, IL J 758; de 28-2-2011, IL J 727; de 16-2-2011, IL J 736; de 15-2-2011, IL J 739; de 4-5-2011, IL J 918). En síntesis se recuerda que:

- 1) Lo que contempla la prohibición de cesión de trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (art. 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura relevante, pueda darse la cesión ilegal. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial.
- 2) La finalidad que persigue la prohibición legal de cesión de trabajadores es que la relación laboral materialmente coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes o simplemente la inseguridad jurídica que supone relacionarse formalmente con un sujeto que realmente no es su auténtico empleador. Pero ello no implica, a juicio de la jurisprudencia, que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.
- 3) La contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET, se concreta en una prestación de servicios que tienen lugar en el marco de la empresa principal. En ocasiones no es fácil diferenciarla de la cesión, porque en la práctica se suele recurrir a contratas como medio formal de ocultar el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario, resultando dificultoso reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita.
- 4) Como criterios diferenciadores la jurisprudencia ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración complementarios entre sí y que contienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales, y la realidad empresarial del contratista que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.
- 5) Constituye un elemento esencial para la calificación del supuesto en cuestión la actuación del empresario en el marco de la contrata, aunque excepcionalmente el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea

suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Por lo tanto, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio, en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es realmente quien formalmente se presenta como el empleador, porque el lugar del empleador real está ocupado por un titular ficticio.

Los resultados de la proyección de las anteriores consideraciones a los supuestos enjuiciados llevan al Tribunal Supremo a reconocer la existencia de una cesión contractual que no puede ampararse en el marco de una descentralización productiva lícita atendiendo a que las tareas realizadas (art. 42 ET), en todos estos supuestos por el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, Perfaler Canarias, S.L., la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios. Asimismo el TS reconoce que la prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento, siendo irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero hecho de sustituir esa empresa al empleador real —el Ayuntamiento— en el contrato de trabajo. Y ello es así aunque conste probado que el trabajador actuaba en ocasiones bajo la coordinación de un empleado de la empresa cedente, pues la realidad del día a día acreditada en los hechos probados es que los trabajadores afectados se hallaban claramente integrados dentro del organigrama municipal que aparece por tanto como su empresa real. Frente a ello, aclara el TS, no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos (art. 43 ET). Por otra parte, tampoco cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (arts. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la citada Ley) con el supuesto enjuiciado en cada una de las sentencias arriba citadas: «la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente».

La STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2011, IL J 772, afirma la concurrencia de una cesión ilegal entre el Excmo. Ayuntamiento de los Santos de Maimona y la Junta de Extremadura dado que el Ayuntamiento fue un tercero interpuesto en la relación entre el trabajador y la Administración Autonómica, puesto que el Ayuntamiento se limitó a la contratación del trabajador, el cual pasó a prestar servicios en la esfera propia competencial de la Administración Autonómica (centro de salud). A este respecto subraya el TSJ que «con la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos, que exigen no sólo mano de obra externa sino también una gestión empresarial en sentido amplio, es decir, una actividad ejecutada con medios propios y organizada, dirigida y coordinada por el empresario contratista». Asimismo, y

con apoyo jurisprudencial, indica que la cesión ilícita puede darse también entre negocios jurídicos públicos, puesto que las expresiones «contratas o subcontratas» del art. 42 ET no quedan referidas únicamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privada sino también pública.

Por el contrario, **la STSJ de Galicia de 6 de abril de 2011**, IL J 978, con base en la doctrina del TS expuesta en líneas superiores y que damos aquí por reproducida, niega la existencia de un supuesto de cesión ilegal entre la trabajadora y la Empresa Pública de Servicios Agrarios Galegos, S.A. (SEAGA), por cuanto que entiende que la relación laboral real de la actora coincide con la formal que mantiene con el SEAGA, que es su efectivo empresario y que es el que ha asumido las obligaciones que le corresponde, manteniéndose el trabajador afectado dentro del ámbito del poder de dirección de SEAGA.

También **la STSJ de Andalucía de 16 de febrero de 2011**, IL J 826, niega la existencia de cesión ilegal, tal y como pretendían los trabajadores, al entender que la empresa Central Broadcaster Media, S.L., no sólo contaba con los medios materiales necesarios para el desempeño de su actividad y que eran utilizado por los propios trabajadores, sino que, además, realizaba las funciones propias de empresario de los trabajadores (existía un coordinador que indicaba el trabajo a realizar y gestionaba las bajas, vacaciones, abono de horas extras o las incidencias en las nóminas).

B) Cesión de trabajadores en los grupos de empresa

Con carácter general, la circulación de trabajadores entre las empresas que pertenecen a un grupo empresarial constituye, salvo supuestos especiales, una práctica lícita que como recuerda **la STSJ de Galicia de 14 de enero de 2011**, IL J 947, no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del régimen de la cesión ilegal (art. 43 ET).

Uno de estos supuestos es el que se plantea en **la STS de 14 de febrero de 2011**, IL J 744, u.d. En dicho pronunciamiento el TS niega la existencia de una cesión ilegal de trabajadores de la empresa Diario El País, S.L. a otras empresas del grupo Prisa y la responsabilidad solidaria de todas las empresas a las que se le ha transferido personal como pretende la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras. El supuesto de hecho tiene como base la segregación de actividades por parte de la empresa Diario El País hacia otras empresas del grupo Prisa, incluyendo en dicha segregación la transferencia de los medios humanos y materiales necesarios para desempeñar las actividades externalizadas. El TS, siguiendo la doctrina jurisprudencial, sostiene la licitud de la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial como «una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, las que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores... Porque lo que no hay que olvidar es que pese a su general licitud, salvo que responda a una finalidad fraudulenta (constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador) de la que en autos no consta dato alguno acreditado como probado, en todo caso no dejamos de estar en presen-

cia de una cesión de trabajadores (por los sucesivos mecanismos de puesta a disposición y contratación directa) y como tal cesión —aunque legal— no puede limitar los derechos del empleado, tal como la Sala ha afirmado con carácter general en la doctrina antes citada, proclamando la observancia de las garantías establecidas por el art. 43 ET, y que más específicamente reconocemos ahora en materia de antigüedad, de acuerdo con el texto de la norma previamente referida... antigüedad que nos parece indudable se ha de reconocer a todos los efectos (retributivos, promocionales, indemnizatorios), por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación —sin solución de continuidad— con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET). Máxime cuando con la antigüedad se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios en la misma... Y más claro aún resulta cuando de lo que se trata es de determinar los “niveles de formación y experiencia del empleado” (art. 33 del II Convenio del Grupo), extremo en el que resultaría del todo impresentable que se prescindiese de la experiencia adquirida trabajando en régimen de contrata para la misma empresa, en el mismo puesto de trabajo y con identidad de funciones». Pero en el supuesto en cuestión el TS niega que se produjese una transmisión permeable de personal entre las empresas del grupo, sino que a raíz del proceso de segregación de las distintas ramas de actividad de la inicial empresa Diario El País a otras empresas del grupo para que pudieran desarrollar las actividades segregadas se procedió al traspaso de trabajadores como elemento constitutivo del propio concepto de sucesión lícita de empresa, realidad que no puede ser configurada como una cesión ilegal de trabajadores dentro del grupo y, por consiguiente, que suponga la aplicación de la prohibición legal de tal conducta (art. 43 ET) ni tampoco una responsabilidad solidaria de las empresas demandadas.

C) Efectos derivados del derecho de opción

a) *Opción de la empresa elegida entre readmisión o indemnización*

Declarada una cesión ilegal, la norma aplicable señala las consecuencias que se derivan de esa actuación empresarial ilícita (art. 43.4 ET), cuya doctrina nos recuerda la **STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2011, IL J 772**, señalando que la norma reconoce al trabajador sometido a cesión ilegal el derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Ahora bien, una vez realizada dicha opción, y dado que el art. 43 ET no contiene ninguna disposición relacionada con el despido, corresponde a la empresa elegida por el trabajador la opción entre la readmisión o indemnización de éste en los casos en que se haya producido un despido declarado judicialmente como improcedente (art. 56 ET).

b) *Consecuencias retributivas*

La **STS de 25 de enero de 2011, IL J 754**, u.d., viene a determinar las consecuencias retributivas que corresponden a una trabajadora sometida a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fija en la empresa cesionaria.

El supuesto de hecho a examen se caracteriza por los siguientes datos: Dña. Natividad ha venido prestando servicios para el Colegio de Huérfanos de la Armada (Ministerio de

Defensa) desde 1986. En 2007 se dictó sentencia por el Juzgado de los Social en procedimiento de despido en donde se reconoció la existencia de cesión ilegal de la trabajadora anulando la decisión extintiva y condenando a su readmisión a la Administración demandada previa opción de la trabajadora, en ejercicio del derecho de opción reconocido en el art. 43 ET. Desde entonces la Administración le viene abonando el salario conforme a lo previsto en el convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración del Estado, a lo que la trabajadora se opone y reclama en instancia por entender que el salario aplicable habría de ser el que venía percibiendo con anterioridad al despido.

La Sala, reiterando un pronunciamiento basado en un supuesto sustancialmente igual, señala que «de lo que aquí se trata es de determinar las consecuencias —salariales— que corresponden a un trabajador sometido a cesión ilegal y que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, no la de decidir la posible primacía de las condiciones laborales individualmente pactadas respecto de las establecidas en la norma colectiva, puesto que la actora nunca llegó a pactar con la empresa demandada condiciones en régimen de laboralidad. Y lo segundo, porque la respuesta al debate planteado viene dada —con toda contundencia— por la específica regulación que al efecto hace el art. 43.4 ET, y porque —en todo caso— vendría determinada por razones de toda índole [doctrina de los actos propios, principio de igualdad...] y por el obligado acatamiento a las normas de derecho necesario (...) el art. 43.4 ET ofrece apodíctica claridad al afirmar que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos en la empresa cesionaria, y que sus “derechos y obligaciones” en ella “serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”. Y en coherencia con ello, esta Sala ha afirmado que “la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminando el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción —como lo será normalmente— por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. (...) Y está claro que “los efectos propios” de la relación de la actora con CHN —desde el principio— no podían ser otros sino los establecidos en el Convenio Colectivo aplicables, por cuanto que la previsión normativa sobre equiparación salarial —aparte de su inequívocidad— tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha optado, consintiéndole una suerte de “espiguelo” entre las condiciones laborales más beneficiosas que establezca el convenio aplicable y los posibles contratos perfeccionados en fraude de ley; espiguelo que ha de ser objeto de rotundo y habitual rechazo por parte de la jurisprudencia (...)». Por lo tanto, concluye el TS que, «a partir de la opción ejercitada en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad del despido, los derechos y obligaciones del trabajador no pueden ser otros que “los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo”, aunque la antigüedad haya de computarse desde el inicio de la cesión ilegal. Al firmar la trabajadora la opción por la integración en el Ministerio

de Defensa, lo ha hecho a todos los efectos, y entre ellos se encuentra la aplicación del Convenio Colectivo del que resulta el concreto salario abonado pro la demandada a partir de tal opción».

6. SUCESIÓN DE EMPRESA

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho de los fenómenos de subrogación del contrato de trabajo por transmisión de empresa (art. 44 ET) y, más concretamente, la determinación de su presencia en el caso de autos, sigue siendo el principal foco de litigiosidad en esta materia, especialmente cuando nos encontramos ante casos de sucesiones de contratas y concesiones administrativas. En el período examinado siete pronunciamientos aluden a esta cuestión, por lo que nos remitimos a su apartado específico. No obstante conviene recordar, como hace la **STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 2011**, IL J 805, que analizaremos más adelante, que para determinar la presencia de una sucesión de empresa deviene esencial que se produzca el mantenimiento de la identidad económica, que resulta de la continuación o reanudación, por parte del nuevo empresario, de las mismas o análogas actividades económicas, cuya concurrencia puede resultar de distintas circunstancias, como son la transmisión de elementos corporales o incorporales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o de parte esencial del personal. En el ámbito de la jurisprudencia española se ha mantenido con unanimidad que el supuesto de hecho contemplado legalmente requiere de la concurrencia de dos elementos que configuran la sucesión de empresa: uno subjetivo, la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la existencia de relaciones contractuales entre ambas, produciéndose válidamente a través de un tercero, y otro objetivo, el traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía.

Asimismo, también es de reseñar que la regulación de esta materia contiene una importante previsión garantista de los derechos de los trabajadores, pues en él se dispone que por el hecho de que una empresa pase de unos titulares a otros, cualquiera que fuera el título de la transmisión, los trabajadores no serán perjudicados en sus derechos laborales, entre ellos y como más importante el de la estabilidad en su trabajo, puesto que les reconoce el derecho a la continuidad de la relación laboral con el nuevo empresario en cuanto sucesor del anterior y por ello subrogado en los derechos y obligaciones del mismo sobre sus trabajadores (**STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 2010**, IL J 762).

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

En el período examinado encontramos varios pronunciamientos de la doctrina de suplicación que, al hilo del análisis de supuestos varios de sucesiones de contratas y concesiones administrativas, tratan de perfilar los límites exactos del presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación de las garantías previstas para la sucesión de empresas (artículo 44 ET).

La jurisprudencia del TS mantiene que ni la contrata ni la concesión administrativa por sí solas son unidades productivas autónomas a los efectos del fenómeno de subrogación

empresarial regulado en el artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal forma que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera si no ha tenido lugar una transmisión de activos patrimoniales. Más en concreto, en el supuesto de sucesión de contratas o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva o, en otro caso, sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión. La regla general, entonces, es la no subrogación entre los concesionarios en las concesiones administrativas, con esas únicas tres excepciones (**STSJ Extremadura de 3 de febrero de 2011**, IL J 805, **STJS de Madrid de 28 de enero de 2011**, IL J 966).

A la hora de determinar un supuesto de sucesión de empresa no resulta determinante, como aclara la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2011**, IL J 966, si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad. Lo decisivo es la continuidad en la actividad empresarial y, por ello, cobra suma importancia la concreción de cada caso a partir de sus circunstancias particulares: el objeto de la actividad que desarrollan ambos empresarios, así como las circunstancias del lugar en que lo efectúan, los medios humanos y materiales con que lo hacen y el momento en que cada cual la lleva a cabo constituyen aspectos parciales de la evaluación en conjunto que debe hacerse y que, por lo tanto, no pueden apreciarse de forma aislada, tal como recuerdan la **STSJ Extremadura de 3-2-2011**, IL J 805; la **STSJ de Madrid de 28-1-2011**, IL J 966; la **STSJ de Andalucía de 3-11-2010**, IL J 762, y la **STSJ de Galicia de 4-4-2011**, IL J 1028.

En aplicación de la citada doctrina, la **STSJ de Extremadura de 3 de febrero de 2011**, IL J 805, afirma la existencia de un supuesto de sucesión de empresa entre la empresa contratista Geriex, S.L. y el Excmo. Ayuntamiento de Membrio. En el supuesto de hecho los trabajadores prestaban servicios para la empresa Geriex, S.L. como cuidadores en el Centro Residencial Virgen de Guadalupe, cuya titularidad pertenece al Excmo. Ayuntamiento de Membrio pero cuya gestión y explotación estaba concedida a Geriex, S.L. hasta 2009, fecha en la que los citados servicios revirtieron al Excmo. Ayuntamiento de Membrio, pasando los trabajadores a prestar servicios por cuenta de éste. En virtud de tal asunción los recurrentes fueron contratados con contratos temporales por el Ayuntamiento citado hasta una nueva adjudicación. En reclamación del impago de cantidades no abonadas por Geriex, S.L. los trabajadores demandaron a la citada empresa y al Excmo. Ayuntamiento de Membrio por entender que existía un supuesto de sucesión de empresa.

En su pronunciamiento el TSJ entiende que, para poder considerar la existencia de sucesión empresarial en supuestos de concesión administrativa y posterior reversión o rescate de la misma por parte de la Administración, se requiere la entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal forma que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera si no ha tenido lugar una transmisión de activos patrimoniales o de una parte esencial en términos de número y competencia del personal que la empresa antecesora destinaba especialmente

a dicha tarea. Resultando esencial que se transmita la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa, producida esta circunstancia —que el caso de autos lo constituye el edificio de la residencia geriátrica con todo su equipamiento y que revierte al Ayuntamiento en toda su extensión, inmueble, enseres, equipamiento necesario y que continúa funcionando incluso con los mismos trabajadores— el TSJ concluye que opera la subrogación con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o lo asuma directamente la propia Administración, e incluso, cuando se acuerde por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuarlo.

Como ya hemos referido la sucesión de empresas también procede en determinados casos cuando el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte del personal del cedente. Es la denominada tesis de la asunción de plantilla que, como recuerda la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2011**, IL J 966, es una figura que nace de la jurisprudencia del TJCE (en la actualidad TJUE) por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. Es decir, que la organización productiva, en estos casos, lo constituye la plantilla de trabajadores, entendida como conjunto de elementos personales organizados y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Es esta tesis la que utiliza la citada sentencia para reconocer la existencia de sucesión de empresas al supuesto de autos. Los datos de hecho son los siguientes: los trabajadores prestaban sus servicios realizando labores de mantenimiento para la Comunidad de Madrid bajo la dependencia de la empresa adjudicataria de la contrata Elsamex, S.A. desde el año 2006. Para el ejercicio 2010 resultó adjudicataria del servicio de mantenimiento en el citado organismo Inypsa Informes y Proyectos, S.A., por lo que Elsamex, S.A remite comunicación a sus trabajadores de la nueva adjudicación indicándoles que pasarían a ser plantilla de la nueva empresa adjudicataria. Sin embargo, cuando a resultas de ello los trabajadores acuden al centro de trabajo se les impide el acceso al mismo porque la nueva empresa no les reconoce como empleados. Se da la circunstancia de que la nueva adjudicataria contrató en ese momento con la casi totalidad de la plantilla de Elsamex que prestaba servicios en el citado centro de trabajo con contratos temporales por obra y servicios. Ante los referidos hechos los trabajadores demandan por despido y reclamación de cantidad contra Elsamex y también contra Inypsa Informes y Proyectos, S.A. La Sala estima parcialmente el recurso interpuesto por los trabajadores y desestima el interpuesto por la empresa Inypsa que negaba la existencia de sucesión de empresa. Para la Sala: «Aun cuando de manera opaca, se ha operado la asunción de plantillas por Inypsa, que ha incorporado a su plantilla a la práctica totalidad de los trabajadores de la saliente Elsamex, a excepción de los dos actores (...), estamos ante el supuesto de una actividad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limita a la ejecución de una obra determinada, dotada de un conjunto de elementos personales organizados, y por tanto, ante una entidad económica que mantiene su identidad. Y a tal conclusión no obsta la inexistencia de cumplimiento de los requisitos del art. 44 del ET de transmisión de elementos materiales, o la falta de previsión de la sucesión en el pliego de condiciones técnicas o en el convenio colectivo, como tampoco en el momento de la contratación por Inypsa ya no existiera vínculo laboral de los trabajadores empleados con Elsamex, en cuanto lo decisivo es, aun de forma no transparente, permanece la orga-

nización productiva, esto es, la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados».

Distinta será la conclusión a la que llegue la **STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 2010**, IL J 762, al negar la existencia de subrogación empresa en un supuesto de concesión de servicios de restauración entre la empresa Aramark Servicios de Catering, S.L. y la empresa Juan Arnedo, S.L. Los hechos que acontecen son los siguientes: La empresa Juan Arnedo, S.L. tenía encomendados los servicios de Bar Comedor de la Universidad de Jaén en un determinado edificio, en el que prestaba servicios el trabajador, y el servicio de bar/café en un edificio diferente. Produciéndose en el año 2010 la apertura de un edificio de Usos Múltiples en el que se comienza a prestar, entre otros, los servicios de comedor, la Universidad de Jaén comunica a ésta que no podrá continuar con la explotación de sus servicios en el Bar Comedor. Ante estos hechos la empresa Juan Arnedo S.L. comunica al trabajador que a partir de entonces dejaría de prestar sus servicios a la empresa. Para centrar la cuestión hay que señalar que la Universidad de Jaén encargó la construcción y equipamiento del edificio de Usos Múltiples a la empresa constructora la Lagunilla, S.L. y que ésta, una vez equipado el edificio, contrató con Aramark Servicios de Catering, S.L. la prestación del servicio de comidas bajo la modalidad de arrendamiento y explotación con concesión exclusiva. Para ello, Aramark contrató a varios de los trabajadores que prestaron servicios en la empresa de Juan Arnedo, S.L. a los cuales respetó la antigüedad y categoría que mantuvieron con la empresa anterior, pero no al recurrente. Analizados estos el TSJ entiende que no existe una subrogación de trabajadores de la nueva empresa en aquellos trabajadores que la empresa Juan Arnedo tenía destinados en el citado servicio y, en consecuencia, sobre ella no pesa la obligación de subrogarse en el trabajador puesto que no existió transmisión patrimonial de Juan Arnedo a Aramark ni cambio de titularidad, por cuanto que quien adjudicó el servicio a Aramark lo fue la empresa Las Lagunillas, S.L., que actuó como concesionaria de un edificio comercial y no la Universidad de Jaén. El lugar de prestación de los servicios de comedor es distinto al que se ubicaba en el edificio que explotaba Juan Arnedo, S.L. No se transmitieron enseres, medios, mobiliario, etc., por lo que si lo que se cuestiona es la subrogación de los trabajadores por la empresa Amamark y si además la empresa Juan Arnedo continúa prestando sus servicios de bar/café no se entiende que, al cerrarse el comedor en el otro edificio el trabajador no siga en su puesto de trabajo de camarero en el primer edificio. Tampoco hay cambio de titularidad en la contrata, ya que la empresa Juan Arnedo sigue explotando los servicios de bar/café.

Supuesto singular es el analizado en la **STSJ de Galicia de 4 de abril de 2011**, IL J 1028. Los trabajadores demandantes prestaban sus servicios para la empresa Cinebox Exhibición, S.L., perteneciente al Grupo Ábaco en un local arrendado por otra empresa del Grupo Ábaco (Circuito Español de Cines, S.L.) a la empresa Prazadouro, S.L. Inmersa Cinebox Exhibición, S.L. en un procedimiento concursal el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, por medio de auto, extinguió la relación laboral de los trabajadores demandantes. Posteriormente Prazadouro, S.L. arrendó el local con los medios materiales a la empresa Coruña Films, S.L., la cual efectuó obras de instalación de y acondicionamiento. El TSJ confirma la sentencia niega la existencia de sucesión empresarial al reconocer que no se ha producido ni una transmisión de la empresa en su conjunto, ni una unidad productiva funcionalmente independiente, o susceptible de estarlo, ya que no existía ninguna organización que reuniera esa condición al haber cesado la empresa en su actividad estando

la citada empresa en liquidación y los contratos de trabajo extinguidos por causa autorizada administrativamente. Se trata, pues, de dos empresas diferentes, si bien dedicadas a la misma actividad y que ocuparon el mismo inmueble sucesivamente, en régimen de arrendamiento, sin que conste que lo arrendado fuese una industria, sino un local que se acondicionó para que pudiera ponerse en funcionamiento.

C) Segregación empresarial y sucesión de empresa

La **STS de 14 de febrero de 2011**, IL J 744, u.d., ya comentada en el apartado 5.B) de esta crónica, también analiza la presencia del fenómeno subrogatorio en un supuesto de segregación empresarial de ramas de actividad de la empresa Diario el País a otras empresas del Grupo Prisa. El TS declara la existencia en este de independencia organizativa y funcional de las actividades segregadas constituyendo en su resultado un conjunto de medios organizados, explotaciones económicas independientes, capaces de ofrecer bienes y servicios al mercado.

A tal fin la Sala señala que «los procesos de descentralización productiva o segregación de actividades que inicialmente eran desempeñados por la empresa matriz tienen su apoyo constitucional en el derecho a la libertad de empresa que consagra el artículo 38 CE, derecho que tiene sus límites, entre otros, en los concurrentes de los trabajadores y con los que tales decisiones de exteriorización productiva pueden colisionar. Se trata entonces de una decisión empresarial que ha de resultar respetuosa con los derechos de los afectados. Por ello el art. 44.1 ET afirma la posibilidad de llevar a cabo esos procesos sin que signifiquen la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores “quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”.

Por su parte el art. 44.2 contiene la descripción de lo que haya de entenderse por sucesión de empresa para decir que se producirá 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. Del mismo modo y en el mismo sentido, el artículo 1.b) de la Directiva 98/50 CEE, de 29 de junio de 1998 establece que se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio». Con base en la doctrina de la Sala el TS reitera que «la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Y en esa noción objetiva resulta trascendente en cada caso analizar las particularidades que concurren a efectos de determinar si concurren tales notas».

D) Subrogación y convenio colectivo aplicable

Una cuestión particularmente litigiosa es la relativa tanto a la determinación como al criterio temporal del convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por una subrogación.

La **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2011**, IL J 968, viene a conocer un supuesto en el que el trabajador, agente de servicios auxiliares de la empresa Iberia Lae, S.A. hasta que a principios de 2008 se integró voluntariamente en la UTE que asumió la prestación de servicio de asistencia en tierra del Aeropuerto Madrid-Barajas, pretende que se le aplique el nuevo convenio colectivo de su empresa anterior, el XVIII Convenio Colectivo de Iberia Lae y su personal de tierra, que se publicó en julio de 2008 pero cuyos efectos se retrotrajeron a principios de 2008. El TSJ desestima la pretensión del trabajador por considerar que el convenio de aplicación es el que se encontraba vigente en la fecha de la subrogación, es decir, el XVII Convenio colectivo de Iberia Lae y su personal y no el XVIII que se publicó con posterioridad a la subrogación, a pesar de que sus efectos se retrotrajeron a principios de 2008. Entiende el TSJ que la retroactividad solamente podrá surtir efectos para quienes siguen sujetos al ámbito de aplicación del convenio o lo han estado en algún momento desde principios de 2008. Con apoyo de la jurisprudencia del TS aclara el TSJ *que «los trabajadores que han pertenecido a una empresa pueden reclamar las diferencias salariales derivadas de la publicación de un nuevo convenio y referidas al tiempo en que aún tenían vigente su relación laboral con la empresa. Pero el actor dejó de pertenecer a Iberia el 15-1-2008 y la retroactividad no puede utilizarse para revisar las condiciones de la subrogación a otra empresa que se rigieron por la norma aplicable en el momento de la transición».*

La **STS de 12 de abril de 2011**, IL J 697, examina la aplicación de un convenio colectivo en fase de ultraactividad en un supuesto de fusión por absorción.

La empresa Indra Sistemas, S.A. se subrogó en 1.300 trabajadores el 1-10-2007 tras escriturar la fusión por absorción con la empresa Azertia. Hasta la fecha el colectivo afectado de trabajadores regulaba sus relaciones por el convenio colectivo de la empresa cuya vigencia ordinaria había terminado a finales de 2006, pero que la empresa seguía aplicando en régimen de ultraactividad y que Indra continuó aplicando al personal subrogado, si bien la citada regulaba sus relaciones laborales por el XV Convenio Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y Opinión Pública, cuya vigencia se extinguió el 31-12-2007, aplicando Indra su contenido a las nuevas contrataciones hasta el 4-5-2009, fecha en la que se firma el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría. La cuestión a debatir se centra en la fecha a partir de la cual se aplicaría a los trabajadores subrogados de Azertia el nuevo convenio colectivo, en particular el nuevo plus de antigüedad contemplado en el art. 25 del convenio citado. Para resolver la cuestión el TS, con apoyo en la doctrina de la Sala, recuerda que «a) la subrogación empresarial solo abarca “aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiera ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras” (...). b) La obligación de subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad (...). c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores (...). d) la subrogación “no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las exis-

tentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador”». Por lo tanto, y reiterando un pronunciamiento anterior con la misma empresa, concluye el TS: «Por consiguiente, el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de “aplicación de otro convenio colectivo”, no se refiere al que ya estaba vigente “ex ante” la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria». En consecuencia para el TS a los trabajadores subrogados debió serles de aplicación el nuevo plus desde la fecha en que se publicó el XVI Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría, esto es desde el 1-10-2007.

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

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
 - A) **Período de prueba.**
 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
 - A) **Supuestos.**
 - a) Contrato para obra o servicio determinado.
 - b) Contrato eventual.
 - c) Contrato de interinidad.
 - B) **Reglas generales.**
 - a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.
 - b) Conversión en indefinidos.
 - c) Tratamiento de la extinción contractual.
 4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
 - A) **Fijos discontinuos.**
 - B) **Contrato de relevo.**
 5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
 - A) **Requisitos de acceso.**
 - B) **Irregularidades en la contratación laboral.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 5 a 8 de 2011 de la revista *Información Laboral*) ha de destacarse, en primer lugar, la **STS de 18 de abril de 2011**, IL J 1000/2011, sobre la inaplicación de la nulidad objetiva de la extinción

del contrato de la trabajadora embarazada en supuestos de resolución durante el período de prueba; en segundo lugar, subrayar un conjunto de pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos al cese de interinos por vacante en supuestos de externalización de servicios en una Administración pública (*infra*, ap. 3.C) y, en tercer lugar, la **STS de 23 de junio de 2011**, IL J 1106/2011, que examina la posible responsabilidad empresarial por reducción de jornada del trabajador relevista por cuidado de un hijo [*infra*, ap. 4.B)].

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

Sobre el período de prueba y, concretamente, sobre la posibilidad de pactar la suspensión del mismo se pronuncia la **STSJ de Asturias de 4 de febrero de 2011**, IL J 813/2011, que declara en un supuesto de incapacidad temporal que:

«[...] la facultad contractual de introducir un período de prueba es singular dentro de nuestro ordenamiento jurídico y como tal debe ser interpretada restrictivamente, hay que estar al sentir literal de la norma de cobertura y en ella, art. 14-3 del Estatuto de los Trabajadores se explicita que no suspenderá tal período de prueba la existencia de una situación de incapacidad temporal, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes, de suerte que si no lo hay en el momento del contrato o con posterioridad al mismo respecto de la incidencia de la incapacidad temporal sobre el período de prueba, éste sigue corriendo durante la incapacidad, pues así lo dispone el artículo 14 y es lo cierto que aquí no hay constancia de tal acuerdo, y de otro lado tal como indica la sentencia nada dice el contrato en sus cláusulas adicionales ni se alegó tampoco pacto ex post, a lo que cabe añadir que la empresa no resolvió el contrato dentro del periodo de prueba de quince días previsto en el contrato sino que no dio de baja al trabajador hasta día 29 de febrero de 2008 dando ello lugar a que el contrato produjera plenos efectos por cuanto en esta fecha ya se había superado con creces dicho periodo lo que en definitiva hace acreedor al actor a la mejora voluntaria objeto de litigio».

Por otra parte, hay que destacar especialmente la **STS de 18 de abril de 2011**, IL J 1000/2011, que resuelve un supuesto hasta ahora no resuelto en unificación de doctrina en relación con la extinción del contrato por no superación del período de prueba de una trabajadora embarazada cuando no queda acreditado que la empresa conociera de esta situación. Concretamente la sentencia que comentamos concluye que la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del despido de la trabajadora embarazada no es extensible a los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba:

«Resta pues por analizar si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual en periodo de prueba. En suma, si cabe extender a ésta la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, tal y como ha sido interpretación por la doctrina constitucional y jurisprudencial. La interpretación analógica pretendida supone partir de una laguna legal en el art. 14 ET que se rellenaría por aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 b) ET. Sin embargo, las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción permiten sostener que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la

nulidad cualificada al periodo de prueba. No sólo no se produjo intervención normativa análoga a la del despido en la Ley 39/1999, sino que tampoco un texto tan cualificado y específico como el de LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, incidió en ello, manteniéndose la distinta regulación. Partiendo de la certeza de que, en todo caso, el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas estaba ya preservado suficientemente a través de los mecanismos de tutela clásicos, el legislador se mostraba consciente de la sustancial diferencia de medios a emplear para preservar todos los aspectos de la igualdad, abarcando no sólo la no discriminación por razón de sexo, sino también el de la igualdad de oportunidades. Ello impone estar atento al momento en que la protección debe dispensarse, ajustando las medidas según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo. Si en el primer caso el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza; la lesión para la igualdad que se produce en el acceso al empleo resulta difícilmente detectable y la configuración legal de la protección habrá de tender a no dificultar la contratación, a la vista de una realidad social que, pese a la elevación del nivel formal de igualdad, sitúa a la población activa femenina en tasas muy inferiores a las de la masculina con un desfase particularmente significativo a partir de las edades fértiles, por el rechazo de las empresas a incorporar mujeres susceptibles de quedar embarazadas (así, STJUE de 4 de octubre de 2001, Asunto Tele Danmark, C-109/00). De ahí que en una fase inicial —y precaria— de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como se ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal. Precisamente el alcance constitucional de esos supuestos de nulidad cualificada —ex art. 55.5 b) ET— se produce en relación a la tutela judicial dispensada en la interpretación de aquel precepto (STC 92/2008 y 124/2009). Por ello una interpretación acorde con la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo conduce a ponderar el efecto perverso de la aplicación analógica pretendida, habida cuenta de que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas al amparo del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico con arreglo al art. 4 de la LO 3/2007, exige la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material. En suma, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas. La afirmación que hacíamos en la STS de 28 de abril de 2010 (rcud. 1113/2009), dictada por el Pleno de la Sala, sobre la nulidad del cese en periodo de prueba de una trabajadora embarazada, como derivada del art. 55.5 ET no contradice lo hasta ahora razonado. Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal en su informe, en aquel supuesto esta Sala no abordaba la nulidad del despido —calificación sobre la que no se suscitaba el recurso—, sino las consecuencias de dicha nulidad sobre los salarios de tramitación en un supuesto de contratación temporal».

No puede dejar de reseñarse, no obstante, que la presente resolución cuenta con un importante Voto Particular suscrito por seis magistrados que entienden, en contra de lo

concluido en la sentencia, que «la protección legal y su desarrollo constitucional en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en los supuestos de despido que en los de extinción contractual durante el periodo de prueba, no pudiendo resultar soslayada la referida protección por la especialidad prevista en el art. 14.2 ET para el período de prueba. Por lo que en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba que afecte a una trabajadora embarazada, aun sin conocimiento por parte de la empresa de tal situación, la sola concurrencia de dicho estado es dato suficiente para configurar una nulidad objetiva de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación; por lo que, en consecuencia, para declarar la procedencia del cese sería exigible que el empresario acreditara que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo, y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria».

Finalmente en materia de pacto de prueba hay que hacer mención de la **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2011**, IL J 1131/2011, que entra a valorar si se ajusta a derecho el período de prueba pactado con una trabajadora contratada con categoría especialista-recepcionista a la que se le aplica plazo de tres meses, teniendo en cuenta lo previsto en convenio —art. 15 establece un período de prueba para el personal no cualificado de quince días laborales, de 6 meses para los técnicos titulados y de 3 meses para el resto de personal—. Lo que se plantea concretamente al Tribunal consiste en determinar si, en relación a sus funciones, debe considerarse que la trabajadora estaba incluida, a los efectos de establecer el período de prueba, en el grupo de personal no cualificado, o por el contrario, si debió incluirse en el resto de personal, es decir, ni técnicos titulados ni personal no cualificado, en cuyo caso sería válido el período de prueba pactado:

«La cuestión planteada es discutible, pues en el Convenio Colectivo no se expresa cuál es el período de prueba aplicable a la categoría profesional de la demandante, como especialista-recepcionista, por lo que debe procederse a la interpretación de dónde se le puede encuadrar, a los efectos de poder determinar el período máximo de prueba que sería legalmente aplicable, ya que lo determinante es el contenido de las funciones de la categoría profesional. [...] Por ello, ha de considerarse ajustada a derecho la fijación de un período de prueba de tres meses de duración, al no ser técnico titulado —6 meses— ni trabajadora no cualificada —15 días—, por lo que, al haberse acordado el desistimiento de la empresa dentro de los tres meses, no existe despido, sino extinción del contrato de trabajo por no haber superado la demandante el período de prueba».

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) *Contrato para obra o servicio determinado*

Sobre la posibilidad de celebrar el contrato para obra o servicio se pronuncia la **STSJ de Asturias de 13 de mayo de 2011**, IL J 1042/2011, que reitera la doctrina jurisprudencial

en relación con la imposibilidad de admitir como causa justificada la mera alusión en el contrato de trabajo al «plan extraordinario de empleo local 2009-2010»:

«[...] pues lo que así se denomina no cabe considerarlo como un programa o proyecto para desarrollar una actividad concreta y específica, ni menos aún, con una obra o servicio determinado, y es que el Programa puede abarcar distintos servicios del Ayuntamiento, lo que impide conocer exactamente el objeto del contrato pues aquellos son numerosos, diferentes y distintos los lugares de actividad, habiendo dejado en la más absoluta indefinición el servicio concreto en que la trabajadora debía desempeñar su trabajo como camarera de pisos; b) por otro lado la actora fue contratada para prestar servicios como camarera de pisos, habiendo llevado a cabo la Entidad Local, con posterioridad al cese de la misma, la aprobación de una lista provisional de admitidos y excluidos para las pruebas selectivas de trabajadores, en régimen de personal laboral temporal, en ejecución de un Plan de Empleo, y en la que figuran cuatro trabajadores para puestos de camarero/a de pisos, de donde resulta que, en principio, la actividad contratada de la actora se enmarca dentro de lo que es un servicio habitual y con permanencia dentro del Ayuntamiento, resultando de ello que pese a la existencia de subvenciones para la contratación de la actora como camarera de pisos, las mismas no determinan la naturaleza temporal de los servicios contratados, pues necesariamente habrá de estarse a la naturaleza del servicio prestado».

De otro lado, en relación con esta modalidad contractual ha de reseñarse también la **STSJ de Galicia de 28 de abril de 2011**, IL J 1077/2011, que considera que no se ajusta a derecho el contrato de obra pactado con una trabajadora que realiza actividades ajenas al objeto de su obra o servicio, ocupando incluso el puesto de trabajo de otra empleada «en una irregular situación de interinidad *de facto* en el que tampoco estaba destinada a las labores propias del objeto de su contrato de trabajo».

b) *Contrato eventual*

Las diferencias entre el contrato eventual y el contrato fijo discontinuo son objeto de análisis en la **STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2011**, IL J 823/2011, que aplica la doctrina unificada en el sentido de reconocer que «el incremento de actividad que está en la base del contrato eventual ha de ser episódico, destinado a desaparecer en un período más o menos breve», resolviendo así que:

«[...] la tarea consistente en la realización de labores de limpieza y mantenimiento —actividad permanente— contratado en los inicios de todas las primaveras —actividad cíclica y regular— coincidente con el, todos los años paulatino, incremento de personas que acuden a la macroubanización, para finalizar a finales del otoño cuando finalmente la mayoría de los sevillanos que por allí pueblan “cierran la casa”; no se trata de permitir al empresario reforzar momentáneamente la plantilla para hacer frente a un volumen de actividad que se sabe va a remitir en breve no justificando, por ello, la dotación estable de la plantilla. Ni tampoco se trata de que el volumen de actividad ha crecido desbordando la capacidad de la plantilla ordinaria, para tras cierto tiempo, el nivel de actividad empresarial decrezca de nuevo a sus límites habituales, que es, en definitiva, lo que demuestra que se está en presencia de una necesidad temporal que permite huir de la regla general en materia de duración del contrato de trabajo, sino que nos encontramos ante un trabajo intermitente o cíclico y homogéneo propio del trabajo fijo discontinuo».

En el mismo sentido, en relación concretamente con los trabajadores temporales contratados en servicios de extinción de incendios hay que hacer alusión a la **STSJ de Galicia de 6 de abril de 2011**, IL J 978/2011, que, aplicando la jurisprudencia en la materia concluye que:

«[...] la contratación adecuada para cubrir las necesidades anuales derivadas de las campañas de prevención y extinción de los incendios forestales es el contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, a tenor de lo previsto en el artículo 15.8 Estatuto de los Trabajadores, y ello en atención a haberse constatado una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, que se reitera en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados, y sin perjuicio de las consecuencias que se derivan de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público que se derivan de la Constitución».

Finalmente, en relación con esta modalidad contractual, ha de mencionarse la **STS de 7 de julio de 2011**, IL J 1097/2011, que resuelve que no se ajusta a derecho el contrato eventual pactado para la realización de «tareas técnicas» ya que «no identifica de modo suficiente la incardinación del contrato en la modalidad adoptada pues la realización de tareas técnicas dada la categoría del trabajador, Oficial Primera Técnico, es consustancial a sus funciones cualquiera que sea la naturaleza del vínculo [...]».

c) *Contrato de interinidad*

En relación con los contratos temporales de interinidad por sustitución cabe hacer referencia en primer lugar, a la **STS de 10 de mayo de 2011**, IL J 922/2011, en el que se declara la improcedencia del cese de una interina contratada para sustituir a trabajadora embarazada por baja por IT, que es cesada por alta laboral de la trabajadora sustituida, aunque ésta sin solución de continuidad es dada de baja por maternidad. El Tribunal Supremo, tras repasar la evolución legal y jurisprudencial en punto al cese por interinos por sustitución, determina que en el caso de autos la trabajadora contratada no debió ser cesada dado que en el contrato constaba genéricamente que el mismo es «para sustituir a trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo», situación en la que se mantenía con la baja por maternidad. Así se señala:

«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, las **SSTS de 14 de abril y 3 mayo de 2011**, IL J 999/2011 y 1001/2011, determinan 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 ocupadas por unos socorristas se produjo en la Administración por adjudicación a una empresa externa de la gestión del servicio. El Tribunal Supremo interpreta que la amortización realizada por la Comunidad de Madrid no lo ha sido en fraude de ley ya que ha actuado en apoyo de la Orden de la Consejería de Economía, Orden que no consta haya sido impugnada por los trabajadores.

En cambio, en otros pronunciamientos en doctrina judicial de suplicación se establece que la externalización del servicio público no es causa de extinción válida del contrato de interinidad al no producirse una amortización de la plaza, pudiendo en su caso acudir a la extinción del contrato por causas objetivas (STSJ de Castilla y León de 7 de abril de 2011, IL J 1060/2011).

Otras sentencias como las **SSTS de 2 de febrero de 2011, IL J 749, 750/2011 y 751/2011; STS de 3 de febrero de 2011, IL J 748/2011; STS de 14 de marzo de 2011, IL J 719/2011; SSTS de 15 de marzo de 2011, IL J 713/2011 y 715/2011; STS de 17 de marzo de 2011, IL J 708/2011**, abundan en doctrina jurisprudencial anterior en punto a la extinción del contrato de interinidad por la provisión de la plaza por reincorporación del titular de dicha plaza. Como se reseñara en anteriores crónicas, se analiza nuevamente la incidencia de una normativa autonómica donde se prevé un futuro proceso de consolidación como indefinidas de plazas vacantes ocupadas por interinos. Las sentencias concluyen que dicho proceso no excluye la extinción válida del contrato de interinidad ni da derecho a una suerte de reserva de puesto de trabajo pues la reserva de plazas prevista en el Decreto Legislativo 1/2008 no es aplicable a los procesos de selección de personal iniciados antes de la vigencia de la ley autonómica 13/2007.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Además de la **STSJ de Castilla y León de 24 de marzo de 2011, IL J 864/2011**, que aplica la doctrina jurisprudencial consolidada en relación al conocido supuesto del derecho de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos a percibir el complemento de permanencia y antigüedad en igualdad de condiciones a los trabajadores contratados por tiempo indefinido, ha de destacarse también en relación con el derecho de los trabajadores temporales a la igualdad de condiciones respecto del cálculo del complemento de antigüedad la **STSJ de Madrid de 14 de enero de 2011, IL J 776/2011**.

b) Conversión en indefinidos

Las primeras de las resoluciones a destacar en esta materia son las **SSTS de 14 y 19 de abril de 2011, IL J 1015/2011 y IL J 910/2011**. Y se han de destacar por un doble motivo, en primer lugar, como hacemos habitualmente, para dar cuenta de las mismas; y, en segundo lugar, porque, dado que ambas se refieren precisamente a la aplicación del art. 15.5 ET,

ello nos ha de llevar a apuntar siquiera brevemente la recientemente regulada suspensión de aplicación del mismo.

En relación con el contenido de las sentencias, ha de reseñarse que el tema debatido no es sino el ya conocido y resuelto respecto de la fecha a partir de la cual se han de tener en cuenta los contratos computables suscritos por el trabajador a efectos de la aplicación del artículo que nos ocupa. En concreto, recuerdan las resoluciones que «se fijaba el 15 de junio como fecha a tener en cuenta para saber el número de contratos computables suscritos por el trabajador y conocer así también en el periodo de 30 meses, si la prestación de servicios se había llevado a cabo por medio de dos o más de aquéllos durante un plazo superior a 24 meses, con independencia de la licitud de tales contratos temporales».

Respecto de la suspensión aplicativa del art. 15.5 ET, ha de recordarse que el art. 5 RDL 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 requalificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, dispone que se suspende, *durante el periodo de dos años siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.*

También sobre la aplicación del art. 15.5 ET se pronuncia la **STS de 25 de mayo de 2011**, IL J 1092/2011, en relación con la inaplicación del mismo en un supuesto de contrato fijo de obra pactado en el marco del convenio de la construcción en el que se discute el alcance de la expresión «el mismo puesto de trabajo» de acuerdo con lo previsto convencionalmente —teniendo en cuenta que se trata de la norma anterior a la reforma de 2010—:

«Lo cierto es que en la sentencia se parte como hecho conforme de que en los diferentes contratos los servicios fueron prestados, con independencia de la categoría, en distintas obras, lo cual se ajusta plenamente a la noción de puesto de trabajo que valida la permanencia en la empresa como fijo de obra sin que por ello incurra el vínculo en la naturaleza indefinida. Así se desprende de la lectura del artículo 18 del Convenio General de la Construcción, cuyo tenor literal es el siguiente: “El puesto de trabajo se define por las tareas y funciones que desempeñe el trabajador, por la categoría profesional y por el centro de trabajo, de manera que cualquier variación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo”. De igual modo, la nueva redacción dada al artículo 12 del Convenio Provincial de Vizcaya dice que —el ingreso al trabajo— podrá realizarse de conformidad con cualquiera de las modalidades de contratación reguladas en el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, disposiciones complementarias y en el presente Convenio General —será para un puesto de trabajo concreto—. Este viene determinado por las tareas o funciones que desempeñe el trabajador, la categoría profesional que le corresponda dentro de la clasificación vigente y por el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad de manera que cualquier modificación a alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo. Ha sido el legislador el que ha confiado a la negociación colectiva, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, el establecimiento de los requisitos necesarios. Esa misma negociación colectiva es la que ha completado la noción de puesto de trabajo a los efectos de lo que se entiende por cambio del mismo. Sentadas las bases anteriores, la interpretación

dada por la sentencia se presenta irreprochable, habiendo sido la resolución impugnada la que ha llevado a cabo la rectificación de su criterio, plasmado en la sentencia de contraste, la cual no tuvo en cuenta ni la modificación del artículo 12 del Convenio Provincial ni la del artículo 18 del Convenio general al menos como criterio orientador».

Otra resolución que debemos destacar en esta materia es la **STSJ de Madrid de 14 de abril de 2011**, IL J 983/2011, que se refiere a la conversión en indefinida por aplicación del art. 15.5 ET de una relación laboral constituida a partir de sucesivos contratos temporales:

«En el presente caso la sentencia de instancia ha considerado de aplicación el art. 15.5 ET por cuanto el primer contrato a considerar es el de 1-7-06, ha habido más de dos contratos temporales, y el actor ha prestado servicios durante un plazo superior a 24 meses dentro de un período de 30 meses. Lo que pone en cuestión el recurso es que los servicios se hayan prestado en un mismo puesto de trabajo, argumentando que no es así, puesto que las tareas realizadas lo han sido para cada uno de los proyectos reseñados en los contratos, que gozan de autonomía y sustantividad. Tal tesis no puede acogerse, pues de hacerlo se llegaría al resultado de que nunca podría aplicarse el precepto en los casos de sucesión de contratos de obra o servicio determinado, lo cual es claramente contrario a la norma, pues como ya se ha indicado el art. 15.5 recoge un nuevo supuesto de reiteración de contratos temporales, como medida dirigida a salir al paso de la temporalidad excesiva aunque no haya fraude, y por ello pese a que los contratos respondan a cada uno de los proyectos, el puesto desempeñado es el mismo, ya que en ningún momento han variado la categoría ni el grupo profesional ni tampoco el centro de trabajo ni las tareas realizadas, que según la sentencia son similares a lo largo de toda la relación laboral. Lo anterior lleva a la conclusión de que el motivo ha de ser desestimado, y por ello la aceptación de las razones utilizadas por la sentencia para declarar la relación laboral como indefinida, confirmando en consecuencia el despido como improcedente».

c) Tratamiento de la extinción contractual

En relación con el alcance de la extinción contractual ha de hacerse referencia a la **STSJ de Madrid de 12 de enero de 2011**, IL J 770/2011, en relación con la extinción del contrato temporal de los artistas en espectáculos públicos en la que se resuelve, de acuerdo con la jurisprudencia en la materia, que:

«[...] en la presente relación laboral especial, dado el contexto del art. 5.1 [RD 1435/85] no es factible invocar la jurisprudencia de esta Sala referida a la existencia de fraude de ley en la contratación sucesiva en cadena como supuesto incluido en el art. 15.7 del ET, ya que esta doctrina sólo es aplicable en el campo de la relación laboral común y ordinaria de carácter estructural, no de carácter coyuntural; y en el caso de relaciones laborales especiales (art. 2.c y disposición adicional 2.ª del Estatuto de los Trabajadores) hay que estar a lo dispuesto en la norma específica que la regula con preferencia a la normativa general del Estatuto de los Trabajadores; en tal sentido, el art. 12 del Real Decreto citado establece que el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales de carácter especial solamente tendrán carácter supletorio respecto a lo no regulado en el mismo».

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Fijos discontinuos

En cuanto a la delimitación del contrato fijo discontinuo respecto a otros contratos temporales, la **STSJ de Galicia de 6 de abril de 2011**, IL J 978/2011, repite 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 eventual, sino fija discontinua. También se declara el carácter fijo discontinuo de la relación laboral establecida por un técnico de limpieza y mantenimiento que venía siendo contratado reiteradamente al principio de la primavera en una macrourbanización [**STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de febrero de 2011**, IL J 823/2011]. Y, asimismo, se expresa el carácter fijo discontinuo en el caso de una intérprete que venía siendo llamada todos los períodos estivales en un Monasterio (**STSJ de Castilla y León de 10 de febrero de 2011**, IL J 818/2011).

En cuanto a la forma de pago de los salarios de tramitación de estos trabajadores, las **SSTS de 23 de marzo y 4 de abril de 2011**, IL J 698/2011 y 701/201, establecen que en principio se adeudan hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, salvo que antes hubiera finalizado la temporada o campaña que motiva la contratación, en cuyo caso se adeudarán hasta ese día.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 27 de enero de 2011**, IL J 789/2011, examina un supuesto en que por carta se comunica a unos trabajadores fijos discontinuos que no se les iba a llamar en la fecha habitual, carta ésta amparada en un preacuerdo no aceptado explícitamente por los trabajadores reclamantes. El Tribunal estima que ello es un despido, si bien respecto de parte de los reclamantes, que habían aceptado ser recontratados mediante contratos por interinidad, declara la falta de acción.

B) Contrato de relevo

Respecto a este contrato, en primer lugar, la **STS de 23 de junio de 2011**, IL J 1106/2011, examina la posible responsabilidad empresarial por reintegro de la pensión de jubilación parcial en un supuesto donde la trabajadora relevista contratada por tiempo indefinido había disminuido en un 50% su jornada por cuidado de un hijo. El Tribunal interpreta que no procede el mencionado reintegro de prestaciones por el empresario pues, en este caso, la conversión en un contrato a tiempo parcial es sólo exterior, pues sigue conservando la naturaleza de indefinido a tiempo completo. La sentencia matiza las diferencias con los supuestos en que el relevista pasa a una situación de excedencia, en que sí procedería el mencionado reintegro. Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2011**, IL J 825/2011, había declarado en un supuesto similar responsable a la empresa por el porcentaje de jornada que no se había cubierto con la trabajadora relevista que había reducido la jornada.

En segundo lugar, cabe reseñar algún pronunciamiento que examina el derecho preferente a ser contratado como relevista en una empresa. En la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de marzo de 2011**, IL J 861/2011, se examina un Acuerdo de empresa que establecía que la contratación del trabajador relevista lo será de carácter indefinido, dan-

do preferencia a aquellos trabajadores con contratos de duración determinada, del grupo profesional correspondiente al del trabajador que cause baja y que haya acumulado mayor tiempo de servicio en la empresa. Por consiguiente, para que el acuerdo pueda ser de aplicación a un trabajador, éste debe ser trabajador de la empresa a la fecha del acuerdo. Se desestima por esta razón la demanda del trabajador alegando preferencia para ser contratado como trabajador relevista, dado que su último contrato terminó en el año 2001, aunque haya trabajado o tenga más tiempo cotizado al servicio de la demandada que el resto de los trabajadores contratados.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de febrero de 2010** examina el requisito de antigüedad en la empresa de más de 6 años para poder acceder a una jubilación parcial. Se admite el cómputo a estos efectos de los años de excedencia voluntaria, pues durante los mismos el contrato estaba suspendido, no extinguido.

Finalmente, existen diversos pronunciamientos que examinan la aplicación de mejoras voluntarias a los jubilados parcialmente. En primer lugar, la **STS de 11 de abril de 2011**, IL J 893/2011, niega el derecho a un premio de jubilación reconocido en convenio colectivo para un jubilado parcial, partiendo de que la dicción de la cláusula convencional aludía a las jubilaciones anticipadas, no pudiéndose considerar como tal a la jubilación parcial, pese a su acceso antes de los 65 años. En esencia, se argumenta que *la jubilación anticipada extingue el contrato de trabajo, en tanto en la jubilación parcial subsiste el contrato, si bien con reducción de jornada y reducción proporcional de salario*.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Requisitos de acceso

Aunque no forman parte estrictamente de la Administración pública, sino del llamado sector público empresarial, cabe referir algunos pronunciamientos que abordan determinadas cuestiones relacionadas con la contratación. En el primer pronunciamiento, la STS de 23 de marzo de 2011, IL J 702/2011, se reconoce el derecho de unos trabajadores a formar parte de la Bolsa de Empleo abierta por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, pero se determina que, habiendo sido despedidos improcedentemente con anterioridad, no podían pretender entrar en la misma con una antigüedad en la que se calcularan los períodos de trabajo anteriores al despido cuando por esos períodos ya habían sido indemnizados de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores. En segundo lugar, procede reseñar alguna sentencia que en punto a la entidad Radio Televisión Española interpreta un acuerdo para la conversión de contratos temporales en fijos en relación con el cómputo del tiempo de servicios entendiendo que no son computables los días cuota de las pagas extras (**STS de 23 de mayo de 2011**, IL J 1014/2011).

B) Irregularidades en la contratación laboral

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2011**, IL J 831/2011, declara el carácter indefinido no fijo de un contratado temporal de un ayuntamiento y realiza un análisis de esta figura. Así se señala:

«El régimen jurídico de la extinción de este vínculo laboral, el trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla, ve limitada su permanencia hasta la provisión de la plaza que ocupa a través del procedimiento legal y reglamentario correspondiente. Ello se sustenta en que en la práctica estamos ante una modalidad de interinidad por vacante (tesis que es discutible a efectos, por ejemplo, del régimen indemnizatorio a su extinción, pero que aquí nos es útil). En cualquier caso, más allá de los planteamientos teóricos, entendemos que en el contrato indefinido, una vez convocadas las plazas a través de la Oferta Pública de Empleo y finalizado el proceso selectivo, se produce el cese de su titular, salvo que sea el propio trabajador indefinido el que supere el proceso, fórmula ésta que se configura como la única que permite consolidar su situación, pues ostentar aquella condición no exonera al trabajador afectado de la carga de participar en dichos concursos o pruebas si quiere consolidar su condición de fijo en el desempeño del puesto de trabajo, hasta el punto que no se permite tampoco reconocer a dicho trabajador tal condición si el resultado de la prueba o concurso es favorable a otro candidato (STS 10 de noviembre de 1998 RJ 9542). Si bien, también es posible la finalización del contrato por amortización de la plaza, hecho que sucederá cuando tal puesto de trabajo no esté incluido en la Plantilla y Relación de Puestos de Trabajo de la entidad o no se considere necesario para el servicio público».

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2011, IL J 830/2011**, entiende que el derecho de opción en caso de despido declarado improcedente de indefinido no fijo corresponde a la empresa, no siendo de aplicación el artículo 13 del convenio colectivo por no ser el trabajador personal fijo, sino indefinido.

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) Absorción y compensación. Condición más beneficiosa.
- b) Remuneración de las horas extraordinarias. Valor no inferior al de la hora ordinaria. Procede incluir los complementos salariales si también se desempeñan en las extraordinarias. No procede el complemento vestuario por no tener naturaleza salarial.
- c) Nuevo sistema retributivo. No vulneración del principio de igualdad y no discriminatorio.
- d) Reclamación de cantidades: Antigüedad. Igualdad de trato entre temporales e indefinidos.
- e) Premio por años de servicio. Igualdad en el trato del personal laboral y funcionario del Ayuntamiento de Madrid.
- f) Diferencia en la retribución del personal laboral y personal funcionario.
- g) Conflicto colectivo. Plus convenio. Aplicación.
- h) Conflicto colectivo. Retribución variable. Delimitación de objetivos.
- i) Convenio de hostelería. Complemento de porcentaje de servicios.
- j) Antigüedad. Contratos temporales. Acuerdo de la comisión mixta.
- k) Conflicto colectivo. Complementos salariales. Condición más beneficiosa.
- l) Conflicto colectivo. Incrementos por promoción horizontal. Absorción y compensación.
- m) Conflicto colectivo. Absorción y compensación. Complementos de antigüedad.
- n) Complemento de penosidad y peligrosidad. Excepcionalidad. Estimación parcial.
- ñ) Convenio colectivo. Cómputo de la antigüedad. Discriminación entre trabajadores fijos y temporales.

2. JORNADA.

- A) **Acumulación de horas de lactancia: Convenio colectivo del grupo Champion. Se concretan en 23 días para aquellos trabajadores contratados con anterioridad al 17 de marzo de 2008.**
- B) **Tiempo de descanso. Consideración de tiempo de presencia en jornadas continuadas que excedan de 6 horas de duración si así lo establece el Convenio colectivo de referencia: Validez del artículo 34 del Convenio Colectivo de Trabajo para la Actividad de Transporte de Viajeros de la Provincia de Alicante.**

- C) **Permisos particulares del artículo 48.1.K) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). No es precepto de derecho necesario, cabiendo regulaciones por convenio colectivo que no respeten 6 días de permiso por asuntos particulares.**
 - D) **Concreción horaria en reducción de jornada por razón de guarda legal: Desestimación por vulnerar el principio de buena fe.**
 - E) **Reducción de jornada a los profesores de religión por reducción del número de matrículas: improcedente si no media voluntariedad.**
 - F) **Reducción de jornada por cuidado de menor limitada en su ejercicio por convenio colectivo: nulidad.**
 - G) **Vacaciones: derecho al disfrute en período posterior al año natural, si fue imposible su disfrute en el calendario fijado motivado por la Incapacidad Temporal del trabajador.**
3. **PACTO DE NO COMPETENCIA.**
- A) **Competencia desleal. La prohibición de concurrir persiste durante la excedencia por cuidado de hijos.**
 - B) **Competencia desleal. Transgresión de la buena fe contractual en período de excedencia voluntaria.**
4. **MOVILIDAD FUNCIONAL.**
- A) **Movilidad vertical descendente: delimitación del supuesto de hecho. Tareas residuales, sustantiva y temporalmente, y mecánicamente simples. Vaciamiento de funciones de viejas categorías profesionales.**
5. **MOVILIDAD GEOGRÁFICA.**
- A) **Indemnización por extinción de la relación laboral. Desestimación.**
 - B) **Impugnación de Convenio Colectivo. Plazo de caducidad.**
6. **MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.**
- A) **Conflicto colectivo. Modificación de las condiciones de trabajo.**
 - B) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Modificación de horario. Nulidad.**
 - C) **Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.**
 - D) **Conflicto colectivo. Jornada. Condición más beneficiosa. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.**
 - E) **Conflicto colectivo. Procedimiento. Adecuación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.**
 - F) **Cambio de horario. Derecho del trabajador a resolver el contrato.**
 - G) **Extinción contractual por modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estimación. Reducción de jornada.**
 - H) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Desestimación. Condición más beneficiosa inexistente.**
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 5 a 8 de 2011 de la *Revista de Información Laboral* (mayo-agosto 2011).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) *Absorción y compensación. Condición más beneficiosa*

STS de 12 de abril de 2011 (recurso de casación 4555/2010), IL J 867/2011; **SAN de 25 de mayo de 2011** (conflicto colectivo 77/2011), IL J 934/2011; **SAN de 11 de mayo de 2011** (conflicto colectivo 57/2011), IL J 929/2011; **SAN de 1 de febrero de 2011** (conflicto colectivo 233/2010), IL J 685/2011.

1. Todas las sentencias centran la cuestión objeto de debate en el tema central de la absorción y compensación de las diferencias salariales cuando éstas son superiores al convenio colectivo. En concreto, en la de la Sala de lo Social, los hechos son que tras una sucesión de empresa y subrogación de la entrante en las mismas condiciones que venían disfrutando los trabajadores, que tenían unos complementos que se venían abonando con arreglo a una cantidad fija mensual, cuando se publican las tablas salariales y ha de procederse a la subida de las nóminas, la empresa entrante decide absorber y compensar este incremento con los complementos que venían siendo abonados, y su abono supone que el salario anual bruto de los trabajadores que lo perciben sea superior al fijado en convenio; la parte demandante mantiene que es una condición más beneficiosa y que los conceptos no son homogéneos.

2. La sentencia de instancia, y posteriormente la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, aplica la doctrina del propio TS en Sentencia de 11 de marzo de 1998 (Recurso 2616/97) donde se razona que «la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencias de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996) y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo” (sentencia de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996)».

Entiende la Sala del TS, que ha sido bien aplicada la doctrina jurisprudencial, partiendo del relato de hechos probados, para concluir que los complementos en cuestión gozan de la naturaleza de condición más beneficiosa que tiene su origen en una decisión empresarial que, si bien afecta a un conjunto de trabajadores, es concedida a título individual a

cada uno de ellos, que ha sido reiteradamente abonada con carácter fijo, con independencia de los cambios de convenio y revisiones salariales y que no aparece vinculado a las características del trabajo.

Y que si bien la empresa recurrente mantiene como se señala el TS también que tal y se ha pronunciado en Sentencia de 14 de abril de 2010 (rec. 2721/10): «Sobre el precepto legal que prevé la compensación y absorción de mejoras salariales (art. 26.5 ET: “Operará la compensación y absorción de salarios 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”), esta Sala ha realizado varias matizaciones sobre esta interpretación, que se pueden resumir en los siguientes puntos: 1) la compensación y absorción debe operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (STS 10-6-1994, rec. 2274/1993, que cita STS 15-10-1992); 2) esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras (STS 28-2-2005, rec. 2486/2004), superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 3) las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a “los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas” las remuneraciones salariales implicadas (STS 29-9-2008, rec. 2255/2007); 4) la absorción y compensación no rige en principio entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquéllos que se ligan al puesto de trabajo (STS 21-1-2008, rec. 4192/2006); y 5) tampoco cabe la compensación y absorción en el sueldo de convenio de un complemento de cantidad y calidad del trabajo que no se satisface a todos los empleados (STS 10-6-1994, citada)».

Puede concluirse que la absorción sólo puede llevarse a cabo respecto de conceptos que obedezcan a la misma razón de ser, y, por lo tanto, no podrá serlo entre el salario base y complementos o entre complementos de distinta naturaleza. Y en este caso, como ya se ha expuesto, los complementos en cuestión fueron concedidos por la empresa inicial que fue absorbida por L y Asociados de M SA en diciembre de 2007; siendo que estos complementos, que se han venido abonando con arreglo a una cantidad fija mensual, no se corresponden al puesto de trabajo, productividad y producción se prevén en el convenio colectivo del sector, por lo que su abono supone que el salario anual bruto de los trabajadores que lo perciben sea superior al fijado en convenio, y no pueda ser compensado y absorbido por las subidas salariales que hasta la fecha tampoco le habían afectado.

3. Aunque existe una gran diversidad de sentencias sobre esta materia y concepto, lo cual permite llegar al tribunal Supremo en recurso de casación con mayor facilidad que en otras materias, la Jurisprudencia matiza y precisa este concepto en numerosas de ella, por eso podemos afirmar que es doctrina reiterada del TS la que establece la necesidad de la homogeneidad de los conceptos para que sea aplicable la compensación y absorción, que en el caso de autos no deja ningún lugar a dudas que no lo son, citamos también al respecto sentencias del Tribunal Constitucional (STCT 17-6-1987, Ar. 13484; STCT 13-7-1987, Ar. 15831).

- b) *Remuneración de las horas extraordinarias. Valor no inferior al de la hora ordinaria. Procede incluir los complementos salariales si también se desempeñan en las extraordinarias. No procede el complemento vestuario por no tener naturaleza salarial*

STSJ de Baleares de 11 de enero de 2011 (recurso de suplicación 474/2011), IL J 766/2011; **STSJ de Baleares de 5 de abril de 2011** (recurso de suplicación 148/2011), IL J 1059/2011; **STSJ de Baleares de 28 de abril de 2011** (recurso de suplicación 190/2011), IL J 1075/2011; **STSJ de Baleares de 26 de abril de 2011** (recurso de suplicación 149/2011), IL J 1072/2011; **STSJ de Baleares de 29 de abril de 2011** (recurso de suplicación 578/2011), IL J 1124/2011.

1. Se interpone reclamación por diferencias salariales en el abono de las horas extraordinarias incluyendo todos los complementos salariales, por entender que el plus de vestuario debe ser considerado como naturaleza salarial, porque se abona en las quince pagas, en vacaciones y es una cantidad elevada para dicho destino, se estima parcialmente la demanda denegando la inclusión del plus de vestuario por entender que es extrasalarial. Como antecedentes hay que señalar que en fecha 21-2-2007 se dictó sentencia por la Sala Cuarta del TS procedimiento de conflicto colectivo, en cuyo fallo dispuso: «declaramos la nulidad, correspondiente, del “apartado 1.a) del art. 42 del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de seguridad para los años 2005 a 2008 que fija el valor de las horas extraordinarias laborales y festivas para los vigilantes de seguridad”; del art. 42, apartado b), únicamente en cuanto a las horas extraordinarias laborales para el resto de las categorías profesionales y el punto 2 del art. 42, que fija el valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente». Por auto de la misma Sala, de 28-3-2007, se rechazaba la aclaración de sentencia y se argumentaba: «No cabe pues, en el ámbito de este proceso, realizar disquisiciones sobre la cuantificación del salario base, y de los complementos salariales que integran la estructura salarial, lo que en su caso, sería objeto de conocimiento de un posterior proceso en reclamación de cantidad por diferencias en el pago de las horas extraordinarias». Interpuesto un nuevo conflicto solicitando que se declare que, a tenor del art. 35.1, «el valor de la hora extraordinaria debe obtenerse a partir de la hora ordinaria de trabajo, considerando como tal el correspondiente al salario ordinario por unidad de tiempo, sin computar un modo específico de realizar el trabajo o su prestación en circunstancias concretas, que ya se encuentra retribuido por el propio complemento salarial de que se trate», se dictó Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 10-11-2009 que, estimando la excepción de cosa juzgada por la Sentencia de la Sala 4.^a del TS de 21-2-2007, anuló la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En fecha 18-9-2007 se ha presentado por asociaciones patronales de empresas de seguridad otro conflicto colectivo por el que se pretende que los sindicatos demandados *«acepten la inaplicación de los conceptos económicos del Convenio Colectivo vigente, como consecuencia de haberse roto el equilibrio del mismo con efecto retroactivo al 31-12-2004, debiendo proceder a la negociación de los mismos, para la recuperación del equilibrio del convenio, aplicándose mientras tanto los conceptos económicos del convenio anterior, correspondientes a los años 2002-2004, hasta que se proceda a la citada negociación, o hasta que se negocie un convenio nuevo»*. Se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que procedió la inadecuación

cuación de procedimiento, Sentencia que fue revocada por Sentencia de la Sala Cuarta de 9-12-2009, que devuelve las actuaciones a la Audiencia Nacional para que se pronuncie sobre el conflicto colectivo planteado.

2. Recurre la empresa alegando que el objeto del procedimiento requiere determinar los conceptos retributivos percibidos por el actor, argumentando que si el trabajador no acredita que ha realizado las horas en circunstancias especiales (nocturno, festivo), podría ocurrir que los pluses variables del puesto de trabajo podrían pagarse dos veces. Manifiesta la Sala que esta cuestión ya la zanjó la STS de fecha 21-2-2007 que anuló el artículo 42 del Convenio, por contravenir el artículo 25.1 del ET de que el valor de la hora extraordinaria no sea inferior al de la hora ordinaria, y es la Sentencia de 10 de noviembre de 2009 la que desestima la nueva demanda de conflicto colectivo, por entender que le afectaba el efecto vinculante positivo de lo juzgado en firme por la STS de 21-2-2007, «pues lo que produce el efecto vinculante no son las declaraciones de hecho ni construcciones de carácter fáctico de esa sentencia firme, sino la decisión jurídica que disponen y expresan los fundamentos de derecho y el fallo de la misma». La sentencia de 1-2-2007, que invoca el recurrente, no contradice a la de 21-2-2007, pues la expresión «trabajo ordinario» y «jornada ordinaria de trabajo» no tienen el mismo significado, la primera se refiere a la actividad laboral sin características especiales que den lugar al devengo de complementos de puesto de trabajo, y la segunda, en cambio, hace mención al tiempo de prestación de servicios dentro de los límites legales o convencionales. Hora extraordinaria es la que se trabaja tras la jornada ordinaria, así se recoge tanto en el artículo 35.1 del ET, como en el artículo 42.1 del Convenio Colectivo del sector, por ello no existe duplicidad en el pago, si al trabajador se le abona la hora con los mismos complementos salariales que ya venía devengando. El problema podría surgir cuando las circunstancias laborales que se realizan en la jornada ordinaria y en la hora extraordinaria sean diferentes, en este caso, y en aplicación del artículo 35.1 del ET, la hora extraordinaria nunca podrá remunerarse por debajo de la hora de jornada ordinaria, y en consecuencia habrá de calcularse el salario anual como declara aplicable el Tribunal Supremo, por más que la solución no siempre reflejará la realidad exacta de prestaciones contractuales correspectivas.

3. Para dilucidar la presente reclamación de diferencias en el abono de las horas extraordinarias realizadas, hay que determinar los conceptos que deben ser abonados en la retribución de éstas; en aplicación del criterio doctrinal mayoritario debe abonarse la cuantía de la hora ordinaria más los complementos salariales. La retribución de las horas extraordinarias es un concepto salarial autónomo e independiente que remunera un tiempo trabajado que excede de la jornada habitual, y por ello no son posibles tampoco figuras como la absorción o la compensación, y si bien es siempre dudoso que un plus sea considerado como extrasalarial cuando se abona en todas las mensualidades, es decir, se abona en las pagas extraordinarias y en vacaciones, así lo determina la Sala en aplicación de la Sentencia del TS resolviendo el conflicto colectivo inicial, del que inicialmente se han derivado posibles interpretaciones, lo que parece indiscutible es que el valor de ésta debe incluir todos los complementos a los que el trabajador tuviera derecho, según las circunstancias especiales en las que las haya realizado. Así mismo, la expresión legal del artículo 35 del ET «en ningún caso» podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, lo cual conduce a establecer que es una norma de *ius cogens* y, por tanto, el principio de jerarquía normativa o de legalidad (artículo 9 de la CE) y el laboral de «norma mínima» imponen el inexorable respeto a este mínimo.

- c) *Nuevo sistema retributivo. No vulneración del principio de igualdad y no discriminatorio*

STC de 28 de marzo de 2011 (recurso de amparo 4555/2010), IL J 675/2011.

1. Tras la desestimación de la demanda en el Juzgado de Instancia, desestimado el recurso de suplicación e inadmitido el recurso de casación, se interpone recurso de amparo frente al TC, por las delegadas de personal demandantes, sobre la base jurídica de la vulneración del artículo 14 de la CE, por una doble escala de salarios en la empresa entre trabajadores temporales y fijos de plantilla, y por razón de la fecha de entrada o adquisición de fijeza de su relación laboral, que, según exponen las demandantes, fue plasmado en un acuerdo con la empresa en el año 2004, recogiendo toda la doctrina que últimamente se ha dictado sobre la prohibición de trato desigual entre el personal fijo y temporal, cuando tal desigualdad deriva de una ley, convenio o acuerdo, en cualquier caso norma legal; se opone la empresa alegando que la empresa, por razones económicas, a partir de 1994 decidió aplicar a los trabajadores de nueva contratación un nuevo sistema retributivo consistente en abonar los salarios por horas efectivamente trabajadas, manteniendo el antiguo sistema de escalas salariales para los trabajadores contratados con anterioridad a 1994, respetándolo como una condición más beneficiosa, que derivaba de un acto unilateral del empresario.

2. En la fundamentación jurídica se mantiene por las demandantes que la diferenciación salarial tiene su origen en el acuerdo concluido entre la empresa y los representantes legales del personal en mayo de 2004, al que califican de «pacto o convenio colectivo». Cuestión fáctica que no admite el TC, ya que no consta probado en ninguna de las sentencias, y matizando, incluso, que esta alegación efectuada en amparo contradice la pretensión sostenida por las demandantes en la vía judicial, en la que, contrariamente, alegaban que era precisamente el citado acuerdo en el año 2004 (tras una actuación de inspección de trabajo que declaró como trabajadores con contratos indefinidos, a muchos de los contratados de forma sucesiva y temporal), el que ponía fin a la desigualdad salarial existente hasta entonces, reclamando de la empresa su acatamiento, lo cierto es que en ningún momento, no ya en amparo, sino en la propia vía judicial, han alegado y menos aún acreditado que el citado acuerdo constituya un convenio colectivo en sentido propio que, con eficacia normativa, imponga la diferenciación salarial que en la demanda se denuncia. De contrario se afirma en la sentencia de suplicación que lo reclamado es una mejora voluntaria salarial del empresario y que lo pactado en el acuerdo es únicamente el incremento de dicha mejora salarial, hechos que tienen que ser tenidos en cuenta, fundamentando el TC que no estamos, por lo tanto, en el ámbito de la ley ni en el de un convenio colectivo dotado de eficacia normativa, sino en el de una decisión empresarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por lo que no es una diferencia salarial basada en la fecha de contratación y no puede considerarse incurso en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley. Concluye manifestando que no se trata ni de una de las causas listadas en el artículo 14 CE o en el artículo 17 LET, ni constituye un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dichos preceptos, encuadrable en la cláusula genérica del artículo 14 CE referida a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Entra, por último, en una cuestión interesante, cual es si al ser una decisión empresarial esta diferenciación salarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría

el TC valorar si es discriminatoria, y resuelve que es sin duda constitucionalmente reprochable y así hubiera podido declararse si la medida fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria. Ahora bien, nada de esto ha sido probado en el caso de autos, como se manifiesta en la Sentencia de instancia, pues el nuevo sistema retributivo implantado a partir de 1994 fue adoptado a fin de adecuar el existente a la nueva situación económica de la empresa y a la necesidad de contratar a trabajadores por horas y para prestar servicios un día determinado de la semana, en concreto y de forma prioritaria, los sábados; es evidente que se podrá estar de acuerdo o no con esta valoración, en cuanto a su suficiencia para justificar la necesidad de la decisión adoptada y su validez, pero descarta que la misma se tomara por un acto meramente caprichoso, irracional o arbitrario.

3. Esta sentencia nuevamente declara y reitera la doctrina constitucional, que para apreciar la vulneración del artículo 14 CE entre el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación, es necesario no sólo que la diferencia de trato carezca de una justificación razonable, sino que, además, estuviera establecida en un convenio colectivo o en un pacto de igual eficacia normativa, así, el mantenimiento de esta condición más beneficiosa para los trabajadores contratados con anterioridad a 1994 provoca una diferencia o doble escala retributiva, no conlleva trato discriminatorio alguno, pues tal discriminación sólo puede producirse cuando esa diferenciación en el trato obedezca a alguno de los motivos contemplados en la ley.

d) *Reclamación de cantidades: Antigüedad. Igualdad de trato entre temporales e indefinidos*

STSJ de Castilla y León de 24 de marzo de 2011 (recurso de suplicación 89/201), IL J 864/2011; **STSJ de Castilla y León de 19 de mayo de 2011** (recurso de suplicación 230/2011), IL J 1138/2011; **SAN de 12 de mayo de 2011** (conflicto colectivo 76/2011), IL J 930/2011).

1. Los hechos se centran en dilucidar el derecho y la forma en que los trabajadores temporales deben generar la antigüedad a los efectos del cómputo de trienios y al abono del plus que corresponda por ellos, para que no se vulnere el derecho de igualdad entre trabajadores temporales y fijos de plantilla. Es el TS, en sentencia de 7 de abril de 2009, recurso de casación 3/08, el que da comprensión al objeto central de la cuestión debatida. En el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del TS indicada se señalaba que «el artículo 60.b, reconoce el derecho de antigüedad a todos los trabajadores fijos, así como a los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo. Reseñando que de la lectura del precepto no se desprende la pérdida del complemento *ad personam* al suscribir un contrato indefinido, sino que, por el contrario, la previsión del complemento con esas características se hace con vistas a los firmantes de dichos contratos. Y que los complementos de antigüedad se reconocen a fijos y eventuales, si bien a estos últimos en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, expresión con la que se alude sin duda a periodos ininterrumpidos, careciendo de sentido establecer un complemento *ad personam* para quienes van generando antigüedad y perciben por ella el correspondiente complemento bajo la fórmula de trienios mientras permanecen en idéntica situación».

En una de las sentencias también la pretensión de la parte actora se concreta en que se declare el derecho de los trabajadores temporales a que se computen, a efectos de antigüedad, los contratos temporales anteriores suscritos con la empresa demandada, aun cuando haya podido existir un lapso temporal superior a 31 días.

2. La fundamentación jurídica de las sentencias se centra en el plus de antigüedad, que no otra cuestión que la retribución de la experiencia adquirida a través de la permanencia o asistencia al puesto de trabajo, por ello es procedente el reconocimiento a favor de los trabajadores temporales. Así mismo, se ha dado este reconocimiento de la antigüedad global en función de la contratación temporal encadenada, en aplicación de la doctrina del fraude de ley o abuso de derecho, y, finalmente, admitiendo que una discontinuidad o interrupción superior a 20 días entre contratos sucesivos, pero de duración no prolongada teniendo en cuenta el conjunto del tiempo de trabajo al servicio del mismo empresario, no debe afectar salvo que el Convenio Colectivo diga otra cosa, al cómputo en el complemento de antigüedad del tiempo total de la actividad del trabajo.

La STC de 31 de mayo de 1993, entre otras, dice que «la concurrencia de otras circunstancias que razonablemente lo funden, no es criterio que sirva para basar por sí mismo un distinto tratamiento jurídico que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida diferenciando una especie de trabajador pleno: el fijo o de plantilla en oposición a un estatuto más limitado o incompleto, el del trabajador temporal. De forma que se consagra el principio de igualdad radical e inicial entre unos y otros trabajadores cuando realizan un trabajo igual o similar, que se positiviza en el artículo 15.6 del ET».

Es el TS en la sentencia ya citada de 7 de abril de 2009, y esta cuestión es decisiva para la resolución del pleito, el que dice que «cuando se habla de un mismo contrato de trabajo, podría llegar a deducirse un trato desigual entre los fijos, y los eventuales, pues estos últimos estarían prestando servicios bajo distintos vínculos contractuales, con distintas interrupciones, de manera que estos últimos trabajadores, aun a pesar de venir trabajando para la empresa con una importante antigüedad, si no estaban protegidos por un mismo contrato, —y ello porque dado su carácter de eventuales, nunca estarían bajo un mismo contrato—, no gozarían del complemento de permanencia y desempeño». No hay que hacer una interpretación literal puesto que, en cuanto se pretende premiar con él la experiencia adquirida y se extiende no sólo a los fijos sino a los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, aparece con bastante claridad que la eliminación de los eventuales no estuvo en la intención de los contratantes. Lo que conduce a entender que el precepto en cuestión engloba bajo sus previsiones también al personal eventual, unido a la empresa bajo un vínculo contractual duradero, sin necesidad de que éste sea necesariamente el mismo, tanto más cuanto que dicho complemento está muy relacionado con el criterio de la antigüedad y que respecto del mismo, lo determinante no es que un contrato que une a las partes sea el mismo, sino la unidad esencial del vínculo contractual. Finalizando la Sentencia del Tribunal Supremo indicando que «los trabajadores eventuales tienen el mismo derecho que los fijos a percibir el complemento de antigüedad, cualquiera que fuera la época en que hubieran prestado servicios, si bien en razón al tiempo total en que hayan trabajado para la empresa».

3. Ante estas cuestiones y con independencia de los sectores y convenios colectivos aplicables es de obligado cumplimiento citar la reciente Sentencia de la Sala IV del TS de 25-1-2011 en la que declara lo siguiente: «La adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios son circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador, y que el complemento de antigüedad habrá de ser calculado sumando todos los períodos de prestación de servicios efectivos acreditados con anterioridad al reconocimiento de fijeza».

e) *Premio por años de servicio. Igualdad en el trato del personal laboral y funcionario del Ayuntamiento de Madrid*

STSJ de Madrid de 1 de abril de 2011 (recurso de suplicación 4136/2010), IL J 1050/2011.

1. El demandante, personal laboral al que se le estima la demanda en instancia, solicita un premio económico por razón de los 25 años de servicio, no es objeto de polémico el derecho a percibir el citado premio, ni el montante del mismo que consiste en la cantidad que resulte de multiplicar por seis la suma de tres conceptos retributivos, el sueldo, el complemento de antigüedad y una doceava parte de las pagas extraordinarias, la cuestión litigiosa se centra en qué ha de entenderse por «sueldo». Para dilucidar la problemática hay que decidir qué norma es aplicable si el artículo 51 del Acuerdo-Convenio sobre condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos para el período 2008-2011, o el artículo 136 del Convenio que rige la relación entre las partes, la parte recurrente mantiene que no son contradictorios entre sí y en consecuencia y sobre la base de la disposición derogatoria del Acuerdo está vigente el artículo 136 del Convenio, y al efecto determina que para el premio de antigüedad de los trabajadores con 25 años de servicio, ha de tenerse en cuenta la cantidad establecida en las leyes presupuestarias en concepto de «sueldo» (que fue la inicialmente abonada al actor).

2. Se fundamenta por la parte actora en la impugnación del recurso que es de aplicación el artículo 51 del Acuerdo, y su interpretación literal, es decir, para el cálculo del premio de antigüedad deben equipararse el «sueldo» y «salario base» del trabajador con la totalidad de las partidas que integran el mismo, sosteniendo el recurrente que de la interpretación literal del citado artículo no se deduce tal paralelismo, pues ni siquiera cita el concepto de «sueldo». Ante esta primera cuestión la Sala entiende que no resuelve el litigio la interpretación literal de la norma, pues es discutible la equiparación entre «sueldo» y «salario base», pero con estos mismos argumentos no puede aceptar la tesis de la recurrente de que el «sueldo» equivalga al establecido para los distintos grupos profesionales en las leyes presupuestarias. Estima el recurso la Sala siguiendo la interpretación finalista de la norma, que la recurrente realiza como segundo argumento en su escrito de recurso, cual es que la finalidad y espíritu del Acuerdo, la equiparación en lo posible entre los colectivos de funcionarios y personal laboral del Ayuntamiento, y de mantener la interpretación de la parte actora aceptada en la sentencia de instancia, el módulo del premio al personal laboral debe hacerse con arreglo a un módulo de 3.349,48 euros mensuales, mientras que al personal funcionario se les aplicaría un módulo de 1.157,82 euros establecidos en la normativa

presupuestaria, lo cual rompe abiertamente el propósito de tratamiento igualatorio entre ambos colectivos, y, sobre esta base, transcribe el apartado 3 de la disposición adicional séptima del Acuerdo: «El principio inspirador de la política retributiva para el personal al servicio del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos será el de retribuir igual los puestos de trabajo iguales y con las mismas funciones, con independencia de la naturaleza del vínculo funcionarial o laboral que una al empleado público con la Administración Municipal». Rechazando la tesis de la parte actora, que no existe discriminación en el hecho que unos perciban mayor o menor retribución por el premio, porque a todos se les aplica el mismo texto normativo, y también entre los funcionarios unos cobran más que otros por este concepto, argumentando la Sala, que una cuestión es que se perciba distinta retribución en función del distinto grupo de adscripción profesional, y otra que dentro de grupos equiparados profesionalmente se les otorgue un trato diferente.

3. La Sala revisa y revoca la interpretación realizada en instancia, argumentando que el criterio de literalidad de la norma convencional aplicable, cuando como en este caso no contempla exactamente el término en conflicto «sueldo», ha de realizarse una interpretación finalista que conforme al artículo 1281 del Código Civil, debe estarse en consecuencia a lo que resulta del tenor literal de la norma, en referencia al fin perseguido por la misma, en este caso el Acuerdo, cual es la igualdad de trato entre el personal funcionario y el personal laboral, para luego sentar que la igualdad viene dada por la equiparación de puestos de trabajo y no porque en uno u otro colectivo haya diferencias retributivas, si éstas se deben a que desempeñan distintas funciones.

f) Diferencia en la retribución del personal laboral y personal funcionario

STSJ de Extremadura de 10 de mayo de 2010 (recurso de suplicación 132/2011), IL J 1039/2011.

1. Reclamación por diferencias salariales por la prestación laboral en su calidad de celadora de una trabajadora contratada por un Ayuntamiento, para presar sus servicios en un centro de salud del Servicio Extremeño de Salud, mediando un convenio previo con la Consejería de Sanidad. Declarada la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, pese a la oposición de la abogada del Estado, la actora sobre esta base y argumentando la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 17-7-2007, reclama percibir su salario conforme al convenio de la cesionaria. Desestimada la demanda en instancia se recurre sobre esta misma base.

2. Se había argumentado por la Sala en sentencia anterior la existencia de una cesión ilegal de trabajadores sobre la base de que, en estos casos, el Ayuntamiento se limita formalmente a contratar un celador para prestar sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la Consejería, y en el marco propio de sus competencias, que son los centros de salud y de su personal, estableciendo que en pocas ocasiones es tan clara la cesión ilegal de trabajadores, bastando examinar los sucesivos convenios de colaboración entre las Administraciones demandadas de los que derivaban los contratos temporales de la actora, estableciéndose en ellos que la dependencia funcional de los celadores lo es del coordinador del centro de salud. Esta misma argumentación, junto con la Jurisprudencia

del TS en sentencia de 17-04-2007, es la base del recurso de suplicación. La Juez de instancia reconociendo la cesión ilegal de los Trabajadores en los términos establecidos en el artículo 43 del ET, en cuanto a la dependencia en la organización del coordinador del centro de salud; así mismo, la actora mantiene que si bien las funciones son diferentes, los trabajadores de igual categoría pertenecientes al SES no realizan las mismas funciones pero sí cobran el mismo salario; la juez de instancia atendiendo a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, y a las funciones que se recogen en el convenio que la misma tiene que realizar, difieren en gran medida de las que realizan los celadores a los que pretende equipararse. Fundamenta la juez *ad quo* que no puede ser admitida la pretensión de igual retribución porque estamos ante regímenes diferentes, el laboral y el estatutario, y sobre esta equiparación la Sala alude a la doctrina del TC, que ya se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, así en sentencia 125/2003, de 19 de junio, ratificando la 144/1988, de 12 de julio, según la cual la prohibición impuesta al legislador implica la imposibilidad de configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista, se encuentran en la misma situación, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tenidas en consideración por prohibirlo así expresamente la Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y por eso discriminatorias». Matizando las STC 22/1981 y 128/1994, de 5 de mayo, que el principio de igualdad que vincula al legislador, no es obstáculo para que se establezcan diferencias de trato, siempre que las mismas encuentren una «justificación objetiva y razonable». Así, y atendiendo a la Jurisprudencia del TC existente entre el personal funcionario y laboral de un mismo organismo, que establece que la ley autoriza que unas mismas funciones sean desempeñadas por distinto personal con distinto régimen jurídico de ingreso, ascensos, seguridad social, etc., por lo que esta radical distinción no puede ser enjuiciada haciendo abstracción de estas circunstancias, por ello, y siguiendo esta tesis, no se produce desigualdad discriminatoria entre funcionarios públicos y trabajadores, y la existencia de regulaciones diferentes justifica la diferencia de trato.

3. Declarada la cesión ilegal entre Administraciones Públicas, no implica por sí mismo que el salario vaya a ser equiparado entre personal con distinto régimen de aplicación, existe un paralelismo con la distinción entre personal fijo e indefinido cuando estamos ante irregularidades de las Administraciones Públicas, pues entra en juego el proceso de selección y la adquisición de fijeza bajo los principios de igual mérito y capacidad, así como de publicidad, recogidos en la CE. Es la diferencia de régimen jurídico aplicable la que avala la diferencia de retribución, en aplicación de la reiterada Jurisprudencia de nuestro TC.

g) *Conflicto colectivo. Plus convenio. Aplicación*

STS de 19 de enero de 2011 (recurso de casación 85/2010), IL J 756/2011.

1. Se interpuso demanda de conflicto colectivo ante la AN solicitando que se declarase que los trabajadores afectados tienen derecho a percibir la cuantía variable del plus de convenio de acuerdo con las funciones efectivamente realizadas en el tiempo de consolidación del nivel superior. La sentencia estimó las pretensiones de la demanda.

La resolución se basa en el artículo 92 del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros 2003-2006 (BOE 15-3-2004), donde consta la obligación de las empresas de abonar en los procesos de consolidación de niveles retributivos las diferencias retributivas entre el nivel reconocido y el que corresponde a las funciones que se realizan, estando además la parte variable del plus de convenio vinculada a cada nivel retributivo, y teniendo también el indicado plus un complemento de puesto de trabajo.

2. Contra la citada sentencia se interpuso recurso de casación, que fue desestimado en base a lo dispuesto en el artículo 39.3 del ET, que establece el principio de equivalencia entre las funciones efectivamente realizadas y la retribución que ha de percibirse. El trabajador tiene derecho a «la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice». Por ello, si realiza funciones de dirección, subdirección o intervención de una sucursal a la que corresponde un nivel retributivo superior al consolidado por el trabajador, tendrá derecho a la retribución correspondiente a ese nivel superior y no a la del nivel consolidado. Y esto vale también para el plus del artículo 43 del convenio y no sólo con respecto a su parte fija, sino también a la parte variable. Así lo establece igualmente el artículo 92 del Convenio aplicable. Además, esta garantía no se limita a los trabajadores directivos, sino que tiene un alcance general.

El plus variable por nivel retributivo que prevé el Convenio Colectivo no puede interpretarse de forma que se abone la parte variable en función del nivel retributivo personal consolidado porque, cuando ese nivel consolidado por el trabajador sea inferior al que corresponde al rango de la sucursal en la que se prestan servicios, deberá abonarse la diferencia hasta el nivel que corresponda a aquel rango, en virtud del artículo 39.e) del ET y del artículo 92 del Convenio.

3. Aplica la Sala la garantía retributiva de la movilidad ascendente (al igual que, a modo de ejemplo, las SSTS de 11 de mayo de 1993 (rec. 1738/1992); 28 de enero de 2003 (rec. 2149/2002); 26 de enero de 2008 (rec. 1629/2008)), determinando que al concretar la cuantía del complemento salarial no se habrá de tener en cuenta el nivel retributivo personal consolidado, sino que deberá corregirse éste, en los casos que proceda, con el nivel retributivo superior que a la sucursal donde preste servicios le corresponda por su rango.

h) Conflicto colectivo. Retribución variable. Delimitación de objetivos

STS de 15 de febrero de 2011 (recurso de casación 139/2010), IL J 737/2011.

1. Es aplicable el I Convenio Colectivo, publicado por Resolución de 4 de octubre de 2007, y modificado por Resolución de 13-1-2009 (BOE 24/10/2009), cuyo artículo 32 establece una retribución variable en función del cumplimiento de objetivos. En 2007 y 2008 la empresa estableció unilateralmente sus objetivos comerciales y se lo comunicó a sus trabajadores. En la nómina de febrero de 2009 la empresa procedió a liquidar la retribución variable correspondiente a 2008, fijando el límite del 130% en el nivel de cumplimiento de cada uno de los conceptos que integraba el sistema de objetivos.

La demandante solicita que se reconozca el derecho de los trabajadores afectados a percibir la retribución variable en el valor que resulte del nivel de cumplimiento de los objetivos, sin que dicho valor pueda quedar limitado por el establecimiento del tope del 130%.

La sentencia de la AN desestimó tales pretensiones. Y contra esta resolución se interpuso recurso de casación, basado en dos motivos: a) que el sistema de objetivos contemplado en convenio aplicable no ha sido respetado por la empresa demandada que ha establecido un límite del 130% en el nivel de cumplimiento de cada uno de los conceptos o componentes que integran el sistema de objetivos, límite que contraviene los criterios con los que el convenio atempera la facultad empresarial a la hora de determinar el sistema de objetivos, y b) la aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 26 del mismo texto legal, arguyendo que la empresa ha modificando lo dispuesto en el Convenio Colectivo sin negociar con los representantes de los trabajadores, pues la limitación impuesta afecta negativamente a la remuneración de los trabajadores.

2. Señala el Alto Tribunal que la regulación de los complementos por cantidad o calidad de trabajo contenida en el artículo 32 del Convenio Colectivo, al establecer un importe de la retribución variable, comienza señalando que «la empresa fijará anualmente los objetivos del personal adscrito al sistema de Retribución variable Comercial», por lo que es única y exclusivamente la empresa la que ha de fijar los objetivos, sin que tenga que negociarlos con la representación de los trabajadores, estando obligada solamente a comunicar por escrito a cada trabajador el número total que le corresponde, su umbral mínimo, ponderación y factores correctores, por criterios formales y objetivos, debiendo informar a la representación de los trabajadores con carácter previo a su aplicación. Establecer el límite máximo del cumplimiento de cada uno de los objetivos en el 130% supone la aplicación de un criterio corrector general y objetivo, con el que se pretende evitar desviaciones, de tal manera que se consiga un cumplimiento equilibrado de todos y cada uno de los objetivos que se han fijado.

Desestima también el TS el segundo de los motivos del recurso, por cuanto entiende que la decisión de la empresa no modifica lo establecido en el Convenio Colectivo sino que, en cumplimiento de lo dispuesto en el mismo, en concreto en su artículo 32, la empresa procede a fijar los objetivos del personal adscrito al sistema de Retribución Variable Comercial, respetando los criterios establecidos en la citada norma para la fijación de objetivos, sin que sea preciso que exista acuerdo con los representantes de los trabajadores.

3. La Sala considera que la empresa puede establecer un límite máximo al cumplimiento de los conceptos que integran el sistema de objetivos, sin obligación de negociarlo con los representantes de los trabajadores. Se trata de una concreción de los objetivos del sistema de Retribución Variable Comercial que dista de ser una alteración de lo dispuesto en el Convenio Colectivo.

i) Convenio de hostelería. Complemento de porcentaje de servicios

STS de 14 de marzo de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3401/2010), IL J 721/2011.

1. El artículo 31.2 del Convenio Colectivo de Hostelería de Tenerife (BOP 12-4-2005), por remisión al artículo 52 de la Ordenanza Laboral de Hostelería de 28 de febrero de 1974, establece que las empresas pagarán a sus trabajadores «en concepto de servicio... los porcentajes que a continuación se relacionan sobre el importe neto de las facturas sa-

tisfechas por los clientes: 1. 15 por 100 en los establecimientos de las secciones primera, segunda y tercera...». La demandante estima que, en aplicación del precepto transcrito, el importe neto de la factura que abona el cliente debe ser el total de la misma detrayéndole exclusivamente los impuestos, y que, por tanto, es al resultado de esa resta al que hay que aplicar el 15 por 100. La empresa incluye en la resta un tercer concepto: precisamente, el 15 por 100 para el «servicio». Sostiene la entidad demandada que la cantidad correspondiente al indicado porcentaje debe también detrarse del total bruto de la factura que paga el cliente para, después, calcular el 15 por 100 que hay que abonar a los trabajadores sobre la cantidad resultante de esa doble resta o sustracción aritmética.

La sentencia recurrida, revocando la de instancia, considera correcta la práctica de la empresa.

2. El TS establece que, si la empresa carga en la factura al cliente un 15 por 100 destinado al servicio, «es claro que ese 15 por 100, y no ninguna otra cantidad menor, la que debe destinarse al complemento debatido», de forma que «el empresario debe limitarse a retribuir el servicio de sus empleados —en esta parte complementaria— con exactamente la cantidad que el cliente ha pagado en tal concepto». De esta forma, la única deducción a practicar es la del impuesto que se carga al cliente.

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife), de 28 de junio de 2010, en el recurso de suplicación núm. 1421/09, frente a la sentencia dictada el 16 de enero de 2009 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos núm. 1226/07, declarando que, para determinar el porcentaje de participación del personal, no ha de deducirse del importe de las facturas el 15 por 100 correspondiente al denominado porcentaje de servicio.

3. La Sentencia comentada contradice lo dispuesto por la doctrina del extinguido Tribunal Central de Trabajo, en la que se basó el fallo recurrido al afirmar que «para calcular el importe neto de las facturas no basta, como se sostiene por la parte actora, con descontar de los importes de las mismas los impuestos, arbitrios o tasas», sino que hay que descontar también «el 15% del porcentaje destinado al personal para formar el llamado tronco».

En sentido contrario determina el Alto Tribunal que no ha de deducirse del importe de las facturas el 15 por 100 correspondiente al denominado porcentaje de servicio para calcular la retribución que corresponde a los trabajadores.

j) Antigüedad. Contratos temporales. Acuerdo de la comisión mixta

STS de 15 de marzo de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2966/2010), IL J 995/2011.

1. D. Carlos Jesús presta sus servicios para TELEVISIÓN ESPAÑOLA SA como técnico Superior Administración. Su vínculo con la empresa se ha articulado a través de diversos contratos temporales desde el año 1998 entre los cuales, desde diciembre de 2005, no ha habido interrupción temporal.

En aplicación del acuerdo de 27 de julio de 2006, se reconoce al actor la condición de personal fijo, no aplicando las previsiones del artículo 15 del Convenio Colectivo y limitando los efectos del reconocimiento de antigüedad a la fecha de suscripción del último contrato (1 de junio de 2007). El actor reclama que se le reconozca una antigüedad de 27 de septiembre de 1998 y, subsidiariamente, de 16 de abril de 2001. La demanda fue desestimada en la instancia; decisión que se revoca en la sentencia recurrida, la cual, aplicando la doctrina del TS recogida en la sentencia de 18 de enero de 2010, estima la demanda, reconoce la antigüedad reclamada y condena al abono de las diferencias, todo ello en base a que no cabe conceder efectos a la limitación del reconocimiento de la antigüedad, porque el acuerdo de 27 de julio de 2006, que la establece, vulnera el sistema de fuentes de la relación laboral por estar en contra de lo dispuesto en el artículo 15.6 del ET y de lo que prevé el artículo 63 del Convenio Colectivo.

El Abogado del Estado, en representación de la entidad CORPORACIÓN RTVE, S.A., mediante escrito de 8 de septiembre de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el TSJ Madrid de 21 de enero de 2009.

2. El TS argumenta que el acuerdo de la Comisión Mixta de 27 de julio de 2006 carece de eficacia a la hora de determinar la antigüedad, porque no tiene valor normativo y vulnera el sistema de fuentes de la relación laboral, al contrariar las previsiones tanto del artículo 15.6 ET como las del Convenio Colectivo aplicable.

Por ello, desestima el recurso.

3. La doctrina de la Sala ha sido unificada no sólo por la sentencia de 18 de enero de 2010, sino por otras posteriores, entre las que pueden citarse las de 25 de enero de 2001, dictadas en los recursos 207/2010 y 1991/2010.

La Sala ha declarado reiteradamente que el carácter temporal de la relación no es causa que pueda justificar un trato diferente a efectos de la remuneración por antigüedad (por todas TS, Sala General, 7-10-2002, R. 1213/01, seguida entre otras muchas por las de 1-4 y 7-5-2003, 17 y 28-5-2004). Y también (TS 7-2-2009, R. 3/08) que el período de tiempo trabajado como eventuales debía computarse cuando estuvieran prestando servicios bajo una misma «unidad de vínculo contractual», como habían establecido las sentencias de 21-5-2008 (R. 3420/06), y 12-6-2008 (R. 2544/07).

k) Conflicto colectivo. Complementos salariales. Condición más beneficiosa

STS de 12 de abril de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4555/2010) IL J 867/2011.

1. Trabajadores de diversas secciones de la empresa GRANINTER S.A. venían recibiendo complementos de puesto de trabajo, complemento personal, complemento de producción y plus de productividad, distintos a los previstos en el convenio colectivo del sector desde el año 2005.

La citada empresa fue absorbida en 2007 por LEVANTINA Y ASOCIADOS DE MINERALES S.A.

A partir de abril de 2009 la empresa, para aplicar los incrementos de convenio sobre salario base y demás retribuciones, complementos y pluses previstos en Convenio, computó las cantidades percibidas en concepto de complementos «extra convenio» antes indicados.

Contra esta actuación descrita, se interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, que estimó las pretensiones de la parte actora declarando el derecho de los trabajadores a continuar percibiendo los complementos referidos en los mismos importes que lo venían haciendo antes de marzo de 2009, por ser una condición más beneficiosa, y condenando a la empresa a no efectuar sobre ellos la compensación y absorción con relación a los incrementos salariales de convenio.

La demandada interpuso recurso ante el TSJ Galicia, por entender que concurren todos y cada uno de los presupuestos exigidos en el artículo 26 del ET para neutralizar la subida salarial contemplada en las tablas del convenio aprobadas en marzo de 2009 y, en consecuencia, procede aplicar la figura de la compensación y absorción.

Contra la sentencia del TSJ de Galicia interpuso la mercantil LEVANTINA Y ASOCIADOS DE MINERALES S.A. recurso de casación para la unificación de doctrina fundado en la contradicción con la dictada por el TSJ de Cataluña de fecha 23 de noviembre de 2006 (rec. 6138/2006).

2. Considera el TS que los complementos objeto de controversia en este caso son verdaderos complementos del salario base, por lo que no son absorbibles, al no ser conceptos homogéneos con la mejora salarial derivada de la aplicación del convenio.

En el mismo sentido señala que los complementos discutidos, en base a los hechos probados, gozan de la naturaleza de condición más beneficiosa que tiene su origen en una decisión empresarial que, si bien afecta a un conjunto de trabajadores, es concedida a título individual a cada uno de ellos, que ha sido reiteradamente abonada con carácter fijo, con independencia de los cambios de convenio y revisiones salariales, y que no aparece vinculado a las características del trabajo.

La absorción sólo puede llevarse a cabo respecto de conceptos que obedezcan a la misma razón de ser y, por lo tanto, no podrá serlo entre el salario base y complementos o entre complementos de distinta naturaleza. Y, teniendo en cuenta que no se corresponden con los complementos salariales que por puesto de trabajo, productividad y producción se prevén en el convenio colectivo del sector, y su abono supone que el salario anual bruto de los trabajadores que lo perciben sea superior al fijado en convenio, falla el Alto Tribunal desestimando el recurso íntegramente.

3. La sentencia comentada se basa en la sentencia del TS de 14-04-2010 (rec. 2721/10) que recoge los requisitos que configuran la absorción y compensación de mejoras salariales: 1) la compensación y absorción debe operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad [STS 10-6-1994 (rec. 2274/1993), que cita STS 15-10-1992]; 2) esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras [STS 28-2-2005 (rec. 2486/2004)], superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 3) las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse

teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a «los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas» las remuneraciones salariales implicadas [STS 29-9-2008 (rec. 2255/2007)]; 4) la absorción y compensación no rige en principio entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquellos que se ligan al puesto de trabajo [STS 21-1-2008 (rec. 4192/2006)]; y 5) tampoco cabe la compensación y absorción en el sueldo de convenio de un complemento de cantidad y calidad del trabajo que no se satisface a todos los empleados (STS 10-6-1994, citada).

1) *Conflicto colectivo. Incrementos por promoción horizontal. Absorción y compensación*

SAN de 11 de marzo de 2011 (conflicto colectivo 57/2011), IL J 929/2011.

1. Solicita la parte demandante que sea declarado el derecho de los trabajadores afectados por este conflicto a que, cuando alcanzan el tramo temporal de la promoción horizontal regulada por el artículo 24 del III Convenio Marco del Grupo Empresa (BOE 26-06-2008), lucren el incremento económico en que consiste la promoción horizontal, sin que éste se vea afectado por la aplicación de la absorción y/o compensación. Resalta, además, que el apartado cuarto del artículo 24 del Convenio citado lo impide.

La parte demandada argumenta que se ha promocionado horizontalmente a los trabajadores que procedía y éstos han visto incrementados sus salarios bases conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del III Convenio Marco, compensándose y absorbiéndose dichos incrementos en los complementos personales considerados compensables y absorbibles en el Acuerdo de 23-05-2001, en el que se pactó un sistema de tránsito entre las antiguas estructuras retributivas y la actual. Negaron, así mismo, que el artículo 24.4 del III Convenio Marco impida la política salarial realizada por la empresa, puesto que allí se pactó una política retributiva causada por el I Convenio Marco (BOE 13-02-2000).

2. Considera la AN que los incrementos retributivos por promoción horizontal son propiamente complementos de naturaleza personal, en tanto que se fijan en función de las condiciones personales del trabajador, bastando, para ello, el transcurso de siete años en el nivel inferior salvo que haya un informe desfavorable de su superior, lo que permite concluir que son homogéneos y, por tanto, compensables con los complementos personales C1, C2, C8 o C9 que perciben desde el Acuerdo de 23-05-2001, tal como venía realizando la empresa y es objeto central del litigio.

Los complementos personales C1, C2, C8 o C9 traen causa en una fuente distinta al III Convenio Marco, ya que se ha acreditado que se negociaron en el Acuerdo de 23-05-2001, actualmente vigente. Habiéndose probado, por otra parte, que los negociadores de dicho Acuerdo pactaron expresamente que los complementos personales C1, C2, C8 y C9 eran compensables y absorbibles.

Entiende, así mismo, que el artículo 24.4 del III Convenio Marco no impide, de ningún modo, la compensación y absorción controvertida, puesto que dicho apartado protege el

proceso de homogeneización, regulado en el artículo 10.3.g) del I Convenio Marco, que no tiene absolutamente nada que ver con lo aquí debatido.

3. La sentencia comentada se basa en la doctrina unificada y recogida en la reciente Sentencia de 27 de febrero de 2009 (RCUD 439/2008) sobre la finalidad de la absorción y compensación, que no es otra que evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta [Sentencias de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9548), 9 de julio de 2001 (RJ 2001\7437), 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001\8447) y 2 de diciembre de 2002 (RJ 2003\515)]. Ello implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad [sentencias de 15 de octubre de 1992 (RJ 1992\7641) y 10 de junio de 1994 (RJ 1994\ 5419)], al menos en el orden de la función retributiva.

Con resultado contrario, se apoya en las SSTs de 10-10-2005 y 9-03-2010, cuyos fallos denegaron la compensación y absorción del incremento causado por la promoción horizontal con el complemento de actividad, porque la fuente reguladora de ambos complementos era exactamente la misma. Y es que, a diferencia de los supuestos resueltos por el TS en las sentencias citadas, los complementos del caso comentado traen causa en una fuente distinta al III Convenio Marco, ya que se negociaron en el Acuerdo de 23-05-2001.

m) Conflicto Colectivo. Absorción y compensación. Complementos de antigüedad

SAN 84/2011, de 25 de mayo de 2011 (conflicto colectivo 77/2011), IL J 934/2011.

1. La empresa demandada tiene un programa de «Fidelización de nuevos talentos», que premia el esfuerzo y compromiso demostrado por sus trabajadores y comporta una revisión anual de sus retribuciones. Este incremento salarial se incluye en la nómina como complemento personal absorbible.

La empresa ha compensado y absorbido el complemento de antigüedad, perfeccionado por sus trabajadores, con el referido complemento personal absorbible.

La parte demandante solicita que se declare que el denominado complemento absorbible personal no es compensable ni absorbible con los incrementos por antigüedad y que sólo lo es con los incrementos que con carácter general se acuerden o se pacten durante el año 2010, y siempre que exista homogeneidad entre los conceptos retributivos.

2. El Tribunal mantiene la naturaleza salarial del complemento personal absorbible y, en segundo lugar, considera que se trata de un complemento relacionado con la cantidad o calidad del trabajo realizado, puesto que se ha acreditado que se concede por participar en el «Programa de Fidelización de Nuevos Talentos», que reconoce el esfuerzo y el compromiso demostrado por el trabajador.

Argumenta que si el complemento de antigüedad es, por definición, un complemento personal, que se relaciona con la permanencia del trabajador en la empresa, mientras que el complemento personal absorbible se relaciona con el esfuerzo y compromiso demostrado en el trabajo que supone participar en el «Programa de Fidelización de Nuevos Talentos»,

no estamos ante conceptos salariales homogéneos que permitan su compensación y absorción.

3. Se basa la sentencia comentada en lo ya sostenido por la Audiencia Nacional en el pronunciamiento de fecha de 1-02-2011 (*ROJ 248/2011*), que recoge pormenorizadamente la doctrina del TS sobre la necesidad de que los conceptos salariales objeto de compensación o absorción sean sustancialmente homogéneos y no estén previstos en la misma fuente normativa (SSTS 10-11-1998; 4-02-2009; 9-07-2011; 17-09-2004; 28-02-2005; 6-10-2008; etc.).

n) Complemento de penosidad y peligrosidad. Excepcionalidad. Estimación parcial

STSJ de Galicia de 27 de enero de 2011 (recurso de suplicación 5191/2007), IL J 963/2011.

1. El actor es educador en un Centro Educativo de Menores, al servicio del Gobierno autonómico gallego.

Los Educadores del centro tienen como función principal la intervención directa como marco de referencia para los menores acogidos, dando respuesta asistencial y preventiva a las necesidades de los menores: ejercen la tutoría de los menores realizando su seguimiento personal y familiar, asumen la responsabilidad educativa, acuden con ellos a dependencias judiciales y hospitalarias, reciben a los menores que ingresan por el procedimiento de urgencia..., lo que exige una relación directa y familiar con ellos y con sus familias, y la intervención en la solución de conflictos y discusiones entre los jóvenes, así como mantener relaciones con los internos mayores, lo que desemboca en discusiones, agresiones y amenazas al no aceptar los métodos impuestos por la administración.

La sentencia de primera instancia declaró el derecho del actor a percibir los pluses de peligrosidad y penosidad, y, en consecuencia, condenó a la demandada a incluir las especiales circunstancias del puesto de trabajo en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, al objeto de que se hagan efectivos los mismos.

2. El criterio determinante para el reconocimiento del plus exige una excepcionalidad o inusualidad, esto es, una dificultad superior a la correspondiente a la misma actividad profesional en el entorno habitual de la misma [así, las SSTSJ Galicia 26-03-2010 (R. 5353/06), 20-12-2005 (R. 4331/03), 04-06-2004 (R. 3221/01), 26-10-2001 (R. 3243/98), etc.].

Las condiciones de trabajo del recurrente se integran por una serie de funciones que exigen el contacto con los menores y sus familias, desarrollando las mismas funciones que cualquier otro educador, pero en horario nocturno, lo que supone unas especiales dificultades materiales o técnicas y, por ende, lo hace tributario de los pluses.

En el caso concreto, el actor ha de acudir a centros judiciales y hospitalarios y tendrá que atender a los menores ingresados por la noche y, sobre todo, a los familiares de los menores que se presenten en dicho horario, lo que lleva a la Sala a estimar parcialmente el recurso, en cuanto a reconocer su derecho a percibir el plus solicitado, pero declarando la incompetencia de la jurisdicción social para la inclusión del puesto en la relación de puestos de trabajo.

3. En cuanto a la concurrencia de circunstancias que hacen que el puesto de trabajo desempeñado exija una especial dedicación, responsabilidad, dirección, etc., la sentencia comentada sigue la doctrina unificada [SSTS 09-11-1999 (Ar. 914) y 11-04-2000 (Ar. 3947)] por la que el devengo del plus está condicionado a su inusualidad, lo que significa que «cuando la peligrosidad, toxicidad o penosidad sea consustancial o inherente al puesto de trabajo no surgirá el derecho al complemento. Siempre y cuando por supuesto, [...] que la retribución del puesto en cuestión es, por razón de esos riesgos, de distinto importe a la de otros puestos de igual categoría que no los padecen». La misma doctrina —STS 11-04-2000 (Ar. 3947)— afirmaba que con ello «no está vedando su abono [...] en los casos en que siendo la penosidad o el manejo de sustancias peligrosas o tóxicas habitual o incluso inherente al puesto de trabajo que se desempeña, su retribución no ha sido fijada en atención a tales circunstancias».

ñ) *Convenio Colectivo. Cómputo de la antigüedad.
Discriminación entre trabajadores fijos y temporales*

STSJ de Madrid de 14 de abril de 2011 (recurso de suplicación 3634/2010), IL J 1117/2011.

1. Los demandantes prestan servicios para la Comunidad de Madrid con contrato temporal.

La demandada se halla afecta al Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

El párrafo segundo del artículo 37 del convenio aplicable establecía: «los trabajadores con relación de empleo de carácter temporal tendrán derecho a la percepción del complemento por antigüedad, siempre y cuando presten servicios continuados durante tres o más años en virtud de un mismo contrato de trabajo, no pudiendo acumularse los períodos correspondientes a más de un contrato temporal, salvo en el supuesto previsto en el párrafo séptimo de este artículo». La sentencia de 27-12-2007 declaró su nulidad.

El artículo 37.7 del Convenio aplicable dispone: «A los trabajadores eventuales que pasen a formar parte de la plantilla de personal laboral fijo, se les computarán los servicios prestados en la Comunidad de Madrid, a efectos de antigüedad, salvo que la prestación de sus servicios hubiera tenido en algún momento solución de continuidad por más de tres meses consecutivos, en cuyo caso sólo se computarán los servicios posteriores a la última interrupción superior a tres meses».

Los demandantes solicitan que les sean reconocidos, a efectos del devengo de trienios, todos los servicios prestados como trabajadores temporales. La sentencia de instancia estimó su pretensión. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada, que no discute el derecho al devengo de trienios, sino cómo debe hacerse el cómputo de los tres meses de interrupción.

2. En relación con la antigüedad, expresamente se dispone en el artículo 15.6 ET que cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad

del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea la modalidad de contratación, como reitera la STS 11-5-2005.

Pues bien, en el artículo 37.2 se contiene un trato desigual sin justificación para trabajadores temporales y fijos. Así, en el caso de los trabajadores temporales, no se les computarían los períodos de servicios cuando se hubieran prestado en virtud de diferentes contratos o cuando los tres años no fueran continuados. Estos requisitos que se establecen para los trabajadores temporales no se exigen para los fijos, razón por la cual se ha declarado la nulidad de este precepto.

La Sala ha anulado el párrafo segundo por discriminatorio para los trabajadores temporales, y tras ello queda subsistente, como norma aplicable por igual para todos, temporales y fijos, el párrafo séptimo que excluye los períodos anteriores a la repetida ruptura, reforzado igualmente por las previsiones del párrafo octavo del mismo precepto que exige también que no medie solución de continuidad cuando se trate de funcionarios de la CAM que se integren en la plantilla de personal laboral fijo, en orden al respeto de la antigüedad que ostentasen.

3. La sentencia comentada, aplicando la fundamentación jurídica expuesta, mantiene la antigüedad fijada en instancia respecto de la actora, pues considera que no es ruptura la diferencia de un día entre contratos (fin el 30 de septiembre 2006 a comienzo 31 de diciembre de 2006). Estima, sin embargo, la petición subsidiaria en el sentido de reducir la cantidad a abonar por el concepto reclamado dado que la trabajadora presta servicios a través de un contrato de relevo al 85 por 100 de la jornada.

Encuentra apoyo esta sentencia en otras de 27-12-2007 y 12-11-2007 que establecen que nuestro ordenamiento no admite la discriminación entre trabajadores fijos y temporales, de manera que el establecimiento por el convenio colectivo de distintas condiciones para el devengo del complemento de antigüedad según la permanencia del contrato no será válido. Así lo reconoce la jurisprudencia con claridad al menos desde la STS 7-10-2002, dictada en Sala General, y la de 23-10-2002, con base en lo dispuesto en la Directiva 1999/70 CEE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración indefinida, y en el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores.

2. JORNADA

A) Acumulación de horas de lactancia. Convenio colectivo del Grupo Champion. Se concretan en 23 días para aquellos trabajadores contratados con anterioridad al 17 de marzo de 2008

STS de 12 de abril de 2011 (recurso de casación 171/2010), IL J 897.

1. Por la representación de la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FECOHT-CC.OO.) se presentó demanda de conflicto colectivo en la que se solicitaba se declarara el derecho de los trabajadores que causaron alta en la empresa antes del 17 de marzo de 2008 a la acumulación de horas de lactancia por un período de 23 días condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración. Citada pretensión

fue estimada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que condenó a las empresas Supermercados Champions y grupo Supeco Mayor conforme se solicitaba en el escrito de demanda.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ratifica el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional, a la luz de lo dispuesto en el artículo 35V del Convenio Colectivo Vigente para este grupo empresarial (BOE de 23 de agosto de 2008).

Recuerda la Sala los criterios sobre la Interpretación de los Convenios Colectivos, decantándose por la aplicación al caso concreto del primer canon hermenéutico (sentido propio de las palabras). Aplicando citado criterio al artículo 35 del Convenio concluye la Sala que el mismo es claro al señalar que los trabajadores contratados antes del 17 de marzo de 2008 aceptaron pacíficamente acumular sólo 14 días aunque pudieran acumular 23 días, sin que la empresa haya acreditado ningún vicio de consentimiento que permita anular el efecto vinculante de lo acordado.

3. Ratifica esta Sentencia la doctrina de la Sala sobre la interpretación de los Convenios Colectivos contenida en su previa Sentencia de 26 de noviembre de 2008 (Rec. 139/2007), entre otras.

B) Tiempo de descanso. Consideración de tiempo de presencia en jornadas continuadas que excedan de 6 horas de duración si así lo establece el Convenio colectivo de referencia: Validez del artículo 34 del Convenio Colectivo de Trabajo para la Actividad de Transporte de Viajeros de la Provincia de Alicante

STS de 4 de abril de 2011 (recurso de casación 2/2010), IL J 667/2011.

1. La Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano planteó demanda de impugnación de Convenio Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Solicitaban los demandantes se declarasen nulos por contrarios a la ley y la jurisprudencia los siguientes artículos del convenio impugnado: 1. último párrafo del apartado dedicado a cláusula de no aplicación del régimen salarial del artículo 25 en lo que se refiere al articulado siguiente: «Los acuerdos sobre inaplicabilidad alcanzados por los representantes de los trabajadores y la empresa, los alcanzados en la comisión paritaria y los laudos arbitrales serán irrecurribles y ejecutivos». 2. Párrafo tercero del artículo 34 relativo a la jornada que dice literalmente: « siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, se concederán quince minutos de tiempo de bocadillo a los trabajadores que por razones de trabajo efectivo no tuvieran a mitad de jornada tiempo para el ciado descanso». 3. párrafo primero del artículo 37 referido al descanso semanal que dice literalmente: «A partir del día 1 de mayo de 2003, los trabajadores tendrán derecho a un descanso semanal de dos días. Los conductores y auxiliares en ruta que realicen trabajos en relación con el vehículo, sus pasajeros o su carga disfrutarán de dicho descanso en cómputo cuatrisesemanal respetando siempre el descanso mínimo de un día a la semana y dos a la siguiente de forma rotativa». 4. Disposición adicional referida a la Ley de Igualdad contenida en el capítulo IX que dice literalmente «En materia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres de conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 del RDL de 24 de marzo de 1995 (Estatuto de los Trabajadores), se estará

a lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, revela que no ha existido ningún esfuerzo en adoptar medida alguna que impulse los principios rectores de la Ley Orgánica, sino que simplemente se traslada el título de la misma al texto del convenio colectivo».

En fecha 6 de octubre de 2009 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó Sentencia cuya parte dispositiva estimó en parte la pretensión ejercitada por Comisiones Obreras. En lo que a esta crónica interesa, declaró la nulidad del artículo 34 del Convenio colectivo antes transcrito.

Contra esta Sentencia interpusieron recursos de casación las representaciones procesales de las demandadas UGT, Federación Provincial Empresarial de Transportes Interurbanos de Viajeros, la Asociación Empresarial de Transportes de Viajeros de Alicante y la Asociación Empresarial de Transportes Urbanos de Viajeros de Alicante. En forma coincidente, los recurrentes denunciaban la infracción del artículo 34 del Convenio colectivo en cuestión, en relación con el artículo 10 bis 4 RD 1561/1995.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto. Entiende que no prevalece, en este caso, la interpretación realizada por la Sala de Instancia por incurrir en error sobre el presupuesto normativo que sirve de base a su argumentación.

Realiza el Alto Tribunal una interpretación sistemática del precepto, para llegar a la conclusión de que el artículo 34 del convenio colectivo debe ser interpretado en el sentido de que éste reconoce un descanso mínimo de derecho necesario de 30 ó 45 minutos (este último si el tiempo total de trabajo excede de 9 horas diarias).

Recuerda el Alto Tribunal que el denominado tiempo de bocadillo no tendría la consideración de tiempo de presencia de conformidad con lo dispuesto en RD 1561/1995, por lo que citado tiempo no vendría retribuido al valor mínimo de la hora ordinaria si el convenio colectivo no lo conceptuase de esta manera.

3. Si bien la concreción del caso enjuiciado no permite invocar doctrina y jurisprudencia precedente, destaca en esta Sentencia el contenido de su FD 2.º en el que se expone la doctrina existente acerca de las reglas de interpretación de las cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, y especialmente las condiciones exigibles para que prevalezca la interpretación realizada por el órgano de instancia ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes.

C) Permisos particulares del artículo 48.1.K) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). No es precepto de derecho necesario, cabiendo regulaciones por convenio colectivo que no respeten 6 días de permiso por asuntos particulares

STS de 27 de junio de 2011 (recurso de casación para unificación de doctrina 2633/2010), IL 1197.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Universidad del País Vasco contra la Sentencia de fecha 11 de mayo de 2010 que casa y anula.

Se trata de un contratado laboral perteneciente al colectivo de personal de administración y servicios (PAS) que solicita 6 días de permiso por asuntos particulares previstos en el artículo 48.1.K) de la Ley 7/2007. Interesa destacar que citada Universidad rige sus relaciones laborales por convenio colectivo propio de aplicación que prevé un número inferior de días para asuntos particulares.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco les otorgó la razón estimando la demanda interpuesta de contrario. Recurrida la Sentencia por la Universidad del País Vasco, el mismo casa la Sentencia recurrida y revoca ésta, declarando inaplicable el artículo 48.1.K) de la Ley 7/2007 en la relación que une a las partes.

2. Para el Alto Tribunal deviene inaceptable que se aplique exclusivamente el EBEP porque ha de rechazarse la conocida técnica del espiguelo, por la que se pretenden acoger las condiciones más favorables de los distintos ordenamientos en liza, porque la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia.

Interpreta el Alto Tribunal que en modo alguno puede entenderse que el EBEP suponga una norma de derecho necesario en materia de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral. El artículo 51 del Estatuto Básico del Empleado Público señala que en esta materia se estará a lo «establecido en la legislación laboral», debiendo entenderse incluido el convenio colectivo de aplicación a las partes dentro del término «legislación laboral».

Así, la relación entre el EBEP y los convenios colectivos del personal laboral en la Administración Pública en materia de jornada laboral sería de «suplementariedad» respecto de las materias no contempladas en el convenio colectivo de aplicación y de «complementariedad» respecto de las materias ya reguladas por el convenio de aplicación.

3. Como antecedente de esta Sentencia, y en el mismo sentido, pueden verse las SSTs de 7 de diciembre de 2019, RJ 2011/233; 9 de diciembre de 2010, rcud 4397/09 ó 9 de diciembre de 2010, rcud 4397/09 así como las que citan.

D) Concreción horaria en reducción de jornada por razón de guarda legal: Desestimación por vulnerar el principio de buena fe

STJSJ núm. 3 de Tarragona de 17 de marzo de 2011, IL J 666.

1. El Juzgado de lo Social n.º 3 de Tarragona deniega la concreción y reducción de jornada solicitada por una trabajadora en razón a cuidado de menor.

La actora presta servicios en el sector de Administración donde la empresa emplea a un total de 4 trabajadoras (entre ellas la actora). El 25 de noviembre la empresa reúne a las 4 trabajadoras y las propone una reducción de jornada del 25 por 100 con la consiguiente modificación de horario, como alternativa a la extinción de un contrato de trabajo. Tres trabajadoras aceptan, pero la actora remite un burofax a la empresa en fecha 1 de diciembre de 2010 en la que solicita una reducción de jornada del 13,75 por 100 concretada en un horario diferente al propuesto por la empresa y aceptado por el resto de compañeras.

Denegado el horario y la reducción de jornada por la empresa, al entender que se trata de un instrumento de defensa ante la reducción de jornada propuesta por razones económicas, técnicas organizativas o de producción, la misma deduce demanda ante el Juzgado de lo Social que es turnada al núm. 3 de Tarragona que desestima la demanda, en un procedimiento que carece de acceso a suplicación.

2. Para el Magistrado de Instancia, se hace preciso recordar que la finalidad de la reducción de jornada regulada en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores es proteger, no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para cumplir mejor con los deberes inherentes a la patria potestad, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

Si bien la elección del horario corresponde en principio a la trabajadora, puede ocurrir que este derecho colisione con la facultad de dirección y organización empresarial. En estos supuestos, hay que acudir a las circunstancias concretas de cada caso, incluida la buena fe, para atribuir este derecho al trabajador o al empresario.

En el caso concreto, concluye el Magistrado la ausencia de buena fe en la trabajadora al momento de formalizar su petición, considerando acreditado por el contrario que la petición se habría articulado de forma artificial para eludir la propuesta empresarial de reducción de jornada. Concluye, en definitiva, la ausencia de interés asistencial del cuidado de los menores, y aprecia la existencia de otros intereses que si bien legítimos, no cabe articular o proteger por esta excepcional vía.

3. La ausencia de recurso en estos procedimientos articulados por la vía del artículo 138.bis de la actual Ley de Procedimiento Laboral posibilita que los fallos judiciales en la materia que tratamos sean realmente diferentes y dispersos, siendo abundante la casuística existente.

La Sentencia que comentamos salva el respeto al derecho a la igualdad y su no discriminación, en la adveración de ausencia de interés asistencial que considera acreditado y probado.

E) Reducción de jornada a los profesores de religión por reducción del número de matrículas: Improcedente si no media voluntariedad

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2011 (recurso de suplicación 2284/2009), IL J 828/2011.

1. Varios profesores de religión vieron reducida su jornada y salario a comienzos del curso escolar 2008/2009 pasando de ostentar jornada completa a jornada parcial. La Consejería de Educación y Ciencia de la junta de Andalucía modificó la jornada unilateralmente mediante un anexo al contrato inicial que registró ante el Servicio Público de Empleo al inicio del curso. Defendía, en definitiva, que las necesidades de planificación educativa se encuentran por encima del Estatuto de los Trabajadores.

La demanda fue desestimada inicialmente en la instancia, alzándose los actores ante la Sala a través del recurso de suplicación en el que denuncian la infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Para los actores la actuación de la administración implica

una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la que no se habría seguido el procedimiento establecido al efecto, lo que exigiría su revocación.

2. La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía aprecia la denuncia formalizada. Comienza aclarando que la relación laboral del personal que imparte religión en los centros educativos sin ser docente, no es ya una relación laboral especial, sino común sometida a la normativa del Estatuto de los Trabajadores.

Destaca que la disposición adicional tercera, punto segundo de la LOE 2/2006 dispone que «los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos, lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado (...). En todo caso, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderán a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho».

Igualmente recuerda que el artículo 2 del Real Decreto 696/2007 señala con más rotundidad que «la contratación laboral de los profesores de religión se regirá por el Estatuto de los Trabajadores (...)».

Dentro del Estatuto de los Trabajadores, su artículo 12.4.e) regula de forma minuciosa las modalidades de novación contractual, insistiendo en que la conversión tendrá siempre carácter voluntario y en que no se podrá imponer de forma unilateral, ni siquiera a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo contemplada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Concluye, por tanto, que el juego del artículo 41 y 12.4.g) del Estatuto de los Trabajadores, aplicables a la relación laboral por lo anteriormente fundado, conlleva la estimación de la demanda.

3. La reducción de la jornada exige siempre tramitación ante la autoridad laboral con independencia del número de trabajadores afectados. El Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (BOE de 14 de junio), regula el procedimiento a seguir en estos supuestos dentro de su capítulo V.

F) Reducción de jornada por cuidado de menor limitada en su ejercicio por convenio colectivo. Nulidad.

STS de 21 de marzo de 2011 (recurso de casación 54/2010), IL J 705/2011.

1. El convenio colectivo de Aldeasa regula en su artículo 42.c) la reducción de jornada con ocasión de cuidado de menor del siguiente tenor literal. «Los trabajadores con hijos menores de cuatro años que soliciten la reducción de jornada en al menos 1/5, tendrán derecho a elegir el turno de trabajo (mañana, tarde solape noche) de entre los que estén establecidos en el centro de trabajo que cuenten con una plantilla media de más de 75 tra-

bajadores y siempre y cuando el número de personas que ostenten ese derecho no supere el 3% de los trabajadores de la plantilla total del centro».

La Confederación General del Trabajo presentó demanda en impugnación del convenio colectivo de Aldeasa para los años 2007 a 2010, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del artículo 42.c) párrafo primero de citado convenio colectivo por conculcar la legalidad vigente y, en consecuencia, se declare el derecho de los trabajadores y trabajadoras titulares del derecho a la reducción de jornada, a concretar la elección del horario dentro de las secuencias establecidas en el centro de trabajo.

Con fecha 15 de febrero de 2010, se dictó Sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que declaraba nulo el apartado c) del artículo 42 del convenio colectivo de Aldeasa por conculcar la legalidad vigente.

Disconformes con el fallo la empresa interpone recurso de casación, que es desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

2. El Alto Tribunal recrimina al texto de la norma colectiva impugnada, que la limitación al disfrute de la reducción de jornada y concreción horaria se haga sin ponderación alguna de los intereses en juego. A nivel teórico, el tribunal admite que la negociación colectiva pueda regular la forma de efectuar la concreción horaria, pero no admite la limitación de forma genérica, ya que valora que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho individual y toda limitación al mismo ha de obedecer a razones suficientemente justificadas.

Recuerda esta Sentencia la doctrina constitucional (STS 3/07, de 15 de enero, rec. 6715/03) por la que se señala que el respeto al principio de igualdad en su vertiente a la no discriminación (artículo 14 de la CE) exige ponderar las circunstancias concurrentes dirigidas a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.

3. Cuenta esta Sentencia con un voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López que defiende la legalidad de la norma, por contener una mejora de lo que al respecto establece el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Para este Magistrado, no cabe apreciar discriminación en una regulación que supera y mejora una previsión legal.

G) Vacaciones: Derecho al disfrute en período posterior al año natural, si fue imposible su disfrute en el calendario fijado motivado por la Incapacidad Temporal del trabajador

STS de 25 de mayo de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3103/2010), IL J 705.

1. El actor permaneció en situación de IT en período coincidente con el vacacional previamente calendarizado. Tras reincorporarse de la Incapacidad Temporal solicitó a la empresa el disfrute de las vacaciones no disfrutadas, lo que le fue denegado por la empresa al amparo de lo dispuesto en su normativa interna (Normativa laboral de RENFE en su artículo 249).

Su pretensión fue estimada en la Instancia; formalizado recurso de suplicación por la empresa, éste fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual absolvió a RENFE de las pretensiones de la demanda.

Formalizada por el trabajador casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ésta es estimada declarando el derecho del trabajador a disfrutar su período vacacional aun fuera del año natural.

2. El Tribunal Supremo estima el recurso formalizado por el trabajador, recordando que la Directiva 2033/88 estableció el derecho a las vacaciones anuales retribuidas con base en el artículo 137 del Tratado CE, lo que ha motivado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya declarado que el derecho de todo trabajador a disfrutar vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio de derecho social comunitario de especial importancia del que no pueden establecerse excepciones.

Ello ha motivado que el TJUE haya reconocido el disfrute del derecho en el caso de que el trabajador se vea privado de él a causa de un Incapacidad Temporal (STJUE de 20 de enero de 2009, Shultz-Hoff).

En cumplimiento de esta normativa la Sala modificó su anterior criterio (contrario a este reconocimiento) en su Sentencia de 24 de junio de 2009, rcud. 1542/2008.

3. Este criterio se reitera en las Sentencias del mismo Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, rcud. 314/2009 y 21 de enero de 2010, rcud. 546/2009.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) **Competencia desleal. La prohibición de concurrir persiste durante la excedencia por cuidado de hijos**

STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (recurso de suplicación 278/2011).

1. El actor, que venía prestando servicios para la demandada dedicada a la actividad de consignatarias y transitarias de buques desde enero de 1995 como oficial, disfrutaba de una excedencia para el cuidado de hijos. Durante ella y antes de su conclusión, se estima probado que el actor constituyó junto con su esposa una sociedad mercantil de la que es administradora única, coincidiendo su domicilio social con el particular del matrimonio y cuyo objeto es la gestión, asesoramiento, intermediación y acciones comerciales relacionadas con todo tipo de transporte terrestre, marítimo y aéreo. Queda probado, asimismo, que, durante la excedencia, el actor ha prestado servicios para dicha empresa.

2. El Tribunal precisa que la «no concurrencia es un deber básico del trabajador que opera en forma de prohibición legal, esto es, no precisa de cláusula contractual o norma convencional que impida al trabajador concurrir con la empresa, limitando la prohibición a la concurrencia desleal». De hecho, el elemento que define la competencia desleal no es el perjuicio o daño causado sino «la deslealtad de la conducta, en tanto medio empleado para la obtención de un resultado». En Sentencia de 22 de marzo de 1991 el Tribunal Supremo señalaba que «uno de los deberes básicos del trabajador es no concurrir en la actividad de

la empresa en los términos fijados en esta Ley», definiendo por tal actividad —precisa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco— la «encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que le cause un perjuicio real o potencial; entre cuyas actividades se encuentra la de fundar o constituir sociedades competitivas». Pues bien, en el supuesto que nos ocupa resulta probado que «apenas un mes después de obtener la excedencia para el cuidado de hijo, el actor constituye con su esposa una sociedad mercantil cuya actividad coincide con la de la demandada, acreditándose que ha acudido regularmente al menos los meses en los que se ha realizado el seguimiento, a las oficinas y locales de esa entidad dentro de una jornada laboral ordinaria, todo ello, en el marco de la excedencia para cuidado de hijo».

3. Como recuerda la Sentencia objeto de análisis, el Tribunal Supremo define, asimismo, la competencia desleal como «aquella actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito del mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes» (STS 8 de marzo de 1991). Pero, al margen de la consideración sobre la descripción ambigua que el artículo 21.1 LET recoge sobre la competencia desleal y los esfuerzos realizados por la jurisprudencia por concretar la misma, lo que individualiza este supuesto es la realización de actividades concurrentes durante la suspensión del contrato de trabajo, siendo más frecuente su presencia tras la extinción del mismo. Subsiste el deber de no concurrencia pues, como ya también manifestara el Tribunal Supremo en STS 21 de marzo de 1990, este deber «no pierde en absoluto su virtualidad en situaciones de interrupción de la prestación de trabajo». De hecho, el citado Tribunal admite que se deniegue una excedencia al trabajador cuando la pretensión del mismo es utilizarla para una actividad concurrente con la de la empresa. Así, «si bien es cierto que el derecho a la excedencia voluntaria debe ser calificado como derecho necesario tal y como el recurso propugna no por ello, como pretende el recurrente, constituye un derecho absoluto sino que ha de ser coherente con los otros derechos y deberes de carácter básico con los que pueda concurrir. El derecho, pues, a la excedencia voluntaria ha de armonizarse con el deber básico del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa que enuncia el art. 5.d) LET, ya que la excedencia voluntaria no implica una extinción del contrato laboral sino su suspensión, encuadrable en art. 45.a) LET y por ello las obligaciones de quedar exoneradas las partes por ministerio de la ley son únicamente las recíprocas de trabajador y remunerar el trabajo sin que la ley ni la naturaleza de la excedencia voluntaria exonere por sí sola al trabajador del deber de no concurrir con la actividad de la empresa» (STS 3 de octubre de 1990).

B) Competencia desleal. Transgresión de la buena fe contractual en período de excedencia voluntaria

STSJ de Extremadura de 17 de mayo de 2011 (recurso de suplicación 229/2011), IL J 1043/2011.

1. El actor prestaba servicios para Cruz Roja Española. Tras una excedencia voluntaria concedida por la empresa solicita su reincorporación al puesto de trabajo. Comoquiera que es incorporado a un nuevo programa desconocido hasta ese momento, el actor requiere a

la empresa para que le informe por escrito de sus funciones y tareas específicas por entender que pudieran surgir incompatibilidades «con otras empresas privadas de similares características a Cruz Roja con las que he venido colaborando hasta la fecha de mi incorporación». La empresa le remite al Convenio Colectivo para conocer sus funciones y le advierte que, en caso de incompatibilidad, «no podrá prestar servicio para otras entidades privadas, por lo que deberá comunicar qué actividades desarrolla para terceras personas» pues, si se tratara de empresas con el mismo objeto que Cruz Roja, estaría incurriendo en competencia desleal y vulnerando el principio de buena fe. Tras esta respuesta, el actor interpone denuncia por acoso laboral-mobbing ante la Inspección de Trabajo. Tres meses más tarde la empresa despide al trabajador por prestar servicios como administrador único a otras empresas que tienen objetivos sociales coincidentes con el de Cruz Roja. El Comité de Empresa manifiesta su disconformidad con este despido porque entiende, por una parte, que desde hace muchos años el actor presta servicios como gerente a diferentes ONGs y no ha sido despedido, pese al conocimiento de la empresa; por lo demás, existen otros muchos trabajadores en similar situación que no han sido despedidos por la empresa por lo que se trata de un claro supuesto de discriminación.

2. La sentencia de instancia declaró el despido improcedente concediendo a la empresa la opción entre readmisión o indemnización (64.293,75 euros). Sin embargo, el TSJ de Extremadura considera, en suplicación, que, al menos respecto de una de las empresas privadas para las que el actor prestaba servicios, queda probado que dicha empresa «concurrió a dos concursos para la adjudicación de unos servicios para dos Ayuntamientos a los que también concurrió la demandada y que, en definitiva, esa gestión le fue adjudicada a la asociación de la que el actor es gerente, es decir, uno de los máximos responsables y eso ya sí supone una clara competencia desleal con la demandada pues se dan todas las características precisas para ello». No cabe duda alguna que en dicha actuación el actor «obtuvo provecho de la gran experiencia que en el ámbito de las asociaciones de ese tipo ha adquirido en su trabajo para la demandada y, en fin, todo ello supuso un perjuicio para la demandada, en cuanto no consiguió el servicio que aspiraba obtener». Y, si bien es cierto que dicha actuación se produjo durante el período de excedencia voluntaria del actor, conviene advertir que el derecho a la excedencia no constituye un derecho absoluto puesto que «la excedencia suspende las prestaciones básicas del contrato laboral que liga al trabajador con la empresa, pero se mantienen vivos otros derechos como es el derecho al reingreso del trabajador excedente y, desde luego, no exonera a las partes de los deberes inherentes a la buena fe que subsisten en tanto que la relación laboral no se ha extinguido y, entre ellos, el deber de no concurrir con la actividad de la empresa, tal y como dispone el art. 5.d) LET». Quedando acreditado que el actor incurrió en competencia desleal se estima el recurso interpuesto por la empresa y se revoca la sentencia que calificó el despido como improcedente.

3. Como viene señalando el Tribunal Supremo, la competencia desleal implica una dedicación plena a la empresa cuando la actividad plural en trabajo o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una consecuencia desleal o ilícita para el trabajador (STS 16 de diciembre de 1986). Implica esta actuación la violación del deber básico de buena fe constituyendo un incumplimiento contractual que justifica el despido (STS de 19 de julio de 1985). Bien es cierto que la prohibición de no concurrencia se halla subordinada

a los límites del artículo 21 LET ya que no basta con que exista concurrencia en la misma actividad sino que además es necesario que se trate de una competencia desleal, para lo cual, expone el TS, «es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico, sin que pueda ni deba acudirse a conjeturas, ya que lo que se juzga es si la actividad en la otra empresa del trabajador revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en su trabajo en este último pues, si esto no es así, no se produce quebranto alguno del principio de buena fe como elemento básico de la contratación» (STS de 23 de junio de 2000). La concurrencia implica «una actividad económica o profesional de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo potencial de clientes» (STS de 8 de marzo de 1991). Lo característico de la falta laboral de competencia desleal es «el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera un trabajo, sino que también le facilita 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 4 de marzo de 2010). Constatado y probado que la concurrencia a un concurso público por parte del actor como trabajador de Cruz Roja y como administrador único de una empresa privada reproducen, en el supuesto de hecho, todos los elementos que la jurisprudencia identifica para apreciar competencia desleal, no cabe otra solución que la apuntada por la sentencia objeto de análisis en este apartado.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) **Movilidad vertical descendente: delimitación del supuesto de hecho. Tareas residuales, sustantiva y temporalmente, y mecánicamente simples. Vaciamiento de funciones de viejas categorías profesionales**

SAN de 8 de abril de 2011 (conflicto colectivo 65/2011), IL J 695.

1. La SAN núm. 65/2011, de 8 de abril (J 695) conoce de un proceso de conflicto colectivo instado a resultas de demanda interpuesta por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras. Se conoce, en lo que ahora nos concierne, de la solicitud de nulidad de la decisión empresarial consistente en obligar a los trabajadores con la categoría profesional de conductores-perceptores, grupo profesional II, a realizar funciones de limpieza exterior y repostaje del vehículo encuadradas en el inferior grupo profesional V. Se pretende también, en demanda acumulada interpuesta por el sindicato UGT, se deje igualmente sin efecto las funciones de puesta de carteles, distribución de auriculares, prensa y paquetería al colectivo antes dicho, que vienen aplicándose pacíficamente durante un cierto tiempo. Encomienda de funciones entendible en el marco de un Plan de Reorganización y Viabilidad de la propia empresa, que provocó la extinción de cuatro puestos de trabajo de mozo, ocho puestos de taquilleros y dos puestos de lavacoches.

2. La clasificación profesional aplicable a la empresa demandada trae causa en el Laudo arbitral de 24 de noviembre de 2000, en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza Laboral para las Empresas de Transportes por Carretera, publicado en el BOE de 24-02-2001.

Se reclama, en definitiva, frente a una pretendida movilidad descendente, únicamente posible cuando concurren razones técnicas u organizativas y por el tiempo imprescindible para su atención, debiendo concurrir necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva, no existiendo ninguno de esos requisitos. Garantías recordadas, entre otras, en las SSTSJ de Galicia de 31 de enero de 2007, IL J 1444 (rec. núm. 2362/2006); de Cantabria de 11 de febrero de 2008, IL J 204 (rec. núm. 19/2008); y de Aragón de 6 de mayo de 2008, IL J 1387 (rec. núm. 342/2008).

Y, además, se trata de una movilidad de carácter permanente, lo que exigiría su canalización de conformidad con lo prescrito en el artículo 39.5 en relación con el artículo 41, ambos del Estatuto de los Trabajadores. Atendiendo al artículo 39 ET la movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen, señalando en su apartado quinto que el cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo.

No obstante lo anterior, la empresa sostuvo la obsolescencia de las categorías de mozos y lavacoches, y el carácter mínimo o marginal de las tareas cuestionadas, absorbidas por otras categorías.

3. La Sala considera debe darse un tratamiento diferenciado, por un lado, de las medidas relacionadas con la colocación de carteles, reparto de prensa y auriculares y paquetería, que se vienen realizando de modo generalizado desde hace tiempo, en relación con las tareas de repostaje y autolavado, cuya ejecución por los conductores-perceptores se ha generalizado más recientemente, aunque se venían realizando ya por un número no precisado de conductores-perceptores.

Las primeras son consideradas por la Sala como «tareas tan básicas y sencillas que no se subsumen entre las propias de ningún grupo profesional, por lo que entendemos que su encomienda a los conductores-perceptores no constituye, de ningún modo, una movilidad funcional descendente, puesto que su ejecución es absolutamente mecánica y afecta a unos pocos minutos de su tiempo, que no repercuten, siquiera, en su desempeño, en tanto que se realizan durante su jornada de trabajo, no pudiendo olvidarse, que dichas medidas se despliegan en un momento complicado de la empresa, que provocó la extinción de 4 puestos de trabajo de mozos, ocho puestos de taquilleros y dos puestos de lavacoches, cuyas funciones fueron amortizadas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, concurriendo, por tanto, un marco causal, que justifica, a nuestro juicio, las medidas impuestas, en tanto que las funciones, desarrolladas por esos trabajadores hasta entonces, ya estaban vacías de contenido real». El traslado de paquetes resulta tarea compartida por mozo y cobrador, simultaneando la categoría de conductor-perceptor las funciones del conductor con las funciones del cobrador.

La exigencia de realización de tareas de repostaje y autolavado se enmarca también en una situación problemática para la empresa, de reducción del número de viajeros, que

produjo la amortización de los puestos de trabajo de mozos, taquilleros y lava coches. Y, amén de la razón expresada, es objeto de idéntica consideración por la Sala en base a otras razones, cuales son: la identidad de funciones con respecto a aquellas que venían desempeñando estos trabajadores, «excepción hecha de introducir la manguera y llenar el depósito de gas-oil», realizada antes por un empleado de CEPSA; el ahorro económico que supone repostar en una estación de gasolina de la propia empresa; el tiempo empleado en toda la operación, que no supera cinco minutos; el vaciamiento de contenido real de la función de lavacoches desde que se comenzó a utilizar los túneles de autolavado automatizados, siendo igualmente insignificante la diferencia de tareas a realizar actualmente por los conductores-perceptores e igualmente residual el tiempo, de cinco minutos, dedicado a ellas.

En definitiva, el escaso tiempo utilizado en su realización y la simplicidad mecánica de estas nuevas tareas, «que no afectan a la esencia de su profesión y no suponen consiguientemente ningún menoscabo para su dignidad como trabajadores», además en una situación económica compleja de la empresa, conducen a desestimar la existencia de movilidad funcional descendente, permanente o no, pretendida y, con ello, íntegramente, las demandas acumuladas de conflicto colectivo.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Indemnización por extinción de la relación laboral. Desestimación

STSJ de Cataluña 8 de febrero de 2011 (recurso de suplicación 1001/2011), IL J 848/2011.

1. La empresa con fecha 25-11-2008 comunicó a la trabajadora la decisión de trasladarla a otro centro de trabajo ubicado en Tarragona, con efecto a partir del 27-11-2008; no oponiéndose al mismo. Con fecha 14-01-2009, por escrito, la actora comunicó que optaba por rescindir el contrato con derecho a la indemnización legal. Que la decisión extintiva fue aceptada, pero nunca fue indemnizada por la empresa.

2. Dos son los planteamientos que examina la Sala ante la sentencia de instancia desestimatoria, por un lado la caducidad de la acción, y, por otro lado, la infracción del artículo 40.1 y la doctrina jurisprudencial contenida en la STS 21-12-1999.

Respecto a la caducidad la sentencia destaca que en «el supuesto enjuiciado no puede operar la excepción de caducidad por no haberse ejercitado la acción a la que se refiere el artículo 138.1 del TRLPL, también lo es, que lo que el Magistrado quiso decir no es otra cosa, como bien se puede deducirse de sus razonamientos, que la actora no tiene derecho a percibir la indemnización legal que reclama por la extinción de su contrato de trabajo de acuerdo con lo que dispone el artículo 40.1 TRET, pues, debió comunicar a la empresa antes de la efectividad de la medida, o en todo caso, dentro del plazo de preaviso, su deseo de optar por rescindir su contrato y percibir la indemnización, y si no lo hizo, y además, tampoco impugnó la decisión de la empresa judicialmente, debe entenderse que aceptó el traslado, con los derechos que le son inherentes, que en este caso tampoco puede reclamar, dado que nunca cambió de centro de trabajo permaneciendo en situación de incapacidad temporal. Interpretar lo regulado en los preceptos que se citan vulnerados de la forma y

modo que propone el actor provocaría el absurdo, que por otra parte nunca quiso el legislador, de premiar a aquellos trabajadores que nada opusieron y nada impugnaron, frente a los que sí manifestaron su opinión, ejercitando o no las posibilidades que ofrece la norma, con el derecho de resolver sus contratos *sine die*. Permitir esto sin duda alguna vulnera todo principio de seguridad jurídica a la vez que provocaría unos perjuicios al empresario que legalmente no está obligado a soportar. Tampoco debemos olvidar que por otra parte la actora aceptó a través de su contrato cualquier supuesto de movilidad geográfica por todo territorio nacional, lo que ahora impediría cualquier posibilidad de extinción de su contrato basado en el artículo 40 del TRET».

Respecto a la otra cuestión, vulneración de la doctrina del TS, señala que «la STS de 21 de diciembre de 1999, no es de aplicación al supuesto de auto, ya que esta dirime un asunto bien diferente donde el trabajador accionante impugnó judicialmente el traslado, cosa que la actora no ha hecho, y tras obtener una sentencia desfavorable a sus intereses, solicitó de la empresa la extinción voluntaria indemnizada, a lo que la empresa se opuso. Este Alto Tribunal, en los razonamientos de su sentencia, que se corresponde con la segunda demanda, lo que advierte es que el trabajador que haya expresado su disconformidad con la medida adoptada por la empresa, la haya impugnado judicialmente, en el caso de que no obtenga una sentencia estimatoria que declare injustificado o nulo el traslado, tiene derecho a solicitar la extinción indemnizada, pues ese derecho no está sometido en su ejercicio a plazo alguno. Entender lo contrario, recoge esta resolución, además de no ser razonable jurídicamente, vulneraría el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, porque se le estaría impidiendo impugnar judicialmente una decisión empresarial, sobre la base de un supuesto derecho de opción».

3. La Sala examina dos aspectos, la caducidad de la acción ejercitada, lo cual no opera por cuanto reitera la doctrina en cuanto que solo operará cuando se reconozca como tal la modificación sustancial o la movilidad geográfica y por tal se cumplan los requisitos de los artículos 40 y 41 ET, asimismo examina la doctrina judicial respecto la opción por la extinción en vez del traslado y, examinando la STS 21-12-1999, destaca la diferencia del supuesto examinado, pues en el presente supuesto la trabajadora no impugnó la decisión de movilidad geográfica, sino que, dejando transcurrir los plazos de la impugnación de la decisión, planteó la extinción como opción lo que no procedía pues debió, bien impugnar la decisión empresarial y una vez desestimada optar por la extinción, o bien optar por la extinción en el plazo de los 20 días hábiles siguientes.

B) Impugnación de Convenio Colectivo. Plazo de caducidad

SAN de 16 de junio de 2011 (conflicto colectivo 96/2011), IL J 1023/2011.

1. El pasado 7 de marzo de 2011, se procedió a la firma, entre la representación del Banco de España y la mayoría del Comité Nacional de Empresa, de un Acuerdo relativo al cierre de las Sucursales del Banco, situadas en diversas localidades. Trabajadores de tales localidades fueron trasladados de manera forzosa.

2. Interpuesta demanda de impugnación del pacto colectivo, se alega por la empresa la caducidad de la acción. La sentencia ante tal excepción analiza ésta examinando los preceptos contenidos en los artículos 59.4 ET y 138.1 LPL, destacando lo siguiente:

«La jurisprudencia, por todas, STS de 18-7-97 [RJ 1997\6354], 7-4-98 [RJ 1998\2690], 8-4-98 [RJ 1998\2693], 11-5-99 [RJ 1999\4721] y 18-12-2007 [RJ 2008\1391] ha venido sosteniendo pacíficamente, que el presupuesto para que se active la caducidad en este tipo de reclamaciones es que la empresa haya seguido el procedimiento previsto en el art. 40 ET, cuando se trate de traslados forzosos, ya que no se considera predicable de los simples desplazamientos, por todas, STS 3-04-2007, RJ 2007\3489, o del art. 41 ET, cuando se trate de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Del mismo modo, la jurisprudencia, por todas STS 21-02-1997, EDJ 1997/1362, 10-04-2000, RJ 2000\3523, 15-01-2001, EDJ 2001/263 y 9-04-2001, ROJ 2955/2001, ha venido defendiendo que el instituto de la caducidad es aplicable tanto a las acciones individuales o plurales, cuanto a las acciones colectivas frente a las medidas empresariales causadas en procedimientos de traslados colectivos y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, siempre que las mismas se hubieran ajustado a los procedimientos legales establecidos en los arts. 40 y 41 ET, como no podría ser de otro modo, puesto es el único modo de garantizar la seguridad jurídica en este tipo de procedimientos, en los que los intereses en juego, que afectan nada menos que al derecho fundamental de los trabajadores a elegir libremente su lugar de residencia, protegido por el art. 19 CE, se resuelvan del modo más rápido posible. Dicha institución afecta naturalmente a los acuerdos que se alcancen en el período de consultas, aunque se trate de una manifestación típica de la negociación colectiva, porque dicha circunstancia no permite escindirla de su causa, que no es otra que la promoción empresarial de un procedimiento de traslado colectivo, debiendo impugnarse, por consiguiente, en los plazos establecidos legalmente, que son de caducidad, a tenor con lo dispuesto en los arts. 59.4 ET y 138.1 LPL».

Por consiguiente el Acuerdo impugnado trae causa en el período de consultas, seguido entre la empresa demandada y el comité nacional de empresa, que culminó con acuerdo el 7-03-2011, y siendo que la negociación del acuerdo impugnado se ajustó escrupulosamente al procedimiento previsto en el artículo 40.2 ET, debió impugnarse en el plazo de veinte días hábiles desde su conclusión, comenzando el cómputo el 8-03-2011 y no habiéndose hecho así, puesto que se interpuso la demanda el 10-05-2011, debe declararse caducada la acción.

3. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional examina el plazo de caducidad de una acción de impugnación de un pacto con valor de convenio colectivo y señala que debe estarse al plazo de caducidad de los 20 días previstos en el artículo 131.1 LPL.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Conflicto colectivo. Modificación de las condiciones de trabajo

SAN de 1 de febrero de 2011 (conflicto colectivo 10/2011), IL J 686/2011.

1. Por la representación sindical con implantación y la empresa se llegó a acuerdo de armonización de las condiciones laborales en fecha 6-2-2009, en una de sus cláusulas res-

pecto a los «Viajes» establece que «transitoriamente, y para los años 2009 y 2010, coexistirán dos sistemas de compensación de viajes, el sistema de gastos pagados y el sistema de dietas, si bien, en el futuro, existirá un único sistema». Por la empresa, en fecha 21-6-2010, se comunicó al Comité del centro de Tres Cantos, al amparo del art. 41 ET, que procedía a abrir el período de consultas, con la finalidad de proceder por razones económicas a la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo que afectan a la compensación de viajes. El sindicato CCOO elaboró un documento propuesta. El Comité de Tres Cantos realizó una contra oferta. Finalmente la empresa y el Comité llegaron a un acuerdo sobre modificación por razones económicas del sistema de compensación de viajes. La empresa fue autorizada a ERE de extinción de 74 trabajadores. Esta viene atravesando dificultades económicas.

2. El sindicato CCOO ejercita pretensión en petición que se declare la nulidad o injustificada la modificación sustancial y ello por cuanto modifica parcialmente el Acuerdo de Armonización de condiciones laborales de 6 de febrero de 2009, al mismo tiempo que solicita se reconozca el carácter normativo y de eficacia general propia de convenio colectivo estatutario de este último acuerdo. Respecto esto último razona la Sala que no aparece que las partes que suscribieron el Acuerdo de 6-2-2009 tuviesen la intención, el propósito o la idea de suscribir un Convenio Colectivo estatutario pues el Acuerdo obedece a circunstancias coyunturales y ocasionales, como se constata en el mismo, al decirse que se va a proceder a la homogeneización de las condiciones de trabajo, ante el dato de que en la empresa coexisten dos colectivos de trabajadores y así se comprometen las partes a elaborar un nuevo redactado de estos acuerdos que técnicamente permita registrarlos, publicarlos y darles el carácter de Convenio Colectivo estatutario. Respecto a la otra cuestión la Sala entiende que el Acuerdo de 19 de julio de 2010 establece que las condiciones reguladas en tal acuerdo anularán todas las pactadas anteriormente y específicamente las contenidas en el Acuerdo de Armonización de 6 de febrero de 2009. Por consiguiente la gestación y consumación del Acuerdo de 19-7-2010 se acomoda al trámite que prevé el artículo 41 del ET, «por dos razones: la primera, que existen probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, lo que se concreta en la crítica situación de la empresa que dio lugar a un ERE, como aparece documentado, y la segunda que se procedió el acuerdo por un periodo de consultas, abierto el 21-6-2010, y se modificó por razones económicas justificadas el sistema de compensación de viajes, que contó con la aprobación mayoritaria de los representantes de los trabajadores». Por ello procede rechazar el planteamiento.

3. Por consiguiente la Sala desestima la demanda al entender que es justificada la modificación de determinadas condiciones de trabajo que figuran en un acuerdo de Armonización de las condiciones laborales, previamente concertado, si tal modificación cuenta con el voto mayoritario de los representantes de los trabajadores y se acreditan las causas económicas y productivas alegadas, por ello se cumplen lo dispuesto en el artículo 41 del ET.

**B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
Modificación de horario. Nulidad**

STSJ de Castilla la Mancha de 25 de enero de 2011 (recurso de suplicación 67/2011), IL J 786/2011.

1. El trabajador presta sus servicios laborales como Auxiliar Administrativo. Desde hace aproximadamente unos dos años, tras solicitud del personal de la oficina de la demandada, aceptada verbalmente por la empresa, se procedió al cambio del horario, inicialmente en verano, y luego el resto del tiempo, concretado en el de lunes a jueves de 9 a 14,15 horas, las tardes de 16 a 19 y los viernes de 8 a 15. En fecha 8-1-2010 la empresa comunicó verbalmente a los dos únicos trabajadores de la oficina de la empresa que su horario de trabajo sería, a partir de ese día, de lunes a viernes de 9 a 14 horas y de 16 a 19 horas. El trabajador impugnó la decisión empresarial, mediante proceso ordinario, siendo desestimada la pretensión por el juzgado de lo social.

2. Interpuesto recurso por el trabajador la Sala de lo Social del TSJ, partiendo de que la empresa no modificó el horario por el procedimiento del artículo 41 ET, por ello la controversia queda centrada en la discusión de si es posible o no modificar alguna de las condiciones que son legalmente consideradas como esenciales [y el horario de trabajo lo es, conforme al citado art. 41.1.b) ET], mediante una mera decisión unilateral amparada en el ejercicio ordinario del poder de dirección, acogido así al artículo 5.c) ET, o si por el contrario, es exigible, dada la importancia de dicha condición de trabajo, el tener que acudir a las cautelas y garantías establecidas en dicho precepto. Pues bien, existente un determinado horario, propuesto por los trabajadores y aceptado por la empresa, que se ha consolidado durante dos años en que se ha venido aplicando, se entienda o no ello como una condición más beneficiosa, lo cierto es que, conforme al artículo 41.1.b) ET, no es posible modificarlo de modo unilateral, pues eso excede del ejercicio ordinario del poder de dirección empresarial «no reglado», para entrar dentro del poder de dirección «reglado» o legalmente limitado. Y mucho menos, si no existe consentimiento de los trabajadores afectados por el cambio, y mucho menos aún, si no se han cumplido las exigencias formales y plazos legales establecidos en defensa del derecho de los mismos. Por ello estamos ante una nulidad de la decisión empresarial, por evitar las garantías legalmente previstas, realizada en fraude de ley, tanto de conformidad con el Código Civil (artículo 6.4), como por aplicación analógica del artículo 41.3 ET. En su consecuencia se revoca la sentencia de instancia.

3. La sentencia examinada, partiendo de la doctrina jurisprudencial de adecuación al procedimiento ordinario y accesibilidad del recurso de suplicación cuando la empresa no acude al procedimiento previsto en el artículo 41 ET, examina si el cambio de horario supone un cambio de las condiciones determinadas en el artículo 41.1.b) ET y al así entenderlo y no cumplir las formalidades del citado precepto y constituir un fraude de ley, determina la nulidad de la decisión del cambio del horario.

C) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

STS de 16 de mayo de 2011 (recurso de casación 197/2010), IL J 1009/2011.

1. Desde antes del año 1998 el personal de oficinas de la empresa, que representa a 1/3 de la plantilla, viene haciendo una jornada real semanal de 34 horas, con jornada de verano de 30 horas semanales (lo que supone una jornada real en verano de 27,30 horas, al existir un descanso de 1/2 para bocadillo). Pese a ello, en todos los contratos se hacía constar que

la jornada de trabajo a realizar por los trabajadores era la de 37 horas, prevista en el Convenio Colectivo. El personal no de oficinas (conocido como personal de campo) no tiene esta jornada reducida y cumple la jornada prevista en el Convenio Colectivo. La empresa ante tener unas tarifas para los encargos que recibe de las Administraciones Públicas que se fijan en función de los costes de personal, ello ha hecho que no pueda competir en condiciones de igualdad con otras empresas de la competencia, habiendo perdido encargos por este motivo, por ello notificó a los trabajadores de oficinas la modificación de jornada conforme la jornada pactada en Convenio Colectivo.

2. La Sala del TS señala, examinando la doctrina contenida en sus sentencias, que «... la sentencia de 17 de mayo de 2005, recurso 2363/04, en la que ha establecido lo siguiente: “La interpretación literal del precepto reproducido —artículo 41 ET— inclina a pensar que no es la ‘crisis’ empresarial sino la ‘mejora’ de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas.

Esta conclusión, que se desprende de la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el art. 41 del ET con lo que mandan los artículos 51 y 52.c) del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos sí establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a ‘superar una situación económica negativa de la empresa’ (art. 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a ‘garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma’ (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la ‘superación de situaciones económicas negativas’ (art. 52.c, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a ‘superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa’ (art. 52.c, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa)”. Y continúa partiendo de 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, y es que, 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 tanto la Sala de lo Social del TS, llega a la conclusión de que los motivos de la empresa expresados en la comunicación de modificación sustancial favorecen de modo notable la posición competitiva de la empresa en el mercado y por ello la decisión de la empresa se ajusta a las previsiones del artículo 41 ET.

3. La sentencia que se examina parte de un tratamiento distinto de las causas cuando se trata de despido que cuando se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues los intereses en juego no son los mismos. Por tanto 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», 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». En el presente supuesto y ante la situación competitiva de la empresa en el mercado, con mejora de la situación de la empresa imponiendo la jornada conforme al Convenio Colectivo, la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa es razonable y por tal la modificación operada es justificada.

**D) Conflicto colectivo. Jornada. Condición más beneficiosa.
Modificación sustancial de condiciones de trabajo**

SAN de 13 de junio de 2011 (conflicto colectivo 94/2011), IL J 1022/2011.

1. Los trabajadores, afectados por el conflicto, venían fichando siempre en los registros de entrada y salida a sus plantas respectivas mediante un sistema de tarjeta, habiendo realizado desde entonces una jornada de 8,15 horas diarias. Una vez fichada la entrada se dirigían al vestuario donde se cambiaban su ropa de trabajo, que está catalogada como E.P.I. categoría II, dirigiéndose a continuación al puesto de trabajo, donde coinciden con el trabajador saliente los quince minutos convenidos, transcurridos los cuales el operario saliente se dirige al vestuario, donde se cambia la ropa y deja el walkie-talkie, el explosímetro y la linterna, procediendo a pasar la tarjeta de la ficha a continuación. La empresa accionante del conflicto colectivo. Por la empresa dirigió a los comités de empresa de determinados centros, así como al comité intercentros, comité de seguridad y salud de cada planta y a las Secciones Sindicales presentes en la empresa, para comunicarles su decisión de establecer un sistema de control horario en cada zona de relevo con la finalidad de que los trabajadores ficharan allí a la entrada y salida del trabajo, éstas se opusieron a ello. No obstante, la empresa notificó la implantación unilateral de un nuevo sistema digital de control de cambios en el solapamiento de los turnos de operadores entrantes y salientes en las plantas gasificadoras.

2. A través del ejercicio jurisdiccional pretende la empresa que se declare un ejercicio por parte de ésta en relación con que la orden dada a los trabajadores se cumpla en el ejercicio regular de sus facultades directivas y que el trabajador estará obligado a realizar el

trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien esta delegue, y, en segundo lugar, que la implantación del sistema citado no comporta modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al no disfrutar de una condición más beneficiosa, conforme a la cual tienen derecho a que su jornada de 8,15 minutos diarios se compute desde que fichan al acceder a la planta hasta que fichan a la salida.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional examina si se trata tal jornada de una condición más beneficiosa y señala que objetivamente se trata de una mejora con respecto al régimen general del tiempo de trabajo, que debe computarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.5 ET, de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, lo que no sucedía en las Plantas citadas desde 2003 hasta el 29-12-2010, evidenciándose tal, no solo por una serie de indicios que concluyen, por último, que en el único sistema de control de relevo, que eran los Libros de Relevo, no se exigiera dejar constancia de la hora de entrada y salida. Por tanto, existente condición más beneficiosa resulta necesario determinar si la implantación de un sistema de control, según el cual deben fichar al entrar y salir de su turno en el puesto de trabajo, supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 41 del ET. Y la respuesta debe ser afirmativa pues la jornada se contiene en lo dispuesto en el artículo 41.1.a) ET como modificación sustancial. Por consiguiente, no seguidos los trámites previstos para la modificación sustancial, la Sala concluye en la desestimación de la demanda.

3. Como conclusión dos son las cuestiones que examina la Sala en la sentencia, si las condiciones de jornada que tienen los trabajadores de determinado centro es una condición más beneficiosa y otra si la decisión es una modificación sustancial, y la Sala, al determinar que se trata de una condición más beneficiosa en virtud de los elementos existentes, conlleva que, al tratarse de jornada, nos encontremos ante una modificación sustancial.

**E) Conflicto colectivo. Procedimiento. Adecuación.
Modificación sustancial de condiciones de trabajo**

SAN de 1 de julio de 2011 (conflicto colectivo 104/2011), IL J 1026/2011.

1. Los trabajadores venían percibiendo las retribuciones salariales establecidas en el convenio, abonándose a todos sus trabajadores un concepto denominado complemento personal, que está por encima del convenio pactado. Asimismo, perciben un concepto salarial, causado por el Plan de retribuciones variables de la empresa, bajo el epígrafe «variable del año en curso». También tienen reconocido desde su incorporación una póliza sanitaria con la compañía Sanitas, que pagaba la empresa, aunque cuarenta y cinco trabajadores no disfrutaban de dicha póliza, porque así lo quisieron los propios trabajadores.

Por la empresa se notificó a sus trabajadores comunicaciones individualizadas, denominadas «Programa de ajuste salarial para la mejora de los resultados de la compañía», ello suponía una reducción individualizada de su salario bruto anual y un incremento de su retribución variable, que era normalmente inferior a la reducción del salario bruto, admitiendo, así mismo, que el seguro médico y el seguro de vida y accidentes dejara de subvenirse por la empresa, asumiéndose, en su caso, por los trabajadores que tuvieran interés

en mantenerlo. La empresa ejecutó las medidas propuestas a cada uno de sus trabajadores en el mes de septiembre pasado, con independencia de que éstos hubieran suscrito o no la propuesta, reduciendo normalmente la cuantía bruta de cada uno en el complemento personal, salvo a 180 trabajadores, a quienes no se les redujo ninguna cantidad en el mes de septiembre. Los trabajadores, asimismo, abonaron personalmente el seguro médico.

2. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el conflicto colectivo sobre nulidad de la decisión empresarial de reducción salarial sustituyéndolo por una retribución variable y la desaparición del seguro médico y seguro de vida destaca lo siguiente. En primer lugar señala que tal es una alteración sustancial de condiciones de trabajo, al afectar a la estructura del salario, puesto que la reducción del salario bruto fijo, aunque se haya incrementado la retribución variable en cuantías no siempre coincidentes con la reducción del complemento personal, supone una modificación objetiva del sistema de remuneración, al desplazar parte de la retribución fija, que se percibía por unidad de tiempo, a recuperarse parcialmente, en la mayoría de los casos, si se alcanzan los objetivos establecidos para la remuneración variable, por lo que procede subsumirlo en lo dispuesto en el artículo 41.1.c) ET. En segundo lugar respecto el seguro médico y seguro de vida y accidentes, se trata de una mejora voluntaria de la Seguridad Social (art. 39 y 191 TRLGSS), ello supone que no pueden anularse o disminuirse, si no es por las normas que regularon su reconocimiento (art. 192 TRLGSS).

Por tanto, no seguido la empresa el procedimiento previsto en el artículo 41.4 ET procede declarar la nulidad de las modificaciones operadas.

3. La sentencia que examinamos parte de que una modificación del sistema del salario —salario bruto fijo por salario parcial por incrementos en la retribución variable— es una modificación sustancial de condiciones de trabajo y lo mismo supone la modificación de una mejora voluntaria de Seguridad Social, la cual sólo es factible su anulación o disminución de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento.

F) Cambio de horario. Derecho del trabajador a resolver el contrato

STSJ de Asturias de 1 de abril de 2011 (recurso de suplicación 970/2011), IL J 1051/2011.

1. En el supuesto examinado el trabajador prestaba servicios en una empresa de seguridad, en horario de lunes a viernes de 20:00 a 23:30 horas, sábados de 19:00 a 23:30 horas, y domingos de 14:00 a 23:30 horas, con descansos de entre uno y tres días al mes. Con fecha 1-10-2010, le notificó que pasará a prestar sus servicios en el centro de trabajo Estación de Autobuses de Oviedo en virtud de las facultades de organización de la empresa, procediendo a la distribución de personal entre los lugares de trabajo adecuados a los fines productivos y en concreto motivado por la solicitud de nuestro cliente que nos ha manifestado que no desea contar con sus servicios en sus Centros de Trabajo. El trabajador pasó a prestar servicios de 14:00 horas a 22:00 horas y de 6:00 horas a 14:00 horas suponiéndole una pérdida económica mensual de unos 43 euros. Este se encuentra matriculado en la Escuela de ingeniería para la asignatura de trabajo «fin de carrera», sin que se haya acredi-

tado una incompatibilidad horaria. El trabajador instó la extinción del contrato, lo que fue desestimado por el Juzgado de instancia.

2. Por la Sala de lo Social del TSJ señala que el artículo 41.3 ET dispone tres alternativas, en primer lugar, aceptar la modificación, asumiendo la misma como una nueva condición de su relación laboral. En segundo lugar, y para el supuesto de que considere injustificada la decisión empresarial, podrá mostrar su disconformidad impugnándola ante la Jurisdicción Social, para lo que dispondrá de un plazo de 20 días. La tercera solución que arbitra el ordenamiento jurídico es la extinción de su contrato de trabajo con derecho a percibir una indemnización, para lo cual cuenta con dos posibles vías:

- a) En los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual que afecte a la jornada de trabajo, al horario o al régimen de trabajo a turnos, tendrá derecho a rescindir su contrato de trabajo y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades;
 - b) pero si el trabajador considera que la modificación sustancial de condiciones de trabajo redundará en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad personal podrá solicitar ante los Juzgados de lo Social la resolución de su contrato de trabajo amparándose en el art. ET.
- b) En el supuesto que se examina parte el trabajador de dos órdenes de perjuicios, perjuicios laborales y perjuicios económicos. Si bien no acredita la imposibilidad de compaginar el horario de clase con el de trabajo y por tal no le impide acudir a clases. Ahora bien, una cosa es que tal modificación horaria no le impida seguir acudiendo a la Escuela cuando lo precise y otra muy distinta que la modificación acordada no haya afectado a sus hábitos y régimen de estudio, pues parece lógico considerar que tan radical cambio de horario y jornada incide necesariamente en la vida personal y social del trabajador en sentido desfavorable, dado que cualquier organización ya establecida debe ser totalmente alterada para ajustarse a un nuevo régimen de trabajo a turnos que en manera alguna cabe considerar menos gravoso que el de jornada continuada que venía desarrollando, siquiera considerando que durante una hora y media esta se desarrollaba en horario nocturno y ello implica, a criterio de la Sala, un indudable y notorio perjuicio que, como tal, no precisa una prueba específica *ad hoc*, sino que se deduce por la vía de la presunción más elemental (artículo 386 LEC). Pero, además, tal cambio comporta una pérdida de retribuciones, pues antes de la modificación venía trabajando en horario nocturno y percibiendo en razón de ello la retribución prevista en el artículo 71 del convenio colectivo de empresa (BOE 20-7-2005), retribución que la resolución de instancia concreta en torno a los 45 euros mensuales, siendo evidente que tal merma en su remuneración entraña un perjuicio simple de tipo económico y, en consecuencia, el cambio de horario acordado supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con derecho del trabajador a resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 ET, precepto al que expresamente se remite el artículo 43 del convenio colectivo de empresa.
3. La Sala acertadamente en aplicación del artículo 41.3 ET, dándose una modificación sustancial de las previstas en los apartados a), b) y c) artículo 41.1 ET, con un perjuicio,

pues implica una alteración de la vida social y personal y una pérdida económica al no percibir la misma retribución que con anterioridad, ello conlleva el derecho del trabajador a la rescisión del contrato y percibir una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de nueve meses.

G) Extinción contractual por modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estimación. Reducción de jornada

STSJ de Aragón de 1 de abril de 2011 (recurso de suplicación 313/2011), IL J 1110/2011.

1. La trabajadora presta servicios como dependienta en turnos rotativos realizando una jornada laboral de 36 horas semanales, prestando sus servicios en dos centros de trabajo; de tal forma que dos semanas prestaba servicios en la tienda del Centro Comercial de Gran Vía, una de las semanas con horario de mañana de 10 a 4, y otra con horario de tarde de 4 a 10, y la tercera semana prestaba servicios en la otra tienda de 10 a 2 y de 5 a 8. La empresa notificó al resto de las trabajadoras la reducción de la jornada a 20 horas semanales, lo que venían realizando. Posteriormente notificó a la trabajadora tal reducción ante las dificultades de la empresa. La empresa tiene pérdidas. La trabajadora interesó la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 41.3 ET, lo que fue desestimado por el juzgado.

2. La sala destaca las dos vías de extinción del contrato, la prevista en el artículo 41.3 ET al señalar, «En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1.a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses»; y la contemplada en el artículo 50.a) ET, modificación sustancial en las condiciones de trabajo, que redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad. Destacando cómo la jurisprudencia ha puesto en relieve las diferencias (STS 18-9-2008, RCU 1875/07; 8-2-1993, RCU 772/91) al señalar que: «El art. 41 ET, reconoce al trabajador que resulte perjudicado por la decisión patronal, el derecho a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que es la que abonó la empresa en este caso, tanto si la modificación sustancial es de carácter individual (número 3) como si es colectiva (número 4). Y no condiciona dicho derecho a la previa impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción competente, sino que habilita al trabajador a rescindir directamente su contrato sin necesidad de esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada es correcta», «la extinción del contrato de trabajo que autoriza y prevé el núm. 1 del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, requiere un doble requisito, por una parte que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, por otra que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de la dignidad; si no concurre esta doble circunstancia... la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo, podrá dar lugar en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41 núm. 3 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo, asimilada en cuanto a las indemnizaciones que prevé el citado art. 50».

En el presente supuesto pacifica la reducción de 36 horas a 20 horas, señalando la Sala que «Si bien es verdad que la jurisprudencia ha resaltado que la alegación, concreción y carga de la prueba del perjuicio derivado de la modificación sustancial de condiciones laborales van a cargo del trabajador (STS de 18/07/1996, RCUD 767/1996), no es menos cierto que esa prueba no es exigible ni puede valorarse con arreglo a unos cánones distintos a los de cualquier otro hecho relevante en el proceso, de manera que, si la propia lógica de los hechos o máximas de la experiencia muestran tal perjuicio, ya no será exigible prueba adicional». En el supuesto examinado, la reducción de jornada y conversión de su contrato ordinario a contrato a tiempo parcial tiene una entidad suficiente como para apreciar el perjuicio que requiere el artículo 41.3 ET, lo que conecta con la prohibición de la conversión del contrato ordinario en parcial conforme al artículo 12.4.e) ET, lo que destaca el perjuicio que acarrea al trabajador. Por tanto revoca la sentencia de instancia y declara extinguido el contrato de trabajo con la indemnización legalmente prevista.

3. La Sala en la sentencia que se examina, acertadamente delimita el alcance del artículo 41.3 ET en relación con los perjuicios y la prueba que corresponde al trabajador, pero determinadas modificaciones sustanciales conllevan perjuicios, como es el caso del cambio de jornada ordinaria a jornada parcial, a pesar de existir causa para tal.

H) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Desestimación. Condición más beneficiosa inexistente

STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2011 (recurso de suplicación 349/2011), IL J 1137/2011.

1. La trabajadora venía prestando servicios en un supermercado como profesional de punto de venta desde el año 1988 en jornada de lunes a sábado, llevando a cabo una jornada de turnos rotatorios de mañana y tarde; jornada de mañana de 8 a 14:30 h. y de tardes de 14:30 h. a 21 horas y los sábados de 8 a 14:30 horas. Ésta estuvo en reducción de jornada por guarda legal desde el 11-12-2001 al 30-6-2010. Reintegrada la empresa notificó a la trabajadora su regreso a jornada de mañana y tarde en turnos rotatorios. La trabajadora solicitó no trabajar los sábados, lo que le fue denegado comunicándosele el cuadro horario trimestral con inclusión de trabajos en sábado. La empresa donde presta servicios la trabajadora fue absorbida por el Grupo Eroski, aplicándose el Convenio Colectivo de tal grupo desde el mes de junio 2006. Asimismo en abril 2006 se firmó un acuerdo entre la representación de los trabajadores y la empresa, no estableciéndose nada específico respecto de la prestación de servicios los sábados por la tarde. Por el juzgado de lo social ante la solicitud de declaración de nulidad de sin efecto la modificación horaria estima la demanda al entender la existencia de una modificación sustancial.

2. La Sala de lo Social examina si estamos ante una condición más beneficiosa y recuerda la doctrina jurisprudencial en el sentido de que «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 (SSTS 16.9.1992, 20.12.1993, 21.2.1994, 31.5.1995 y 8.7.1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento

de un derecho” (SSTS 21.2.1994, 31.5.1995 y 8.7.1996) y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo” (STS de 25-1; 31-5 y 8-7-1996)» (STS 30-11-2010, R. 33/2010). Para la sentencia comentada «está ausente de prueba el requisito nombrado de “la consolidación del beneficio por obra de una voluntad inequívoca de su concesión”, el acto de voluntad (de la empresa) constitutivo de concesión o reconocimiento del derecho, la voluntad empresarial de atribuir esa ventaja o beneficio» y si bien se ha probado el no llamamiento de los sábados, ello significa que pese a tener derecho a exigir el trabajo en sábados, conforme al Convenio Colectivo, no lo ha ejercitado respecto a los trabajadores de la empresa absorbida. Pero no existe prueba alguna ni indicio de una renuncia ni de reconocimiento sobre el no trabajo los sábados, por ello conserva la empresa la facultad de imponer el horario en sábados, y por tal inexistencia condición más beneficiosa. Por ello la decisión empresarial no constituye modificación sustancial de condiciones de trabajo sino ejercicio de facultad ordinaria de la empresa, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 y 34 del ET, lo que lleva a la revocación de la sentencia.

3. La Sala examina la circunstancia de no haber prestado servicios en los sábados, pese a tener pactada una jornada de lunes a sábado, y si tal supone una condición más beneficiosa, estaríamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sin embargo, la Sala, invocando la doctrina jurisprudencial, alcanza la convicción que no se trata de una condición más beneficiosa y por ello al tener una jornada de lunes a sábado, la decisión empresarial fijando el cuadro horario dentro de su jornada no es tal sino ejercicio de la facultad organizativa empresarial.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE (DIRECTORA)
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ
(COORDINADORA)
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA
MARTA CIMAS SOTO
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO
DAVID LANTARÓN BARQUÍN
MARINA REVUELTA GARCÍA
MONTSERRAT RUIZ CUESTA
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
 - A) **Causas de extinción contractual.**
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. Artículo 52.c) ET.**
 - B) **Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación.**
5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.
 - A) **La caducidad de la acción.**
6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.
 - A) **Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.**
 - B) **La indemnización: cuantía y cálculo.**
8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.
 - A) **Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 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

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el **Mutuo acuerdo de las partes** [artículo 49.1.a) ET], que se documenta a través del denominado «Finiquito», es analizada en la **STS de 22 de marzo de 2011**, IL J 703 (RCUD 804/2010), donde se analiza la ineficacia liberatoria del finiquito, al que se otorga valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de la válida extinción contractual.

La Sala argumenta en su FJ 2.º: «La negación de la eficacia liberatoria del finiquito se ha producido en supuestos, tales como: finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la finalización de periodos de trabajo fijo discontinuo (en acciones de despido) y también en casos en que claramente no se ha incluido un concepto determinado o se producen diferencias salariales por convenio posterior con efectos retroactivos (en acciones de reclamación de cantidad). Por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del periodo de prueba, se ha declarado su ineficacia cuando tal periodo era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito, así en la sentencia del TS de 19-6-1990 y en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 5-10-2001. Pero ya se ha dicho que el caso analizado era diferente por las razones expuestas, por lo que se ha de dar plena validez al finiquito».

En sentido análogo, la **STS de 14 de junio de 2011**, IL J 1100 (RCUD 2590/2010), falla la ineficacia liberatoria del finiquito suscrito por un trabajador, con cuyo percibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa. En él se acepta expresamente la extinción de la relación laboral, por lo que se compromete a no pedir nada más ni reclamar, ni ejercitar acción alguna contra la empresa.

Según la Sala, la eficacia liberatoria del finiquito en este supuesto decae porque: «Pues bien, en cuanto al alcance de la declaración efectuada en el documento, es claro que en el caso que nos ocupa no ha habido ni voluntad extintiva por parte del trabajador, ni mutuo acuerdo ni transacción alguna. Es la empresa la que unilateralmente decide despedir al trabajador por la comisión de una presunta infracción consistente en no comunicarle un cambio de domicilio que podría afectar al percibo de una determinada partida retributiva. El trabajador reacciona contra ese despido interponiendo la papeleta de conciliación previa a demanda por despido. Posteriormente firma el documento en cuestión en el que única-

mente se dice, respecto a la cantidad percibida, que “recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie, con cuyo percibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa”, de lo que no cabe deducir que haya habido acuerdo o transacción alguna sobre el importe de una posible indemnización por el despido que, en su caso, pudiera llevar a enervar la acción de despido. Debemos analizar finalmente la cuestión de la limitación el valor liberatorio del finiquito en relación con el principio de indisponibilidad del *artículo 3.5 del ET*, interpretado a la luz del *artículo 24 de la CE*. La doctrina de esta Sala puede resumirse diciendo que es posible que un documento de finiquito contenga válidamente una renuncia a accionar siempre que se cumplan dos requisitos: que dicha renuncia no se efectúe en términos genéricos sino en relación con el preciso contenido de los derechos a que el finiquito se refiere; y que dicho finiquito exprese, como antes hemos examinado, una declaración de voluntad inequívoca en relación con la acción concreta a la que se renuncia, carente de vicios del consentimiento y plasmación de un negocio transaccional en los términos antes expuestos. Todo ello debe ser interpretado restrictivamente, en el sentido más favorable a la conservación del derecho a accionar judicialmente, que es parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, la STS de 22 de marzo de 2011 (RCUD 804/2010) dice: “La prohibición de renuncia de derechos no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales, tal como han señalado las STS 24-06-1998, rec. 3464/1997; 28-02-00, rec. 4977/1998; 11-11-03, rec. 3842/02; 18-11-04, rec. 6438/03 y 27-04-06, rec. 50/05”. La STS 28-04-04, rec. 4247/02, ha señalado que “el correcto entendimiento de la prohibición que establecen los preceptos citados del E.T. y de la L.G.S.S. exige tener en cuenta los límites que derivan de la recepción en el ámbito laboral de la transacción como medio de poner fin a las controversias laborales (*artículo 1809 C.C.* en relación con los *artículos 63, 67 y 84 L.P.L.*). Los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción y, aun en ese marco, han de establecerse las necesarias cautelas, como muestra el *artículo 84.1 L.P.L.*, a tenor del cual ‘si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo’. Desde esta perspectiva parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen, como en el presente caso, de los cauces institucionales de conciliación. Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (*artículo 1809 C.C.*), en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático. Por otra parte el objeto de la transacción debe estar suficientemente precisado, como exige el *artículo 1815 C.C.*, sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprendan derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia (*artículo 1815.2 C.C.*). Y añade la citada STS de 22-3-2011: “La Sala ha mantenido que los finiquitos sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio —deducible en principio de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante— vienen sometidos como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo —mutuo acuerdo, o, en su caso, transacción— en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de voluntad, ya por falta de objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establez-

ca (*artículo 1261 C.C.*) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros (STS 28-02-00, rec. 4977/98; 24-07-00, rec. 2520/99; 11-06-08, rec. 1954/07 y 21-07-09, rec. 1067/08)»».

De otro lado, un numeroso elenco de sentencias del Tribunal Supremo analiza la inexistencia de despido ante varios supuestos de finalización del contrato de interinidad por vacante por cobertura legal de la plaza. En tal sentido, las **SSTS de 2 de febrero de 2011**, IL J 749 (RCUD 502/2010); **2 de febrero de 2011**, IL J 751 (RCUD 1140/2010); **2 de febrero de 2011**, IL J 750 (RCUD 346/2010); **3 de febrero de 2011**, IL J 748 (RCUD 142/2010); **14 de marzo de 2011**, IL J 719 (RCUD 223/2010); **15 de marzo de 2011**, IL J 713 (RCUD 2195/2010); **15 de marzo de 2011**, IL J 715 (RCUD 2167/2010) y, finalmente, **10 de mayo de 2011**, IL J 920 (RCUD 2051/2010), fallan, unánimemente, la inexistencia de despido ante la casuística analizada, debido a que el contrato tiene por objeto «la cobertura de plaza vacante hasta la toma de posesión del titular una vez terminado el correspondiente proceso selectivo».

Para las Salas: «Los anteriores argumentos determinan la necesidad de coincidir con el resultado que se obtiene de la aplicación de la doctrina que se contiene en la sentencia recurrida, puesto que la ocupación de la plaza que desempeñaba interinamente el recurrente por quien legítimamente había superado el proceso selectivo convocado para ello no constituyó un despido, sino la válida extinción de una relación de trabajo, tal y como se desprende de los *artículos 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores* y 4 del *RD 2720/1998, de 18 de diciembre*, si bien no se comparten plenamente sus argumentos o razonamientos, porque en este punto, la sentencia recurrida se decanta por la solución de afirmar que esa condición *de futuro* del proceso de consolidación significa que la *reserva* de las plazas ocupadas por temporales o interinos, sólo podrá materializarse sobre las que estén ocupadas de esa forma antes del 1 de enero de 2005, y lo siguen estando cuando se proceda a convocar o llevar a cabo por la Administración ese proceso en un momento futuro sin referencia cierta de fecha, lo que no se corresponde con la previsión normativa específica antes razonada, en virtud de la cual esa *reserva* de plazas interinamente desempeñadas habrá de surtir efectos desde la entrada en vigor de la *Ley 13/2007*, que estableció el compromiso y la obligación de la Administración de llevar a cabo ese concurso extraordinario de consolidación de empleo temporal o interino».

Relativa a la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** [artículo 50 ET], la **STS de 31 de marzo de 2011**, IL J 889 (RCUD 3312/2010), analiza la dimisión de un trabajador, sosteniendo que el empleado, en caso de baja voluntaria, dimisión o renuncia, debe ponerlo en conocimiento de la empresa con una antelación mínima de dos meses, al exceder lo pactado por las partes de los límites marcados por el Convenio aplicable.

La Sala argumenta en su FJ 3.º: «Lo expuesto hasta ahora nos obliga a efectuar un examen comparativo entre el texto del acuerdo individual y el precepto del convenio. El *artículo 43 del IV Convenio* estatal de empresas de trabajo temporal disponía: “*Extinción del contrato a instancia del trabajador. 1. Los trabajadores que deseen resolver voluntariamente su contrato con anterioridad a su vencimiento, habrán de ponerlo por escrito en conocimiento de su empresa con la antelación mínima siguiente: Técnicos titulados: Quince días. Resto de trabajadores: Una semana. Cuando la vigencia del contrato suscrito*

entre la empresa de trabajo temporal y el personal contratado para su puesta a disposición a una empresa usuaria fuera igual o inferior a los plazos de preaviso antes indicados, la duración de los mismos quedará reducida a la mitad del tiempo de vigencia de la relación laboral acordada entre las partes contratantes. 2. El incumplimiento de la obligación de preaviso facultará a la empresa a descontar de la liquidación que proceda por la resolución contractual el importe del salario correspondiente a los días de preaviso omitidos". El pacto sobre preaviso suscrito entre las partes es del tenor literal que consta en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia, antes transcrito. De la regla convencional resulta que el plazo de preaviso debía ser en este caso, como mínimo de quince días. Es precisamente esta expresión, "*antelación mínima*", la que contiene la clave interpretativa del alcance de la voluntad de las partes en la fijación del periodo de preaviso exigible al trabajador dimisionario. La doctrina jurisprudencial mantiene sin fisuras el carácter mixto del Convenio Colectivo (norma convencional o contrato de eficacia normativa). De ahí que su interpretación haya de efectuarse considerando tanto a las reglas legales sobre hermenéutica de las normas jurídicas como a las que regulan la interpretación de los contratos (artículos 3, 4 y 1281 a 1289 del Código Civil), de manera que la interpretación del Convenio 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 (así, por todas, la reciente STS de 11 de noviembre de 2010 —rec. 239/2009—). No obstante, "*la interpretación de las normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo —en principio— de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes*" (así, STS de 27 de enero de 2009 —rec. 2407/2007— que cita sentencias anteriores). El precepto en cuestión no puede ser interpretado como la empresa recurrente pretende, al abogar en favor de que se considere un plazo mínimo que libremente pueda ser incrementado por pacto entre las partes. La antelación mínima se refiere a la comunicación del trabajador y supone que el trabajador pueda avisar a la empresa con un tiempo superior, debiendo respetar en todo caso los quince días, que juegan como un mínimo imperativo. Si se observa la redacción de la cláusula pactada en el contrato entre los litigantes, la expresión utilizada vuelve a ser la misma, al referirse a la "*antelación mínima de dos meses*"; lo que claramente evidencia que el sentido de las palabras es el apuntado. La distinción entre convenios que fijan plazos mínimos y otros que establecen plazos fijos, que se hace en el recurso, no tiene aquí relevancia. Aun en el segundo supuesto, el plazo siempre tendrá carácter mínimo para el trabajador que siempre puede comunicar su decisión extintiva con una antelación mayor. Cabe añadir que la cuestión de la extensión del plazo se halla estrechamente ligada al importe de la indemnización que se impone al trabajador por el incumplimiento del mismo. El efecto indemnizatorio está también delimitado en la norma convencional, puesto que, al igual que en la cláusula bilateral, se concreta en los días omitidos. De ahí que, al fijar como obligatorio un plazo de preaviso de 2 meses y penar su incumplimiento con el abono por parte del trabajador del salario correspondiente al periodo no preavisado, se está estableciendo una obligación más gravosa que la que el convenio impone, ya que en la norma convencional el máximo de esa indemnización no superaría nunca los quince días. Se está discutiendo nada menos que la pérdida de dos meses de sala-

rio, lo que arroja un monto de gran relevancia que, ser admisible, habría de llevar aparejada necesariamente la exigencia de la prueba de los perjuicios producidos a la empresa por la decisión del trabajador de cesar voluntariamente».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la **Transgresión de la buena fe contractual** [artículo 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STS de 19 de enero de 2011**, IL J 757 (RCUD 1207/2010). En ella se analizan el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el desarrollo de una actividad, por cuenta propia o ajena, que entre en concurrencia desleal con la actividad de la Empresa. Al mismo tiempo, se refiere a la imputación de transgresión grave de la buena fe contractual tipificada en el *artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores*, indicando que conforme al *artículo 64* apartado c) del convenio colectivo estas infracciones llevan aparejadas la sanción de despido. La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual reafirma su improcedencia dada la falta de intención defraudatoria del trabajador afectado:

«Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquellas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el artículo 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad... la jurisprudencia requiere —como hemos visto— para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que

el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992)».

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. Artículo 52.c) ET

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STS de 16 de mayo de 2011**, IL J 1011 (recurso 2727/2010). Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante fundado en causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, la sala, en sus FFJJ, razona: «Respecto del fondo de la cuestión señalábamos en la reciente sentencia de 29/11/10 [rcud 3876/09], dictada por el Pleno de la Sala, que nuestra doctrina en la materia objeto de debate “puede resumirse en los siguientes apartados: a) De acuerdo con la dicción del *artículo 52.c) ET*, las causas empresariales que pueden ser alegadas en el despido objetivo o bien ‘causas económicas’ o bien ‘causas técnicas, organizativas o de producción’, y se valora de distinta manera los hechos constitutivos de las mismas, sin perjuicio de que en determinadas situaciones puedan concurrir varias de ellas a un tiempo (por ejemplo, SSTS 14/06/96 —rcud 3099/95—; 06/04/00 —rcud 1270/99—; 12/02/02 —rcud 1436/01—; y 21/07/03 —rcud 4454/02—). b) Conforme al mismo precepto, para que las causas económicas se consideren justificadas el empresario ha de acreditar que la decisión extintiva contribuye a la superación de ‘situaciones económicas negativas’; mientras que la justificación de las ‘causas técnicas, organizativas o de producción’ requiere la acreditación de que el despido contribuye a ‘superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa [...] a través de una mejor organización de los recursos’ (así, SSTS 13/02/02 —rcud 1436/01—; 19/03/02 —rcud 1979/01—; 21/07/03 —rcud 4454/02—; 31/01/08 —rcud 1719/07—; 12/12/08 —rcud 4555/07—; y 16/09/09 —rcud 2027/08—). c) El término genérico ‘dificultades’, que el *artículo 52.c) ET* utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las ‘causas técnicas, organizativas o de producción’ justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad, y que en el momento del despido tales problemas han de ser objetivables y no meramente hipotéticos (entre otras, las SSTS 17/05/05 —rec. 2363/04—; 10/05/06 —rec. 705/05—; 31/05/06 —rcud 49/05—; 11/10/06 —rcud 3148/04—; y 23/01/08 —rcud 1575/07—; y 02/03/09 —rcud 1605/08—). d) En todo caso es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, lo que supone —de un lado— la identificación precisa de dichos factores, y —de otro— la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados

por el legislador (en este sentido, la STS 14/06/96 —rcud 3099/95—). e) El control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para ‘superar’ las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del ‘buen comerciante’ (véanse las SSTS 10/05/06 —rcud 725/05—; 31/05/06 —rcud 49/05—; y 02/03/09 —rcud 1605/08—). 2. Añadimos en aquella resolución —STS 20/11/10— que “el alegato de ‘dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa’, que legalmente representa la ‘necesidad objetivamente acreditada de amortizar’ *ex artículo 52.c ET*, únicamente puede invocarse con eficacia extintiva cuando tales dificultades no se presentan aceptablemente superables por la empresa; y en tal sentido ha de recordarse nuestro criterio respecto de que la decisión extintiva ha de constituir una ‘medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial’ [SSTS 21/03/97 —rcud 3755/96—; y 30/09/98 —rec. 4489/97—], de forma que ‘en el primer caso la extinción del contrato por causas objetivas [...] sería procedente, mientras que en el segundo sería improcedente’ (SSTS 04/10/00 —rcud 4098/99—; y 03/10/00 —rcud 651/00—). Y, rectificando criterio precedente sobre la inexistencia de obligación legal de “agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador” en la empresa, o de “su destino a otro puesto vacante de la misma” [SSTS 13/02/02 —rcud 1436/01—; 19/03/02 —rcud 1979/01—; y 21/07/03 —rcud 4454/02—], se afirma también en aquella sentencia de Sala General que la doctrina en ella mantenida en precedentes apartados “hace de muy difícil justificación la ‘necesidad de amortizar’ un determinado puesto de trabajo cuando [...] en la misma empresa existen numerosas vacantes...” Tal decisión —amortizar un puesto y a la vez cubrir otros muchos vacantes o de creación *ex novo*— no se presenta como la “medida racional” de que antes hablábamos, sino más bien una interesada —aunque injustificada— decisión empresarial, que no se ajusta al ya referido requisito de ineluctabilidad del cese por imperativos de la producción o por la adecuada gestión de la empresa».

Asimismo, la **STS de 7 de marzo de 2011**, IL J 880 (RCUD 2965/2010), determina la procedencia del despido de un trabajador por causas objetivas, motivadas en razones económicas, productivas y de organización para adecuar su nivel de empleo a través de una mejor y más racional organización de los recursos humanos y de preservar la viabilidad económica de la empresa. Para ello, la citada sentencia analiza, pormenorizadamente, los requisitos formales que deben concurrir en él. En concreto, la falta de notificación al representante legal del trabajador de la «carta de despido».

La Sala argumenta: «La primera cuestión que se ha de poner de relieve es que el precepto no establece la obligación de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, sino que señala que “del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”. Tal precepto ha sido interpretado por esta Sala en sentencia de 18 de abril de 2007, recurso 4781/05, en la que se ha señalado lo siguiente: “*El artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores establece como requisito para el despido objetivo ‘la concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo’.* El precepto añade que ‘en el supuesto contemplado en el artículo 52.c) del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento’. Pero, como ha señalado la doctrina científica, hay un error en la

redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de este número; comunicación en la que debe exponerse la causa de la decisión extintiva y en la que normalmente, aparte de esta mención preceptiva de la causa, deben contenerse también las referencias a la concesión del preaviso y a la puesta a disposición de la indemnización, si bien el preaviso podría no incluirse en la comunicación”. Sentada la exigencia del requisito formal de entregar copia de la comunicación del despido a los representantes de los trabajadores, procede determinar la forma en que ha de cumplirse esta obligación y las consecuencias que se siguen de su incumplimiento. El tenor literal del precepto exige dar copia del escrito de preaviso de la carta de despido, a los representantes de los trabajadores, lo que supone la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador, no consiste simplemente en dar información a los representantes de los trabajadores, sino en facilitar dicha información de una determinada forma, cual es la entrega de copia de la carta de despido. Así lo ha entendido la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 2007, recurso 4781/05, que textualmente señala: “Pero también debe incluirse entre las formalidades la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, y ello porque la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa”. El artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, que reguló los derechos de información y consulta al Comité de empresa —y de los delegados de personal en virtud de lo establecido en el artículo 62.2 del citado Estatuto— dispone en su apartado 6 que: “La información se deberá facilitar por el empresario al Comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permita a la representación de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”».

B) Modalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La STS de 11 de abril de 2011, IL J 896 (RCUD 1909/2010), analiza, en un despido por causas objetivas, el ofrecimiento de la indemnización legalmente exigida, en un supuesto en el que se ha dado a la empresa la opción entre la indemnización y la readmisión, imponiéndole la obligación de indemnizar por la diferencia entre la cantidad correspondiente al despido objetivo procedente y la propia de un despido improcedente.

La Sala determina: «La cuestión sometida a debate para unificar doctrina estriba en que, ante dos supuestos de despido objetivo declarados improcedentes, mientras en el fallo de la sentencia de contraste se declaran las consecuencias previstas en el artículo 56.1 del ET, para tal calificación (opción del empresario entre readmisión con abono de los salarios de tramitación o el pago de una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declara su improcedencia, en el de la sentencia recurrida se limita a imponer el abono de la “indemnización” procedente y de los salarios de tramitación desde la fecha del despido. En este caso la doctrina correcta es la de concretar en el fallo

las consecuencias legales establecidas en el citado *artículo 56.1 ET* para la declaración de improcedencia del despido, y ello por las siguientes razones: 1.^a) Conforme al *artículo 53.5 ET*, la declaración de improcedencia del despido objetivo “producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario”, es decir, una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio y el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia. 2.^a) La indemnización de 14.419,23 €, que ya percibió el trabajador, no es la legalmente procedente de 45 días por año de servicio que corresponde a la declaración de improcedencia del despido, sino que corresponde a la legal de 20 días correspondiente a un despido objetivo procedente, que el empresario debe poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la comunicación escrita de la extinción acordada (*artículo 53.1.6 ET*), como se explica en la comunicación empresarial extintiva que se transcribe en el hecho segundo de los declarados probados. 3.^a) Siendo esto así, aunque la condena opcional a readmitir o indemnizar concierne al empresario, es claro que en este caso también interesa al trabajador, pues la lacónica condena al “abono de la indemnización procedente” que contiene el fallo de la sentencia recurrida, resulta confusa ante la explicación ofrecida en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto: “declarar que el despido es improcedente con las consecuencias inherentes a dicha declaración, habiendo optado ya la empresa por la indemnización, que ha cobrado el trabajador en la cantidad de 14.419,23 €”, ya que tal indemnización no es la que corresponde al trabajador como consecuencia de la declaración de improcedencia del despido, con lo que, configurado con tal ambigüedad el título de ejecución, podrían suscitarse graves problemas a la hora de ejecutarlo, pues el empresario podría oponer que había sido condenado solamente al pago de la indemnización de 14.419,23 €, que ya había entregado al trabajador, así como al abono de los salarios de tramitación solamente hasta el 18 de diciembre de 2009, en lugar de hasta la notificación de la sentencia, el 30 de marzo de 2010 o, en caso de entender que la condena abarca una indemnización mayor (módulo de 45 días por año en lugar de 20 y mayor cantidad por salarios de tramitación), podría optar por la readmisión, dado que la ya entregada cubría sólo la obligación legal de puesta a disposición para el caso de resultar procedente el despido, pero no las consecuencias legales de la opción de indemnizar en el caso de resultar improcedente. De ahí el evidente interés del recurrente en que se especifiquen en el fallo los extremos a que se extiende la condena como consecuencia de la declaración de improcedencia del despido, de conformidad con lo establecido en el *artículo 56.1 ET*. Las anteriores consideraciones conducen a la estimación del motivo y, consecuentemente, del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas».

De otro lado, la **STS de 15 de abril de 2011**, IL J 908 (RCUD 3726/2010), falla ante un supuesto de despido, calificando como error excusable la consignación de indemnización en cuantía menor a la legalmente establecida. En ella, la cuestión que se trata de resolver es si, reconocida la improcedencia del despido por el empresario y habiendo consignado la indemnización por un importe inferior al debido, al no tener en cuenta la antigüedad de la trabajadora en la empresa a la que ha sucedido por subrogación *ex artículo 44 del ET*, se produce o no el efecto previsto en el *artículo 56.2 del ET* consistente en la limitación o supresión de los salarios de tramitación a cargo del empresario.

La Sala falla: «Conviene recordar que la doctrina de esta Sala del TS ha ido especificando muchos supuestos de error excusable y de error inexcusable, entre ellos los relacionados en la STS de 17/12/2009 (RCUD 957/2009). Uno de los supuestos de error

excusable, que es directamente aplicable al caso que nos ocupa, es el de la existencia de una dificultad jurídica en la interpretación de algún concepto de los que determinan el cálculo de la indemnización debida. En nuestro caso dicho concepto sería el de la antigüedad de los trabajadores y la dificultad estribaría en concretar si la antigüedad que se debe tomar en consideración es la de la trabajadora con la empresa demandada y que la despide o la que acreditaba con la empresa anterior a la que la demandada sucedió. Sin embargo, para la sentencia recurrida no hay dificultad jurídica alguna: estamos ante un supuesto de sucesión empresarial, que las partes no discuten, y el *artículo 44.1 del ET* es terminante: en tales supuestos queda “el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”, lo que, desde luego, incluye el reconocimiento de la antigüedad a todos los efectos. Por ello, concluye la sentencia recurrida: “En el presente caso es lo cierto que no cabe apreciar dificultad alguna para fijar la indemnización dado que se trataba simplemente de reconocer a la trabajadora la antigüedad con arreglo a la normativa de referencia al haberse producido la subrogación empresarial, con lo que el cálculo de la indemnización no tendría que suponer ningún problema para la demandada”».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS de 12 de abril de 2011**, IL J 899 (RCUD 1111/2010), desestima la excepción de caducidad de la acción del despido efectuado. Se trata del supuesto de una trabajadora (profesora de religión católica en centro educativo público) que presta su actividad en régimen laboral, por lo que la actora debió acudir a la jurisdicción social y no a la contenciosa administrativa para impugnar el cese.

En tal supuesto la Sala desestima la excepción de caducidad de la acción en el cómputo del plazo: «La doctrina unificada (entre otras STS de 17/09/2009 —rec. 4089/08—, que reitera la STS de 17/12/2004 —rec. 6005/2003—) ha dado respuesta a cuestiones como la que se plantea en este procedimiento y así se advierte en la sentencia de contraste, que, refiriéndose a la doctrina constitucional, sentencias del alto Tribunal 193 y 194/1992 y 214/2002 han establecido, recuerda “*que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Así estas sentencias señalan que, aunque ‘los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario’, también ‘lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración —hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas’, ‘cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social’. Por otra parte, se afirma que ‘la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable’. Por ello, ‘no puede calificarse de razonable una*»

interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987)’. Por el contrario, ‘resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo —hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado’. Igual doctrina ante supuestos similares es la seguida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal, entre otras, en Sentencias de 16 de junio 1992 (Recurso 7780/1990), 6 de febrero de 1995 (Recurso 2595/1992) y 11 de diciembre de 1995 (Recurso 2472/1992)”.

Ha de valorarse en adición, como asimismo señala la sentencia de contraste (STS de 17/03/2003 —Recurso 760/2002—) que “la caducidad es institución que pretende reforzar la seguridad jurídica de quien habría de sufrir las consecuencias del éxito de la acción ejercitada. Y resultaría no ya desproporcionado, sino altamente contrario a los principios de justicia distributiva, robustecer la posición, ya de por sí favorable, que la Ley dispensa a la Administración en el proceso, al exigirse la reclamación previa para demandarla, otorgándole un plus nacido, precisamente, de su mal cumplimiento de las obligaciones de orden público que le impone el Ordenamiento Jurídico, aunque no conste que esa defectuosa información fuera intencionada”».

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STS de 16 de mayo de 2011**, IL J 1011 (recurso 2727/2010), declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, debido a la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, la sala, en sus FFJJ, razona: «Respecto del fondo de la cuestión señalábamos en la reciente sentencia de 29/11/10 [rcud 3876/09], dictada por el Pleno de la Sala, que nuestra doctrina en la materia objeto de debate “puede resumirse en los siguientes apartados: a) De acuerdo con la dicción del artículo 52.c) ET, las causas empresariales que pueden ser alegadas en el despido objetivo o bien ‘causas económicas’ o bien ‘causas técnicas, organizativas o de producción’, y se valora de distinta manera los hechos constitutivos de las mismas, sin perjuicio de que en determinadas situaciones puedan concurrir varias de ellas a un tiempo (por ejemplo, SSTS 14/06/96 —rcud 3099/95—; 06/04/00 —rcud 1270/99—; 12/02/02 —rcud 1436/01—; y 21/07/03 —rcud 4454/02—). b) Conforme al mismo precepto, para que las causas económicas se consideren justificadas el empresario ha de acreditar que la decisión extintiva contribuye a la superación de ‘situaciones económicas negativas’; mientras que la justificación de las ‘causas técnicas, organizativas o de producción’ requiere la acreditación de que el despido contribuye a ‘superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa [...] a través de una mejor organización de los recursos’ (así, SSTS 13/02/02 —rcud 1436/01—; 19/03/02 —rcud 1979/01—; 21/07/03 —rcud 4454/02—; 31/01/08 —rcud 1719/07—; 12/12/08 —rcud 4555/07—; y 16/09/09 —rcud 2027/08—). c) El término genérico ‘dificultades’, que el artículo 52.c) ET

utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las ‘causas técnicas, organizativas o de producción’ justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad, y que en el momento del despido tales problemas han de ser objetivables y no meramente hipotéticos (entre otras, las SSTS 17/05/05 —rec. 2363/04—; 10/05/06 —rec. 705/05—; 31/05/06 —rcud 49/05—; 11/10/06 —rcud 3148/04—; y 23/01/08 —rcud 1575/07—; y 02/03/09 —rcud 1605/08—). d) En todo caso es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, lo que supone —de un lado— la identificación precisa de dichos factores, y —de otro— la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador (en este sentido, la STS 14/06/96 —rcud 3099/95—). e) El control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para ‘superar’ las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del ‘buen comerciante’ (véanse las SSTS 10/05/06 —rcud 725/05—; 31/05/06 —rcud 49/05—; y 02/03/09 —rcud 1605/08—)”. 2. Añadíamos en aquella resolución —STS 20/11/10— que “el alegato de ‘dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa’, que legalmente representa la ‘necesidad objetivamente acreditada de amortizar’ *ex artículo 52.c ET*, únicamente puede invocarse con eficacia extintiva cuando tales dificultades no se presentan aceptablemente superables por la empresa; y en tal sentido ha de recordarse nuestro criterio respecto de que la decisión extintiva ha de constituir una ‘medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial’ [SSTS 21/03/97 —rcud 3755/96—; y 30/09/98 —rec. 4489/97—], de forma que ‘en el primer caso la extinción del contrato por causas objetivas... sería procedente, mientras que en el segundo sería improcedente’ (SSTS 04/10/00 —rcud 4098/99—; y 03/10/00 —rcud 651/00—)”. Y, rectificando criterio precedente sobre la inexistencia de obligación legal de “agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador” en la empresa, o de “su destino a otro puesto vacante de la misma” [SSTS 13/02/02 —rcud 1436/01—; 19/03/02 —rcud 1979/01—; y 21/07/03 —rcud 4454/02—], se afirma también en aquella sentencia de Sala General que la doctrina en ella mantenida en precedentes apartados “hace de muy difícil justificación la ‘necesidad de amortizar’ un determinado puesto de trabajo cuando ... en la misma empresa existen numerosas vacantes...” Tal decisión —amortizar un puesto y a la vez cubrir otros muchos vacantes o de creación *ex novo*— no se presenta como la “medida racional” de que antes hablábamos, sino más bien una interesada —aunque injustificada— decisión empresarial, que no se ajusta al ya referido requisito de ineluctabilidad del cese por imperativos de la producción o por la adecuada gestión de la empresa».

Asimismo, la **STS de 7 de marzo de 2011**, IL J 880 (RCUD 2965/2010), determina la procedencia del despido de un trabajador por causas objetivas, motivadas en razones económicas, productivas y de organización para adecuar su nivel de empleo a través de una mejor y más racional organización de los recursos humanos y de preservar la viabilidad económica de la empresa.

La Sala argumenta: «La primera cuestión que se ha de poner de relieve es que el precepto no establece la obligación de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, sino que señala que “del escrito de preaviso se dará copia a la

representación legal de los trabajadores para su conocimiento”. Tal precepto ha sido interpretado por esta Sala en sentencia de 18 de abril de 2007, recurso 4781/05, en la que se ha señalado lo siguiente: *“El artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores establece como requisito para el despido objetivo ‘la concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo’. El precepto añade que ‘en el supuesto contemplado en el artículo 52.c) del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento’. Pero, como ha señalado la doctrina científica, hay un error en la redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de este número; comunicación en la que debe exponerse la causa de la decisión extintiva y en la que normalmente, aparte de esta mención preceptiva de la causa, deben contenerse también las referencias a la concesión del preaviso y a la puesta a disposición de la indemnización, si bien el preaviso podría no incluirse en la comunicación”*. Sentada la exigencia del requisito formal de entregar copia de la comunicación del despido a los representantes de los trabajadores, procede determinar la forma en que ha de cumplirse esta obligación y las consecuencias que se siguen de su incumplimiento. El tenor literal del precepto exige dar copia del escrito de preaviso de la carta de despido, a los representantes de los trabajadores, lo que supone la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador, no consiste simplemente en dar información a los representantes de los trabajadores, sino en facilitar dicha información de una determinada forma, cual es la entrega de copia de la carta de despido. Así lo ha entendido la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 2007, recurso 4781/05, que textualmente señala: *“Pero también debe incluirse entre las formalidades la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, y ello porque la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa”*. El artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, que reguló los derechos de información y consulta al Comité de empresa —y de los delegados de personal en virtud de lo establecido en el artículo 62.2 del citado Estatuto— dispone en su apartado 6 que: *“La información se deberá facilitar por el empresario al Comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permita a la representación de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”*».

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STS de 16 de mayo de 2011, IL J 1010 (RCUD 3326/2010), al fallar la improcedencia del despido encausado, analiza la consignación errónea de indemnización y salarios de tramitación. La cuestión litigiosa consiste en determinar si, en el caso de un despido disciplinario que el empresario reconoce improcedente, la consignación de una indem-

nización calculada de acuerdo con el salario que venía percibiendo el trabajador por su categoría de oficial encargado de servicios, en lugar de la superior que le correspondería si se hubiese calculado por el salario de encargado de mantenimiento —funciones que había venido desarrollando antes del despido— constituye o no un error excusable a los efectos de limitar el pago de salarios de tramitación (*artículo 56.2 ET*). Así mismo, se plantea complementariamente la cuestión relativa a cuál sea la norma para calcular el salario que se debe aplicar en los juicios de despido, cuando además se discute en él el salario de una categoría superior.

La Sala falla en su FJ, 2.º: «Existe, sin embargo, una diferencia decisiva entre los supuestos comparados, consistente en que en la sentencia recurrida se reconoce una indemnización superior a la consignada, basándose en que el trabajador venía realizando las funciones de la categoría superior de encargado de mantenimiento, error que no resulta excusable a los efectos de aquella limitación de los salarios de trámite, puesto que no se trata de una discrepancia jurídica razonable sobre la categoría y salario que corresponde, sino sobre una cuestión de hecho —la realización efectiva de funciones correspondientes a una categoría superior que determinan el derecho a un salario superior—, tareas sobre cuya efectiva realización el empresario no podría abrigar dudas. Por el contrario, en la sentencia de contraste se estima —a los efectos ya indicados— que la consignación de una indemnización calculada de acuerdo con el salario que percibió en todo momento, correspondiente a la categoría reconocida en el contrato —técnico de administración—, constituye un error excusable, aunque en el pleito de despido se le reconozca la correspondiente a Jefe superior, porque tal pretensión de estar mal clasificada, planteada por primera vez en dicho pleito, es una discrepancia jurídica razonable conforme a la doctrina de esta Sala que menciona la propia sentencia de contraste».

De otro lado, la **STS de 17 de mayo de 2011**, IL J 986 (RCUD 2940/2010), al resolver la improcedencia del despido de un trabajador determina si el ejercicio de la opción entre readmisión o indemnización que concede el *artículo 21.3 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Gáldar* corresponde al actor, trabajador contratado temporalmente desde 2008, cuyo despido ha sido considerado improcedente, o al Ayuntamiento demandado, teniendo en cuenta que la improcedencia del despido se ha apreciado por considerar no adecuada a Derecho la contratación temporal aplicada.

La Sala falla: «Como también propone el Ministerio Fiscal, el recurso, que denuncia la infracción del *artículo 21.3 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento* en relación con el número 1 del mismo artículo, debe estimarse porque la doctrina ya está unificada en la sentencia de contraste y en la de 11 de mayo de 2010 (recurso 1614/2009), en las que se establece que, a diferencia de lo que sucedía con el convenio anterior que dio lugar a otras interpretaciones, el precepto convencional cuya infracción se denuncia establece de forma inequívoca que la opción controvertida “únicamente se confiere a quienes ya ostentasen la cualidad de trabajadores indefinidos antes del cese y precisamente por el reconocimiento efectuado previa sentencia” y siempre que tuviesen una antigüedad anterior a 31 de diciembre de 2004. Añaden estas sentencias que las limitaciones del ámbito de aplicación del *artículo 21 del Convenio Colectivo* están justificadas, pues “con ello se trata de alcanzar un razonable equilibrio entre los trabajadores irregularmente contratados y el interés público” en orden al ingreso en el empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad».

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La STS de 13 de abril de 2011, IL J 998 (RCUD 2149/2010), ante un supuesto de despido improcedente, analiza el importe de la indemnización de despido y determina el alcance de la responsabilidad del FOGASA en supuestos de extinción de contrato de trabajo por el artículo 50.1.b) ET en el marco de un expediente de regulación concursal (artículo 64 LC).

La Sala argumenta: «Ahora bien, la situación de concurso de la empresa permite establecer una serie de rasgos diferenciales, trascendentales y de configuración legal, respecto de los supuestos en que la controversia se suscite en relación con la pendencia de un expediente de regulación de empleo: a) La situación de concurso obliga a efectuar la distinción entre extinciones individuales y colectivas. Cuando el volumen numérico de trabajadores que acciona por la vía del artículo 50.1.b) ET alcanza determinados umbrales, el procedimiento se reconduce para calificarlo de colectivo y, con ello, atraer para sí la competencia del juez del concurso (artículo 64.1 LC). La causa de la transferencia competencial se halla en la generalización de los impagos, que no afectan ya a un trabajador aislado o a un reducido número de ellos, sino que tienen una incidencia sobre la plantilla que el legislador ha considerado relevante —partiendo de un canon de proporcionalidad— y directamente vinculada a la situación crítica de la empresa y que, además, habrán de generar indemnizaciones con sustancial repercusión sobre la masa, lo que aconseja impedir al ejecución separada. b) La atribución de la competencia al juez del concurso comporta al mismo tiempo la equiparación de las extinciones a instancia del trabajador con las extinciones objetivas. Todas ellas se colectivizan en atención a la situación de la empresa y en aras a alcanzar la finalidad del concurso. Señala el artículo 64.10 de la Ley Concursal que “Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes: Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa. Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores”. Se trata ahora de determinar si la de extinción contractual declarada en el seno del concurso, al amparo de los artículos 50.1.b) ET y 64.10 LC, debe seguir el régimen indemnizatorio del artículo 51.8 ET, en el que a los despidos colectivos se señala una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades, o, si por el contrario, se puede mantener el que fija el artículo 50 ET, de 45 días por año trabajado con el máximo de 42 mensualidades, y, por ende, la responsabilidad del FGS de 30 días por año del artículo 33.2 párrafo segundo ET. La disyuntiva ha de ser resuelta en el sentido de que la colectivización de la medida extintiva significa necesariamente la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que alcanza también el monto de la indemnización. Tras el Auto de declaración de concurso, la situación de concurso de la empresa no sólo provoca la competencia del Juez del concurso para el control y autorización de la extinción, sino que tiene efectos sustantivos en la misma y, al remitirlo al artículo 51.8 ET, transforma el régimen jurídico aplicable a esta modalidad de extinción contractual».

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STS de 18 de abril de 2011, IL J 1000 (RCUD 2893/2010), analiza si la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del despido de la trabajadora embarazada es extensible a los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba. Para ello, realiza una profunda comparación entre las dos instituciones a las que se pretende dar un trato análogo —el despido de un lado, y la extinción en período de prueba por otro— analizando la naturaleza jurídica del desistimiento empresarial durante el período de prueba para relacionarlo en lo posible con la extinción acordada en atención a alguno de los motivos de despido.

La Sala fundamenta el fallo en sus FFJJ 5.º y 6.º: «La doctrina de esta Sala IV sobre el periodo de prueba ha venido señalando que es ésta *“una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental”* (en estos términos o análogos: STS de 2 de abril de 2007 —rcud. 5013/05—, 12 de diciembre de 2008 —rcud. 3925/2007—, 6 de febrero —rcud. 665/2008—, 14 de mayo —rcud. 1097/2008— y 23 de noviembre de 2009 —rcud. 3441/2008—, entre otras). Las diferencias con el despido, tanto objetivo, como disciplinario, se revelan sustanciales. De ello se infiere que la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica, pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación... Resta pues por analizar si la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (y ampliada en la LO 3/2007) es aplicable, por vía de analogía, a la resolución contractual en periodo de prueba. En suma, si cabe extender a ésta la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, tal y como ha sido interpretación por la doctrina constitucional y jurisprudencial. La interpretación analógica pretendida supone partir de una laguna legal en el artículo 14 ET que se rellenaría por aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.5.b) ET. Sin embargo, las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción permiten sostener que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba. No sólo no se produjo intervención normativa análoga a la del despido en la Ley 39/1999, sino que tampoco un texto tan cualificado y específico como el de LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, incidió en ello, manteniéndose la distinta regulación. Partiendo de la certeza de que, en todo caso, el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas estaba ya preservado suficientemente a través de los mecanismos de tutela clásicos, el legislador se mostraba consciente de la sustancial diferencia de medios a emplear para preservar todos los aspectos de la igualdad, abarcando no sólo la no discrimi-

minación por razón de sexo, sino también el de la igualdad de oportunidades. Ello impone estar atento al momento en que la protección debe dispensarse, ajustando las medidas según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo. Si en el primer caso el acento se ha de poner en la estabilidad a ultranza; la lesión para la igualdad que se produce en el acceso al empleo resulta difícilmente detectable y la configuración legal de la protección habrá de tender a no dificultar la contratación, a la vista de una realidad social que, pese a la elevación del nivel formal de igualdad, sitúa a la población activa femenina en tasas muy inferiores a las de la masculina con un desfase particularmente significativo a partir de las edades fértiles, por el rechazo de las empresas a incorporar mujeres susceptibles de quedar embarazadas (así, STJUE de 4 de octubre de 2001, Asunto Tele Danmark, C-109/00). De ahí que en una fase inicial —y precaria— de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como se ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal. Precisamente el alcance constitucional de esos supuestos de nulidad cualificada —*ex artículo 55.5.b) ET*— se produce en relación a la tutela judicial dispensada en la interpretación de aquel precepto (STC 92/2008 y 124/2009). Por ello una interpretación acorde con la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo conduce a ponderar el efecto perverso de la aplicación analógica pretendida, habida cuenta de que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas al amparo del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico con arreglo al *artículo 4 de la LO 3/2007*, exige la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material. En suma, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas. La afirmación que hacíamos en la STS de 28 de abril de 2010 (rcud. 1113/2009), dictada por el Pleno de la Sala, sobre la nulidad del cese en periodo de prueba de una trabajadora embarazada, como derivada del *artículo 55.5 ET* no contradice lo hasta ahora razonado. Contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal en su informe, en aquel supuesto esta Sala no abordaba la nulidad del despido —calificación sobre la que no se suscitaba el recurso—, sino las consecuencias de dicha nulidad sobre los salarios de tramitación en un supuesto de contratación temporal».

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) **Secciones sindicales. Acceso a la misma información que el comité de empresa.**
- B) **Delegados sindicales. Alcance del derecho de información.**
- C) **Libertad sindical. Vulneración por denegar a los trabajadores el acceso al local del sindicato.**
- D) **Despido colectivo que afecta a una trabajadora afiliada a un sindicato y miembro del comité de empresa. Valoración de la prueba indiciaria y del alcance de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa.**
- E) **Despido de una trabajadora afiliada al sindicato que pretendía presentarse como candidata a las elecciones sindicales. Falta de conocimiento de la empresa de tal intención.**
- F) **Despido disciplinario de una trabajadora afiliada a un sindicato. Valoración de la prueba indiciaria y de la inversión de la carga probatoria.**
- G) **Alcance del mandato representativo en caso de sucesión empresarial.**
- H) **Delimitación entre el delegado sindical y el mero portavoz del sindicato y competencias y facilidades de este último.**

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

- A) **Contenido. Alcance de la representación en materia de fondos de pensiones.**

3. CONFLICTO COLECTIVO.

- A) **El proceso de conflicto colectivo: competencia funcional.**
- B) **El proceso de conflicto colectivo: inadecuación de procedimiento.**

4. HUELGA Y CIERRE PATRONAL.

- A) **Huelga.**
 - a) **Sustitución trabajadores huelguistas.**

- b) Declaración de huelga ilegal. Desestimación. No constituye una huelga novatoria.
- c) Prevalencia del Derecho de Huelga sobre el de libertad de expresión.

B) Cierre patronal.

CONSIDERACION PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2011 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Secciones sindicales. Acceso a la misma información que el comité de empresa

La **STS de 29 de marzo de 2011**, IL J 888/2011, se centra en determinar el alcance del derecho de los delegados sindicales a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, cuando en ese órgano unitario aparecen miembros que obtuvieron escaño representativo, en las correspondientes elecciones, en candidaturas del referido sindicato.

Como sabemos, de conformidad con lo previsto en el art. 10.3 LOLS, los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas. La cuestión se centra en si el derecho de información constituye un derecho autónomo que se puede invocar aun cuando el sindicato cuente con miembros en los órganos de representación unitaria y, por tanto, pueda tener acceso a aquella a través de éstos.

El Tribunal Supremo considera que se trata de un derecho de naturaleza individual, autónoma, independiente y con sustantividad separada del derecho de los miembros del comité de empresa, aunque el contenido material sea el mismo, por cuanto lo que se pretende es facilitar el derecho de información y, con él, la actividad sindical. Por ello, no cabe entender satisfecho el derecho de información a que se refiere el art. 10.3 LOLS, cuando la empresa no entrega la documentación a los delegados sindicales so pretexto de que ya ha sido remitida a un comité de empresa en el que se integran algunas personas vinculadas al sindicato.

B) Delegados sindicales. Alcance del derecho de información

En la **STS de 3 de mayo de 2011**, IL J 917/2011, se analiza en qué medida tiene derecho el sindicato a que se le haga entrega de un listado nominal de todos los trabajadores de la empresa, donde figure categoría profesional, nivel económico, antigüedad de la empresa, área de asignación, puesto de estructura y pluses. Los delegados sindicales reclamaban el acceso a esta información para verificar los criterios aplicados por la empresa para atribuir

el «fondo de adecuaciones retributivas en función del rendimiento», que estaba previsto en el convenio colectivo, considerando que no podían cumplir su labor de vigilancia si no se les facilitaban los datos individualizados de cada trabajador.

Como sabemos, el art. 64.7.a) ET atribuye a los representantes unitarios varias competencias; entre ellas, la de ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor (apartado 1.º). Por su parte, el art. 10.3 LOLS reconoce a los delegados sindicales el derecho a acceder a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité. En consecuencia, si la empresa debe facilitar tal información al comité de empresa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.7.a).1.º ET, la misma información ha de ser facilitada a los delegados sindicales, en aplicación del artículo 10.3.1.º de la LOLS.

En efecto, para el cabal ejercicio de la acción sindical, la LOLS otorga a los delegados sindicales iguales derechos y garantías que el estatuto de los trabajadores destina a los miembros de comités de empresa como instituciones de representación electiva de los trabajadores. De este modo, se reconoce a los delegados sindicales el derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición del comité de empresa, por lo que les compete conocer, entre otros extremos, de «las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen» (art. 10.3.1 LOLS, en relación con el art. 64.1.8 ET). Ahora bien, tales representantes no sólo gozan del derecho recibir información del empresario acerca de las cuestiones que han quedado señaladas. Pesa también sobre ellos el deber de mantener informados a sus representados «en todos los temas y cuestiones [...] en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales» [art. 64.7.e) ET].

De otro lado, en opinión del Tribunal Supremo, no puede entenderse que la retribución del trabajador sea un dato perteneciente a su esfera privada, que no pueda ser comunicado a terceros. De hecho, tal dato no puede desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, por lo que no es susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad del trabajador. Precisamente por ello, no es necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder, en su caso, a dicho dato.

C) Libertad sindical. Vulneración por denegar a los trabajadores el acceso al local del sindicato

En la **STSJ Cataluña de 16 de junio de 2011**, IL J 1227/2011, el tribunal analiza en qué medida la empresa ha vulnerado el derecho de libertad sindical de unos trabajadores afiliados al sindicato CGT, al impedirles acceder al local de reuniones del mismo. Los hechos en que se funda esta sentencia son los siguientes: La empresa había sido autorizada por la autoridad laboral en expediente de regulación de empleo para extinguir varios contratos de trabajo. Esta decisión extintiva afectó a varios trabajadores afiliados al sindicato anteriormente citado. Impugnados los despidos, el juzgado los declaró nulos por vulneración

del derecho a la libertad sindical y ante tal pronunciamiento judicial, la empresa recurre en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia y envía un burofax a los trabajadores afectados por el despido, advirtiéndoles de que, ante la falta de firmeza de la sentencia, opta por el abono del salario sin contraprestación laboral.

Los trabajadores acudieron a las instalaciones de la empresa, con intención de reunirse con el representante del sindicato CGT, en el local que éste tiene allí asignado. Sin embargo, la empresa les impidió la entrada, entendiéndolo que no tenían derecho a acceder al centro de trabajo al no ser en ese momento empleados suyos. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no comparte, sin embargo, esta opinión.

Como bien sabemos, las sentencias pueden ser meramente declarativas, constitutivas o de condena. Las primeras son dictadas en supuestos de pretensiones en las que se solicita la mera declaración de la existencia (positiva) o inexistencia (negativa) de una determinada relación jurídica ya existente; las constitutivas son las finalizadas ante la pretensión actora que se dirige a obtener la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, esto es, a obtener un cambio sobre una situación existente; y las de condena, son aquellas dictadas ante pretensiones en las que se pide al órgano judicial una declaración de la que arranque el derecho a obtener una prestación del demandado. En la sentencia constitutiva, es la misma resolución judicial la que produce el cambio solicitado. De ahí que suele decirse que la mera declaración produce efectos *ex tunc* y la constitución *ex nunc*. Pues bien, las sentencias de despido que declaran su nulidad son constitutivas, y tienen, por tanto, efectos desde que se dictan, puesto que la extinción de la relación laboral ya se ha producido por la mera decisión empresarial del despido y la sentencia viene a hacer renacer una situación ya extinta por un acto unilateral del empresario.

En consecuencia, durante la ejecución provisional de la sentencia, el contrato de trabajo mantiene su vigencia y los trabajadores tienen derecho a acceder al local sindical y reunirse con sus representantes, en las mismas condiciones que antes de ser despedidos. En otras palabras, la relación laboral se halla viva, estando únicamente suspendida la obligación de prestación de servicios, pero tal situación no comporta que los derechos del trabajador y, en particular, los derechos fundamentales a la libertad sindical [arts. 28.1 CE y 2.1.d LOLS] y a la reunión (art. 23 CE y art. 81 ET), se hallen en situación de suspensión o puedan ser desconocidos, pues los mismos no dependen de la efectiva prestación de servicios, sino de la existencia de relación laboral, siendo que el derecho a la actividad sindical del trabajador afiliado comporta el derecho a realizar las actividades de recepción de información, reunión, distribución de información de información sindical, fuera de horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa, etc.

D) Despido colectivo que afecta a una trabajadora afiliada a un sindicato y miembro del comité de empresa. Valoración de la prueba indiciaria y del alcance de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa

En el supuesto abordado por la STSJ Cataluña de 1 de abril de 2011, IL J 1108/2011, la empresa —dedicada a la actividad de telecomunicaciones— fue autorizada en expediente de regulación de empleo, para resolver un porcentaje muy elevado de su plantilla, con base en el acuerdo que la empresa había alcanzado con los dos sindicatos mayoritarios: CCOO y UGT.

Entre los empleados afectados por la decisión extintiva, se encontraban varios representantes de los trabajadores: 8 pertenecientes al sindicato CCOO, 1 al sindicato UGT y 14 al sindicato STC (Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones). No obstante lo anterior, todos los representantes pertenecientes al sindicato CCOO fueron readmitidos tras el cese, aun ocupando distintos puestos de trabajo, o percibieron, tras conciliación, superior indemnización a la pactada.

Pues bien, una de las trabajadoras afectadas por el ERE estaba afiliada a STC y formaba parte del comité de empresa. Ante la extinción de su contrato de trabajo, impugnó el despido, considerando que no se había respetado su prioridad de permanencia en la empresa, dada su condición de representante legal de los trabajadores, y que se había vulnerado su derecho a la libertad sindical teniendo en cuenta la proporción de trabajadores afectados por el ERE pertenecientes al sindicato SCT.

En opinión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, los datos concurrentes representan un indicio claro de una posible actuación discriminatoria, pues de ellos se desprende una total desproporción de afectación respecto de los trabajadores afiliados a una concreta organización sindical; precisamente la organización que se mostró más crítica frente al ERE, no suscribiendo el acuerdo. En efecto, según se pudo probar en el acto del juicio, resultaron elegidos 69 representantes por UGT (37,3%), 62 por SCT (33,5%), 42 por CCOO (22,7%), 6 por APLI (3,2%) y 6 por CGT (22,7%); constando que en el ERE se habían incluido 14 trabajadores afiliados a SCT, 1 afiliado a UGT y 8 de CCOO; si bien estos últimos, o han sido readmitidos, o han cesado mediante una superior indemnización acordada en conciliación.

Como sabemos, ante la existencia de indicios de discriminación, se produce la inversión de la carga de la prueba y corresponde a la empresa acreditar la existencia de una causa real, objetiva y razonable que justifique el trato diferente. No se trata de situar a la empresa ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino de exigirle que pruebe que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Así, aun cuando la determinación de las personas afectadas por un ERE es competencia única de la empresa, su decisión podrá ser revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios.

De otro lado, los representantes de los trabajadores tienen garantía de prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores (art. 51.7 ET). ¿Cuál es el fundamento de este derecho? La protección a nivel individual del representante es directa consecuencia del interés colectivo que se pretende tutelar. Por ello, cuando el legislador reconoce la garantía de prioridad de permanencia en la empresa a los representantes de los trabajadores, no les está concediendo un privilegio, sino que está tutelando los intereses de todo un colectivo. Como es obvio, dicha garantía no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues no habría en tal caso una alternativa de selección. Pero cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva, el apartado 7.º del art. 51 ET resulta plenamente aplicable, lo que obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa

extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante.

Partiendo de lo expuesto y del hecho de que la empresa no pudo justificar en el acto del juicio la razonabilidad de su decisión extintiva, el Tribunal estima la demanda, considerando que existen indicios más que suficientes de que la decisión empresarial, además de vulnerar el derecho a la libertad sindical de la trabajadora, está entroncada directamente con una actuación de represalia frente a la actitud observada por los miembros del sindicato SCT en la tramitación del ERE, al haberse mostrado especialmente críticos y haberse negado a la suscripción del acuerdo en el período de negociación.

E) Despido de una trabajadora afiliada al sindicato que pretendía presentarse como candidata a las elecciones sindicales. Falta de conocimiento de la empresa de tal intención

La STSJ Galicia de 25 de mayo de 2011, IL J 1195/2011, valora la calificación que ha de merecer el despido de una trabajadora afiliada al sindicato, que pretendía presentarse como candidata a las elecciones sindicales.

El día 22-2-2010, a las 13:44 horas, la empresa procedió al despido de la trabajadora, quien pocas horas después, a las 18:45 horas, presentó su candidatura a las elecciones sindicales. En opinión de la empleada, la decisión extintiva empresarial ha de considerarse nula por cuanto es consecuencia inmediata de la actividad sindical desarrollada tendente a la promoción de elecciones sindicales.

Como ya es sobradamente conocido, para que se produzca la inversión de la carga de la prueba es necesario que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión.

En el acto del juicio se demostró que a la empresa no le constaba el pago de la cuota sindical, ni tenía conocimiento de que la trabajadora estaba afiliada a un sindicato (afiliación que se produjo 20 días antes de su despido) y que pretendía presentarse como candidato a las elecciones sindicales; razón por la cual el Tribunal considera que la trabajadora no aportó indicios suficientes que permitieran presumir que su despido obedecía a su actividad sindical y que merecía la calificación de nulo.

No obstante lo anterior, los hechos imputados a la trabajadora en la carga de despido no revisten, en opinión del Tribunal, la gravedad suficiente como para justificar la medida extintiva y, por tanto, declara el despido improcedente. A este respecto, conviene valorar en qué medida resulta aplicable la garantía de opción prevista en el art. 56.3 ET. Como sabemos, dicho precepto otorga a los representantes de los trabajadores, en caso de que el despido sea declarado improcedente, la facultad de optar entre que se les indemnice o que se les readmita, con derecho en ambos casos al abono de los salarios de tramitación deven-

gados desde la fecha de efectos del despido. Los tribunales han hecho extensiva la garantía prevista en este artículo a los proclamados candidatos en unas elecciones sindicales (STS 2-12-2005, entre otras). El problema es que la trabajadora, al tiempo de su despido, no había sido presentada, ni proclamada, formalmente, como candidata a representante de sus compañeros y, en consecuencia, el derecho de opción no le corresponde a ella, sino a la empresa.

**F) Despido disciplinario de una trabajadora afiliada a un sindicato.
Valoración de la prueba indiciaria y de la inversión de la carga probatoria**

En el supuesto abordado por la **STSJ Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2011, IL J 943/2011**, la trabajadora había sido despedida de forma disciplinaria, con base, supuestamente, en la disminución continuada y voluntaria en su rendimiento en el trabajo, pese a los apercibimientos verbales de sus supervisores; si bien, ante la dificultad de probar tal incumplimiento laboral, la empresa reconoció la improcedencia del despido. La trabajadora impugna el despido, alegando que éste tiene por móvil su condición de afiliada al sindicato CGT, logrando probar en el acto del juicio los siguientes hechos:

- Por un lado, el despido de la trabajadora se produjo al día siguiente de acudir como testigo de otra compañera —también afiliada al mismo sindicato— a un juicio por impugnación de una sanción empresarial.
- Por otro, el despido se realizó con una imputación genérica de disminución de rendimiento y con reconocimiento simultáneo de improcedencia alegando dificultad probatoria.
- Además, no constaba sanción o queja alguna respecto de la trabajadora, que acreditaba en la empresa una antigüedad de cerca de cuatro años.
- En el corto período de tres meses, la empresa había procedido al despido disciplinario de cuatro trabajadores afiliados al mismo sindicato de la trabajadora; despidos que fueron en todo caso reconocidos como improcedentes.

En opinión del Tribunal, este conjunto conforma un panorama indiciario que permite apreciar la posibilidad de que la vulneración del derecho fundamental se haya producido, entrando en juego la inversión de la carga de la prueba. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental; finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria: El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga pro-

batoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del juzgador de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. La ausencia de prueba determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental.

Pues bien, partiendo de que la empresa no logró despejar este panorama indiciario, tuvo que soportar las consecuencias de su inactividad alegatoria y probatoria. En consecuencia, el Tribunal declaró nula la decisión extintiva.

G) Alcance del mandato representativo en caso de sucesión empresarial

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2011, IL J 1216/2011**, una empresa dedicada al transporte de pacientes en ambulancia resultó adjudicataria del servicio de transporte sanitario urgente de Castilla-La Mancha. Como consecuencia de ello, la empresa se subrogó en los contratos de los trabajadores que prestaban servicios en las empresas anteriormente adjudicatarias; entre ellos, en los contratos de los tres delegados de personal afiliados al sindicato UGT.

Dicho sindicato presentó preaviso de elecciones parciales al objeto de ajustar la representación legal al nuevo volumen de plantilla tras la adjudicación del servicio, en aplicación de la posibilidad conferida por el art. 67.1 ET. Ante ello, CC.OO. interpuso demanda solicitando la nulidad del preaviso de elección parcial promovido por UGT, por considerar que no cabía integrar dentro del comité de empresa a representantes elegidos para otro centro de trabajo, y además, como delegados de personal y no como miembros de un comité. Como se constata de lo expuesto, el tema de fondo resulta ciertamente complejo, en cuanto que no existe previsión legal expresa al respecto.

Como bien sabemos, el art. 67.1 ET alude a la adecuación de la representatividad en el caso de que ocurra un aumento o una disminución de la plantilla de trabajadores, en definitiva, del censo electoral. No obstante lo anterior, según el Tribunal, ello debe entenderse referido a una posibilidad dentro del mismo tipo de órgano representativo (bien delegados de personal, bien comité de empresa). Ciertamente, el art. 62 ET prevé, para las unidades empresariales de tamaño reducido (empresas o centros de trabajo de hasta 49 trabajadores) un órgano de representación individual que actúa de forma mancomunada (el delegado de personal). Por su parte, el art. 63 ET dota a las unidades empresariales de plantilla superior de un órgano representativo de carácter colegiado (el comité de empresa). En consecuencia, se trata de dos ordenaciones diferentes del sistema, por lo que no cabe reconvertir el tipo de órgano, esto es, el paso de delegados de personal a comité de empresa, con base en un incremento de la plantilla.

De otro lado, el incremento del número de trabajadores no se ha previsto por el legislador como causa de extinción del mandato de los representantes unitarios, por lo que, en opinión del Tribunal, no cabe otra solución que la de entender que mientras esté vigente el mandato de los actuales representantes unitarios no cabe promover la celebración de elecciones en la empresa o centro de trabajo de que se trate.

h) Delimitación entre el delegado sindical y el mero portavoz del sindicato y competencias y facilidades de este último

La STSJ Madrid de 9 de mayo de 2011, IL J 1172/2011, analiza en qué medida los interlocutores del sindicato tienen derecho a acceder a los locales de la empresa para realizar funciones sindicales, cuando el centro de trabajo en el que prestan servicios no alcanza los 250 trabajadores. En opinión de la empresa, partiendo del volumen de trabajadores en plantilla, los representantes del sindicato no pueden gozar de tal prerrogativa, pues no cumplen los requisitos previstos en el art. 10 LOLS para que puedan ostentar la condición de delegados sindicales; precepto que, como sabemos, exige la concurrencia de dos requisitos: a) que la empresa o, en su caso el centro de trabajo, dé ocupación a más de 250 trabajadores; y b) que la sección sindical cuente con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas.

Los trabajadores, sin embargo, consideran que se está vulnerando su derecho a la libertad sindical, pues no están reclamando el ejercicio de los derechos y garantías previstos en el art. 10 de la LOLS, sino el derecho a acceder al centro de trabajo para informar en la asamblea de trabajadores sobre la marcha de la negociación colectiva; un derecho que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical.

De acuerdo a una consolidada corriente jurisprudencial, el art. 28.1 CE, que reconoce el derecho a la libertad sindical, integra también la vertiente funcional, esto es, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden. Precisamente por ello, el hecho de que determinadas secciones sindicales no puedan contar, por imperativo legal, con un delegado de los previstos en el art. 10 de la LOLS, no impide en modo alguno el ejercicio de los derechos del art. 8.1 de la LOLS por sus respectivos titulares. En consecuencia, cualquier sección sindical puede contar con representantes externos —delegados sindicales— con independencia de si la LOLS les atribuye o no un especial estatuto, para mediante ellos, ejercitar las facultades que integran la libertad sindical, sin perjuicio de que algunos de ellos, de concurrir las exigencias que requiere la LOLS, cuenten, además, con otras facultades añadidas a las generales. Ello permite hablar de dos tipos de delegados sindicales, según posean o no atribuciones de acuerdo con la LOLS. En el primer caso, existe un reconocimiento a efectos externos, más allá del estricto marco de la sección sindical. Son los que reuniendo los requisitos del artículo 10 de dicha Ley, y beneficiados por los derechos que les reconoce este precepto, se identifican habitualmente con el término de delegado sindical. El segundo tipo lo integran aquellos delegados sindicales que no pueden disfrutar de dichos beneficios legales y tienen limitada su actuación a la estricta representación de la sección sindical. Estos representantes-delegados vienen siendo denominados de distintas maneras: portavoces, delegados internos, delegados privados, delegados sindicales al margen de la ley, etc., e incluso también simplemente como delegados sindicales, aunque dicha denominación pueda dar lugar, terminológicamente, a equívocos.

Pues bien, partiendo de que el acceso a los locales de la empresa forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, era deber de la empresa demandada permitir el desempeño de la actividad sindical de los portavoces del sindicato, al margen de que no cumplieran los requisitos del art. 10 LOLS.

2. REPRESENTACION UNITARIA

A) Contenido. Alcance de la representación en materia de fondos de pensiones

La representación de los trabajadores se articula en nuestro país a través del conocido como «doble canal» de representación, lo que da lugar a la denominada como representación unitaria (delegados de personal y comités de empresa) y a la representación sindical (secciones sindicales y delegados sindicales).

Los representantes unitarios son, en los términos del art. 61 ET, los órganos de representación a través de los cuales los trabajadores ejercitan su derecho de participación, y están regulados en el ET. Son órganos de representación del conjunto de los trabajadores de la empresa designados por elección directa de éstos a través de un procedimiento electoral. Son, pues, representantes unitarios y electivos de los trabajadores, y lo son de la totalidad de los trabajadores del centro, ya sean trabajadores fijos o temporales (art. 72.1 ET), sin perjuicio de que existan reglas especiales para el cómputo de estos últimos, a efectos de determinar el número de representantes.

Pero, ¿qué ocurre con aquellos trabajadores que dejan de serlo, por extinguirse la relación laboral, pero que mantienen algún tipo de vínculo con la empresa? ¿se encuentran también representados por la representación legal de los trabajadores?

A esta cuestión responde la **STS de 4 de abril de 2011**, IL J 670/2011, con la ayuda de la STC 128/2010, de 29 de noviembre. El Alto Tribunal se pregunta acerca de la constitucionalidad del art. 7.2 del RD 304/2004, en conexión con la regulación legal a que se refiere el TC (RDL 1/2002). Estas normas regulan la composición de la comisión de control de los planes de pensiones

Dentro de los regímenes de pensiones de los trabajadores de carácter privado y ajenos al ámbito de la Seguridad Social, los planes de pensiones de la modalidad denominada «sistema de empleo» se caracterizan por la doble y recíproca condición subjetiva de sus protagonistas, esto es, tanto de sus sujetos constituyentes (promotor y partícipes) como de sus elementos personales (sujetos constituyentes y beneficiarios). El rasgo característico de los planes de pensiones del sistema de empleo frente a otras modalidades (planes asociados y planes individuales) es que el promotor puede ser cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa, y que sus partícipes han de ser precisamente los «empleados» de la entidad promotora.

El desarrollo del plan de pensiones del sistema de empleo determina la creación de un patrimonio («el fondo de pensiones») afecto al exclusivo objeto de proporcionar las prestaciones de jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad e invalidez a quienes tengan derecho a ellas, en los términos definidos por el propio plan, cuando se produzcan las contingencias correspondientes.

Las funciones de la comisión de control del plan son esenciales para la vida de éste, pues es el órgano que supervisa y controla el cumplimiento de las cláusulas del plan en las que se plasman los derechos de sus partícipes y beneficiarios

A ese respecto, la Ley prevé dos sistemas de designación de los representantes de partícipes y beneficiarios, bien por un sistema de elección, o bien por un sistema de «designación», que es el que suscitaba las dudas de inconstitucionalidad. Así, la Ley permite

la designación directa de los miembros de la comisión de control por parte, bien de la comisión negociadora del convenio, bien de «la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa». El problema se plantea porque existen partícipes que no ostentan ya la condición de «trabajadores de la empresa» (ni, por lo tanto, pueden participar en los procesos electivos del nivel de empresa para nombrar «representantes de los trabajadores»). Estos partícipes, denominados partícipes en suspenso, quedarían en realidad excluidos de toda intervención en el nombramiento de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo.

Así lo entienden ambos tribunales, al declarar la nulidad, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de estas reglas de designación de los miembros de la comisión. Por lo que aquí respecta, el argumento que subyace es que «la situación de trabajador en activo de la empresa no necesariamente equivale a la de partícipe en el plan de empleo. Sólo aquellos trabajadores en activo que opten por su integración en el plan [...] adquieren la condición de partícipe. Y, sin embargo, son sólo los trabajadores activos, tengan o no la condición de partícipes, quienes eligen a sus “representantes” en los comités de empresa, o a sus delegados de personal, siendo estos representantes unitarios a quienes el artículo 7 permite que designen de modo directo a los miembros de la comisión de control del plan». Por consiguiente, los representantes unitarios lo son de los trabajadores en activo, que son precisamente quienes los eligen.

Aun cuando es cierto que este tipo de planes de pensiones tiene origen en la negociación colectiva, esto no implica para el Tribunal que exista un motivo objetivo y razonable que justifique la exclusión de los partícipes en suspenso pues «al atribuir a “los representantes de los trabajadores en la empresa” (elegidos sólo por los trabajadores en activo) la posibilidad de designar directamente, sin la concurrencia de un previo proceso electoral abierto a todos los afectados, quiénes han de representar a “todos” los partícipes —incluidos los partícipes en suspenso— en las comisiones de control de los planes de empleo, la legítima vinculación del Plan al proceso de negociación colectiva se utiliza con un resultado discriminatorio para estos últimos».

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) El proceso de conflicto colectivo: competencia funcional

Es habitual encontrarse numerosas sentencias que versan sobre conflictos colectivos en las que los tribunales no entran a conocer sobre el fondo del asunto. Este es el caso de la **STS de 15 de febrero de 2011, IL J 740/2011**, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por la federación de industrias químicas energéticas y afines de la central sindical de UGT confirmando la sentencia recurrida de la audiencia nacional.

El Tribunal Supremo establece en esta sentencia que hay falta clara de competencia al igual que ya dijo la sentencia de la Audiencia Nacional. La competencia de un tribunal para conocer de un conflicto colectivo se determina por el alcance territorial de los efectos del conflicto colectivo y, en este caso, el alcance se circunscribía al centro de trabajo de Santa María de Garoña. Es cierto que para determinar este alcance la Audiencia Nacional entró a practicar prueba y solicitó diligencias para mejor proveer y así determinar tal competen-

cia, siendo este extremo recurrido ante el Tribunal Supremo. En este sentido, el Tribunal Supremo viene a establecer que cuando de la prueba testifical no pueda deducirse versión creíble es posible solicitar estas diligencias y acogerse, en definitiva, a aquello que resulta más creíble con el objetivo de cerciorarse del cumplimiento de las reglas imperativas que rigen la distribución de competencias.

B) El proceso de conflicto colectivo: inadecuación de procedimiento

La jurisprudencia ha establecido las líneas de fuerza que caracterizan el procedimiento de conflicto colectivo. El art. 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral ordena que se tramitarán a través del presente proceso (el de conflicto colectivo) las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o una decisión o práctica de empresa. En aplicación de esta norma, la doctrina judicial se ha pronunciado sobre cuáles sean las cuestiones idóneas para ser objeto de proceso de conflicto colectivo, señalando que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores «entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad» y 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como «un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros» o como «un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general». En este sentido se aclara que «el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores». Por otra parte, el problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto».

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2011**, IL J 1026/2011, analiza, precisamente, si la modificación de condiciones llevada a cabo por la empresa supone un conflicto colectivo según la definición anterior. La empresa había interpuesto excepción de inadecuación de procedimiento, porque el conflicto no afecta a un colectivo genérico e indiferenciado de trabajadores, apoyando la excepción en que no aplicó la deducción a 180 trabajadores y que 45 trabajadores no disfrutaban la póliza de Sanitas, subrayando, además, que las deducciones producidas y los incrementos de la retribución variable no habían sido homogéneos, entendiéndose, por consiguiente, que no estamos ante un conflicto colectivo, sino ante un conflicto individual o plural en el mejor de los casos, sin que podamos convenir, de ningún modo, con dichas alegaciones. La Sentencia de la Audiencia

Nacional concluye que no puede coincidir con dichas alegaciones, porque se ha acreditado contundentemente que la modificación, ejecutada por la empresa, ha sido una modificación colectiva, tanto que la propia empresa la tituló, en la carta individualizada que remitió a sus trabajadores, «Programa de Ajuste Salarial para la mejora de los resultados de la compañía», habiendo admitido, incluso, que la medida supuso una modificación de la estructura salarial de la empresa, como no podría ser de otro modo, puesto que hemos constatado efectivamente que redujo unilateralmente el salario bruto de la inmensa mayoría de sus trabajadores, mediante la deducción de sus complementos personales respectivos, aunque haya incrementado también en determinadas cuantías sus retribuciones variables, lo que nos permite concluir que dicha medida afecta a un colectivo genérico e indiferenciado de trabajadores, que son precisamente todos aquellos a quienes se aplicó dicha medida, siendo irrelevante, a estos efectos, que las cifras concretas fueran diferentes, porque aquí no se están reclamando cantidades individualizadas, sino que se está impugnado una decisión que tiene efectos colectivos notorios, debiendo destacarse, por otra parte, que la empresa solo ha acreditado que no ejecutó la medida a 180 trabajadores en el mes de septiembre de 2010, lo cual no limita la naturaleza colectiva del conflicto, ya que si no dedujo ningún otro mes sus complementos personales, lo que no se ha acreditado aquí, significará únicamente que estos trabajadores no tendrán el amparo de esta resolución, caso de estimarse que se produjo una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo sin seguirse el procedimiento previsto en el art. 41 ET.

Por lo demás, se ha acreditado, sin ningún género de dudas, que la empresa ha dejado de abonar a todos sus trabajadores la póliza de Sanitas y su póliza de seguro de vida y accidentes, lo que nos permite identificar claramente un colectivo genérico e indiferenciado de trabajadores, que son precisamente aquellos que se han visto privados unilateralmente de ambos derechos, siendo irrelevante, a nuestro juicio, que cuarenta y cinco trabajadores no hubieran disfrutado la póliza de Sanitas, porque se ha demostrado también que no la disfrutaron por su propia voluntad o interés, ya que la empresa se lo ofreció, al igual que a los restantes trabajadores afectados, acreditando, de este modo, una voluntad clara e inequívoca de mejorar sus condiciones de trabajo legales y convencionales.

Como es bien sabido, hasta la reforma de la negociación colectiva de 2011, las cláusulas de un Convenio Colectivo —y, por ello, también las de un pacto de finalización de huelga— pueden ser normativas u obligacionales. En las primeras se regulan las condiciones laborales de los trabajadores, es decir, los derechos y deberes de los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio. En cambio, en las cláusulas obligacionales se establecen determinados compromisos que afectan única y exclusivamente a las partes firmantes del Convenio en el que dichas cláusulas se incluyen. Es decir, por parte de los trabajadores, los firmantes son sus representantes, bien la representación unitaria o bien la representación sindical, según los casos, que son, junto al empresario u organizaciones empresariales, los sujetos exclusivamente comprometidos por dichas cláusulas obligacionales, que para nada afectan a los trabajadores destinatarios de las cláusulas normativas del Convenio en cuestión. Entre esas cláusulas obligacionales, una muy característica es la que establece el «deber de paz laboral», que por eso es mencionada en el artículo 82.2 del ET, y que puede revestir diversas formas. Pues bien, es evidente que el incumplimiento de dichas cláusulas obligacionales nunca puede dar lugar a un conflicto colectivo puesto que, a tenor del artículo 151 LPL, a través de dicho proceso especial sola-

mente se tramitarán las demandas «que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores», lo que no sucede en las cláusulas obligacionales, «y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma» estatal o colectiva, lo que tampoco es el caso de las cláusulas obligacionales, que carecen de naturaleza normativa.

La **STS de 2 de junio de 2011**, IL J 1095/2011, aplicando lo expuesto, concluye que una demanda dirigida contra un señor determinado, en su condición de Secretario General de una Federación Sindical, por haber incumplido el compromiso de retirar una querrela que previamente había interpuesto contra el Administrador único de la entidad mercantil recurrente por un presunto delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el artículo 315.1 del Código Penal, pidiendo por ello una indemnización de 300.000 euros, no es algo que afecte a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores ni que tenga relación alguna con la interpretación o aplicación de ninguna norma colectiva por mucho que dicho compromiso dimanase de la cláusula obligacional sobre «normalización de la vida laboral en la empresa» contenida en el Acuerdo de finalización de la huelga de 16 de septiembre de 2005 pero que, como precisa expresamente dicha cláusula, solamente compromete a «las partes (Comité de Huelga y Empresa)» firmantes del Acuerdo. Obsérvese que, en dicho Acuerdo, sí existen cláusulas normativas (por ejemplo, sobre horas de presencia o sobre formación y dietas o sobre uniformes) que sí afectan a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores (los que forman la plantilla de la empresa) y que pueden originar interpretaciones contrapuestas o simplemente ser incumplidas o inaplicadas por parte empresarial, lo que sí podría dar lugar a un proceso de conflicto colectivo. Pero no es ese el caso del presunto incumplimiento de una cláusula obligacional y de la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, que deberá, en su caso, ser objeto de un proceso ordinario, sin que a ello sea óbice que la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 30 de diciembre de 2008 hubiera apreciado inadecuación del procedimiento ordinario puesto que dicho pronunciamiento no constituye cosa juzgada material, a tenor del artículo 222.1 LEC que solamente atribuye tal carácter a lo decidido en sentencias firmes estimatorias o desestimatorias sobre el fondo del asunto, no a las que tengan un contenido meramente procesal.

4. HUELGA Y CIERRE PATRONAL

A) Huelga

a) *Sustitución trabajadores huelguistas*

Una vez más, y siguiendo la doctrina de nuestros Tribunales, recientemente se declara vulnerado el derecho de huelga por sustitución de trabajadores huelguistas.

En este caso se resuelve una de las huelgas que produjo la entrada en vigor del famoso RD 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Se trata de la huelga secundada por el diario ABC en la cual, ante el masivo seguimiento de los trabajadores de esta empresa, los jefes de sección, junto a los directivos y jefes de distintas áreas decide sacar adelante y editar una tirada de casi 30.000 ejemplares (las tiradas de ejemplares son normalmente de 250.000). En esta situación y obteniendo un recurso contrario al derecho de huelga por parte del Tri-

bunal Superior de Justicia de Madrid, se recurre ante el Tribunal Constitucional en amparo la vulneración del derecho fundamental a la huelga. Este tribunal mediante **STC de 28 de marzo de 2011**, IL J 674/2011, declara vulnerado el derecho y estima el recurso de amparo. Para ello, hay que destacar, de la fundamentación jurídica de la mencionada sentencia, lo siguiente.

En primer lugar, en la línea de la STC 123/1992 en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la «sustitución interna» de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo.

Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 Real Decreto-ley 17/1977, y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 Real Decreto-ley 17/1977). En estos dos supuestos, si los trabajadores designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o se resistieran a prestarlos, quedaría justificada su sustitución a tales efectos. No obstante, en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental (SSTC 11/1981, de 8 de abril). Si las cautelas frente a un entendimiento restrictivo del derecho de huelga se proyectan, incluso, sobre la ordenación de los servicios mínimos, no puede resultar incongruente que, en el ámbito que estamos examinando, la prohibición de la sustitución interna constituya el principal límite al *ius variandi* empresarial en situaciones de huelga.

Como ha declarado este Tribunal, y como se repite en la jurisprudencia ordinaria en numerosas resoluciones, la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por ello, en tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el referido derecho. Así lo declara la STC 18/2007, de 12 de febrero, si bien en el caso enjuiciado deniega el amparo por falta de prueba de la sustitución alegada del trabajador huelguista, remitiendo expresamente a la doctrina sentada en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, para afirmar el carácter lesivo de las prácticas de sustitución interna de trabajadores en huelga.

La empresa ABC tenía derecho, obviamente, a adoptar una posición en contra de la huelga general del 20 de junio de 2002, y los jefes y directivos del periódico, en virtud de su libertad de trabajo, podían decidir no secundarla, pero tales derechos no les facultaban

para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio concreto, en aquella fecha, del derecho fundamental de huelga de los recurrentes en amparo. La utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga —o, en su defecto, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse—, vulneró el art. 28.2 CE, al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva.

b) Declaración de huelga ilegal. Desestimación. No constituye una huelga novatoria

La cuestión controvertida se refiere a delimitar la legalidad o ilegalidad de la huelga que afecta a la empresa Renfe y cuya interpretación dependerá de que se considere que el Acuerdo de 29 de marzo de 2010 había cerrado la negociación y, por lo tanto, la actuación de la Comisión de Seguimiento solo alcanzaba a un desarrollo complementario de aquel Acuerdo, en cuyo caso habría que considerarla ilegal; o bien que se entienda que el proceso negociador continuaba abierto, desplazándose las facultades correspondientes de la Comisión Negociadora del Convenio a la Comisión de Seguimiento, en cuyo caso habría que entender que la huelga fue legal. Se procede al análisis de los hechos relevantes en este conflicto colectivo.

La empresa Renfe Operadora y el Comité Federal de Empresa suscribieron el 29 de marzo de 2010 el llamado «Acuerdo de Desarrollo Profesional», cuya implantación se fijaba para el día 1 de julio de 2010, conteniendo un amplio desarrollo de todos los colectivos profesionales de Renfe-Operadora, y entre ellos el «Marco Regulador de la Conducción», que regula la jornada y condiciones de trabajo de esta clase de personal y equipara esencialmente las funciones y condiciones de trabajo de los maquinistas Jefe de Tren y los Maquinistas. En el referido Acuerdo se acordó, también, la creación de una Comisión de Seguimiento, compuesta por la Dirección y los Sindicatos firmantes del Acuerdo, cuyo cometido era, además del desarrollo de interpretación del repetido acuerdo, el estudio y valoración de los casos extraordinarios y singulares que no se detallan en él, así como la regulación normativa afectada por el repetido acuerdo y susceptible de sustituirse o derogarse y también el análisis y valoración del nuevo catálogo de puestos reducidos de Mandos Intermedios y cuadro resultante tras su estudio y valoración.

El Sindicato General Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (SFF-CGT) presentó preaviso de huelga el 30 de marzo de 2010 para el colectivo de los MM.II. Maquinistas Ave Jefe de Tren, cuya finalidad era la modificación del «Marco Regulador de la Conducción».

El 13 de abril de 2010 se constituyó la Comisión de Seguimiento prevista en el Acuerdo de 29 de marzo de 2010, y en esa misma reunión y en otras posteriores celebradas el 13-5-2010, el 30-6-2010 y el 1-7-2010 se tomaron diversos acuerdos modificando el de 29 de marzo de 2010 en los términos que se especifican en los ordinales sexto y séptimo de la relación de probanza, afectando, entre otros, al colectivo de la conducción.

El 17 de mayo de 2010 Renfe Operadora presentó demanda contra la Sección Sindical del SFF-CGT y contra el Comité de huelga con la pretensión de que la referida huelga

fuese declarada ilegal. Esta demanda fue desestimada por la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 82/10, de 13 de septiembre de 2010, que ahora es objeto de este recurso de casación, con el argumento de que el propósito de los huelguistas no fue alterar lo pactado en un convenio colectivo dentro de su periodo de vigencia, sino el de atacar actuaciones complementarias a un convenio colectivo, ya que el Acuerdo de 29 de marzo de 2010 no cerró definitivamente el encargo recibido del Convenio y se siguió negociando en la Comisión de Seguimiento.

Con fecha 24 de mayo de 2010, el Sindicato SFF-CGT presentó demanda contra Renfe Operadora con la pretensión de que se declarase la vulneración de los derechos de huelga y de libertad sindical, con la condena a la indemnización que señala, basándose en que la empresa demandada modificó los gráficos establecidos previamente a la convocatoria de la huelga, obligando a los trabajadores que ostentan la categoría profesional de Maquinistas, a realizar funciones de conducción de los trenes de alta velocidad, que se conducían habitualmente por los Jefes de Tren. Dicha demanda fue desestimada por la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 68/10, de 30 de junio de 2010, con el argumento de que no podía existir la citada vulneración del derecho de huelga cuando se trataba de una huelga manifiestamente ilegal, dado que su objetivo era la alteración, dentro del período de vigencia, del «Acuerdo de Desarrollo Profesional», siendo irrelevante, en orden a la vigencia del Acuerdo, que se produce desde su firma, que la fecha de implantación estuviese señalada para el 1 de julio de 2010.

La **STS de 6 de junio de 2011**, IL J 1096/2011, rechaza la tesis de la empresa que podría mantenerse si atendemos únicamente al texto literal del Acuerdo de Desarrollo Profesional de 29 de marzo de 2010 que crea la Comisión de Seguimiento, y que únicamente la autoriza para el desarrollo e interpretación del mismo y para valorar casos extraordinarios y singulares que no se detallan en el Acuerdo. Pero frente a esta tesis, a juicio del Tribunal Supremo, debe prevalecer la contraria del sindicato SFF-CGT puesto que la sentencia recurrida se aparta de las afirmaciones hechas a este respecto en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 68/10, de 30 de junio de 2010, y en la aquí recurrida señala, con valor de hecho probado, que la posición anterior de la Sala «ha sido desbordada radicalmente por lo alegado y probado en el presente procedimiento, puesto que se ha demostrado contundentemente que el Acuerdo de 29-03-2010 no concluyó la negociación de los Acuerdos de Desarrollo Profesional en dicha fecha... ya que se ha demostrado, sin ningún género de dudas, que la negociación del Acuerdo se desplazó desde la Comisión Negociadora del Convenio a la Comisión de Seguimiento, como luce claramente de la simple lectura de los hechos probados sexto y octavo, que permiten concluir claramente que en dicha Comisión se modificaron los contenidos normativos del Acuerdo de 29-03-2010, desbordando, de este modo, las competencias conferidas por el propio Acuerdo».

Esta interpretación concuerda con la propia actuación del sindicato SFF-CGT puesto que la huelga se hace para lograr otra interpretación en el desarrollo de lo acordado en el Acuerdo 23 de marzo de 2010, es decir, porque se tiene la conciencia de que se va a seguir negociando en la Comisión de Seguimiento. Por el contrario, resulta incoherente la postura empresarial que, por una parte sostiene que se trata de un Acuerdo cerrado, sobre el que ya solamente cabe la interpretación y desarrollo por parte de la Comisión de Seguimiento, mientras que, por otro, como parte integrante de la Comisión de Seguimiento suscribe la

modificación de contenidos normativos del indicado Acuerdo de 29 de marzo de 2010 al que ya hemos hecho referencia.

c) *Prevalencia del Derecho de Huelga sobre el de libertad de expresión*

En ocasiones, las empresas con la finalidad de atenuar las consecuencias negativas que lleva aparejada la huelga, optan por enviar cartas o comunicados a los trabajadores con calificaciones de parte relativas a la huelga convocada, advertencias e incluso amenazas. El problema es hasta qué punto dichas cartas o comunicaciones entran en el derecho de libertad de expresión o, por el contrario, entorpecen la huelga de los trabajadores y, por este motivo, suponen una vulneración del derecho de huelga.

El caso analizado por la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011**, IL J 1021/2011, se refiere a un comunicado de la empresa por correo electrónico a todos los trabajadores, en el que literalmente se expresaba: *«Las consecuencias de un día de huelga van a ser gravísimas. Es seguro que supondría la cancelación de algún contrato y el correspondiente despido de las personas involucradas. Asumir el calendario de huelgas tendría como efecto inmediato la cancelación de contratos de servicios por parte de algunos de nuestros clientes. Cuando esto se produzca y, creedme, se producirá seguro, tendríamos que despedir a todas las personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes. Esto es un hecho seguro, cierto e innegociable».*

La Audiencia Nacional concluye que de estos párrafos y de todo el contexto del documento se aprecia —como dice con acierto la sección sindical de CC.OO.— que se trata de amedrentar a los trabajadores con «situaciones apocalípticas» si se ejerce un derecho fundamental, como lo es el Derecho de huelga. En efecto, es evidente que el comunicado de la empresa, en horas previas a la huelga, tiene un carácter marcadamente coercitivo y conminatorio, anunciando males que obviamente son susceptibles de llevar a algunos de los trabajadores al convencimiento de que va a suceder un perjuicio y un daño irreparable, lo que constituye una presión sobre los eventuales huelguistas al presagiar consecuencias desfavorables para quienes ejercieran su derecho.

No puede entenderse, como sostiene la empresa, que el comunicado se halle dentro del ejercicio legítimo de la empresa de expresar su opinión ante el conflicto, no pudiendo admitirse tampoco que la comunicación empresarial sea una respuesta legítima y proporcionada a los comunicados sobre la huelga, remitida por los huelguistas a los clientes de la empresa, porque los huelguistas tienen derecho a hacer publicidad de la huelga de forma pacífica, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. No cabe duda de que la comunicación se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, sin que pueda ampararse en el art. 20.1 de la CE que ciertamente reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, ya que —como dijo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre— el derecho de huelga goza, además, de una singular preeminencia por su más intensa protección. La preeminencia de este derecho, produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa otros

derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial.

Por último, añade la Audiencia Nacional que no puede olvidarse, además, que en este tipo de procesos rige la regla que se contiene en el art. 179.2 de la LPL (ahora Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), que «en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad», y, en este caso, la empresa no ha probado que las manifestaciones vertidas en el comunicado tengan justificación alguna.

B) Cierre patronal

Cada vez son más frecuentes las sentencias que recogen resoluciones sobre cierre patronal. Tal es el caso de la **STSJ de Asturias de 11 de febrero de 2011, IL J 819/2011**, en la que se valora la licitud e ilicitud del cierre patronal de la empresa ACCERLOR MITTAL ESPAÑA S.A. ante la huelga que deciden llevar a cabo los sindicatos CC.OO. y CST. El juzgado de lo social ha declarado el cierre patronal ilícito, con lo que la empresa recurre en suplicación. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestima el recurso. La empresa alega varios motivos para interponer recurso, entre ellos, inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa, falta de acción para reclamar, por un lado, y, por otro, alega que el cierre patronal fue lícito. El tribunal trae a colación los hechos probados en la sentencia del juzgado de lo social para venir a decir que no se puede probar que la huelga convocada produjera daños en el horno puesto que el horno ya se encontraba dañado con carácter previo. Por tanto, el tribunal superior de justicia hace constar que no se trata de una huelga abusiva o ilegal, que no hay constancia de que la temperatura del horno bajara y produjese daños en la maquinaria, en definitiva, no hay daños superiores al que toda huelga comporta y que cabe reputar razonable, justificando los pretendidos daños mayores que con el cierre se debían evitar.

Además, hay que tener en cuenta que en esta sentencia, los sindicatos, por su parte, entienden que se han infringido por la sentencia de instancia el art. 180 LPL y el art. 15 LOLS cuando se desestima la pretensión reparadora del daño causado a los sindicatos. El Tribunal determina la justificación de los sindicatos para tener derecho a la indemnización y se la concede. Para ello, es interesante el argumento que utiliza y la aplicación de la reciente doctrina del TS sobre la mencionada cuestión.

La STS de 12 de mayo de 2010 viene a establecer que la interpretación adecuada del art. 180 de la LPL en cuanto reconoce en estos casos «la indemnización que procediera», es la mantenida por esta Sala en doctrina unificada reiterada a partir de la sentencia de la Sala de 22 de julio de 1996, en la que, modificando de forma expresa doctrina anterior expresada, sentó el criterio de que «no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización... (sino que)... para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de

la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase». En consecuencia, la conducta vulneradora del derecho fundamental, la indemnización se encuentra plenamente justificada, al aportar los recurrentes indicios o puntos de apoyo suficientes en los que asentar la condena indemnizatoria atendiendo a los mismos y a la gravedad de la lesión.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (COORDINADORA)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

SUMARIO

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.
 2. CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO COLECTIVO.
 - A) **Cuestiones generales.**
 - B) **Límites.**
 3. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.
 4. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.
 - A) **Por las comisiones paritarias.**
 - B) **Por los Tribunales laborales.**
-

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 5 a 8, ambos incluidos, de la *Revista de Información Laboral*, 2011, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnovaonline*, donde puede consultarse su texto íntegro.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

De las asociaciones empresariales. Además de carecer de legitimación plena cuando en el ámbito del convenio colectivo no cuente con empresas representadas que den ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados (art. 88.1, párrafo segundo, ET, versión anterior a su reforma), también carece de legitimación inicial y, por lo tanto, del derecho a formar parte de aquella comisión la asociación empresarial que tampoco cuente con el diez por ciento de las empresas afiliadas, aunque tales empresas den ocupación a más del diez por ciento de trabajadores afectados. El criterio judicial que presume la legitimación de la asociación por aparecer como suscriptora del convenio colectivo y haber superado éste el control de legalidad a cargo de la autoridad laboral cede cuando media prueba en contrario de la falta de representatividad. Mediando esa prueba en el caso de autos, el convenio suscrito por la referida asociación, cuyas 82 empresas afiliadas en el ámbito del convenio distan mucho de alcanzar el diez por ciento y, además, sólo dan ocupación a 3.882 trabajadores

de los 11.302 existentes, es nulo como convenio estatutario. Así, **STS de 14 de marzo de 2011** (IL J 720/2011, recurso 189/2009):

«Como concluye con acierto la sentencia recurrida, con apoyo en los acreditados datos numéricos sobre las empresas integradas en la asociación patronal demandada y los trabajadores a los que ocupan (...), la única asociación patronal que negoció y terminó suscribiendo el convenio impugnado, por sí sola, no alcanzaba, ni antes ni después de constituirse la mesa negociadora, el grado de representación necesario (...).

Como hemos recordado recientemente en varios asuntos en los que se impugnaban, también por extraestatutarios, otros convenios colectivos del mismo sector pero de diferente ámbito territorial (TS 11-11-2009 y 1-3-2010, recursos 38/2008 y 27/2009), es verdad que «esta Sala se ha hecho eco en ocasiones de la dificultad de probar el nivel de representatividad de las asociaciones empresariales y que ello ha llevado a presumir que tienen representatividad aquellas asociaciones patronales a quienes sus interlocutores sociales se la reconocen, con lo que se invierte la carga de la prueba y se obliga a probar la falta de representatividad a quien la alega. También (...) es [cierto] que en otras ocasiones se ha estimado que, cuando el convenio supera el control de legalidad al que le somete la Administración, tiene una presunción de validez que obliga a probar a quien lo impugna la falta de representatividad de quienes lo negociaron. Pero esas presunciones [...], con independencia del mayor o menor alcance que pueda darse a nuestra doctrina, no son de aplicar en el presente caso porque, como son *iuris tantum*, admiten prueba en sentido contrario, prueba que en el presente caso se ha logrado cumplidamente, razón por la que ambas presunciones han quedado desvirtuadas».

Y, en efecto, también es esto lo que aquí ha acontecido porque la presunción quedó clara y razonablemente desvirtuada mediante la prueba practicada, prueba que permitió a la Sala de instancia, según ya hemos explicado con reiteración, alcanzar el pleno convencimiento de que la entidad patronal recurrente no ostentaba la necesaria representación del sector, tanto en lo referente al número de empresas asociadas como al de trabajadores empleados en ellas».

Un caso de aplicación del citado criterio que admite, por falta de prueba en contrario, la legitimación de la asociación empresarial por aparecer como suscriptora del convenio colectivo y haber superado éste el control de legalidad a cargo de la autoridad laboral, en **SAN de 13 de mayo de 2011** (IL J 931/2011, procedimiento 247/2010):

«Se ha acreditado, en el supuesto debatido, que las asociaciones patronales y sindicatos partícipes en la constitución de la mesa negociadora del convenio impugnado, se reconocieron mutuamente las legitimaciones exigidas por los arts. 87 y 88 ET, en el momento de constituirse dicha mesa, que es el momento adecuado para acreditarlas, conforme a la jurisprudencia reproducida más arriba, habiéndose probado, asimismo, que las tres asociaciones patronales demandantes y UGT se dirigieron a la Dirección General de Trabajo, para reclamar que no se inscribiera, ni se publicara el convenio impugnado, constatándose finalmente que la Autoridad laboral rechazó las cuatro impugnaciones, activándose, de este modo, la presunción de concurrencia de las legitimidades controvertidas, tratándose, en cualquier caso, de una presunción *iuris tantum*, que puede destruirse por quien impugna el convenio.

La carga probatoria para destruir la presunción exige acreditar, a quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación, tanto de su propia condición representativa como de la falta de representatividad de quienes participan o han participado en la negociación colectiva impugnada. Y en apoyo de tal doctrina se argumenta el reconocimiento mutuo de los interlocutores en el momento inicial de la elaboración del convenio, trámite indicativo de que en la mesa de negociaciones se ha apreciado por unos y otros sin necesidad de demostración expresa, por ser notoria o al menos sobradamente conocida, la superación de la representatividad mínima exigida en la ley, como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 29-11-2010.

Dicha carga probatoria obligaba a los demandantes, como no podría ser de otro modo, a demostrar cuál era el número de empresas y trabajadores que prestaban servicios en el ámbito funcional del convenio el 4-07-2006, que fue el momento en el que se constituyó la mesa negociadora, demostrando, a continuación, que las asociaciones patronales firmantes no tenían ni la legitimación inicial, ni tampoco la legitimación plena en ese momento, sin que podamos validar, de ningún modo, los datos de la hoja estadística (...), al igual que las manifestaciones de CCOO en una circular sindical (...), donde se dijo que el convenio afectaba a 60.000 trabajadores, porque son cifras absolutamente artificiosas y propagandísticas, a tal punto que los propios demandantes las minimizaron absolutamente, proponiendo cada uno de ellos cifras alternativas, siendo decisivo finalmente que la Autoridad laboral no las hubiera considerado en absoluto en las resoluciones de 5-05-2010».

2. CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cuestiones generales

Interpretación de las cláusulas convencionales que remiten la determinación anual del incremento salarial pactado al IPC previsto por el Gobierno para cada uno de los sucesivos años de vigencia del convenio o que toman dicho IPC como dato de necesaria consideración a la hora de proceder a la referida determinación. La falta de una declaración formal sobre cuál es la previsión del Gobierno sobre dicho IPC no impide equipararlo al que se viene deduciendo de las Leyes de presupuestos generales del Estado en relación con la revalorización de las pensiones públicas, que «evidencia con certeza la posición gubernamental al respecto». Así en casación para la unificación de doctrina, **STS de 1 de febrero de 2011** (IL J 752/2011, recurso de casación para la unificación de doctrina 1871/2010), con profusa cita y transcripción de los razonamientos de las resoluciones de la misma Sala y Tribunal que siguen el indicado criterio.

Un supuesto análogo, con aplicación de igual doctrina, en **STS de 15 de abril de 2011** (IL J 906/2011, recurso 170/2010):

«El recurso de casación de la federación empresarial demandada se articula en un único motivo argumentando, en síntesis, “que la falta de determinación de la previsión de la infracción para el año 2009 por parte del Gobierno [el Gobierno no realizó previsión específica especial sobre el IPC], que es el requisito operativo que demanda el art. 4 del convenio colectivo autonómico, no autoriza a introducir en sede judicial elemento distinto, ya que es a las partes firmantes del convenio colectivo a quien corresponde, en ausencia de tal previsión, la eventual aplicación de sistema alternativo, si es que se quiere evitar la inoperancia

de tal particular extremo pactado, en atención del aseguramiento del libre ejercicio de la autonomía colectiva (...).”

Obviando la defectuosa formulación del recurso, (...) tal censura no puede prosperar, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala.

En efecto, nuestra sentencia de 25 de febrero de 2010 (recurso de casación 108/09), resume la ya establecida en las anteriores de 26 de enero de 2010 (recurso 96/09 y de 18 de febrero de 2010 (recurso 87/09), en los siguientes términos literales: “Es cierto que en la actualidad el Gobierno ya no realiza declaraciones oficiales, en el sentido de formales y expresas, sobre su previsión de incremento anual del IPC, pues la última se produjo en la Ley 23/2001, de 27 diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2002.

Pero la ausencia de esa previsión formal por parte del Gobierno no puede conducir a la inaplicación del pacto de revisión salarial concertado por los negociadores del convenio, que deberá producir sus efectos siempre que se acredite la existencia de una previsión real, acreditada mediante medios fiables que la evidencien inequívocamente. Y esa previsión ha quedado acreditada en la propia Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2009, que si bien no contiene ya la antigua declaración formal, sí evidencia, con certeza, la previsión del Gobierno respecto del IPC para ese año.

En efecto, su art. 44, que trata de la revalorización de las pensiones públicas en el 2009, prevé, tanto para las pensiones de clases pasivas del Estado como para las contributivas del sistema de seguridad social, “*un incremento del 2 por ciento*”, de conformidad con lo previsto en los arts. 27 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril) y 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

Y ello equivale al reconocimiento implícito de la existencia de una previsión real del Gobierno sobre el incremento del IPC, ya que ambos artículos obligan a revalorizar las pensiones “en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año”».

Otro supuesto análogo, solucionado de forma igual, en **SAN de 6 de mayo de 2011** (IL J 928/2011, procedimiento 70/2011):

«Acreditado que las pensiones contributivas mínimas de la seguridad social se revalorizaron un 1% en el año 2011, debe despejarse si dicha revalorización equivale al IPC previsto para dicho año, como defendieron los demandantes o, por el contrario, no es así, debiendo optarse necesariamente por la primera proposición.

La respuesta debe ser necesariamente positiva, puesto que la simple lectura del art. 48.1.1 del TRLGSS permite concluir que en el mismo se contemplan genéricamente las pensiones de la seguridad social en su modalidad contributiva y específicamente el importe de la pensión mínima, estableciéndose un único sistema de revalorización tanto para las pensiones de la seguridad social, cuanto para el importe de la pensión mínima, según el cual dichas pensiones deberán revalorizarse al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para cada año, habiéndose entendido por la jurisprudencia citada más arriba que la revalorización de las pensiones públicas equivalía al IPC previsto por el Gobierno.

Por consiguiente, si las pensiones mínimas, al igual que el resto de las pensiones de la seguridad social en su modalidad contributiva, deben revalorizarse conforme al IPC previsto para cada año, de conformidad con lo dispuesto en el art. 48.1.1 del TRLGSS, podemos

concluir razonablemente que las revalorizaciones de ambas se corresponden con el IPC previsto.

Es cierto y no escapa a la Sala, que el artículo antes dicho ha sido suspendido para el año 2011, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del RDL 8/2010, de 20 de mayo, asumiéndose dicha suspensión por el art. 41.1 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, así como por el RD 1794/2010, de 30 de diciembre, pero no es menos cierto que dichos preceptos excepcionan expresamente a las pensiones mínimas, cuya revalorización deberá ajustarse a las previsiones del art. 48.1.1 del TRLGSS, revalorizándose, por tanto, conforme al IPC previsto, tal y como se ha reiterado en la jurisprudencia citada más arriba.

Se impone, por tanto, la estimación de la demanda, ya que las partes pactaron expresamente que el salario de 2011 se incrementaría conforme al IPC previsto por el Gobierno para dicha anualidad, que debe asimilarse, por las razones expuestas, con la revalorización de las pensiones mínimas para dicha anualidad, porque así lo dispone el art. 48.1.1 del TRLGSS, que está en plena vigencia para dichas pensiones, incrementándose las tablas salariales convencionales consolidadas a 31-12-2010 con un 1%, del que debe excluirse necesariamente a los pluses de libre disposición y titularidad, porque así se convino en el art. 41 *in fine* del convenio aplicable».

De no prever el convenio colectivo una regularización salarial a la baja cuando el incremento satisfecho tomando como referencia el IPC previsto resulte superior al IPC real, la empresa no puede proceder a efectuar descuento alguno. No sirve para justificar la expresada regularización salarial la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual no resulta aplicable cuando se está ante obligaciones contenidas en una norma jurídica, como es el convenio colectivo estatutario. Revalida la aplicación de tal criterio, en casación ordinaria, la **STS de 1 de marzo de 2011** (IL J 879/2011, recurso 109/2010):

«Con carácter previo han de situarse los términos del debate, que se concretan en la interpretación del art. 45 del convenio colectivo de “Panrico, S.L.U.” [Cataluña], y más en concreto respecto de la que deba hacerse sobre los incrementos retributivos correspondientes a los años 2008 y 2009. El texto de la norma pactada a interpretar es el que sigue:

“Incremento y revisión salarial.

Los incrementos sobre tablas salariales y demás conceptos económicos del presente convenio para cada uno de los años de vigencia del mismo serán como sigue:

Año 2007: 2,2%.

Año 2008: IPC estatal previsto.

Año 2009: IPC estatal previsto.

Año 2010: IPC estatal previsto.

Para los años 2008, 2009 y 2010, una vez finalizado el año, en el supuesto de que el IPC real del Estado superase el inicialmente previsto, se procederá a la revisión de todos los conceptos económicos del convenio en igual cuantía que el exceso que en su caso resulte con efectos retroactivos de uno de enero de cada año (...). Para cada año de vigencia del presente convenio, se establece un incremento adicional equivalente al 0,5% de la masa salarial del año anterior (...) [que] se abonará en la paga de septiembre (...).”

La práctica seguida por la empresa y cuestionada en este proceso de conflicto colectivo ha sido el siguiente: a) durante el año 2008 aplicó el incremento del 2%, en tanto que previsto como aumento anual del IPC; b) al tener conocimiento de que el IPC real para tal año había sido del 1,4%, procedió a revisar a la baja los salarios por el 0,6%, con efectos retroactivos de 01/01/08; y c) en 2009 no ha aplicado incremento alguno sobre la base salarial, y el incremento adicional del 0,5% se ha efectuado sobre los salarios resultantes de la revisión a la baja.

(...)

Sobre la cuestión de fondo hemos de señalar que la cuestión suscitada en las presentes actuaciones ya ha sido decidida por esta Sala en multitud de resoluciones [SSTS de 26/01/10 —recurso 96/09—, 27/09/10 —recurso 191/09—, 20/10/10 —recurso 214/09—, 20/10/10 —recurso 425/10— y 22/11/10 —recurso 303/10—], precisamente en el mismo sentido con que la ha resuelto el TSJ de Cataluña, y que a tal doctrina hemos de atenernos, tanto por el respeto a la deseable seguridad jurídica como porque las argumentaciones del recurso —algunas ciertamente sugerentes— no desvirtúan la validez de la conclusión obtenida previamente por la Sala, cuyos criterios (...) pueden resumirse en los siguientes términos:

- a) Pactado como incremento salarial el IPC previsto, la ausencia de una declaración oficial expresa al efecto no impide que se acredite “una previsión real”, cual es la que deriva de que el art. 48 LGSS disponga revalorizar las pensiones al comienzo de cada año en función del IPC y el art. 44.1 de la Ley 2/2008 [presupuestos del Estado para 2009] establezca una actualización cuyo porcentaje ha de entenderse corresponde con el IPC previsto oficialmente.
- b) “Es cierto que en la actualidad el Gobierno ya no realiza declaraciones oficiales, en el sentido de formales y expresas, sobre su previsión de incremento anual del referido IPC, pues la última se produjo en la Ley 23/2001, de 27 diciembre de presupuestos generales del Estado para el año 2.002 (...). Pero (...) la ausencia de esa previsión formal por parte del Gobierno (...) no puede conducir a la inaplicación del pacto de revisión salarial concertado por los negociadores del convenio, que deberá producir sus efectos siempre que se acredite la existencia de una previsión real, acreditada mediante medios fiables que la evidencien inequívocamente” (literalmente, la STS 18/02/10 —recurso 87/09—).
- c) Para que “se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión. En el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, habría exigido que así se estableciera de manera expresa” (STS 22/11/10 —recurso 228/09—. Y en parecidos términos las de 18/02/10 —recurso 87/09— y 27/10/10 —recurso 51/10—).
- d) La argumentación de la sobrevenida onerosidad de la prestación salarial, tampoco puede justificar la consecuencia que se pretende [revisión a la baja], pues la cláusula *rebus sic stantibus* únicamente sería aplicable “—y restrictivamente, además— cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en convenio colectivo, pues tal institución es impredecible de

las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa *ex art. 37 CE* [‘cuerpo de contrato y alma de Ley’, se ha dicho]; e incluso —tratándose de condición individual de trabajo— la citada cláusula habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (...). Aparte de que tampoco concurrirían los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo para la concurrencia de la figura, de a) alteración extraordinaria de las circunstancias, b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado, y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles [SSTS —Sala IV— 11/03/98 —recurso 2616/97—, 16/04/99 —recurso 2865/98—, 26/04/07 —recurso 84/06— y 14/10/08 —recurso 129/07—]. Requisitos que no concurren en el presente caso, pues ni era imprevisible el fenómeno de recesión económica [muchas voces autorizadas lo pronosticaban], ni el desfase en el incremento del coste salarial (...) [en el caso 0,6%] puede calificarse de exorbitante, inasumible y decisivamente aniquilador del equilibrio del convenio” (STS 05/04/10 —recurso 119/09—. Y en el mismo sentido, las de 20/09/10 —recurso 190/09— y 20/10/10 —recurso 214/09—)».

Un supuesto análogo, con aplicación de igual criterio, en **STS de 24 de marzo de 2011** (IL J 885/2011, recurso 73/2010):

«Dicho de otra manera, si antes las partes venían pactando una revisión de las tablas salariales que operaba sobre el IPC tanto al alza como a la baja, actualmente, en el convenio vigente, y por las razones que fueran —posiblemente, por carecer de sentido, dado que tradicionalmente el IPC siempre subía y la revisión siempre era al alza— las partes no han estimado oportuno establecer una revisión del salario pactado “al alza o a la baja”, sino un incremento del salario en la forma expuesta. Si ésta ha sido la intención de los contratantes —artículo 1281 del Código Civil— la empresa no podía, como hizo, llevar a cabo una revisión a la baja como la efectuada y ya descrita, de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala respecto a esta cuestión. En efecto, esta Sala ha tenido ocasión de contemplar e interpretar convenios colectivos con preceptos de redacción semejante al aquí contemplado y ha llegado siempre a la conclusión de que no podía llegarse a una conclusión contraria a la antedicha y así lo ha dicho en sentencias de 18-2-2010 (recurso 87/09) —Sogecable—, 25-2-2010 (recurso 108/09) —Gestevisión Telecinco—, 24-3-2010 (recurso 82/09) —Avanzit Telecom—, 5-4-2010 (recurso 119/09) —Bimbo Comercial—, 18-5-2010 (recurso 172/09) —UTE Legio VII—, 8-7-2010 (recurso 125/09) —Bimbo SAU—, 14-7-2010 (recurso 247/09) —Transportes en Asturias—, 22-11-2010 (recurso 228/09) —Construcciones Navales S.A.— y 9-12-2010 (recurso 36/2010) —Roca Baxi y Roca Calefacción S.L.U.— en las que se ha señalado de forma reiterada y así se recoge expresamente en la última de las sentencias citadas —por cierto con redactado muy similar al aquí controvertido— reiterando la anterior, que, dada la tradición jurídica en esta materia, para que se pudiera aceptar una revisión a la baja habría de haberse pactado expresamente de acuerdo con la siguiente apreciación de que “*en el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, habría exigido que así se estableciera de manera expresa*”».

B) Límites

En relación con la concreción horaria del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares concedido por el art. 37.5 del ET. No se ajusta a lo permitido por este precepto la cláusula del convenio colectivo que aborda aquella concreción horaria y, en concreto, la elección de turno de trabajo, en términos que, en lugar de ponderar los intereses en juego del trabajador y de la empresa, suponen una limitación del ejercicio del derecho a la reducción de jornada en el sentido de que: «a) (...) solo contempla la elección del turno de trabajo de trabajadores con hijos menores de cuatro años, siendo así que el precepto legal extiende el derecho a reducir la jornada siempre que el hijo tenga menos de ocho años». b) Limita tal derecho [a la elección de turno] a quienes tengan hijos menores de cuatro años, mientras el precepto estatutario contempla a quien por razón de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años —sea o no hijo del trabajador—, a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial y a quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar que reúna las condiciones que señala el precepto. c) Únicamente permite el ejercicio de este derecho si la reducción de jornada es, al menos, de 1/5, en tanto en el precepto legal está prevista la reducción de jornada a partir de 1/8. d) Se exige que el centro de trabajo en el que se encuentra el trabajador tenga una plantilla media de más de 75 trabajadores, disponiendo la empresa solo de cinco centros de trabajo que cuenten con esta plantilla (...). e) Por último, requiere que el número de personas que ostentan ese derecho no supere el 3 por ciento de los trabajadores de la plantilla total del centro».

Las expresadas limitaciones conducen a la nulidad de la cláusula en cuestión (**STS de 21 de marzo de 2011**; IL J 705/2011, recurso 54/2010).

3. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En la sucesión de empresa. Afronta la **STS de 12 de abril de 2011** (IL J 697/2010, recurso 132/2010) la cuestión de si el convenio que rige en la empresa o unidad transmitida y que se encuentra denunciado y vencido, en situación de ultraactividad, sigue siendo de aplicación a los trabajadores procedentes de aquella, a los que no cabrá pretender someter todavía, por ese mero hecho, al convenio en el que figure incluida la empresa adquirente. A este respecto, la Sala recuerda el criterio aplicado en su sentencia de 22 de marzo de 2002 (recurso 1170/2001), en un supuesto donde era recurrente la misma empresa. Mantuvo entonces y sigue manteniendo ahora que «el convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa». La observancia del anterior criterio conduce a la Sala a formular «las siguientes conclusiones: 1.^a) La empresa adquirente (...) está obligada a respetar para los trabajadores subrogados provenientes de las otras tres empresas del grupo absorbidas, el convenio colectivo que regía las relaciones de trabajo en cada una de ellas y se encontraba en fase de ultraactividad en la fecha de la transmisión. 2.^a) Esa obligación debe subsistir, salvo pacto en contrario establecido tras la transmisión mediante acuerdo de empresa alcanzado entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores, hasta que, después de producida la subrogación, entre en vigor (...) un nuevo convenio» aplicable a dicha empresa.

Esa misma posible aplicación a los trabajadores afectados por la transmisión del convenio colectivo de la empresa cedente que se encuentre en situación de ultraactividad también es destacada por la **STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2011** (IL J 1129/2011, recurso 7237/2010); sin embargo, la Sala la rechaza finalmente en el caso de autos, por haber quedado acreditada la entrada en vigor, tras aquella transmisión, de un nuevo convenio colectivo aplicable a la entidad económica transmitida:

«Entiende la recurrente que en el caso de autos concurren acumulativamente las dos circunstancias que, de forma alternativa, se contemplan en el 2.º párrafo del apartado 4 del art. 44 del ET, es decir:

— Haberse alcanzado en 31.12.08 la “fecha de expiración” del convenio colectivo de origen (Convenio Nestlé, Fábrica de Viladecans, para el bienio 2007-2008).

— La entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resultaba aplicable a la entidad económica transmitida, a saber el convenio colectivo estatal de Industrias Lácteas.

La impugnante, sostiene que no se denunció el convenio Nestlé, Fábrica de Viladecans, para el bienio 2007-2008 y que, por tanto, continúa en ultraactividad. Por otro lado, entiende que el convenio de sector no es un nuevo convenio de aplicación a la unidad económica transmitida.

El primero de los argumentos de la recurrente no puede prosperar, por lo ya resuelto en el correlativo anterior. Por tanto, en el sentido establecido en el art. 44.4 ET, no se ha producido la extinción del convenio colectivo de origen, que permanece ultraactivo a fecha después del período pactado para su vigencia [...].

El segundo argumento de la recurrente: La entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resultaba aplicable a la entidad económica transmitida, a saber el convenio colectivo estatal de Industrias Lácteas, requiere un examen más detenido.

Para empezar, hay que tener en cuenta que LACTALIS VILADECANS aplica a los trabajadores de la unidad económica transmitida el convenio colectivo de origen (convenio Nestlé, Fábrica de Viladecans, para el bienio 2007-2008) hasta 31 de diciembre de 2008, mientras que a los trabajadores ingresados con posterioridad a la sucesión (01/01/08) se les aplica el convenio colectivo estatal de sector de industrias lácteas y derivados en su versión vigente desde 1 de diciembre de 2004 a 31 de diciembre de 2007, ultraactivo hasta 11 de noviembre de 2008, fecha en que se suscribe el nuevo convenio colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados.

Como hemos visto, la expiración del convenio colectivo de origen no se ha producido el 31 de diciembre de 2008, pues el mismo se halla en ultraactividad. Por tanto, conforme al art. 44.4 ET su aplicación se ha de mantener hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida, una vez producida la sucesión de empresa.

En este sentido, el convenio colectivo estatal de sector de industrias lácteas y derivados se suscribe en fecha 11 de noviembre de 2008, se publica en fecha 22 de enero de 2009 y su vigencia abarca desde 1 de enero de 2008 hasta 31 de diciembre de 2012 [...].

La cuestión es: ¿Es este convenio colectivo del sector de industrias lácteas y derivados un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a los trabajadores de la unidad económica transmitida el 1 de enero de 2008 en el sentido del art. 44.4 ET o del art. 3.3 de la Directiva 2001/23?

Cuando la Directiva 2001/23 habla de “aplicación de otro convenio colectivo”, no se refiere al que ya estaba vigente *ex ante* la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva, integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza si cabe, a la vista del contenido del número 4 del art. 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001 de 9 de julio que alude ya expresamente al “nuevo” convenio colectivo que resulte aplicable tras la transmisión (STS de 30 septiembre 2003).

Pues bien, dado que el convenio colectivo estatal del sector de industrias lácteas y derivados se suscribe, se publica y entra en vigor después de 1 de enero de 2008 (fecha de la subrogación) y resulta de aplicación a LACTALIS VILADECANS, como consecuencia de su ámbito funcional, nos hallamos ante un convenio colectivo nuevo en el sentido del art. 44.4 ET, por lo que el presente motivo debe prosperar.

Es evidente, como afirma el TS en sentencia de octubre de 2003, que este convenio colectivo para que sea “nuevo” no puede ser el que ya viniera aplicándose a la empresa cesionaria en el momento de la subrogación (convenio colectivo estatal de sector de industrias lácteas y derivados en su versión vigente desde 1 de diciembre de 2004 a 31 de diciembre de 2007, ultraactivo hasta 11 de noviembre de 2008) pero sí el nuevo convenio colectivo estatal de sector de industrias lácteas y derivados que se firma y entra en vigor tras la fecha de subrogación, el 11 de noviembre de 2008».

4. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Distinción entre facultades de administración y negociadoras. Tal distinción es relevante a efectos de determinar si resulta contrario a la libertad sindical el 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 23 de mayo de 2011** (IL J 933/2011; procedimiento 79/2011), con profusa cita de sentencias del TC y del TS:

«El fondo del tema se centra en determinar si lo pactado en el art. 8 del convenio colectivo se ajusta o no a la legalidad vigente, al disponer tal norma que los miembros de la comisión de vigilancia han de ser designados por el comité intercentros entre los pertenecientes a la comisión deliberadora de tal convenio.

Para la resolución del litigio ha de partirse de un dato fáctico evidente, como es el hecho de que el sindicato USO aunque formó parte de la mesa negociadora del convenio (...) no consideró oportuno firmarlo. La jurisprudencia ha abordado reiteradamente el tema de si se puede excluir o no a un sindicato no firmante de un convenio de las comisiones creadas para la interpretación del convenio que no tienen funciones negociadoras. Así la sentencia de la Sala IV del TS de 28-12-2006 declara lo siguiente: Conforme reiterada doctrina pacífica de la Sala, debe distinguirse entre comisiones “negociadoras”; y comisiones “aplicadoras”; las

primeras se constituyen para “la modificación o creación de reglas nuevas”; las segundas tienen por objeto “la interpretación o aplicación de algunas cláusulas del convenio colectivo o la adaptación de algunas de ellas a las peculiares circunstancias de un caso concreto”. Igualmente se afirma en esta sentencia que no afecta a tal calificación los términos que se empleen, como el de “negociar”; para [designar] estas comisiones aplicadoras, pues lo importante y trascendente es que la competencia o función de la comisión aplicadora o interpretadora no alcance a la creación o modificación de normas nuevas (...).

En el sentido antes indicado debe recordarse, también, la doctrina mantenida de forma reiterada por el Tribunal Constitucional [s. 73/1984 (RTC 1984/73), 9/1986 (RTC 1986/9), 39/1986 (RTC 1986/39), 184/199 (RTC 199/1984) y 213/1991 (RTC 1991/213)] y por esta Sala [entre otras en sentencias de 28-1-2000 (rec. 1760/1999), 11-7-2000 (rec. 3314/1999), 24-5-2001 (rec. 3816/2000) y 8-4-2002 (rec. 1201/2001)], cuya doctrina resume la más reciente de esta Sala de 22-1-2004 (*sic*) (rec. 18/2003), seguida, a su vez, por la de 26 de diciembre de 2006 [...].

Es evidente que en el presente caso no se trata de una comisión negociadora, extremo en el que ni siquiera ha insistido la parte actora, pues el art. 8 del convenio dispone que la comisión de vigilancia, que luego se denominó de “interpretación y seguimiento” tiene por objeto entender de aquellas cuestiones, dudas o divergencias que se produzcan sobre la interpretación o aplicación del presente convenio y este cometido no puede considerarse que conlleva funciones negociadoras.

Tal es el criterio mantenido por la Sala IV del TS en sentencias de 23 de marzo de 2010 y 30 de octubre de 2007, entre otras muchas».

También, de nuevo con profusa cita de sentencias del TC y del TS, **SAN de 10 de marzo de 2011** (IL J 691/2011, procedimiento 23/2011):

«Procede, por tanto, la desestimación de la demanda, debiendo recordar a CC.OO. que los contratos obligan, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1258 CC, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, no siendo compatible con la buena fe pretender interpretar y aplicar un convenio colectivo que no se ha firmado, ni tampoco con los usos y costumbres profesionales, así como con la aplicación de la ley por la jurisprudencia, que viene sosteniendo, hasta la saciedad, que no vulnera la libertad sindical de un sindicato excluirle de las comisiones de interpretación y vigilancia de un convenio, cuando tal sindicato se autoexcluyó de su firma.

En este caso concreto, es obvio que la demandante se negó a firmar el convenio colectivo de autos, habiendo formado parte, sin embargo de la comisión negociadora, por lo que se autoexcluyó y, en consecuencia, sólo el sindicato CC.OO. es responsable de su falta de presencia en las comisiones paritarias y —como dice la sentencia de la Sala IV del TS de 8 de marzo de 2006— no es inadecuado a Derecho el que un convenio colectivo, al configurar e instituir una comisión paritaria, reserve la calidad de miembro a las entidades que firman el convenio.

En consecuencia, ha de apreciarse que la diferenciación entre firmantes y no firmantes de un convenio colectivo está basada en un criterio objetivo, razonable y no arbitrario, siguiendo la pauta que marcó el Tribunal Constitucional en sus sentencias 9/1986 y 39/1986, lo que conlleva la desestimación de la demanda».

B) Por los Tribunales laborales

Resume las pautas mantenidas por la propia Sala en relación con la materia la **STS de 4 de abril de 2011** (IL J 667/2011, recurso 2/2010):

«El carácter mixto que tiene el convenio colectivo —norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa— determina que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (entre las recientes, SSTS 18/05/10 —recurso 171/09—, 18/05/10 —recurso 172/09—, 15/06/10 —recurso 179/09—, 11/11/10 —recurso 239/09—, y 18/01/11 —recurso 83/10—), combinando los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (SSTS 06/04/92 —recurso u.d. 1605/91—, 05/04/10 —recurso 119/09—; 21/04/10 —recurso u.d. 1075/09—, 18/05/10 —recurso 172/09— y 15/06/10 —recurso 179/09—).

2. De otra parte, es cierto —se mantiene— que el primer canon hermenéutico en la exégesis de la norma es “el sentido propio de sus palabras” [art. 3.1 CC], y en el de los contratos el “sentido literal de sus cláusulas” [art. 1281 CC] (entre las últimas, SSTS 21/07/09 —recurso 48/08—, 15/04/10 —recurso 52/09—, 21/04/10 —recurso u.d. 1075/09—, 18/05/10 —recurso 171/09— y 08/07/10 —recurso 125/09—), que constituyen “la principal norma hermenéutica —palabras e intención de los contratantes—” (SSTS 26/11/08 —recurso 95/06—, 03/12/08 —recurso 180/07—, 08/07/10 —recurso 125/09—, 15/04/10 —recurso 52/09— y 18/05/10 —recurso 171/09—), de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (SSTS 20/03/90 —infracción de ley—, 21/04/10 —recurso u.d. 1075/09—, 15/04/10 —recurso 52/09—, 18/05/10 —recurso 171/09—, 08/07/10 —recurso 125/09— y 14/07/10 —recurso 247/09—).

Pero esta última afirmación ha de matizarse, en primer lugar porque la interpretación “no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o la actuación de los negociadores en el convenio colectivo” (valgan de muestra las SSTS 15/03/10 —recurso u.d. 584/09— y 18/06/10 —recurso 152/09—), y, en segundo término, porque “la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo —en principio— de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes” (así, SSTS 16/01/08 —recurso 59/07—, 08/10/09 —recurso 13/09— y 02/12/09 —recurso 66/09—). Con lo que más bien ha de afirmarse que la intención de los contratantes es la norma hermenéutica que prima sobre todas las demás reglas interpretativas, pues si bien la *regla in claris* es la primera que establece el art. 1281 CC, no lo es menos que la misma sólo se aplica cuando el tenor literal de la cláusula a interpretar coincide con la intención de las partes, pues, en otro caso la intención evidente de las partes prevalece sobre el tenor literal de lo acordado (en este sentido, STS 14/01/09 —recurso 1/08—)».

JAVIER GÁRATE

IX. SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO

1. FUENTES.
 2. CAMPO DE APLICACIÓN.
 3. ENCUADRAMIENTO.
 4. GESTIÓN.
 5. FINANCIACIÓN.
 6. COTIZACIÓN.
 7. RECAUDACIÓN.
 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.
 - A) **Concepto de accidente.**
 - B) **Reparación del daño.**
 - C) **Enfermedad profesional.**
 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES.
 10. ASISTENCIA SANITARIA.
 11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
 12. MATERNIDAD.
 13. REGÍMENES ESPECIALES.
 - A) **Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
 14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
-

1. FUENTES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

Determinación de responsabilidad empresarial en supuestos de infracotización. Cálculo de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes. En la **STS de 8 de marzo de 2011, IL J 724**, el INSS recurre en casación la sentencia del TSJ/ Cataluña que exonera de responsabilidad a un ayuntamiento que había cotizado por una base de cotización inferior a la debida, lo que repercutió en el cálculo de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes de la trabajadora. La sentencia recurrida entiende aplicable la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que distingue entre los incumplimientos empresariales en materia de cotización que tienen carácter transitorio, ocasional o involuntarios y aquellos que, por el contrario, son conductas rupturistas que se prolongan en el tiempo y resultan, en consecuencia, expresivas de la voluntad empresarial de no cumplir con la obligación de cotizar.

La sentencia objeto de comentario estima el recurso planteado por el INSS en aplicación de la doctrina contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2005 y de 4 de octubre de 2006 que consideran susceptibles de valorar la entidad de la conducta infractora empresarial a efectos de la atenuación de la responsabilidad en los supuestos de omisión de la cotización pero no en los que ha habido infracotización. La distinta solución dada a los supuestos de infracotización se explica por el Tribunal en que «la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca solamente la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada y la que corresponde a la Seguridad Social en virtud de las cuotas efectivamente ingresadas».

Obligación de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Aplazamiento del pago de las cuotas pendientes y determinación de los efectos que tiene sobre la pensión de jubilación el incumplimiento de dicho aplazamiento. Según los hechos descritos en la **STS de 10 de marzo de 2011, IL J 881**, el demandante solicitó pensión de jubilación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que le fue reconocida, considerando que estaba al corriente del pago de las cuotas porque en ese momento tenía concedido un aplazamiento por falta de ingreso de cuotas en dicho Régimen. No obstante, se le advirtió que «cualquier incumplimiento por su parte de los plazos o condiciones del aplazamiento significaría dejar de considerarle al

corriente en el pago de las cuotas y por lo tanto la suspensión inmediata de la pensión reconocida». El actor no abonó en plazo los pagos y el INSS anuló el aplazamiento y suspendió el pago de la pensión de jubilación reconocida. Una vez el pensionista ingresó la cantidad adeudada, el INSS volvió a reanudar el cobro de la pensión a partir de la fecha en que se produjo dicho pago. El pensionista reclama la pensión desde el inicio de la suspensión del cobro y no desde el momento en que se saldó la deuda.

En primer lugar la sentencia entiende aplicable a este caso la doctrina elaborada por la misma sala, la cual señala que de producirse el aplazamiento en el pago antes de causarse la prestación se entiende cumplido el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas. No se trata éste del supuesto previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970 que contempla la figura de la invitación al pago en caso de tener cotizaciones pendientes en el momento de causar la prestación. En relación a los efectos derivados del incumplimiento del aplazamiento en el pago, de la lectura del art. 36 del Reglamento General de Recaudación el Tribunal Supremo infiere que una vez reconocida la prestación y entendido cumplido el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas un posterior incumplimiento del aplazamiento no retrotrae sus efectos al momento del hecho causante. Así lo aclara el art. 17 de la Orden de 25 de mayo de 2005 cuando precisa que «en tanto no se produzca el incumplimiento a que se refiere el artículo 36 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, (los sujetos responsables) se considerarán al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social tanto a los efectos indicados en el artículo 31.3 de dicho Reglamento como para el reconocimiento de prestaciones». Otro argumento que emplea la sentencia para desestimar la pretensión del INSS es que de aplicar esta solución nos hallaríamos ante «un efecto desproporcionado, similar a una especie de sanción encubierta, como se advierte en el presente caso, en el que el trabajador se ha puesto de nuevo al corriente y, sin embargo, habría perdido, según la tesis del INSS, varios meses de prestación, cuando hasta la propia prestación hubiera podido atender al cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social (art. 40.1.b)».

No es de aplicación la doctrina del paréntesis durante el período de excedencia voluntaria. Determinación del período exigible de cotización para la prestación por desempleo. En la **STS de 4 de abril de 2011, IL J 892**, el Servicio Público de empleo estatal recurre la sentencia del TSJ de Madrid que aplica la doctrina del paréntesis al período en que la actora estuvo en situación de excedencia voluntaria, a efectos del cobro de la prestación de desempleo. La actora había comenzado a prestar servicios en la empresa en octubre de 1983 y le fue concedida una excedencia voluntaria en junio de 2003. En mayo de 2008 la trabajadora solicitó su reingreso en la empresa pero ésta denegó la petición de readmisión manifestando que no existían puestos vacantes disponibles. La sentencia cita la STS de 24 de noviembre de 2010 que sintetiza la doctrina de creación judicial sobre la teoría del paréntesis, según la cual a efectos de determinar el período de carencia para acceder a una prestación no se toma en consideración el período en que se produjo un vacío de cotización sino que el cómputo de las cotizaciones se retrotrae al momento inmediatamente anterior a dicha situación. Recuerda el Tribunal Supremo que «los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad».

En el caso enjuiciado el Tribunal Supremo pondera el hecho que la trabajadora se acogiese de forma voluntaria a dicha situación y que permaneciese en ella de forma prolon-

gada en el tiempo por lo que no aprecia que exista voluntad de permanencia en el mercado de trabajo por parte de la trabajadora. Concluye la sentencia que no existiendo obligación de cotizar durante el período de excedencia voluntaria ni tratándose de una situación asimilada al alta no resulta aplicable a este período la teoría del paréntesis y, en consecuencia, la trabajadora no tiene derecho al desempleo ya que no reúne las cotizaciones exigibles durante el período anterior a la situación de desempleo.

7. RECAUDACIÓN

En la **STS de 18 de mayo de 2011**, IL J 1013/2011, se realiza una interpretación del art. 209.5.c) de la LGSS, que se conecta con los casos regulados en los arts. 279.2 y 284 de la LPL. En ellos se consideran los supuestos en los que no tiene lugar la readmisión del trabajador, a pesar de que tendría que haberse producido, y la relación laboral es extinguida mediante auto recaído en incidente de no readmisión. La Sala examina qué sucede cuando se produce un solapamiento en un determinado periodo de los salarios de tramitación y la prestación por desempleo. Remitiéndose a su doctrina anterior, entiende que la finalidad de la regulación contenida en la LGSS es doble: permitir que se coordinen los efectos de la apertura del derecho con el despido sin tener que esperar a su calificación, y asegurar la incompatibilidad entre prestación por desempleo y salarios de tramitación durante el mismo periodo. Es por ello que se percibe la prestación desde el despido y, si posteriormente la calificación del mismo implica la percepción de salarios de tramitación, debe reintegrarse la prestación por desempleo percibida durante ese periodo coincidente, abriéndose un nuevo periodo de desempleo desde la calificación. Así, concluye la Sala que la prestación por desempleo no es percibida indebidamente siempre y cuando, aun concurriendo con el período correspondiente a los salarios de tramitación, estos no han sido percibidos ni con cargo a la empresa —que no los abonó debido a insolvencia— ni por el Fondo de Garantía Salarial. De lo contrario, estaríamos ante un «grave y desproporcionado perjuicio al trabajador», quien ha percibido una prestación a que tenía derecho por mandato legal en tanto que se encontraba en una situación real de desempleo sin producirse incompatibilidad alguna.

8. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

A) Concepto de accidente

Según la **STS de 14 de febrero de 2011**, IL 742, debemos entender por domicilio el lugar cerrado en el que el trabajador desarrolla habitualmente las actividades más características de su vida familiar, personal, privada e íntima («morada fija y permanente», en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española), es decir, lo que comúnmente denominamos «vivienda» («lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas», también en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española). Por otro lado, que el abandono de ese espacio concreto (elemento geográfico) debe ponerse en relación directa con el inicio de otras actividades o circunstancias que, alejadas ya por completo de las primeras, ponen claramente de relieve una relación causal (elemento teleológico) con el comienzo (elemento cronológico) del trayecto que conduce en exclusiva al desempeño de la actividad laboral. En el caso analizado por la sentencia, concurren todos

los elementos requeridos por la jurisprudencia porque, cuando tuvo lugar el accidente, por una parte, el trabajador ya había dejado atrás ese espacio personal y privado que, al margen del título jurídico, constituía su verdadero domicilio y, por otra, también había comenzado el trayecto que normalmente le conducía al centro de trabajo, haciendo uso del medio de transporte (la motocicleta: elemento de idoneidad del medio) que habitualmente utilizaba a esa hora para reanudar la prestación de servicios.

Para la **STSJ de Andalucía de 10 de febrero de 2011**, IL J 817, se produce el accidente de trabajo debido a un infarto de miocardio, dada la presunción que opera en tiempo y lugar de trabajo. Aunque el trabajador recurrente padeciese con anterioridad las dolencias coronarias, lo cierto es que continuaba trabajando normalmente, sin que conste recibiese tratamiento médico por dicha causa. El infarto de miocardio se produjo a las 5 horas, en tiempo y lugar de trabajo, cuando realizaba las tareas propias de su categoría de conductor repartidor para la empresa empleadora, consistentes en carga y descarga del vehículo y reparto de pan. No desvirtúa dicha presunción la prueba de que la enfermedad se padecía con anterioridad. Para que se destruya la presunción ha de acreditarse la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado, cuestión que no se produce en la sentencia analizada.

La conclusión sobre la existencia de accidente de trabajo por episodio sincopal se da en la **STSJ de Castilla y León de 7 de abril de 2001**, IL J 980. Dicho episodio ocurre en el trabajo durante el horario y jornada de trabajo, por lo que debemos presumir que se trata de un accidente de trabajo (art. 115.3 LGSS), sin que se hayan aportado pruebas suficientes que permitan destruir dicha presunción.

B) Reparación del daño

La **STS de 11 de abril de 2011**, IL J 895, concluye que la negativa de la aseguradora a cumplir con su deber de satisfacer la prestación no puede reputarse como justificada por las siguientes razones: a) porque no es cierto que haya sido imprescindible el pleito para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro, toda vez que forma parte del sustrato fáctico en que se apoya la sentencia recurrida, y debe respetarse en casación, que lo que provocó el accidente fue la rotura del cable por el mal estado del mismo, lo cual no lo hacía idóneo para sostener o elevar el peso del puente, así como que la empresa propietaria y suministradora del cable, encargada de instalar el puente mediante un camión grúa, ni demostró un adecuado mantenimiento del cable, ni respetó los márgenes de seguridad entre el peso máximo permitido y el peso del puente; b) porque tampoco el pleito ha sido necesario para eliminar una incertidumbre racional relativa a la cobertura del hecho causante del accidente, ya que la empresa asegurada realizaba sus trabajos mediante camiones grúa y, en este tipo de camiones, el izado y desplazamiento de la carga a través de la grúa incorporada al camión es labor propia del transporte para el que está concebido el vehículo; c) porque la mera iliquidez inicial o la diferencia cuantitativa entre la indemnización reclamada y la concedida no se ha considerado por la jurisprudencia como causa que justifique la mora, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta; d) porque la doctrina expuesta no reconoce justificada la negativa fundada en la falta de culpa, ya sea por atribuirse en exclusiva al perjudicado o porque se disienta del grado de responsabilidad que ha de corresponder en supuestos de

posible concurrencia causal de conductas culposas. De lo anterior, procede imponer a la aseguradora los intereses del artículo 20 LCS sobre la suma concedida.

En la **STSJ de Valencia de 18 de enero de 2011**, IL J 950, se recuerda la doctrina de la STS de 14 de julio de 2009, según la cual «en cuanto al descuento del capital coste de las pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, sólo se descontarán la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida. El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que «quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.)».

C) Enfermedad profesional

Según la **STSJ de Asturias de 7 de enero de 2011**, IL J 764, la lista de enfermedades profesionales que figuraba como anexo al RD 1995/1978, relativo a las enfermedades sistémicas, ya contemplaba como enfermedad profesional al mesotelioma pleural adquirido en aquellos trabajos expuestos a la inhalación de amianto (asbesto). En el presente caso —habiéndose acreditado que la causa fundamental del fallecimiento del trabajador fue debida a la presencia de un mesotelioma difuso pleural derecho— y si añadimos que en su trabajo se mantuvo en contacto con el amianto, habrá que concluir que fue la inhalación de aquel agente o sustancia la que determinó la aparición de la neoplasia, pues no cabe olvidar que estamos ante un cáncer poco común, al que la ciencia médica liga con la respiración de asbestos. De hecho, numerosos estudios científicos han llegado a considerar que la referida patología se encuentra exclusivamente relacionada con la exposición al asbesto.

No se puede compartir, en consecuencia, el razonamiento de la sentencia de instancia cuando indica que no existe una prueba médica científica que concluya que el mesotelioma pleural fue provocado por el amianto, pues, siendo cierto que la enfermedad que padecía el trabajador puede obedecer a múltiples causas, incluida la exposición ambiental no ocupacional o su etiología espontánea, la empresa no ha destruido aquella presunción, al no aportar prueba alguna que desconecte el resultado dañoso final de la exposición continuada a la inhalaciones de amianto. En la **STSJ de Asturias de 11 de febrero de 2011**, IL J 821,

se analiza un supuesto similar, en el que se llega a la conclusión de que también estamos ante una enfermedad profesional.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la **STS de 8 de marzo de 2011**, IL J 724, confirma la sentencia de instancia en la que se condena como responsable a la empresa demandada de la cantidad correspondiente por infracotización, debiendo el INSS anticipar la prestación. En contra de lo fallado en la sentencia recurrida, y en base a la STS de 4 de octubre de 2006, considera el Tribunal que la moderación de la responsabilidad empresarial no se activa en supuestos de infracotización como el juzgado, sino sólo en aquellos supuestos de descubiertos en la cotización, por su naturaleza esporádica, no grave ni reiterada.

Son muchas las sentencias que tratan sobre el recargo de prestaciones de la seguridad social por falta de medidas de seguridad. En relación a la modulación del recargo, la **STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2011**, IL J 1056, revoca la sentencia de instancia y eleva el porcentaje del recargo hasta el 40% fijado por la resolución del INSS razonando la inexistencia de negligencia por parte del trabajador y, por otro lado, la gravedad tanto de la infracción como de las consecuencias sobre el trabajador accidentado, declarado incapacitado permanente total. Sin embargo, allí donde sí existe negligencia se procede, como en la **STSJ de Galicia de 1 de febrero de 2011**, IL J 791, a modular la responsabilidad del empresario atendiendo a la falta de diligencia del trabajador víctima del accidente, por lo que rebaja el porcentaje del recargo, o como en la **STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2011**, IL J 807, que confirma la sentencia de instancia donde se aprecia la imprudencia del trabajador para aplicar el recargo mínimo. Por último, la **STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2011**, IL J 975, confirmando el fallo de instancia, rechaza la responsabilidad de la empresa en tanto que no queda demostrado que conociera la práctica del trabajador que desencadenó el accidente ni que fuera una práctica habitual y consentida. Al contrario, la no formación del trabajador no puede alegarse como causa de los daños pues éste conocía «perfectamente sus obligaciones» y, de acuerdo con ello, deriva de la culpa exclusiva del trabajador la aparición del riesgo.

La relación de causalidad entre la infracción de medidas de seguridad y el acaecimiento del daño ha sido juzgado en la **STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2011**, IL J 808, la cual desestima el recurso presentado por la empresa recurrente a razón de no existir en los hechos probados ningún indicio que lleve a deducir la culpa exclusiva del trabajador, por lo que procede el recargo. De la misma forma latente queda acreditada la no responsabilidad del trabajador sino el incumplimiento del empresario de su deber de seguridad y la causalidad con el daño en la **STSJ de Murcia de 7 de marzo de 2011**, IL J 856. Así, la última sentencia refiere a otras para determinar el origen de las lesiones auditivas (hipocausia) que sufre el trabajador en el desempeño del trabajo y éstas como nexo causal del trastorno fóbico que provoca la incapacidad permanente total al trabajador.

Sobre las consecuencias de la concesión de aplazamiento a favor de la empresa deudora del pago de la cuantía del recargo por parte de la TGSS como recaudadora y sus efectos sobre los derechos del beneficiario que ha de ejecutar la Entidad Gestora, la **STSJ de Cas-**

tilla y León de 6 de abril de 2011, IL J 1112, resuelve de acuerdo con el artículo 31.3 del Real Decreto 1415/2004. Según aquel precepto, tal aplazamiento tiene como resultado la consideración del deudor como al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, provocando ello la desaparición de la condición suspensiva de la TGSS y, siguiendo con su deducción, dice el Tribunal, «con ello se cumple el requisito que condiciona la efectividad de la obligación de la Seguridad Social para con el beneficiario y, por tanto, desde ese momento queda obligada al pago del recargo al beneficiario».

La responsabilidad solidaria en el pago del recargo de la empresa contratista y empresa principal ha sido juzgado en varias sentencias. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la **STSJ de Galicia de 1 de abril de 2011**, IL J 1048, absuelve a la empresa principal, cuya «propia actividad» es distinta a la de la contratista, de la responsabilidad solidaria en el pago de dicho recargo en base a que, aun ocurriendo el accidente laboral en la obra misma, éste no se produjo en su esfera de control ya que las infracciones son cometidas por la empresa contratista. En sentido contrario, la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2011**, IL J 953, determina la responsabilidad de la empresa principal por cuanto que no coordinó las actividades de las plantillas de ambas empresas.

10. ASISTENCIA SANITARIA

Respecto al alcance del derecho a la gratuidad de prestaciones por especialidades farmacéuticas establecido en los arts. 12 y 13 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Discapacitados, la **STS de 17 de mayo de 2011**, IL J 1012, declara, en función del art. 5 RD 383/1984, de 1 de febrero, que la desarrolla, no existir dicho derecho respecto a personas con discapacidad cuando estén incluidas dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social como beneficiarios de la asistencia sanitaria y farmacéutica de sus progenitores.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2011**, IL J 817, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constante desde su sentencia de 2 de noviembre de 1993 (Rec. 3737/1992), según la cual al derecho a prestación por incapacidad temporal se aplica el plazo de caducidad del art. 44 LGSS, y no el plazo de prescripción del art. 43, dado que se rige por el principio de oficialidad y se hace efectivo de modo directo y automático.

La **STSJ de Castilla y León de 7 de abril de 2011**, IL J 980, estima que la hipertensión arterial padecida por el trabajador, incluso si se deja sin tratamiento, no destruye por sí la presunción de laboralidad de un accidente consistente en un episodio sincopal, en ausencia de elementos, como antecedentes o informes previos, permitiendo acreditar la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado.

Finalmente, la **STS de 25 de mayo de 2011**, IL J 1017, afina su nueva doctrina en materia de incapacidad temporal iniciada antes de las vacaciones, impidiendo el disfrute de las mismas, estimando que nada ha de impedir el disfrute ulterior, aun cuando se hubiera agotado el año natural al que correspondían.

12. MATERNIDAD

Tanto en la **STS de 17 de marzo de 2011**, IL J 709, como en la **STS de 18 de marzo de 2011**, IL J 707, el Tribunal Supremo afirma que corresponde a la trabajadora acreditar el riesgo específico para la lactancia y a la empresa realizar las gestiones para la adecuación del puesto de trabajo o el traslado, para ello la trabajadora debe describir, valorar y acreditar los factores de riesgo en relación con la actividad desarrollada. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 3 de mayo de 2011**, IL J 916.

En la **STSJ de Murcia de 31 de enero de 2011**, IL J 970, se afirma que la trabajadora puede tener exposición a agentes biológicos si entra en contacto con pacientes con patologías infecciosas así como que por las características del puesto de trabajo que éste se realiza en turnos rotatorios. Por tanto, la actora no solo está expuesta a los riesgos biológicos sino que, además, sobre la lactancia repercuten negativamente las condiciones del puesto de trabajo que desempeña.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

El Tribunal Supremo examina en la **STS de 10 de marzo de 2011**, IL J 881, un supuesto en el que un trabajador vio inicialmente concedida su pensión de jubilación por la entidad gestora considerando ésta que se hallaba al corriente de pago de sus cotizaciones en el RETA por cuanto el beneficiario tenía concedido un aplazamiento de pago de sus deudas con la Tesorería; sin embargo, un par de años después el pensionista incumplió con sus compromisos de pago de la deuda aplazada y el INSS suspendió el pago de la pensión, hasta que nuevamente se halló el beneficiario al corriente de pago de su débito de cotizaciones. Lo que se discute formalmente es la fecha de efectos de la reanudación del pago de la pensión, y la clave del debate se halla en si el incumplimiento de los compromisos de pago de una deuda aplazada es causa suficiente para suspender la pensión concedida en su día.

La sentencia —además de repasar la doctrina tradicional del efecto de los aplazamientos de pago, manifestada en varias sentencias como en la **STS de 22 de septiembre de 2009**, IL J 1569— considera que «la relación entre el efecto del aplazamiento, a través de la condición de hallarse al corriente, y la acción protectora se vincula al momento del hecho causante de las prestaciones, de forma que no afectará ni a las prestaciones causadas antes del aplazamiento (sabido es que los aplazamientos posteriores a causar una prestación son ineficaces), ni tampoco a las prestaciones causadas con posterioridad a un incumplimiento (no se cumpliría el requisito de hallarse al corriente de pago), pero sí que afectará a las prestaciones que en el momento en que se causen estuviera vigente un aplazamiento. Insiste la sentencia, anticipándose así al voto particular, que sería desproporcionada la pérdida de varios meses de pensión, como si de una sanción encubierta se tratase, cuando el beneficiario se ha puesto nuevamente al corriente de pago de toda su deuda con los recargos correspondientes.

Una magistrada de la sala sentenciadora formula un voto particular apoyándose en dos elementos, en primer lugar en el hecho de que en la resolución administrativa que concedió el aplazamiento de pago expresaba que cualquier incumplimiento del mismo supondría la suspensión de la pensión concedida, a lo que la sentencia niega todo valor jurídico, por lo

que no puede reprochársele al beneficiario que no impugnase tal condición; y, en segundo lugar, considera que la concesión de la pensión se realiza bajo la condición de hallarse al corriente de pago, por lo que, incumplida la condición, la prestación no puede revivir hasta que el beneficiario no se halle nuevamente al corriente de sus obligaciones financieras con la Seguridad Social. Se opone así a lo afirmado mayoritariamente de que lo relevante es únicamente el momento de causar la pensión, y que no existiendo la morosidad sobrevenida como causa legal de suspensión de la pensión el único efecto del impago de cotizaciones aplazadas será el renacimiento del proceso de apremio de todo lo adeudado.

La **STSJ de Andalucía de 28 de abril de 2011, IL J 1122**, se plantea un supuesto en el que lo relevante es el alcance de la disposición adicional 3.^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. El supuesto era una beneficiaria que reunía todos los requisitos para causar una pensión de viudedad en razón del fallecimiento de su pareja *more uxorio* salvo —posiblemente— el requisito de carencia, que es donde se centra el debate. El juzgador de instancia revocó la denegación inicial del INSS por considerar que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007 tenía una vocación universal de establecer las condiciones bajo las que podían causar pensión las parejas de hecho si la muerte del causante había ocurrido antes de la entrada en vigor de la citada Ley; en cambio, la sentencia que glosamos considera que tal Disposición Adicional al remitirse al artículo 174 LGSS debe incardinarse entre las disposiciones del Régimen General, sin que deba por consiguiente considerarse derogado el requisito que en el RETA exige para causar las pensiones de viudedad una carencia de sesenta meses dentro de los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause la prestación, carencia pues claramente superior a la establecida en el art. 174 LGSS para el Régimen General. El razonamiento se basa esencialmente en dos consideraciones: a) no era voluntad de la Ley 40/2007 poner fin a las diferencias existentes entre regímenes en cuanto a los requisitos para causar estas pensiones, y b) de accederse a la tesis del juzgador de instancia, sería de peor condición el que accediera a la pensión desde una situación matrimonial en relación al que proviniera de una situación de pareja de hecho, puesto que sólo al primero se le aplicarían sin duda las más exigentes condiciones del RETA formuladas en el Decreto 2530/1970.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

En la **STS de 2 de marzo de 2011, IL J 663**, la sala tercera del Tribunal Supremo desestima un recurso de casación por cuantía insuficiente en un caso de recurso contra una sanción administrativa de 150.253,30 euros por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, dado que se trata en realidad de dos sanciones por infracciones distintas y en cuantía diferente, aunque como consecuencia de una sola acta de infracción, de las cuales obviamente ninguna alcanzaba esta cuantía mínima. Además recuerda su jurisprudencia, según la cual no hay obstáculo a que esta causa de inadmisibilidad sea apreciada en trámite de sentencia en caso de que no fuera denunciado antes.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STC de 7 de julio de 2011, IL J 1081**, 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 impugnaciones de las resoluciones sobre encuadramiento en la Seguridad Social.

Primeramente, el Tribunal manifiesta que en términos constitucionales no hay inconveniente alguno para que una ley ordinaria atribuya ciertos asuntos a un determinado orden jurisdiccional, siempre que no contradiga lo establecido en la LOPJ. En el caso, objeto de análisis, los actos de encuadramiento habían sido tradicionalmente fuente de conflictos, a causa de que no resultaban suficientes los criterios fijados por la LOPJ para determinar la jurisdicción competente y ello había conducido a una jurisprudencia contradictoria. Por este motivo, el Tribunal concluye que dicho artículo se ha limitado a concretar la genérica delimitación de ambos órdenes jurisdiccionales.

En segundo lugar, se afirma que dicha decisión del legislador de dar preferencia a la orden contenciosa-administrativa 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.

La **STS de 13 de abril de 2011**, IL J 900, reconoce que la jurisdicción militar sólo será competente para conocer de delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo si éstos se producen en tiempo de paz y pertenecen al ámbito estrictamente castrense. Ello sucede cuando la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penales son estrictamente militares —siempre respetando los fines constitucionales y utilizando los medios puestos a su disposición para tal fin—. También serán competentes en caso de que las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito tengan carácter militar, así como aquellos supuestos en que el sujeto activo del delito sea considerado *uti milites*.

La **STS de 25 de marzo de 2011**, IL J 886, señala que la jurisdicción civil puede ser competente para conocer de demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo, a pesar de que por aplicación de la doctrina establecida en la STS de 15 de enero de 2008 [RJ 2374/2000] le correspondiese a la jurisdicción social, respecto de aquellas demandas presentadas con anterioridad a dicha fecha. La razón es que negar que el orden jurisdiccional civil sea competente resultaría contrario a la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva. En este mismo sentido se pronunció la STS de 11 de septiembre de 2009 [RC núm. 1997/2002] y más recientemente la STS de 11 de abril de 2011, IL J 894.

La **STSJ de Extremadura de 3 de marzo de 2011**, IL J 844, resuelve un supuesto de coexistencia de una sentencia firme posterior —en el orden contencioso-administrativo— que afirma con valor de hecho probado una situación, que no admite la sentencia recurrida —en el orden social—, y que de ser aceptada modificaría el pronunciamiento de esta última resolución judicial. El Tribunal establece que un órgano judicial puede contradecir los hechos declarados probados por otra jurisdicción, siempre que la distinta apreciación sea debidamente motivada.

La **STS de 4 de abril de 2011**, IL J 997, determina que en los procesos de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo la empresa para la que el trabajador prestaba sus servicios está activamente legitimada para impugnar ante la jurisdicción la resolución del INSS que reconoce al empleado la correspondiente prestación y solicitar otra de menor

grado en caso de que el reconocimiento de la prestación le genere una obligación de pago. Y ello a pesar de que no esté en cuestión la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación por defectos de alta o cotización, o se le haya impuesto por sentencia firme un recargo derivado de la ausencia de medidas de seguridad.

La **STC de 16 de mayo de 2011**, IL J 874, señala que es posible la interposición de un recurso de apelación contra sentencias de un Juzgado Contencioso-Administrativo que declaren la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de cuestiones relativas a materia electoral comprendidas en el art. 8.5 LJCA. Con este régimen legal se permite que, en caso de que en primera instancia se concluya un proceso sin un pronunciamiento del fondo, éste sea posible en otro órgano judicial, tras la interposición de un recurso.

La **STSJ de Galicia de 4 de abril de 2011**, IL J 1057, reconoce que un trabajador no sufre indefensión alguna en caso de que una Mutua emita alta por curación y al mismo tiempo ordene la tramitación de un expediente de invalidez con propuesta de lesiones permanentes no invalidantes, ya que se trata de dos procedimientos independientes: en el primero se enjuicia la corrección del alta emitida y en el otro la entidad de las secuelas que pudiera haber sufrido.

En esta sentencia también se reconoce la posibilidad de condenar en costas a quien legalmente tuviera reconocido el beneficio de justicia gratuita, en su condición de trabajador y beneficiario del sistema de seguridad social, cuando resultase perfectamente factible apreciar temeridad, abuso de derecho o mala fe en su actuar.

La **STSJ de Castilla y León de 6 de abril de 2011**, IL J 1112, establece que la obligación de hacer efectivo el pago de un recargo sobre la prestación al beneficiario es exigible a la TGSS desde el momento en que otorga un aplazamiento al principal de la deuda en su obligación. Otra cuestión que señala esta sentencia es que los intereses que se devengan, de acuerdo con el art. 20.5 LGSS, desde la concesión del aplazamiento hasta la fecha del pago no corresponden al beneficiario de la prestación, sino a la Administración General de la Seguridad Social.

La **STC de 11 de abril de 2011**, IL J 676, señala que no se puede considerar que se vulnere el derecho a la igualdad ante la ley en caso de que a una misma actividad se le apliquen diferentes tarifas de primas para la cotización a la Seguridad Social dependiendo del territorio en el que se desarrolle, siempre que ello tenga justificación en la normativa legal. En el caso analizado por la sentencia se admite un trato diferenciado de cotización en las Canarias sobre la base de que uno de los rasgos de su régimen económico y fiscal es la existencia de una tributación menor que en el resto del Estado y de la Unión Europea. De modo que la diferencia de tarifa de cotización es un reflejo más de dicho régimen especial.

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 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, se 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 de noviembre de 1997, Recurso 771/1997). En este sentido reconocen 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 jurídicas 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 extinguírsele 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 regulación 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 33.^a 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 disposición adicional 33.^a 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) (José 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 esta 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 7-5-1998 (RJ 1998\4584) (rec. 4630/96), 18-6-1998 (RJ 1998\5409) (rec. 2989/97), 13-10-1998 (RJ 1998\7810) (rec. 507/98), 25-3-1999 (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 retornado 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 cubría 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, la sentencia 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.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
M.^a NIEVES MORENO VIDA
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
JOSE MARÍA VIÑAS ARMADA
SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES.
2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) Procedimiento sancionador.

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 5, 6, 7 y 8 de 2011. Por otra parte, con carácter preliminar, interesa destacar algunas reformas legislativas recientes y que han incidido con mayor o menor intensidad en este terreno de las relaciones laborales.

Sin seguir un orden cronológico, de entrada, interesa destacar la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), pues supone la culminación del proceso de transferir al orden social la competencia para resolver los conflictos relacionados con lo que se ha dado en llamar como Derecho Administrativo Laboral.

Así, en primer lugar, debe señalarse que tras más de trece años de espera, por fin, se hace efectiva la asunción de competencias en materia de expedientes de regulación de empleo que se había anunciado en la LJCA de 1998. En efecto, así se prevé en el art. 2.n) LRJS: «En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo».

En segundo lugar, nuevamente tras más de trece años de espera, se hace efectiva la asunción de competencias en la materia de control de la potestad sancionadora en materia laboral, sindical y de seguridad social. El modo de articularlo es un tanto complejo, pues hay que coordinar las previsiones del artículo 2.n) y s) con las del art. 3.f) LRJS. Por un lado, la alusión en la letra n) a las sanciones en materia laboral y sindical y en la letra s) a las sanciones en materia de seguridad social siembra la duda de qué sucede con las restantes infracciones y sanciones previstas en la LISOS, singularmente las sanciones en materia

de extranjería y cooperativas o las derivadas de las actas de obstrucción. Pues bien, en estos casos, seguramente también sea competente el orden social. Por otra parte, en el caso de las infracciones en materia de Seguridad Social resulta necesario poner en conexión la letra n) del art. 2 con el art. 3.f) LRJS y tomar en consideración que quedan excluidas del orden social «las actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas».

Finalmente, frente al sistema del año 1995 sobre la competencia para impugnar los actos administrativos en materia laboral, sindical y de seguridad social, la LRJS invierte la regla general. Así, ahora son competencia del orden social, salvo que se indique lo contrario; por el contrario, la impugnación directa de las disposiciones generales sigue residenciándose en el orden contencioso.

Por otra parte, la LRJS incluye nuevas previsiones sobre la competencia objetiva y funcional de los distintos órganos que componen el orden social de la jurisdicción y que permiten resolver cuáles son los competentes para conocer de estas competencias recién asumidas. Ello se regula, como en el pasado, en los arts. 6, 7, 8 y 9 de la LRJS. Así, según tales preceptos, la determinación del órgano competente para conocer de la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas previstos en las letras n) y s) del art. 2 se realiza en función de cuál ha sido el órgano que dictó el acto que se impugna y cuál era el contenido de dicho acto:

- a) El juzgado de lo social será competente para resolver la impugnación de los actos que hayan sido dictados por:
 - Los órganos de la AGE y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella siempre que su nivel orgánico sea INFERIOR al de Ministro o Secretario de Estado, con excepción de las cuestiones relacionadas con la regulación de empleo.
 - Las administraciones de las CC.AA., salvo los que procedan del respectivo Consejo de Gobierno.
 - Las administraciones de las entidades locales.
 - Cualquier otro organismo o entidad de derecho público que pudieran ostentar alguna de las competencias administrativas a las que se refieren las mencionadas letras del art. 2 de esta Ley.
- b) Las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de la impugnación de aquellos actos que hayan sido dictados por:
 - El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.
 - Los órganos de la AGE con nivel orgánico de Ministro o Secretario de Estado, siempre que, en este último caso, el acto haya CONFIRMADO, en vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela, los que hayan sido dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional.
- c) La sala de lo social de la Audiencia Nacional conocerá de la impugnación de aquellos actos que hayan sido dictados por órganos de la AGE y de los organismos

públicos vinculados o dependientes de ella cuyo nivel orgánico sea de Ministro o secretario de Estado bien con carácter ORIGINARIO o bien cuando RECTIFIQUEN por vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional.

- d) La sala de lo social del Tribunal Supremo conocerá de la impugnación de aquellos actos de las AAPP atribuidos al orden jurisdiccional social cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros.

Asimismo, siempre en relación con este tipo de litigios, los arts. 10 y 11 LRJS incorporan unas reglas específicas para la determinación de la competencia territorial de los juzgados de lo social y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En fin, por lo demás, los arts. 151 y ss. LRJS regulan una nueva modalidad procesal para la impugnación de los actos administrativos en materia laboral y de seguridad social, excluidos los prestacionales.

Al margen de la aprobación de la LRJS, también hay que aludir a las modificaciones experimentadas por la LISOS. En este sentido, este texto normativo se ha visto afectado por la *Ley 26/2011*, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*; por la *Ley 27/2011*, de 1 de agosto, *sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*; y por el *Real Decreto-Ley 14/2011*, de 16 de septiembre, *de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*. La incidencia de estas normas sobre la LISOS es notable:

— En primer lugar, la disposición adicional VI.dos de la *Ley 27/2011* procede a modificar el artículo 23 LISOS, introduciendo un nuevo tipo en el apartado 1, con la letra i), cuya redacción es la siguiente: «i) Incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.15 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal».

— En segundo lugar, la disposición adicional 1.^a del *RDL 14/2011* modifica el párrafo inicial del art. 25.4 LISOS, en orden a incluir la referencia los trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad. Así, el precepto queda redactado de la siguiente manera: «4. En el caso de solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o de trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad».

— En tercer lugar, la *Ley 26/2011* ha modificado el art. 46 LISOS sobre sanciones accesorias a los empresarios: por un lado, ahora se prevén no sólo para quienes hayan cometido las infracciones muy graves de los arts. 16 y 23 LISOS, sino también para quienes incurran en el tipo previsto en el art. 15.3 (incumplimiento de las medidas de integración de las personas con discapacidad); por otra parte, en relación con las penas, la posibilidad de verse excluidos del acceso a ciertos beneficios se eleva de uno a dos años.

Finalmente, la disposición final 7.^a de la *Ley 27/2011*, de 1 de agosto, *sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*. La disposición final séptima, *Modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*,

aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, procede a dar una nueva redacción al art. 66.1.c) LGSS, en los siguientes términos: «c) La colaboración con el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Intervención General de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones de inspección y control interno o con las demás entidades gestoras de la Seguridad Social distintas del cedente y demás órganos de la Administración de la Seguridad Social y para los fines de estadística pública en los términos de la Ley reguladora de dicha función pública».

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

La importancia de las novedades legislativas contrasta con las pocas resoluciones judiciales que sobre la materia se han publicado. De hecho, únicamente se puede mencionar la STS, Sala Tercera, **de 2 de marzo de 2011**, J 663/2011, en la que se recuerdan ciertos criterios ya consagrados para calcular la cuantía litigiosa de un asunto de cara a determinar el acceso al recurso de casación. Al respecto, en este caso, se insiste en que a pesar de que las sanciones se impongan como consecuencia de una única acta de infracción, pero por infracciones distintas y en cuantía diferente, no cabe sumar las cuantías para comprobar si procede o no la interposición del recurso.

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) **Conflicto colectivo. Ente público.**
 - B) **ERE.**
 - C) **Administrador social. Grupo de empresas.**
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
 - A) **Conflicto colectivo. Proceso selectivo en la Administración.**
 - B) **Inexistencia de relación laboral.**
 - a) Transportistas.
 - b) Alto directivo y administrador social.
 - C) **TRADE.**
 - D) **Incompetencia territorial.**
 - a) Impugnación de convenio de empresa.
 - b) Huelga.
4. ACTOS PRE-PROCESALES. COMISIÓN MIXTA DEL CONVENIO COLECTIVO.
5. DEMANDA. RECONVENCIÓN.
6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.
7. EXCEPCIONES.
 - A) **Inadecuación de procedimiento.**
 - B) **Prescripción.**
 - C) **Caducidad.**
 - D) **Falta de legitimación activa.**
 - E) **Falta de legitimación pasiva.**
 - F) **Litisconsorcio pasivo necesario.**
 - G) **Litispendencia.**
8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA.
9. SENTENCIA. MOTIVACIÓN.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

- A) **Trabajo fijo discontinuo.**
- B) **Exención.**
- C) **Error excusable.**
- D) **Error inexcusable.**
- E) **Contrato temporal.**

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

- A) **Consignación para recurrir.**
- B) **Clasificación profesional: falta de competencia funcional de la Sala de Suplicación.**
- C) **Afectación general.**

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

- A) **Falta de contradicción.**
- B) **Nulidad de actuaciones. Sentencia penal firme aportada en el trámite de recurso de casación para la unificación de doctrina.**

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DESPIDO. INCIDENTE DE NO READMISIÓN.

14. COSTAS: ES POSIBLE IMPONERLAS AL TRABAJADOR.

15. TEMERIDAD Y MALA FE. MULTA IMPROCEDENTE.

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 5 al 8 (ambos inclusive) del año 2011 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) **Conflicto colectivo. Ente público**

La **STS de 3 de marzo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 725/2011, analiza la competencia de la jurisdicción social en un conflicto colectivo que tiene implicaciones en la cobertura de vacantes de un ente público de la Comunidad de Madrid. El TS declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la concreta distribución de las vacantes ya existentes entre promoción interna y turno libre —al amparo de los pactos que hubiera alcanzado con los representantes de los trabajadores—, diferenciándola así de la creación y dotación de vacantes, que es una potestad administrativa sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) ERE

Es competente la jurisdicción social para conocer de la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores y, en su caso, de la procedencia o improcedencia del despido derivado de un ERE instado por una empresa pública que prestaba servicios informáticos para la Diputación de León. Y ello porque en el procedimiento administrativo y en la resolución que autoriza los despidos no se analizó la posible existencia de la alegada cesión ilegal entre ambas entidades. Así lo han declarado las **SSTS de 14 de febrero y 9 de mayo de 2011**, ambas de la Sala Cuarta, IL J 743/2011 y 1005/2011. La **SAN de 18 de abril de 2011**, IL J 925/2011, considera que el orden social de la jurisdicción es el competente para conocer de las controversias surgidas en el marco de un ERE en relación con los concretos trabajadores afectados. En el supuesto analizado, la resolución administrativa únicamente fijaba el número de trabajadores afectados y no su relación nominal.

C) Administrador social. Grupo de empresas

La **STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2011**, IL J 1130/2011, considera que el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de la relación existente entre uno de los administradores solidarios y la empresa demandada —filial española integrada en un grupo internacional cuya matriz es francesa—. El TSJ considera relevante a estos efectos que la empresa española funcionase en la práctica como una mera división de la compañía matriz y que las decisiones, tanto si afectaban al grupo como a la empresa española, se adoptasen desde la matriz. Es por ello que se determina que la relación del actor no era la propia de un administrador, sino la de un alto directivo.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA**A) Conflicto colectivo. Proceso selectivo en la Administración**

La jurisdicción social es incompetente para enjuiciar aquellos hechos que deriven de un acto sujeto a la potestad administrativa y así lo entiende la **STS de 12 de mayo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1008/2011. En el supuesto analizado, la representación sindical impugna la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de vacantes en la Junta de Andalucía, tratándose esto de un acto administrativo sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Inexistencia de relación laboral*a) Transportistas*

La **STS de 28 de marzo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 887/2011, en un procedimiento de despido, analiza si se dan las notas de laboralidad en la prestación de servicios de un conductor que distribuía los productos de la empresa. El pronunciamiento se decanta por la incompetencia de la jurisdicción social, toda vez que considera que la limitación de las dos toneladas opera sobre la MMA (Masa Máxima Autorizada) del vehículo que era de 3.000 kilogramos, y no sobre la Tara del vehículo, que era de 1.752 kilogramos.

b) *Alto directivo y administrador social*

La **STS de 24 de mayo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1091/2011, considera que la jurisdicción social es incompetente para conocer de las vicisitudes de la relación existente entre una empresa y un alto directivo que, con posterioridad, pasó a desempeñar funciones de administrador de la sociedad. Entiende el TS que, desde el momento en que nace el vínculo mercantil, se ha de considerar extinguida la previa relación laboral salvo que se hubiera pactado lo contrario, cosa que no se hizo en el supuesto de autos.

C) **TRADE**

El orden social de la jurisdicción es incompetente para conocer de aquellas reclamaciones derivadas de la relación existente entre un trabajador autónomo y la empresa, por considerar que, aun en el supuesto de que se den los requisitos sustantivos para estar ante un TRADE, la exigencia de comunicación y la formalización de un contrato de TRADE son constitutivas. Y como quiera que estos aspectos formales no se daban en el supuesto de hecho enjuiciado por la **STSJ de Madrid de 27 de abril de 2011**, IL J 1119/2011, se declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer del asunto.

D) **Incompetencia territorial**

a) *Impugnación de convenio de empresa*

La **SAN de 14 de enero de 2011**, IL J 681/2011, se declara territorialmente incompetente para conocer de la impugnación de un convenio colectivo de empresa ya que, en el momento de su negociación, la empresa sólo contaba con un centro de trabajo en la provincia de Madrid. Así, la AN entiende que resultan competentes los juzgados de lo social de Madrid, con independencia de que el ámbito territorial del convenio colectivo declare su aplicación a todos los centros de trabajo de la empresa (si existieran) a nivel nacional.

b) *Huelga*

La AN no es competente para conocer de la existencia de posibles prácticas lesivas del derecho fundamental a la huelga, cuando la convocatoria de la misma esté restringida a un único centro de trabajo; y ello pese a que las posibles prácticas lesivas hayan podido afectar a trabajadores (miembros del comité de empresa) que prestaban servicios en otros centros de trabajo distintos del oficialmente llamado a la huelga. Así lo ha entendido la **SAN de 12 de julio de 2011**, IL J 1085/2011, que se decanta por la competencia territorial de los juzgados de lo social correspondientes al centro de trabajo en el que se convocó la huelga.

4. **ACTOS PRE-PROCESALES. COMISIÓN MIXTA
DEL CONVENIO COLECTIVO**

La **STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2011**, IL J 798/2011, desestima la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, al considerar que el sindicato demandante, antes de

iniciar procedimiento judicial de conflicto colectivo, debió haber sometido la discrepancia a la comisión mixta paritaria del convenio colectivo. El TSJ fundamenta esta resolución en la exigencia del propio convenio colectivo; éste establecía que en supuestos como el presente, en que el conflicto colectivo deriva de la interpretación de uno de los artículos del convenio y era susceptible de afectar a todas las empresas del sector, se ha de someter la discrepancia de forma previa y obligatoria a la comisión paritaria antes de poder iniciar la vía judicial.

5. DEMANDA. RECONVENCIÓN

La **STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2011**, IL J 846/2011, desestima la demanda reconvenicional interpuesta, por entender que las pretensiones que en ella se formulan carecen de conexión respecto de las de la demanda principal. En este sentido, el Tribunal argumenta que lo reclamado por vía reconvenicional está afectado por dos procedimientos de conflicto colectivo seguidos ante la Audiencia Nacional, lo que evidencia que se está ante una mera «*argucia procesal*».

6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

No cabe acumular a un procedimiento de conflicto colectivo una acción individual. Y ello, aunque la demanda individual consista en una reclamación de indemnización por el sindicato actuante por lesión de su derecho a la libertad sindical, ya que en el procedimiento de conflicto colectivo sólo puede dirimirse la tutela de intereses generales de un grupo genérico de trabajadores. Así se pronuncia la **STS de 15 de marzo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 717/2011.

7. EXCEPCIONES

A) Inadecuación de procedimiento

La **SAN de 21 de enero de 2011**, IL J 682/2011, estima la excepción de inadecuación de procedimiento. Se recuerda en la sentencia que el proceso de conflicto colectivo requiere de un doble elemento: el subjetivo, al ser necesaria la afectación de un número genérico de trabajadores; y el objetivo, consistente en el interés general, indivisible y correspondiente al grupo en su conjunto. La **STS de 9 de febrero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 746/2011, confirma la excepción de inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo apreciada en la instancia, por no haberse acreditado la existencia de una conducta general de la empresa. Al efecto, la sentencia señala que hubiera sido suficiente con que se acreditara, al menos, el caso de un solo trabajador en el que se diera la situación denunciada y que la empresa hubiera justificado su decisión en una interpretación del convenio colectivo de aplicación. Por último, la **STS de 2 de junio de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1095/2011, declara la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo en un proceso en el que se atacaba el incumplimiento de una cláusula obligacional de un pacto de finalización de una huelga y se solicitaba la consiguiente indemnización de daños y perjuicios. Entiende el Tribunal que

dicho proceso debiera haber sido encauzado por la vía del procedimiento ordinario, ya que: (i) no existe una afectación de intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, y (ii) no se dirime sobre la aplicación o interpretación de una norma, al carecer las cláusulas obligacionales de carácter normativo. Curiosamente, en este caso existía un proceso previo en el que ya se había estimado la excepción de inadecuación del procedimiento ordinario. Sin embargo, razona el TS que dicho pronunciamiento previo no constituye cosa juzgada material en virtud de lo dispuesto en el art. 222 LEC, ya que éste queda reservado a las sentencias firmes estimatorias o desestimatorias sobre el fondo del asunto y no a las de contenido estrictamente procesal.

B) Prescripción

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2011**, IL J 838/2011, recogiendo la consolidada jurisprudencia del TS al respecto, declara que el plazo de prescripción de cinco años para la solicitud del recargo de prestaciones se debe empezar a computar desde la fecha en la que finaliza el último expediente iniciado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones.

C) Caducidad

La **SAN de 16 de junio de 2011**, IL J 1023/2011, declara que el instituto de la caducidad es aplicable tanto a acciones individuales como plurales, pero también, como ocurre en el caso analizado, a las colectivas iniciadas frente a medidas empresariales derivadas de procedimientos de modificación sustancial o traslado seguidos por el cauce de los arts. 40 y 41 ET. Y ello aunque lo acordado en el periodo de consultas sea una clara expresión de la negociación colectiva, ya que debe estarse al procedimiento seguido y a los plazos que para éste se establecen legalmente. La **STSJ de Asturias de 29 de abril de 2011**, IL J 1126/2011, estima la excepción de caducidad alegada en un supuesto en el que, finalizado un contrato temporal suscrito con un centro educativo, la trabajadora interpone la acción de despido al verificar que se incumplió por el centro la promesa futura de contrato al inicio del nuevo curso escolar. El TSJ señala que la acción debió interponerse a la finalización del contrato temporal y que, en todo caso, el incumplimiento de esa promesa de contrato permitiría la articulación de otra acción, pero no la de despido.

D) Falta de legitimación activa

En la **STS de 4 de abril de 2011**, Sala Cuarta, IL J 997/2011, se desestima la falta de legitimación activa del empresario opuesta de contrario, en un procedimiento de declaración de invalidez permanente de un trabajador. La sentencia tiene en cuenta fundamentalmente la existencia de un interés legítimo y efectivo de la empresa, como es la obligación de pago del recargo de prestaciones que se le había impuesto en este caso.

E) Falta de legitimación pasiva

Para que las empresas pertenecientes a un grupo societario tengan legitimación pasiva respecto a las responsabilidades de una de ellas, no es suficiente con la pertenencia a un gru-

po empresarial, sino que es necesario un elemento adicional que se da cuando concurren alguno de los siguientes elementos: (i) funcionamiento unitario de las empresas del grupo, (ii) prestación de trabajo común, (iii) creación de empresas sin sustento real, (iv) confusión de plantillas, patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Entendiendo que ha quedado acreditada la concurrencia de los requisitos anteriores, la **STSJ de Murcia de 14 de febrero de 2011**, IL J 822/2011, desestima la excepción alegada por una de las empresas demandadas.

F) Litisconsorcio pasivo necesario

En la **SAN de 15 de julio de 2011**, IL J 1087/2011, se cuestiona la necesidad de demandar a un sindicato que, pese a no haber formado parte en las negociaciones del plan de igualdad del que trae su causa el procedimiento, se adhirió a él y forma parte de sus comisiones de seguimiento. La Audiencia declara que en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, como en cualquier otro, deben ser partes las personas físicas o jurídicas a las que afecte directa e inmediatamente la parte dispositiva de una sentencia, estimando en consecuencia la excepción alegada.

G) Litispendencia

En la **SAN de 12 de julio de 2011**, IL J 1086/2011, se dirime un procedimiento de tutela de derechos fundamentales en relación con una convocatoria de huelga. Sin embargo, había precedido a este procedimiento otro dirimido ante el TS y cuyo objeto era idéntico, al entenderse que hay una única huelga con independencia de que sea parcialmente convocada de manera intermitente, por lo que aprecia la excepción de litispendencia. Además, se señala que no cabe reservarse la alegación de unos hechos que ya eran conocidos en el momento de interposición de la demanda para una segunda acción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 400 LEC.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2011**, IL J 943/2011, analiza el despido por bajo rendimiento de una trabajadora afiliada a un sindicato. La sentencia de instancia declaró la nulidad de despido por vulneración del derecho de libertad sindical, recurriendo la empresa en suplicación tal pronunciamiento. El TSJ razona sobre la prueba indiciaria y la inversión de la carga de la prueba analizando pormenorizadamente lo acaecido en el caso de autos: (i) la actora estaba afiliada a un sindicato, hecho que la empresa conocía; (ii) el despido de la actora se produce al día siguiente de acudir ésta como testigo de otra compañera, también afiliada al mismo sindicato, a un juicio por impugnación de una sanción impuesta por la empleadora; (iii) existía un cierto clima de enfrentamiento entre la empresa y el sindicato; (iv) el despido se hizo con una imputación genérica de disminución de rendimiento y reconocimiento simultáneo de improcedencia; y (v) la empresa había despedido a cuatro trabajadores afiliados al mismo Sindicato, reconociendo igualmente su improcedencia. Ante tal conjunto indiciario —que permite suficiente, razonable y amplia-

mente apreciar una posible vulneración del derecho fundamental alegado— estima el TSJ que entra en juego la inversión de la carga de la prueba; y como quiera que la demandada no trató siquiera de concretar la imputada disminución de rendimiento ni aportado prueba alguna de su realidad, debe soportar las consecuencias de su inactividad probatoria (en este caso, la nulidad del despido) por no haber despejado la fuerte sospecha señalada. Por su parte, y por lo que se refiere a la posibilidad de descontar de los salarios de tramitación lo percibido por el trabajador en otro empleo, la **STSJ de Madrid de 28 de abril de 2011**, IL J 1076/2011, es muy clara al respecto: la prueba sobre la acreditación de lo percibido en otro empleo corresponde al empresario. ¿A quién corresponde la carga de probar la existencia del despido? La **STSJ de Madrid de 7 de abril de 2011**, IL J 1063/2011, en un caso de despido tácito, declara que corresponde al trabajador acreditar su existencia, lo que consiguió al no comparecer la empresa al acto de juicio y aportar un burofax por el que instaba a la empresa a que se confirmase su despido y del cual no recibió contestación.

9. SENTENCIA. MOTIVACIÓN

Motivar una sentencia es «(...) una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de la exégesis racional del ordenamiento no el fruto de la arbitrariedad (Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 159/1989 y 109/1992, entre otras) (...)». Sin embargo, esta garantía no implica «(...) una simétrica exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos académicos, que están en función del autor y de las cuestiones controvertidas (...)». Esta es la conclusión que alcanza la **STSJ de Madrid de 17 de abril de 2011**, IL J 1064/2011, al rechazar un motivo de suplicación fundamentado en el art. 191.a) LPL. En el caso enjuiciado el evidente laconismo de la sentencia de instancia no ocasiona indefensión alguna al recurrente, al razonar en derecho y suficientemente su fallo, pudiendo revisarse su contenido en sede de suplicación.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Trabajo fijo discontinuo

La **STS de 4 de abril de 2011**, Sala Cuarta, IL J 698/2011, razona sobre el cálculo de los salarios de tramitación en un despido improcedente, cuando se trata de un trabajador fijo discontinuo. ¿Deben computarse hasta la fecha de notificación de la sentencia? O por el contrario ¿abarcan el periodo comprendido hasta que finalizó la campaña? El TS aplica analógicamente en este caso la doctrina referida al devengo de los salarios de tramitación en el caso de extinción anticipada (e improcedente) de un contrato temporal. También alude el Alto tribunal a la naturaleza indemnizatoria/resarcitoria de estos salarios, que no se adeudan durante el periodo en el que el trabajador se incorpora a otro empleo o cuando no hay obligación de trabajar. Así, concluye la sentencia que «(...) la doctrina correcta es la de que los salarios de trámite se adeudan hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, salvo que antes hubiera finalizado la temporada o campaña que motiva la contratación —(o, en general, los que correspondan a periodos coincidentes con otras campañas que pudieran haberse producido con anterioridad a la re-

ferida fecha de sentencia)—, supuesto en el que se adeudan sólo hasta ese día (...)». En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 23 de marzo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 701/2011.

B) Exención

El reconocimiento de la improcedencia del despido en la propia carta, en la que se ofrece una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, así como la posterior consignación de la indemnización en el plazo de las 48 horas siguientes, produce todos los efectos previstos en el art. 56.2 ET a fin de eximir a la empresa del abono de los salarios de tramitación, y ello aunque en la comunicación de la empresa no conste la cuantía exacta de la indemnización, pues en el caso concreto (antigüedad de menos de un mes en la empresa y salario diario indiscutido) constaban bases claras para su cuantificación. Así lo ha entendido la **STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2011**, IL J 849/2011.

C) Error excusable

Haber consignado una indemnización en cuantía inferior a la legalmente exigible se declara excusable a los efectos de limitar el devengo de los salarios de tramitación por la **STSJ de Galicia de 20 de enero de 2011**, IL J 952/2011. En el caso enjuiciado la diferencia en la cuantía de la indemnización era escasa, habiéndose además discutido algunos conceptos a efectos del cálculo cuestionado.

D) Error inexcusable

La **STS de 15 de abril de 2011**, Sala Cuarta, IL J 908/2011, declara inexcusable haber consignado una indemnización en cuantía inferior a la legalmente exigible. En este supuesto, se había producido una subrogación empresarial que era conocida y no discutida por las partes en litigio. No obstante, la empresa no calculó la indemnización teniendo en cuenta esta circunstancia (un mayor tiempo de servicios del trabajador, como consecuencia de su empleo en la empresa anterior) y como quiera que no se evidencia la existencia de dificultad jurídica alguna, el error en el cálculo de la indemnización y en la consignación es inexcusable.

E) Contrato temporal

Con cita de doctrina unificada del TS, la **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2011**, IL J 1067/2011, declaraba que el contrato temporal no puede ser prorrogado como consecuencia de la tramitación de un proceso de despido y que, por tanto, la condena a los salarios de tramitación debe limitarse hasta la fecha en que vencía dicho contrato temporal y no, como hace la sentencia de instancia, hasta la de notificación de la sentencia.

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Consignación para recurrir

La empresa que en un pleito por despido opte por la readmisión del trabajador y pretenda recurrir en suplicación deberá consignar no sólo los salarios de tramitación, sino también el

importe de la indemnización. Sin embargo, si únicamente ha depositado el importe de los salarios de tramitación procede otorgar al recurrente la posibilidad de subsanar el defecto de consignación. En este sentido se ha pronunciado la **STS de 20 de abril de 2011**, Sala Cuarta, IL J 912/2011, que invoca la doctrina unificada en esta materia. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 8 de abril de 2011**, IL J 1030/2011, con carácter excepcional, considera cumplido el art. 228 LPL, pese a que la empresa condenada en un pleito por despido objetivo no depositó el objeto de condena ni lo aseguró mediante aval bancario al anunciar el recurso de suplicación. El TSJ de Madrid entiende que la empresa, que se encontraba en situación de concurso necesario, cumplió suficientemente la garantía del 228 LPL mediante la inclusión de la cantidad objeto de condena dentro de los créditos contra la masa, mediante justificación escrita ante el Juzgado de lo Mercantil y un certificado expedido al efecto por el administrador concursal.

B) Clasificación profesional: falta de competencia funcional de la Sala de Suplicación

La **STS de 17 de febrero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 734/2011, declara la nulidad de actuaciones por falta de competencia funcional de la Sala de Suplicación que infringió los arts. 137 LPL y 238.1 y 240.2 LOPJ. La infracción se produjo al conocer de un recurso de suplicación contra una sentencia que resultaba irrecurrible por tratarse de un pleito que, aunque había sido tramitado como reclamación de derechos y cantidad, encerraba una pretensión de clasificación profesional.

C) Afectación general

Es doctrina reiterada de la Sala de lo Social del TS que cuando la resolución de un litigio individual o plural tiene como fundamento y precedente inmediato un conflicto colectivo, ello basta para acreditar la concurrencia de afectación general establecida en el art. 189.1.c) LPL (por todas, SSTs de 30 de junio y 7 de octubre de 2008 y 14 de mayo de 2009). Basándose en esta doctrina, la **STS de 20 de abril de 2011**, Sala Cuarta, IL J 913/2011, declara la nulidad de actuaciones y retrotrae las actuaciones para que el TSJ admita a trámite un recurso de suplicación que se inadmitió por razón de la cuantía. El TS argumenta que, si bien las cantidades reclamadas por los trabajadores en concepto de incidencias por cambio de turno no alcanzaban las previstas por el art. 189.1 LPL, anteriormente habían presentado una demanda ante la AN acerca de la consideración de cambio de turno regulada en el convenio colectivo aplicable y que se concilió sobre el tenor literal del acta de la Comisión Paritaria. Por ello, entiende que se trata de un supuesto de afectación general.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contradicción

La **STS de 16 de mayo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1010/2011, entiende que existe falta de contradicción entre la sentencia recurrida (que no apreciaba la existencia de error excusable) y la sentencia de contraste (que sí lo apreciaba), cuando en ambos supuestos la indemnización por despido reconocido improcedente y depositado ante el juzgado de lo social se

había calculado tomando en consideración la categoría profesional que ambos trabajadores detentaban (pero no la categoría superior que, según las alegaciones de ambos trabajadores, debían tener reconocida). Aunque el TS reconoce que entre ambas sentencias existen «claras similitudes», entiende que existe una «diferencia decisiva» en los supuestos comparados. En la sentencia recurrida no existe error excusable al no tratarse de una discrepancia jurídica razonable sobre la categoría y salario que corresponde, sino sobre una cuestión de hecho —la realización de tareas superiores correspondientes a una categoría superior—, tareas sobre las que el empresario no podía albergar dudas. Sin embargo, en la sentencia de contraste se estimó la existencia de error excusable porque la pretensión del trabajador sobre su clasificación profesional se planteó por primera vez en dicho pleito por despido.

B) Nulidad de actuaciones. Sentencia penal firme aportada en el trámite de recurso de casación para la unificación de doctrina

La **STS de 9 de mayo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 1089/2011, estima la nulidad de actuaciones en la instancia en un procedimiento de despido en el que la trabajadora solicitaba la nulidad del mismo y una indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales —se alegaba que el representante de la empresa demandada le acosó sexualmente—. De los hechos probados en la instancia (inalterados en sede de suplicación) no podía concluirse la existencia de dicho acoso sexual. No obstante, en el trámite de recurso de casación para la unificación de doctrina la trabajadora incorpora a los autos una sentencia penal firme en la que se condena al representante de la empresa como autor de un delito de agresión sexual en el que la víctima es la actora. Ante esta cuestión, el TS recuerda que la finalidad del recurso de casación unificadora no es la de revisar los hechos probados o modificar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de suplicación. No obstante, esta regla admite como única excepción la aportación de documentos al recurso que incorporen hechos nuevos al debate, a consecuencia de lo cual pueda apreciarse una identidad fáctica sustancial con la sentencia de contraste. Precisamente, la sentencia de contraste alegada por la trabajadora consideraba que debía declararse la nulidad del despido (también en un supuesto de acoso sexual) al haberse acreditado los indicios de vulneración del derecho fundamental exclusivamente sobre la base de haberse producido en el proceso penal una transformación de las diligencias previas en un procedimiento penal abreviado. Sin embargo, en el pleito resuelto por la sentencia recurrida, ni el Juzgado de lo Social ni la sala de lo Social del TSJ habían podido contar con la sentencia del juzgado de lo penal que declaraba la existencia de un delito de acoso sexual. El TS aprecia la existencia de una indefensión de forma material —no formal— en virtud de una circunstancia sobrevenida que no es imputable a la trabajadora —la fecha de la sentencia penal—. Por ello determina la nulidad de lo actuado y la reposición de los autos al momento de dictar sentencia para que se tenga en cuenta dicha sentencia penal.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DESPIDO. INCIDENTE DE NO READMISIÓN

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2011**, IL J 814/2011, estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador ante el auto dictado por el Juzgado de lo Social en fase de ejecución, el cual declaró que regular la readmisión del trabajador. La empresa demandada en el procedimiento de despido había optado por la readmisión

del trabajador. No obstante, con anterioridad a dicha opción se había dictado sentencia que declaraba al trabajador en situación de Incapacidad Permanente Absoluta derivada de enfermedad común, por lo que la readmisión resultaba imposible. El TSJ, con apoyo en el criterio mantenido por la Sala de lo Social del TS en diversas sentencias, concluye que al haber sido declarado el actor en situación de Incapacidad Permanente Absoluta con posterioridad al despido y a su declaración de improcedencia, al resultar imposible el retorno al trabajo, la empresa no puede optar por la readmisión. Por tanto, resulta obligada de forma directa al pago de la correspondiente indemnización y ello como consecuencia de la aplicación de las reglas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones (art. 1134 CC): en el caso de obligaciones alternativas, el deudor perderá el derecho de elección cuando de las pretensiones a las que alternativamente viniera obligado sólo una fuese realizable.

14. COSTAS: ES POSIBLE IMPONERLAS AL TRABAJADOR

La **STSJ de Galicia de 4 de abril de 2011**, IL J 1057/2011, razona que es factible imponer la condena en costas prevista en el art. 233 LPL (incluidos los honorarios de la dirección letrada de la contraparte) a quien legalmente tuviera reconocido el beneficio de la justicia gratuita y, por tanto, a un trabajador. En apoyo de este planteamiento se citan varias SSTS de la Sala Cuarta (15 de noviembre de 1996, 2 de febrero de 1998, 7 de diciembre de 1998, y 25 de octubre de 1999) en las que se señala que la condena en costas, que será motivada, precisa una actuación con temeridad, mala fe o abuso de derecho. Sin embargo, la STSJ de Galicia comentada, aunque desestimó el recurso de la trabajadora, no accedió finalmente a condenarla en costas, pues aunque la trabajadora «había inventado» la causa de uno de los motivos del recurso, en otros motivos del mismo realizaba unas peticiones que sí estaban amparadas y justificadas debidamente (aunque la Sala no las compartió).

15. TEMERIDAD Y MALA FE. MULTA IMPROCEDENTE

La **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2011**, IL J 1068/2011, resuelve un pleito de tutela de derechos fundamentales que sucedió a un primer procedimiento en el que el trabajador solicitó la extinción de la relación laboral *ex art. 50 ET*. Este primer proceso se concilió con el «desistimiento del actor de la alegación de vulneración de derechos fundamentales»; por este motivo, el juzgador *a quo* desestimó la posterior demanda de tutela de derechos fundamentales al apreciar la excepción de cosa juzgada, e impuso al trabajador demandante una sanción de 600 euros de acuerdo con las peticiones de la empresa demandada y el Ministerio Fiscal. El TSJ de Murcia desestima el recurso de suplicación del trabajador, pero revocó la condena en costas al entender que no concurría mala fe o notoria temeridad porque, aunque el trabajador había desistido de un proceso anterior, no había renunciado al ejercicio de nueva acción sobre vulneración de derechos fundamentales (que son irrenunciables). Además, el trabajador había aportado pruebas (aunque inhábiles para probar lo que se pretendía) y la acción ejercitada tenía una «mínima base jurídica de apoyo».

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ANA ALÓS RAMOS
DAVID MARTÍNEZ SALDAÑA
JESÚS DAVID GARCÍA SÁNCHEZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. EL DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
2. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO.
 - A) **El deber de realizar seguimientos necesarios para garantizar la seguridad.**
 - B) **Reconocimientos médicos obligatorios.**
 - C) **Cambio de puesto de trabajo de trabajador declarado apto con restricciones.**
3. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS.
 - A) **Incompetencia de jurisdicción civil.**
 - B) **Responsabilidad por enfermedad profesional: exposición a amianto.**
 - C) **Responsabilidad solidaria de una empresa pirotécnica, de su aseguradora y de la Mutua por no adopción de las debidas medidas de seguridad.**
 - D) **Cobertura del contrato de seguro.**
 - E) **Cuantía indemnizatoria: valoración del daño personal.**
 - F) **Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos. Factor corrector.**
4. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.
 - A) **Relación de causalidad: ruptura.**
 - B) **Equipos de trabajo. Responsabilidad.**
 - C) **Equipos de protección individual.**
 - D) **Incumplimiento del deber de información: acceso a zona de peligro.**
 - E) **Responsabilidad solidaria de empresa contratista y subcontratista.**
 - F) **Responsabilidad empresarial pese a la actuación imprudente del trabajador.**
 - G) **Aplazamiento de pago de las correspondientes cuantías e intereses de demora.**
5. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.
6. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN DE LA LPRL.

7. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN.
 8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR POR INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN.
-

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en la *Revista de Información Laboral* (edición digital), números 5 (mayo de 2011), 6 (junio de 2011), 7 (julio de 2011) y 8 (agosto de 2011).

1. EL DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2011**, IL J 969/2011, reitera, a propósito de una situación de acoso discriminatorio en el trabajo por razón de sexo, la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 62/2007, de 27 de marzo) relativa a la vinculación del deber de seguridad empresarial y los derechos fundamentales, declarando que en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infra-constitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). A ello añade que la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995 permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE, y que esa normativa protectora que la LPRL representa es desarrollo de la tutela del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora (art. 15 CE).

2. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

A) El deber de realizar seguimientos necesarios para garantizar la seguridad

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de abril, de 2011**, IL J 962/2011, declara la responsabilidad del empresario por recargo de prestaciones por no realizar los seguimientos precisos para asegurar el mantenimiento correcto del andamio, en un caso de accidente de trabajo producido por una incorrecta colocación de los tableros. Resalta la sentencia que el estricto débito de seguridad exigible a la empresa empleadora incluye también la obligación de seguimiento de la conducta de los trabajadores y de los dispositivos técnicos

y medidas de seguridad instalados, de forma que la omisión de tales prevenciones acarrea la responsabilidad por *culpa in omitendo e in vigilando*, es decir, por aquello que no hace u omite y por lo que deja de controlar, vigilar o inspeccionar, cuando en ambos casos le es exigible cierta conducta. Tales obligaciones pueden graduarse en atención a las circunstancias concurrentes, pero no anularse o excluirse.

B) Reconocimientos médicos obligatorios

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2011**, IL J 962/2011, se enjuicia el carácter obligatorio o no de los reconocimientos médicos que demanda la empresa a los trabajadores. El comité de empresa se opone alegando vulneración del derecho de intimidad personal del art. 18.1 CE por considerar que no existe ningún riesgo alto en la evaluación y por el temor a que los referidos reconocimientos médicos puedan ser utilizados por la empresa para realizar despidos más baratos con los no aptos. La Sala desestima la pretensión del comité y faculta a la empresa para su práctica tras considerar pertinente la medida de vigilancia de la salud propuesta, dada la presencia de algunos agentes químicos que pueden causar enfermedades profesionales, y al no apreciarse indicios de una eventual utilización desviada de tales reconocimientos.

C) Cambio de puesto de trabajo de trabajador declarado apto con restricciones

La **STSJ de Asturias de 21 de enero de 2011**, IL J 957/2011, analiza la pretensión de traslado a un puesto de trabajo compatible solicitado por un trabajador (liberado sindical) que presta servicios en el cementerio municipal realizando labores de inhumación, exhumación, cavar sepulturas, entre otras, después de haber sido calificado de apto con restricciones laborales para realizar su trabajo. El trabajador alega, por una parte, que es obligación del Ayuntamiento concederle un puesto compatible porque está previsto en el convenio colectivo y, por otra, que al no haber atendido su petición incurre en discriminación sindical, ya que así lo ha reconocido a otros empleados. La sentencia rechaza la pretensión del trabajador porque el derecho a un nuevo puesto de trabajo está condicionado a que exista un puesto compatible con su situación y no había en la fecha de solicitud ningún puesto vacante, y porque, a diferencia de los otros empleados trasladados temporalmente a otros puestos que fueron declarados no aptos para realizar su trabajo habitual, el trabajador recurrente no fue calificado de apto para el trabajo, aunque con restricciones.

3. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Incompetencia de jurisdicción civil

Las **SSTS (Sala de lo Civil) de 25 de marzo de 2011**, IL J 886/2011, y de **31 de mayo de 2011**, IL J 900/2011, reiteran su doctrina sobre la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo recogida en la STS del Pleno de 15 de enero de 2008, y matizada por la STS de 11 de septiembre de 2009, acerca de la inoportunidad de aplicarla a procesos, como los de las sentencias aquí comentadas, iniciados al amparo de una normativa procesal interpretada ahora de forma distinta.

Así las cosas, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal se declara competente para entrar en el conocimiento de las cuestiones planteadas en los referidos procesos, pues entiende que se compadece mal con la tutela judicial que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de cinco años desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisibile en la jurisdicción en la que había sido planteada.

B) Responsabilidad por enfermedad profesional: exposición a amianto

En la **STSJ de Asturias de 7 de enero de 2011**, IL J 764/2011, se analiza la causa profesional del fallecimiento de un trabajador (soldador) por su exposición al amianto, que trae origen de una reclamación formulada por la viuda del trabajador fallecido y su hijo ante el INSS, y que fue desestimada tanto por esta entidad gestora como por el órgano judicial de instancia. La Sala de lo Social del TSJ reconoce, sin embargo, la concurrencia de la enfermedad y su vinculación a una determinada profesión, toda vez que tanto la dolencia como la actividad se encuentran incluidas en el reglamento regulador de las enfermedades profesionales (RD 1995/1978, hoy derogado pero vigente en el momento de los hechos enjuiciados) y, por otra parte, porque resulta acreditado que el trabajador estuvo en contacto con la sustancia —el amianto— durante un prolongado periodo de tiempo (desde el año 1957 hasta el año 1986), periodo más que suficiente para entender que se pudo producir una lenta, prolongada y continuada exposición a la sustancia causante de la enfermedad.

C) Responsabilidad solidaria de una empresa pirotécnica, de su aseguradora y de la Mutua por no adopción de las debidas medidas de seguridad

La **STS (Sala de lo Civil) de 11 de abril de 2011**, IL J 894/2011, confirma el fallo de la Audiencia Provincial que determinó la responsabilidad solidaria de la Mutua de Accidentes, de la empresa pirotécnica y de su aseguradora por accidente de trabajo sufrido por dos trabajadores fallecidos. La empresa pirotécnica y su aseguradora alegan que la causa del siniestro estuvo en la deficiente instalación del recubrimiento de aluminio de la mesa de trabajo, tarea a cargo exclusivamente de la Mutua, como empresa especializada en la elaboración y ejecución del plan de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, el Alto Tribunal asume la posición de la Audiencia declarando que hubo una responsabilidad también de la empresa pirotécnica (y por ende de su aseguradora) por omisión de la específica diligencia, superior a la normal que le era exigible en atención al específico y extraordinario riesgo que entraña su actividad, diligencia que entiende que no agotó la entidad con la mera sujeción a la normativa reglamentaria, ni con haber contratado la prestación de servicios de prevención de riesgos laborales con la empresa especializada.

D) Cobertura del contrato de seguro

La **STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2011**, IL J 859/2011, considera que la fijación del término de cobertura a cargo de la aseguradora es cláusula delimitadora del riesgo, que podrá ser oponible por la entidad aseguradora frente al tercero perjudicado. En el concreto caso analizado, se había pactado una cláusula limitativa temporal de los

derechos del asegurado por la que la reclamación de los daños ocurridos durante el periodo de vigencia había de ser comunicada al asegurador de manera fehaciente en el periodo de vigencia de la póliza o de doce meses a partir de la fecha de extinción del contrato. El siniestro tuvo lugar en septiembre de 2008, la póliza dejó de estar vigente a partir de enero de 2009 y la primera comunicación del siniestro por la entidad aseguradora tuvo lugar en fecha de junio de 2010. Siendo que la comunicación del siniestro de la empresa asegurada se produjo fuera del término establecido de cobertura, la Sala entiende totalmente lógico que no haya lugar a la obligación de indemnización de la entidad aseguradora.

E) Cuantía indemnizatoria: valoración del daño personal

La **STS de 31 de mayo de 2011**, IL J 900/2011, se refiere a la valoración del daño personal en atención al sistema incorporado por la disposición adicional 8.^a de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y aplica la jurisprudencia ya unificada que obliga a no confundir régimen legal aplicable a un accidente, que será siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, y cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del siniestro, que habrá de efectuarse no al tiempo de aquél, sino en el momento en que las secuelas del propio accidente quedaron determinadas, esto es, en el momento del alta definitiva.

F) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos. Factor corrector

En la **STSJ de Asturias de 21 de enero de 2011**, IL J 764/2011, se reproduce la doctrina unificada por la STS de 14 de junio de 2009 sobre el régimen de compatibilidad y de complementariedad de los conceptos indemnizatorios en la determinación y valoración de los daños. Sobre el asunto se ha pronunciado también la Sala de lo Social del TSJ de Murcia en la sentencia de 24 de enero de 2011, IL J 785/2011, donde se aprecian algunas diferencias de criterio entre los miembros de la Sala sobre la aplicación de los factores de corrección, a la vista del voto particular emitido por uno de los Magistrados.

4. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Relación de causalidad: ruptura

La **STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2011**, IL J 768/2011, excluye la responsabilidad empresarial por recargo de prestaciones al romperse el nexo causal entre el daño causado por el siniestro y la actitud pasiva del empleador, puesto que el accidente se produjo por la intervención de un tercero ajeno. El accidente tuvo lugar cuando el trabajador, al realizar tareas como auxiliar de rampas de recogida de contenedores para el transporte aéreo en el vial de circulación del aeropuerto, fue arrollado por otro vehículo —una cinta transportadora de equipajes—, propiedad de otra empresa, conducido por un trabajador de esta empresa. La Sala considera que, aun cuando pudiera haber una falta de formación específica al trabajador accidentado, la causa eficiente y determinante fue la acción del tercero.

B) Equipos de trabajo. Responsabilidad

La **STSJ de Andalucía de 3 de febrero de 2011**, IL J 802/2011, confirma la imposición del recargo de prestaciones de seguridad social por incumplimiento de medidas de seguridad relativas al uso de los aparatos elevadores (RD 1617/1997). El accidente de trabajo se produjo cuando al izar el operario de la grúa que utilizaba para descargar paquetes de 3 o 4 piezas metálicas y estando a unos dos o tres metros de altura, una de las chapas se desplazó bruscamente, ante lo que el trabajador —albañil encofrador— que se encontraba bajo la carga, huyó del lugar corriendo y cayó a una zanja de cimentación de 3 metros de profundidad, que se encontraba sin protección.

La **STSJ de Galicia de 1 de febrero de 2011**, IL J 791/2011, imputa al empresario la responsabilidad por recargo de prestaciones en un caso de accidente producido por el deficiente estado de los medios de trabajo. La botonera que utilizaba el trabajador cuando estaba realizando trabajos de instalación eléctrica en el ascensor estaba manipulada, muy deteriorada y carecía del marcado «CE», lo que contribuyó a aumentar el riesgo en la causación del resultado dañoso.

C) Equipos de protección individual

La **STSJ de Castilla y León de 2 de marzo de 2011**, IL J 837/2011, declara responsable del recargo de prestaciones a una empresa de construcción por no haber facilitado formación al trabajador accidentado sobre las tareas que estaba realizando y por no velar por el uso efectivo por el trabajador de los equipos de protección individual para los trabajos en altura —dispositivos anticaídas, arneses, cinturones etc.— exigidos por el RD 773/1997. El trabajador, que había accedido a la estructura del mecano del encofrado de la planta segunda, se precipitó al suelo desde una altura aproximada de 4,80 metros, sin que existiese ningún cable fiador o punto de anclaje para arneses de seguridad sobre el mismo.

D) Incumplimiento del deber de información: acceso a zona de peligro

La **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2011**, IL J 967/2011, reconoce la procedencia del recargo de prestaciones, por cuanto la empresa no adoptó las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hubiesen recibido información suficiente y adecuada pudieran acceder a zonas de riesgo grave y específico de la máquina. En el caso analizado, el trabajador fallecido por atrapamiento accedió a la zona de peligro de la máquina por algún punto del vallado, siendo relativamente fácil rebasarlo al tener una altura de tan solo un metro.

E) Responsabilidad solidaria de empresa contratista y subcontratista

Sobre la base de la conocida doctrina del Tribunal Supremo de que lo relevante no es que la actividad de la empresa contratista se considere la misma o diferente actividad de aquella desarrollada por la empresa contratista, sino que la actividad desarrollada por los empleados del contratista se encuentre bajo el control de la empresa principal (STS de 14 de mayo de 2008), la **STSJ de Galicia de 4 de abril de 2011**, IL J 976/2011, declara responsables solidarios a la empresa principal y a las empresas contratista y subcontratista del accidente

acaecido cuando el trabajador de la empresa subcontratista se hallaba realizando remates finales de montaje en el interior del elevador del aerogenerador, y se desplomó el aerogenerador cayendo desde una altura de 50 metros.

En la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2011**, IL J 3048, se hace igualmente responsables solidarios a las dos empresas implicadas en cuanto que la primera no elaboró previamente el debido plan de seguridad, ni adoptó las medidas de seguridad que con carácter general realizaba para el desmontaje de poste, y la empresa principal tampoco había previsto en su plan de seguridad los trabajos de desmontaje de la línea aérea, ni coordinó los trabajos de aquella con los de los restantes operarios en la obra. El accidente tuvo lugar cuando al desmontar la instalación aérea de cables y postes de telégrafo un poste cayó sobre dos trabajadores de otra empresa, también subcontratista, que se hallaban comiendo.

F) Responsabilidad empresarial pese a la actuación imprudente del trabajador

En la **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2011**, IJ L 949/2011, se parte de que la efectividad de las medidas obliga a prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador y se declara la responsabilidad de la empresa por no haber previsto resguardos o dispositivos de acceso a zonas peligrosas o de paralización automática de la máquina en caso de posible atrapamiento.

La **STSJ de Galicia de 1 de febrero de 2011**, IL J 791/2011, no exonera al empresario de abonar el recargo, a pesar de que resultó evidente la actuación imprudente del trabajador al no tener en cuenta las prescripciones necesarias para resolver el atasco de la pieza metálica utilizada para el troquelado. La responsabilidad empresarial se hace derivar del hecho de haber encargado el manejo de la troqueladora al trabajador sin estar adecuadamente habilitado para ello, desoyendo las instrucciones del fabricante de que debía ser utilizada por un operario tipo C con los conocimientos necesarios para efectuar las operaciones de mantenimiento mecánico, hidráulico, neumático y eléctrico.

La **STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2011**, IL J 807/2011, extrae también responsabilidad del empresario de un accidente acaecido cuando el trabajador, de manera harto imprudente, retiró las virutas con la mano sin parar la máquina y haciendo caso omiso de la posibilidad de utilizar el gancho destinado al efecto. La responsabilidad empresarial se sustenta en el hecho de que la máquina carecía de protección adecuada para su detención antes del acceso a la zona peligrosa, obligación contenida en el punto 1.8 del Anexo I en relación con el art. 3 RD 1215/1997.

En la **STSJ de Extremadura de 3 de marzo de 2011**, IL J 843/2011, se reconoce que el trabajador actuó imprudentemente al no usar el elemento de seguridad (el arnés de seguridad) que tenía a su disposición en la plataforma elevadora donde estaba situado cuando se cayó al suelo de ésta como consecuencia del desprendimiento de un panel. Ello no obstante, se considera que hubo responsabilidad de la empresa por cuanto omitió las debidas medidas de seguridad.

G) Aplazamiento de pago de las correspondientes cuantías e intereses de demora

En la **STSJ de Castilla y León de 6 de abril de 2011**, IL J 1112/2011, se plantea la cuestión de si el beneficiario tiene derecho a percibir el recargo y los intereses sobre el mismo,

cuando la Tesorería General de la Seguridad Social ha concedido a la empresa responsable del recargo de prestaciones un aplazamiento de pago de las cuantías correspondientes después de que ésta haya avalado el cumplimiento de su obligación de pago. La Sala considera que, una vez concedido el aplazamiento, se debe entender que la empresa está al corriente y ha cumplido el requisito que condiciona la efectividad de la obligación de Seguridad Social para con el beneficiario, por lo que el recargo debe ser abonado íntegramente al beneficiario. Por lo que respecta a los intereses en el caso de mora, entiende la Sala que no es aplicable lo previsto en el art. 20.5 de la Ley General de la Seguridad Social, ni el tipo del 10% del art. 29 ET, en materia salarial, sino el interés legal del dinero previsto en el art. 24 de la Ley 47/2003 de la Ley General Presupuestaria (según STS de 31 de marzo de 2010), que ha de abonarse dentro de los tres meses siguientes al día de ser notificado el reconocimiento de la obligación por resolución administrativa o judicial, una vez que el beneficiario haya reclamado por escrito el cumplimiento de esa obligación y la Entidad Gestora no haya hecho efectivo el pago de la deuda.

5. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL: RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

A partir de un mismo supuesto litigioso, diversas sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de marzo de 2011 (IL J 707, 709, 711, 882, 883, 884/2011) resuelven con fundamentación sustancialmente idéntica la cuestión relativa a la interpretación de los elementos que permiten la caracterización de la contingencia de riesgo durante la lactancia natural y la prestación económica prevista para subvenir a esta contingencia contenidas en los arts. 135 bis y 135 ter LGSS. La actuación que está en el origen de las referidas sentencias es la decisión de la entidad gestora INSS de denegar la prestación de riesgos durante la lactancia a diversas enfermeras del Hospital Costa del Sol, S.A. cada una con un destino distinto. La entidad gestora entiende que en los referidos casos no se ha acreditado la imposibilidad técnica y objetiva de un cambio de puesto de trabajo alegada por la empresa, ni tampoco se han identificado los riesgos específicos sobre la lactante natural.

En instancia se desestiman las demandas presentadas por las ATS, pero en suplicación el TSJ de Andalucía estima la demanda, fundándose en que, en contra de lo alegado por el INSS, existen riesgos para la lactante y en que no existen puestos de trabajo alternativos que estén exentos de riesgo, conforme a la relación de puestos de trabajo aportada por la empresa de puestos de trabajo «exentos» de riesgo durante la lactancia, adecuados y disponibles para el eventual desempeño por estas enfermeras. Contra las referidas sentencias recurre el INSS, aportando como sentencia de contraste una de la propia Sala de lo Social de Andalucía (Málaga) de 26 de noviembre de 2009. El Tribunal Supremo estima los recursos de casación planteados y revoca las sentencias de suplicación, dando la razón al INSS.

Entiende el TS que, según el art. 26 LPRL, la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia es «una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, solo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación

no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo». Ante la negativa del INSS de un riesgo específico para la lactancia correspondía a la empresa acreditarlo y llevar a cabo gestiones efectivas encaminadas a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible, para lo que es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición a los factores de riesgo señalados. En los casos enjuiciados, los factores de riesgo no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados en relación con la actividad desarrollada y en relación con la situación de lactancia, por lo que no resulta posible adoptar medidas preventivas, ni conocer si realmente existen otros puestos exentos de tales factores de peligro a efectos de su asignación. Todo lo cual conduce en los referidos casos a la conclusión de que no cabe el percibo de la prestación prevista en el art. 135 bis y ter LGSS.

6. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN DE LA LPRL

En la **STS (Sala 3.ª) de 2 de marzo de 2011**, IL J 663, se desestima el recurso interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias por cuantía insuficiente. La empresa recurrente había recurrido contra la sentencia que confirmó las dos sanciones —una por falta grave y otra por falta muy grave por sendas infracciones a la LPRL—, impuestas por la Consejería de Justicia del Gobierno del Principado de Asturias. La primera sanción alcanzaba un importe de 30.050,61 euros y la segunda 120.202,43 euros. Las dos se impusieron como consecuencia de una única acta de infracción pero por infracciones distintas, de modo que ninguna de ellas alcanzaba por sí la cantidad suficiente para que se superase la cifra que permite la interposición del recurso de casación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.2.b) de las Ley de Jurisdicción, que exige para que ello sea posible que exceda de 150.000 euros.

7. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN

La **STS (Sala 4.ª) de 9 de marzo de 2011**, IL J 522, resuelve la demanda de conflicto colectivo planteada por el Comité de empresa provincial de Guipúzcoa de la empresa BBVA en la que solicita la nulidad de algunas cláusulas del Acuerdo de empresa que les impide la constitución del Comité de seguridad y salud para el ámbito de la provincia de Guipúzcoa, así como la elección por y entre sus miembros de los delegados de prevención en su mismo ámbito de actuación. En dicho Acuerdo de empresa sólo se contempla la creación de un Comité estatal de Seguridad y salud, delegados de prevención territoriales y comités de seguridad y salud específicos para los «Grandes Centros». La petición se funda en que, al no tener el Acuerdo impugnado el carácter de convenio colectivo estatutario, no tiene eficacia para alterar la regulación legal contenida en la LPRL. El Alto Tribunal estima en parte el recurso reconociendo que el Acuerdo no puede regular tal cuestión, porque las remisiones de la LPRL en materia de participación de los trabajadores en la empresa han de entenderse referidas a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios. La organización de las formas de participación es una de esas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación colectiva extraestatutaria, pues resultaría impensable una regulación sin efectos normativos y limitada a los trabajadores representados por los negociadores.

8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR
POR INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN

En la **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2011**, IL J 969, se accede a la extinción indemnizada del contrato con base en el art. 50.1.c) ET solicitada por una trabajadora embarazada, ante la entidad de los incumplimientos imputados al empresario en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Dichos incumplimientos se concretaban en un lamentable estado del lugar de trabajo —con suciedad y frío—, la ausencia de medidas preventivas que permitan identificar o evaluar los riesgos en el trabajo —art. 16 LPRL—, el incumplimiento del requerimiento hecho por la inspección para ubicar a la trabajadora en un puesto de trabajo que reúna en las condiciones de seguridad y salud adecuadas, y algunas otras deficiencias más.

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)

Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada

VV.AA. J.L. MONEREO PÉREZ (director)

Comares, Granada, 2011, 602 pp.

[VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN]

La obra que se presenta como novedad en la Colección Trabajo y Seguridad Social de la Editorial Comares reproduce las intervenciones que tuvieron lugar en el *Encuentro Internacional sobre los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, celebrado en noviembre de 2009, en la ciudad de Granada. Bajo la dirección de José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, los autores analizan rigurosamente dos de los principales elementos jurídico-institucionales de los sistemas de relaciones laborales: la acción sindical y la negociación colectiva, empleando una perspectiva comparatista, tan importante en la regulación del Derecho social. La utilidad de este enfoque, que inspira toda la obra, se evidencia en cuanto se emprende la lectura de ésta, ya que, en efecto, permite conocer los puntos de conexión y diferencias existentes entre los modelos jurídicos de las relaciones colectivas de trabajo de los diversos ordenamientos, así como averiguar el acierto o equívoco de determinadas políticas legislativas. Al tiempo que se describe el significado político y técnico-jurídico de los sistemas sindicales y de negociación colectiva nacionales e internacionales, se reflexiona reposadamente sobre los problemas de política jurídica y las respuestas técnicas adoptadas para su solución.

Superando una mera visión formalista, el tratamiento de la materia se sumerge en un amplio contexto de múltiples variables económicas, políticas, sociales y tecnológicas, a las que se añaden otros factores institucionales como las ex-

periencias, costumbres históricas y características culturales de cada país, cuya confluencia es determinante del desarrollo del fenómeno sindical y de la estructura de la negociación colectiva. De ahí la gran diversidad de modelos existentes, tal y como se advierte al avanzar en la lectura.

La obra logra situarse en un plano coincidente con la realidad de nuestro tiempo, pues son muchos los retos a los que se enfrentan los sistemas sindicales y de negociación colectiva nacionales en la actualidad. En concreto, los autores aluden reiteradamente a la globalización socio-económica, la desregulación y flexibilización de los mercados de trabajo, la descentralización productiva, las nuevas formas de organización empresarial, el impacto de los cambios tecnológicos, las exigencias de competitividad que plantean los mercados de productos y el fenómeno de la flexibilidad laboral.

La calidad de la obra resulta avalada por el reputado conjunto de autores que la crean, prestigiosos profesores universitarios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La diversa procedencia de todos ellos (España, Argentina, Uruguay y Brasil) contribuye sin duda a llevar a cabo una excelente tarea de estudio de Derecho comparado.

Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada se articula en tres grandes partes temáticas, que engloban diferentes ponencias, cada una de las cuales incorpora una relación de la bibliografía empleada y recomendada.

En la Parte I, son muchos los temas planteados bajo la rúbrica «Libertad sindical».

Las primeras páginas corresponden a una intervención general sobre la libertad sindical, como uno de los pilares de la constitución social, y su relevancia en la conformación de los modelos de relaciones laborales, haciendo posible la integración política, social y económica del trabajo en el sistema democrático. Más específicamente, se estudia el actual modelo jurídico-sindical, con detenida referencia a la configuración jurídico-

normativa de la figura de los sindicatos más representativos y los criterios de medición de la representatividad sindical.

De forma detallada, se exponen los nuevos desafíos a los que ha de hacer frente el sindicalismo, materializados en importantes transformaciones socio-económicas y del mercado de trabajo que, además de plantear distorsiones en los esquemas del sistema de representatividad sindical, han puesto en cuestión el papel de los sindicatos y debilitado su poder social, llegándose incluso a hablar de la necesidad de un replanteamiento del modelo.

La gran exhaustividad con la que es abordado el tema de la libertad sindical se advierte con la simple enumeración de las cuestiones tratadas tras la primera ponencia introductoria. En concreto, son objeto de análisis: el desarrollo de la acción sindical internacional; las nuevas formas de organización empresarial y su notable impacto en las relaciones colectivas; la libertad sindical de los extranjeros en las normativas española, comunitaria e internacional; la innovación tecnológica en los procesos productivos y la utilización de medios informáticos para la difusión de la actividad sindical; las variadas respuestas de las organizaciones sindicales a las fórmulas de actividad por cuenta propia; la consagración nacional e internacional de la libertad sindical y su tutela jurídica, con especial alusión a la OIT, como ámbito en el que tal derecho ha sido reconocido con mayor precisión; las organizaciones no sindicales de representación de intereses profesionales como fórmulas organizativas diferentes para la defensa de intereses profesionales; y, por último, los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos y los principales modelos normativos al respecto desde una perspectiva comparada.

La Parte II, «La negociación colectiva», goza de igual riqueza temática que la anterior, si bien circunscrita a este ámbito.

Comienza con una exposición genérica referente a la autonomía colectiva negocial, en cuanto poder social con facultad creadora de Derecho objetivo, y a los convenios colectivos, elementos claves del sistema de negociación colectiva. Tras la diferenciación entre contenido obligacional, contenido normativo y contenido formal (sin obviar la existencia de cláusulas híbridas y las dificultades que éstas plantean con respecto a la adscripción a uno u otro), se alude, muy acertadamente, al progresivo «enriquecimiento» actual de los con-

tenidos convencionales. En efecto, la negociación colectiva ha tenido que adaptarse continuamente a fin de responder a los cambios sucedidos en los sistemas de relaciones de trabajo. Tales transformaciones han hecho necesaria la revisión de las funciones tradicionalmente atribuidas a los convenios colectivos. Así, junto a su típico cometido económico-social de fijación y mejora de las condiciones de trabajo y, por tanto, de protección de los trabajadores en la ordenación de las relaciones laborales, asumen, en el presente, otras nuevas relativas a la organización del trabajo y a la gestión de las crisis empresariales.

Es muy oportuna y adecuada, asimismo, la alusión al proceso de transición del modelo legal de relaciones laborales, basado en el principio de inderogabilidad de la ley, hacia un nuevo modelo en el que la autonomía colectiva, como fuente reguladora autónoma, dispone de un amplio poder de flexibilización. Asistimos, pues, en nuestros días a un progresivo avance del convenio colectivo en detrimento de la ley.

Seguidamente, se analizan otros muy variados puntos: la configuración jurídica y eficacia de los convenios; las nuevas prácticas económicas y productivas propias de la globalización con eje en las empresas transnacionales, con especial referencia a los instrumentos de regulación de las relaciones de trabajo que se dan en su seno: los Acuerdos Marco Globales; el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, tanto en la normativa internacional como en la legislación española; las cláusulas de descuelgue empresarial y su régimen jurídico; la eficacia personal de los convenios colectivos desde una perspectiva comparada; y la configuración legal del derecho a la negociación colectiva en materia de formación y prevención de riesgos laborales en los ámbitos nacional, comunitario e internacional.

La obra concluye con una brevísima, pero nada insatisfactoria Parte III, «Conferencia de clausura», referida a un tema que, por su especificidad, bien merece un tratamiento independiente de las anteriores partes: el interés colectivo. Después de analizar someramente la noción de esta categoría conceptual, esencial punto de referencia de las relaciones colectivas de trabajo, se aborda su coexistencia con el interés general y con los intereses individuales de los trabajadores, para estudiar a continuación las concretas cuestiones de la prevalencia relativa y la bilateralidad, exponiendo someramente sus consecuencias jurídicas.

La importancia que la acción sindical y la negociación colectiva posee en el funcionamiento de las relaciones laborales resulta indudable, de ahí el interés y actualidad de la obra recensionada. Por la profundidad con que examina las normas y principios jurídicos ordenadores de los sujetos colectivos y las relaciones colectivas de trabajo, constituye un referente de imprescindible consulta para todo aquel interesado en conocer íntegramente esta compleja y dinámica materia, así como los desafíos que los progresivos cambios en nuestra realidad económica y social suponen para el ordenamiento jurídico-laboral.

Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada

VV.AA. J.L. MONEREO PÉREZ (director)

Comares, Granada, 2011, 602 pp.

[BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA]

Dentro del marco jurídico-laboral español aparecen con frecuencia ciertos conflictos de difícil resolución, dada la enorme complejidad de las diversas ramas que componen este ordenamiento jurídico. En particular, resultan especialmente opacos, incluso para el jurista experimentado, aquellos que surgen de la íntima relación que une al ámbito de la libertad sindical y la negociación colectiva. La acuciante necesidad de hallar resoluciones prácticas lleva a que, muy a menudo, se indague en otros ordenamientos jurídicos internacionales, ya sean comunitarios o extracomunitarios. Así, se pretende eliminar las carencias existentes en nuestro sistema y alcanzar soluciones que permitan una mejora técnica y político-jurídica de la esfera social.

Con este fin se publica en 2011, por la editorial Comares, en su número 53, una interesantísima novedad bibliográfica titulada *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. La obra supone un fiel reflejo de las ponencias e intervenciones que tuvieron lugar en el exitoso *Encuentro Internacional sobre los derechos de libertad sindical y negociación colectiva en una perspectiva comparada*, celebrado en Granada los días 11 y 12 de diciembre del 2009. La monografía aquí presentada tiene por director al Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social:

José Luis Monereo Pérez. Y por autores un variadísimo grupo de profesionales, muy cualificados en esta materia, pertenecientes todos ellos a diferentes universidades españolas (universidades de Granada, Jaén, Huelva y Málaga) e iberoamericanas (Universidad de Santa Cruz y Universidad de Buenos Aires, ambas argentinas, Universidad de Montevideo de Uruguay y Universidad Católica de Pernambuco de Brasil) de reconocido prestigio. Este original manuscrito se inserta dentro de la conocida y amplia «Colección Trabajo y Seguridad Social» que dirige el profesor Monereo Pérez, la cual cuenta ya con una espléndida selección de ensayos y estudios bibliográficos de la rama social del derecho, que no disminuye su tremenda calidad a pesar de contar ya con un número considerable de volúmenes. Entre todos ellos destacan: «Los orígenes de la Seguridad Social en España, José Maluquer y Salvador»; «El régimen jurídico del persona de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)»; «A treinta años de la adopción del convenio n. 150 de la OIT sobre la administración del trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina»; «La edad de jubilación», etcétera.

Se conforma así un trabajo colectivo muy actual, teniendo en cuenta la compleja realidad social por la que atravesamos, en donde la búsqueda de un equilibrio, siempre difícil, entre los niveles de organización de la acción sindical y los respectivos ámbitos de estructuración del sistema de negociación colectiva se encuentra a la orden del día. Dicha tensión no se limita únicamente al territorio español, sino que se manifiesta en otros espacios geográficos indistintamente de su extensión, ya sean nacionales, supranacionales e incluso internacionales. Las evidentes divergencias existentes entre sus respectivos ordenamientos no ha supuesto, a la postre, un impedimento insalvable para el avance de semejante dilema. Por tanto, la aparición de problemas similares a los de nuestro sistema legislativo en otros ordenamientos jurídicos, por poco emparentados que estén con el nuestro, no resulta especialmente sorprendente. Y es que fruto de la relevancia que para el mundo de las relaciones laborales supone este asunto, se pueden comprender los continuos vaivenes legislativos acometidos a lo largo y ancho del globo. Todas estas razones de gran calado fueron las que motivaron la celebración de este transcendental encuentro internacional, así como su cristalización en esta llamativa edición.

Podemos, asimismo, afirmar que nos encontramos, sin lugar a dudas, ante un magnífico y perfeccionado trabajo de investigación. El metódico estudioso de la vertiente laboral no debe pasar por alto un libro tan ameno como indispensable, que hará las delicias del atento lector, sumergiéndole por completo en tan controvertido y cambiante campo. Especialmente destaca el selecto y amplio material bibliográfico utilizado por este heterogéneo, pero brillante, grupo de participantes. Así como el rigurosísimo orden que su director, meticulosamente, ha previsto, lo que brinda al jurista un conocimiento perfectamente estructurado de la materia.

La obra se sistematiza en tres partes, precedidas por un pequeño prólogo a cargo de la dirección del libro, en donde se analizan de manera general las intenciones tenidas en cuenta para la elaboración de este estudio, haciendo especial hincapié, fundamentalmente, en la importancia de la metodología escogida.

A continuación, cada una de las tres grandes partes de este ejemplar se compone de diversos capítulos, versando cada uno de ellos acerca de los principales puntos de debate tratados durante este evento académico. De forma más detallada:

— La Parte I. «La libertad sindical», aparece dedicada al estudio y desarrollo global de toda la problemática que gira en torno a la representatividad sindical de los trabajadores, así como de su compleja regulación.

Comenzando esta sección con un sobrio estudio no falto de intensidad, que se centra en los «Modelos generales: función del sindicato y mayor representatividad sindical (Ponencia general sobre libertad sindical)», bajo la autoría del director de la obra. Precisamente aquí se plasman, de una forma global, los principales retos a los que enfrenta nuestro actual sistema de relaciones laborales en estrecha armonía con el movimiento sindical.

La representatividad sindical de los trabajadores se ha erigido, a día de hoy, como un problema más que enrevesado a todos los niveles (político, social y empresarial). Pues no sólo aparecen vinculados a las formas de organización de la negociación colectiva, sino también a las formas de organización de la empresa y a los métodos de interlocución con los poderes sociales. En los últimos tiempos se está hablando de una «crisis de representatividad sindical», producida merced a

los procesos de «individualización», «fragmentación» y «descentralización» que afectan al mercado de trabajo. Abriéndose profundos interrogantes sobre el papel que desempeñan estas organizaciones. Sin embargo, y a pesar de la larga evolución normativa, aún no se ha logrado un asentamiento definitivo en la materia.

Los temas subsiguientes no carecen de un inestimable interés científico, en particular: «La organización y acción sindical en el plano supranacional»; «El criterio de la organización sindical más representativa»; «La representación sindical y las nuevas formas de organización empresarial»; «La acción sindical y el cambio tecnológico»; «La sindicalización de los trabajadores autónomos»; «La tutela jurídica de la libertad sindical (ámbitos nacional e internacional)»; «La libertad sindical de los extranjeros en la perspectiva internacional y comunitaria»; «Algunas notas sobre organizaciones «no sindicales» de representación de intereses profesionales»; «Procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos»; «Cuestiones problemáticas del arbitraje como sistema de solución de conflictos colectivos en el Derecho comparado europeo»; «Los derechos de participación-implicación de los trabajadores en la sociedad Anónima Europea: Útiles instrumentos para la «gestión» de las crisis empresariales».

— En la Parte II. «La negociación colectiva» se examina, en estrecha armonía con los temas previos, todo el conjunto de aspectos de dudosa aplicación que orbitan en torno a un instrumento de regulación de las relaciones entre trabajadores y empleadores tan flexible como el que encabeza el título de la segunda parte.

Abre esta sección intermedia un llamativo capítulo preliminar, correspondiente a la Ponencia General sobre Negociación Colectiva que tuvo lugar en la reunión que tenemos por objeto de estudio. De la mano de la Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, María Nieves Moreno Vida, se expone desde una perspectiva panorámica, no obstante hartamente provechosa, el conjunto de funciones que vienen desempeñando esta importante figura negociadora.

Las transformaciones sociales y económicas no son más que resultado de la persistente y abrumadora necesidad de plantear la ejecución de cambios del sistema legislativo, con el fin de afrontar los desafíos que el nuevo contexto social conlleva.

Por esto, es precisamente en este punto, donde cobra extraordinaria importancia la negociación colectiva como fuente determinante de la aparición de un nuevo Derecho del Trabajo flexible, al que poco a poco nos acercamos.

Seguidamente, se aborda con audacia toda una serie de aspectos vinculados con el fenómeno negocial, a saber: «Configuración y eficacia de los convenios colectivos: modelos comparados europeos»; «Los sujetos de la negociación colectiva en una perspectiva comparada»; «Intervención estatal y configuración de la estructura de la negociación colectiva en la experiencia argentina»; «Las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva»; «Responsabilidad legal de las empresas transnacionales. Eficacia jurídica de los acuerdos marcos globales y estrategias de exigibilidad»; «Las cláusulas de descuelgue salarial»; «El derecho a la negociación colectiva en el empleo público»; «Negociación colectiva y derecho flexible del trabajo»; «Negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales y formación profesional»; y «Eficacia personal de los convenios colectivos en una perspectiva comparada: España e Italia».

— Como cierre final en la Parte III. «Conferencia de clausura», se acomete el estudio, de forma sucinta y concisa, del conjunto de cuestiones conflictivas que acontecen al «interés colectivo». Asunto, que tal y como muestra la realidad contemporánea, se haya en una constante y continuada situación de enfrentamiento con la libertad sindical y la autonomía colectiva, que trata de satisfacerse por vía de derecho.

En definitiva, nos encontramos ante una extraordinaria obra de carácter científico que cubre perfecta y pormenorizadamente la maraña político-social que encierra el mundo sindical cuando a la negociación colectiva se refiere. Además de lo expuesto, el hecho de que se realice un estudio y contraste comparado con otros ordenamientos normativos, facilita desde una visión amplia la emisión un juicio crítico. No sólo eso, sino que permite una mejor elaboración legislativa, tal y como ha quedado demostrado en experiencias anteriores (ejemplo: Proyecto del Instituto de Trabajo; Ley de Bases de Seguridad Social de 1963; Pacto de Toledo, etcétera).

Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada no defraudará a los profesionales de la rama y

se convertirá en una pieza clave y fundamental de cualquier biblioteca iuslaboralista que se precie.

El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo

Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo actualizado con la reforma laboral

VV.AA. J.L. MONEREO PÉREZ, MARÍA NIEVES MORENO VIDA Y JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT (directores) y LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ (coordinador)

Comares, Granada, 2011, 818 pp.

[BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA]

El Derecho del Empleo se entiende actualmente como una rama del ordenamiento jurídico de reciente aparición. Este nuevo campo de conocimiento surgió en el año 1980, tras la configuración y creación de un ámbito jurídico propio de la política de empleo. Índice de su elevada importancia es su regulación, ya prevista de antemano por nuestra Constitución Española, hasta dos años antes de su promulgación legal.

Hoy en día, su situación es tal que está originando una gran preocupación, extensible igualmente al ámbito internacional y comunitario, que ha determinado que los Gobiernos de los distintos Estados lleven a cabo, como cuestión primordial, una serie de acciones políticas de empleo.

Encontramos en la Editorial Comares, una novedad bibliográfica de 2011, publicada en la Colección Comentarios a la Legislación Social; obra que es colectiva y que se encuentra dirigida por José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida y José Antonio Fernández Bernat y coordinada por Luis Ángel Triguero Martínez, la cual tiene por título: *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo* y por subtítulo: «Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo actualizado con la reforma laboral». Se trata de una elegante monografía encuadrable dentro de la rama del Derecho Social y Derecho del Trabajo, que se inserta en un amplio conjunto de estudios y comentarios a la legislación laboral y de Seguridad Social, tales como el *Tratado Práctico a la legislación reguladora de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, Las contingencias comunes protegidas por la Se-*

guridad Social, etcétera, todas ellas encuadradas dentro de la Colección Comentarios a la Legislación Social, dirigida por el Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, José Luis Monereo Pérez.

Se trata de un estudio colectivo novedoso, ya que no existen obras disponibles al respecto que recojan de una forma tan exhaustiva, analítica, completa y actualizada cada uno de los problemas jurídicos y políticos de todos los conjuntos normativos. Como aliciente de gran interés para el lector avezado, se incluye un examen meilucoso que integra toda esta problemática en el Derecho del Empleo, principalmente intentando dar respuesta desde el ámbito jurídico a la realidad social del empleo en su conexión con las dimensiones socioeconómica, política, cultural, etcétera. Incorpora, igualmente, un estudio pormenorizado, de una parte, de las elaboraciones y construcciones jurídico-políticas de la doctrina científica y, de otra, de las construcciones jurisprudenciales. Se constituye así, una magnífica obra de consulta para juristas, alumnos de diversos ciclos académicos o de distintas titulaciones de Grado y Postgrado, y, por supuesto, para todas aquellas personas interesadas en un tema tan controvertido y candente actualmente como éste, ya que la presente monografía nos brinda la oportunidad de conocer de forma global y teórico-práctica la totalidad de las dimensiones propias del Derecho del Empleo.

Para la sistematización del presente libro se ha seguido la propia estructura legal, en la que ahora me detendré, pero, antes de adentrarse en la materia, el lector se encontrará con un pequeño prólogo a cargo de la dirección y coordinación de esta obra, en donde se analizan, de manera general, las intenciones tenidas en cuenta para la elaboración de esta monografía. Además, se realiza una detallada descripción de la metodología escogida y se nos presenta al selecto y amplio conjunto de autores participantes, formado por profesionales altamente cualificados, pertenecientes todos ellos a diferentes Universidades españolas, en donde ya cuentan con una acreditada y reconocida experiencia profesional y de prestigio científico y académico.

Como primer paso para el conocimiento del Derecho del Empleo, se halla una interesante introducción muy actualizada, que analiza la «Configuración técnica de la política de empleo y

del derecho del empleo en el modelo de estado social. Ámbito general, comunitario y autonómico» a cargo de los profesores José Luis Monereo Pérez y Luis Ángel Triguero Martínez conjuntamente.

A continuación, y siguiendo la tónica ya expuesta en el prólogo, se estudia con precisión el cuerpo legal de la Ley 56/2003, compuesta por: un Título Preliminar. «De la política de empleo» que, a su vez, consta de un Capítulo Único. «Normas generales» (arts. 1-4); Título I. «El sistema Nacional de empleo», compuesto por un Capítulo I. «Disposiciones generales» (arts. 5- 9), un Capítulo II. «El Servicio Público de empleo Estatal» (arts. 10-16) y un Capítulo. III. «Los Servicios Públicos de empleo de las Comunidades Autónomas» (arts. 17-19); Título II. «Instrumentos de la Política de Empleo», dividido en un Capítulo I. «La intermediación laboral» (arts. 20-22 bis), un Capítulo II. «Las políticas activas de empleo» (arts. 23-26) y un Capítulo III. «La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo» (arts. 27 y 28); seis Disposiciones Adicionales; tres Disposiciones Transitorias; una única Disposición Derogatoria; cuatro Disposiciones Finales y un Epílogo como cierre.

La enorme importancia del tema del derecho al empleo resulta indiscutible, ya que, tal y como viene recogido en nuestra Carta Magna, constituye un auténtico derecho social fundamental, de ahí que haya sido objeto de regulación por la ya derogada Ley Básica de Empleo de 1980.

Sin embargo, y como todos recordamos, desde entonces hasta ahora se han producido cambios significativos en el devenir histórico tales como: el proceso de integración europea, la aparición del fenómeno de la inmigración y la consolidación del Estado autonómico, entre otros, que han determinado profundas alteraciones sociales, políticas y jurídicas en todos los ámbitos (internacional, comunitario y nacional) con la finalidad de adaptarlas y acomodarlas a las nuevas realidades. A este objetivo responde la actual Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

En el actual contexto de crisis económica, el tema en cuestión ha cobrado gran relevancia, dado que está en peligro el mantenimiento del conjunto de decisiones y acciones que los poderes públicos están llevando a cabo para la consecución del equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo. En un intento por aumentar el empleo y proteger al ciudadano frente a las situaciones crecientes de

desempleo, y lejos de la realidad, la política de empleo se dota de un variado conjunto de medidas, actividades e instituciones orientadas al pleno empleo en la dialéctica existente entre la creación y el reparto del empleo «escaso». Lo que supone cambios estructurales, desde la perspectiva de la creación de empleo (políticas activas de empleo) y el aseguramiento de un determinado nivel de ingresos para los parados (políticas pasivas).

Finalmente, como no podría ser de otra forma, este detallado estudio incorpora diversas aportaciones específicas que pueden encontrarse a lo largo de este libro, en todos y cada de uno de sus apartados, siempre con pleno respeto a la creatividad y libertad de concepción de los participantes, lo que hace de ésta una completísima obra llamada a constituirse en un gran referente bibliográfico a todos los niveles. No sólo analiza minuciosamente cada uno de los elementos de la Ley del 2003 sobre el empleo, sino que, más aún, lo hace globalmente, abarcando de este modo el conjunto de todas las piezas que este problema supone y sin olvidar las interacciones que cada una efectúa con el resto. Con semejante configuración lectiva, este manual nos permite comprender en su totalidad el ámbito jurídico del Derecho del Empleo en su compleja conexión con otros ámbitos incidentes y directamente relacionados con él. Se constituye así, una buena guía teórico-práctica de necesaria consulta para todas aquellas personas —especializadas o no— que quieran conocer la correcta resolución de los problemas interpretativos y aplicativos que la normativa laboral ofrece en el delicado momento histórico que atravesamos a día de hoy.

**La fórmula del progreso.
Discursos por Emilio Castelar**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Comares, Granada, 2011, 198 pp.

[BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA]

Nos situamos en el siglo XIX, y, más concretamente, en el período de la Primera República Española y de la Restauración, momento histórico en el que se suceden determinadas situaciones decisivas que conllevan cambios de tipo social, cultural y político. Estamos ante una época de evolución en la que la idea de progreso, entendida

como avance de la civilización y de sus instituciones sociales, rechazando cualquier tipo de restricción o discriminación que impida avanzar hacia una mejora de las condiciones humanas, nos lleva a detenernos y hablar del pensamiento de un gran intelectual, Emilio Castelar y Ripoll.

El libro *La Fórmula del Progreso. Discursos por Emilio Castelar* es fiel reflejo de la filosofía republicana liberal de un hombre preocupado por la defensa de los derechos individuales y el sufragio universal. Encontramos, así, en la Editorial Comares, esta novedad bibliográfica del 2010, publicada en la Colección Crítica del Derecho, Sección Derecho vivo, dirigida por José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Se trata de una monografía encuadrable dentro de la línea de investigación interdisciplinaria seguida por el autor sobre los fundamentos históricos y doctrinales del Derecho Social en España, que ha cristalizado ya en un amplio conjunto de monografías y ensayos (*La reforma constitucional: Adolfo Posada; Aspectos jurídicos del capitalismo moderno: Georges Ripert; Teoría General de Estado: Hans Kelsen; El Catolicismo social y conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, etcétera).

Esta obra fue escrita por Emilio Castelar, en un principio como un libro de propaganda (véase página 1, Prólogo a la edición de 1870), sin embargo, la importancia de su contenido para el entendimiento del devenir histórico ha hecho preciso el detenimiento en su estudio. Por esta razón, el profesor José Luis Monereo Pérez, con cuidado detalle, claridad y gran rigor de precisión, ha elaborado esta monografía, dando a conocer así al lector del mismo, el pensamiento evolutivo republicano de Castelar y recogiendo, además, como ahora expondré, algunos de sus discursos.

El presente libro queda estructurado de la siguiente forma, en primer lugar se encuentra un estudio preliminar bajo el título: «El republicanismo liberal y la idea de progreso: Emilio Castelar», realizado por el director de esta colección; en segundo lugar, se recogen los prólogos de la presente obra, el de la edición de 1870 y el originario; en tercer lugar, aparece la obra objeto de estudio *La Fórmula del Progreso*, dividida en XXI pasajes y un epílogo; y, en cuarto y último lugar, se hace una selección de algunos de los discursos pronunciados por Castelar, entre los que se aparecen: 1. «El socialismo» (pronunciado en el Ateneo de Madrid

el 5 de mayo de 1859), 2. «La idea del progreso» (pronunciado en el Ateneo de Madrid el 13 de mayo de 1861), 3. «La libertad y el trabajo» (pronunciado en la Sociedad El Fomento de las Artes el 27 de junio de 1861), 4. «A favor de la República como forma de Gobierno» (discurso parlamentario pronunciado el 20 de mayo de 1869), 5. «En defensa de la abolición de la esclavitud en las colonias» (discurso parlamentario pronunciado el 20 de junio de 1870), 6. «En defensa del Sufragio Universal» (discurso parlamentario pronunciado el 17 de febrero de 1888), 7. «La cuestión social y la paz armada en Europa» (discurso-conferencia dada en el Círculo de la Unión Mercantil de Madrid, el 31 de mayo de 1890) y 8. «El socialismo y los socialistas» (ensayo de 25 de febrero de 1892).

Comienza la presente monografía presentándonos a Emilio Castelar y Ripoll como una de las figuras más importantes del republicanismo conservador y evolucionista de nuestro país. Aparte de ser un gran orador, destaca en su persona el hecho de haber sido nombrado por Figueras, Ministro de Estado, tras lo cual, asume la última de las presidencias, hasta su dimisión obligada en 1874 y con ella el fin de la Primera República Española en virtud del Golpe de Estado de Pavía.

Se trataba de un hombre de pensamiento no lineal, siempre en función del momento histórico, pasando así de ser un republicano progresista (comprometido con el republicanismo federalista unitario), a ser un republicano posibilista y conservador ya en época de la Restauración (confiaba en la liberalización de la Monarquía). Defendió siempre una república unitaria y «de orden».

La sociedad cambia para acercarse al ideal, por ello, apuesta decididamente por la reforma desde arriba para evitar la evolución desde abajo. Se pretende la implantación de una sociedad libre de dominación, para ello defiende la participación de los individuos en la toma de decisión a través del ejercicio del derecho de asociación y no intromisión del Estado, ya que éste sería capaz de tomar decisiones coactivas que impedirían alcanzar ese bien común.

De acuerdo con este ideal, resulta lógica la instauración de un sistema republicano, el cual conduciría al establecimiento de estas garantías de libertad y orden, superándose así las desigualdades sociales más acusadas (incluido el problema social). La implantación de este sistema sólo podría conseguirse

a través de procedimientos pacíficos, el sufragio universal y el respeto de los derechos individuales, nunca por obra de la revolución.

Castelar estaba fuertemente influenciado por el idealismo alemán y especialmente por el pensamiento de Hegel y de Tocqueville, por ello su idea de progreso de la sociedad constituía una fórmula de salvación de la humanidad, para lo cual, la fórmula política republicana sería la más acorde con el espíritu de su tiempo, es decir, con la fórmula de progreso que para él era la democracia, la cual imponía la garantía de libertad y la supresión de todas las formas de esclavitud y de servidumbre.

Para este republicano liberalista, el progreso es «el camino constante del hombre hacia la libertad», defendiendo así un avance a partir de las transformaciones graduales. Dentro de todo este entramado, juegan un papel fundamental la mano invisible del mercado y el asociacionismo de los trabajadores, desde fórmulas diversas para conseguir así, finalmente, implantar una situación de equilibrio más justa entre capital y trabajo.

Sin embargo, esta ilusión por el progreso quedó destruida cuando se apreció el carácter persistente de la clase obrera, lo que puso de relieve el fracaso del modelo de organización social y jurídico-política del sistema liberal. Produciéndose así una progresiva implantación del Estado en las relaciones laborales y en «la gestión de los riesgos sociales». Todo ello determina el replanteamiento de la noción de progreso dentro de la filosofía moderna.

En definitiva, nos hallamos ante una obra tendente a convertirse en un referente bibliográfico, no sólo por el amplio y cuidado detalle del material monográfico, documental y científico seleccionado por el director de la obra para la elaboración de esta edición y del estudio preliminar, sino también por el sistematizado y riguroso orden que éste sigue, lo que brinda al lector un conocimiento evolutivo del pensamiento republicano de uno de los personajes más relevantes de la historia reciente española. Además de lo expuesto, el hecho de que se realice un estudio y contraste del pensamiento filosófico idealista de Emilio Castelar con el de otros autores realistas de la época, preocupados igualmente por la cuestión del progreso social, tales como: Sixto Cámara, Henry George, Leo Strauss o Spengler, entre otros, facilita, desde una visión amplia, emitir un juicio crítico acerca del sistema establecido. Lo que nos permite compren-

der del devenir normativo que paulatinamente fue tomando forma y que ha llegado hasta nuestros días, siendo a día de hoy una cuestión primordial para la evolución y la mejora de las condiciones laborales y sociales de los trabajadores. Todas estas razones hacen de la presente obra una completa monografía de necesaria consulta para todo aquel que quiera adentrarse y enriquecer su formación en este ámbito legal.

Las cooperativas de trabajo asociado: Otra forma de creación de empleo

JOSÉ CUEVAS GALLEGO

Comares, Granada, 2011, 274 pp.

[BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA]

Resultado de gran importancia, en la actual configuración jurídica de los ámbitos de las relaciones laborales y societarias, la regulación de las Cooperativas de Trabajo Asociado (en adelante CTAs) como parte integrante de la rama del Derecho del Empleo. La característica que hace de ellas un tipo especial de empresa proviene de su naturaleza mixta, de un lado, como agrupación de personas con el fin común de generación de empleo y, de otro, como empresa de servicios que realiza una actividad económica organizada para la satisfacción de las necesidades de sus socios.

Encontramos en la Editorial Comares, en su volumen número cincuenta y cuatro, una interesante novedad bibliográfica de 2011, publicada en la Colección Trabajo y Seguridad Social, la cual tiene por título: *Las cooperativas de trabajo Asociado: Otra forma de empleo*. El Inspector de Trabajo y profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén, José Cuevas Gallegos se presenta como autor de este vibrante e intenso estudio de investigación. Se trata de una magnífica monografía encuadrable en la rama del Derecho Social y Derecho del Trabajo, que, al igual que otras brillantes aproximaciones del mismo campo de conocimiento [*Los orígenes de la Seguridad Social en España*, José Maluquer y Salvador; *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*; *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*; *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva compa-*

rada, etcétera], se incluye dentro de la completa y amplia Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por José Luis Monereo Pérez, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

Nos encontramos ante un trabajo de investigación muy innovador, ya que en la actualidad apenas se pueden hallar obras que traten de una forma tan perfeccionada, completa y exhaustiva cada una de las enigmáticas cuestiones que acontecen a las CTAs. Y es que, tal y como ya ha quedado apuntado por algunos doctores laboristas: «acerca del cooperativismo se ha escrito en España mucho y casi nada». Mucho, si tenemos en cuenta el número de artículos ligeros, ensayos periodísticos y conferencias divulgativas que han tratado este tema, pero muy poco si consideramos las bibliografías existentes hasta la fecha, en las que, más que tratar en profundidad la problemática de las CTAs, se ha realizado un examen limitado que, si acaso, sólo ha rayado la superficie de esta singular discusión, sin entrar a analizar los aspectos laborales principales y sustancialmente más conflictivos, tales como los de la Seguridad Social o los procesales. Y aún más teniendo en cuenta el arduo contexto económico de crisis en el que nos encontramos inmersos, en donde la destrucción de empleo se encuentra a la orden del día. Dentro de todo este entramado, el trabajo asociado en forma de cooperativa adquiere una notable trascendencia, que resulta valorada en función de criterios cuantitativos y cualitativos como forma de mantenimiento o creación de empleo.

La obra se sistematiza en cinco grandes apartados, a lo largo de los cuales se detallan escrupulosamente todos y cada uno de los problemas interpretativos y aplicativos que la actual Ley 27/1999, reguladora de las CTAs, plantea, así como las ofrecidas por cada Comunidad Autónoma dentro de su marco legal. Como aliciente de gran interés, tanto para expertos como neófitos en la materia, el presente tomo queda completado por un minucioso examen de todas las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales hasta ahora habidas en esta materia, lo que brinda al lector la oportunidad de hacerse con un hondo conocimiento de las CTAs y su entorno, permitiéndole, al tiempo, comprender la relevancia que para el Derecho del Empleo tiene este tipo de empresa.

La estructura general que sigue el libro es la siguiente: I. «Consideraciones introductorias»; II. «Enquadramiento general del sector economía social», que a su vez consta de un único capítulo; III. «La cooperativa de trabajo asociado, una empresa singular», compuesto por un Capítulo I. La Institucionalización de las cooperativas de trabajo asociado, un Capítulo II. La empresa cooperativa de trabajo asociado como empresa de economía social, un Capítulo III. El socio trabajador en la cooperativa de trabajo asociado, un Capítulo IV. Los sistemas de protección social y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y un Capítulo V. La prevención de riesgos laborales en las cooperativas de trabajo asociado; IV. «El empleo y las cooperativas de trabajo asociado», dividido en un Capítulo I. Política de empleo, y un Capítulo II. Territorio y empleo; V. «La instrumentación de las cooperativas de trabajo asociado para objetivos laborales», en el que se inserta un Capítulo único y, por último, como cierre, VI. Reflexión final.

En nuestra sociedad contemporánea nos encontramos con una enorme diversidad de empresas, algunas comprendidas en el Sector Público y otras ligadas al Sector Privado. Cada una de ellas se configura mediante una serie de características y elementos diferenciales que determinan: su organización, función, finalidad en el mercado de trabajo, etcétera. A pesar de tan manifiesta variedad, el sistema adolece aún de algunas injusticias que necesitan de una adecuada corrección y mejora, con el objetivo de hacer frente a los nuevos desafíos que la nueva realidad lleva consigo. Estas razones han determinado el nacimiento de un nuevo Sector, el de la Economía Social.

Así pues, las CTAs, como empresas pertenecientes al Sector de la Economía Social, aparecen hoy día como un modelo de organización del trabajo que se ha mostrado capaz de democratizar los procesos productivos; que, con criterios distintos a los tradicionales, ha logrado incentivar la actividad laboral individual; y dulcificar, si cabe, parcialmente al menos, todo un sistema de producción que la historia ha demostrado ser profundamente vulnerable a la acción estatal, que en más de una ocasión lo ha tratado como completamente alienable.

Las CTAs no compiten en eficiencia con la empresa convencional, sino que compiten con el Estado Social, con el objetivo de perseguir cier-

tos fines de interés general constitucionalmente configurados. El fundamento de su nacimiento se justifica como un intento para dar respuesta a la crisis del modelo convencional y tradicional de la empresa. Crisis que plantea un doble conflicto, de una parte, el proveniente del interior de la empresa como consecuencia de la contraposición entre los intereses del factor capital y del factor trabajo, y, de otra parte, de la actividad externa de la empresa por el enfrentamiento entre el interés privado del empresario titular de la empresa convencional y el interés general del que es titular la colectividad.

Sin embargo, la acuciante realidad social nos revela que la complejidad de las CTAs viene determinada, en suma medida, por la especialidad del tipo de empresa. Ello acarrea, como no podía ser de otra forma, particularidades en cuanto a los sujetos de esa relación. Recordemos que hablamos de sociedades personalistas, en donde la actividad del socio trabajador aparece ubicada en terrenos que no son del todo propios del Derecho del Trabajo, aun cuando lleven a cabo actividades empresariales, sin perjuicio de que tengan carácter mercantil (STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 7 de septiembre de 2001).

En definitiva, nos hallamos ante una interesantísima monografía que cubre perfectamente y de manera pormenorizada el tema objeto de estudio: *Las cooperativas de trabajo asociado: Otra forma de empleo*, conformándose, así, como gran referente bibliográfico de necesaria consulta, para todo aquel que quiera adentrarse y enriquecerse de este complejo mundo iuslaboral. En este manual no sólo se analiza con soltura y rigor cada uno de los elementos jurídicos que la actual y cambiante regulación establece, sino que, más aún, lo hace globalmente. Se abarca de este modo al conjunto total de las piezas que este particular modelo empresarial ofrece y todo ello sin olvidar la interacción de cada una de éstas con el resto de ramas del ordenamiento laboral, a saber: la Seguridad Social, la Prevención de Riesgos Laborales, etcétera. Además, y como en todo buen exponente jurídico, no falta, por parte del autor, la incorporación de una serie de reflexiones de gran calado, que difícilmente podrían pasar desapercibidas ante los ojos de cualquier estudioso. Por último, no debemos olvidar que esta materia pocas veces ha sido analizada tan íntegra y extensamente, razón por la cual resulta tan significativa la publicación de este ejemplar manuscrito.

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 las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del

autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

- a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. edición, lugar de publicación, editor, año, página.
- b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
- c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.