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

Nº47

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.

El texto de todas las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos que el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) distribuye a las empresas reutilizadoras de información pública. Esta nota se incluye en cumplimiento de las condiciones generales de reutilización establecidas por el artículo 3.6 del Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

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

LA REFORMA DE LAS PENSIONES EN LA LEY 27/2011: ENTRE LA CRISIS ECONÓMICA Y EL SEISMO DEMOGRÁFICO.
Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina 5

ARTÍCULOS DOCTRINALES

MODELOS JURÍDICO-POLÍTICOS ACTUALES DE REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA: REVISIÓN E IMPLICACIONES EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA
José Luis Monereo Pérez y Luis Ángel Triguero Martínez 13

LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LA EXPERIENCIA DEL GOBIERNO DE LA RIOJA
Pilar Núñez-Cortés Contreras 57

AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA Y VARIACIÓN SUSTANCIAL EN EL PROCESO LABORAL
Ana Isabel García Salas 77

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO
Óscar Fernández Márquez 117

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; Luis Gordo González 131

III. EMPRESARIO
Jesús Cruz Villalón; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; Rafael Gómez Gordillo; Macarena Hernández Bejarano; María Sepúlveda Gómez 159

IV. CONTRATACIÓN LABORAL
José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer 191

Página

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL
Lourdes López Cumbre; Ana María Badiola Sánchez (coordinadora); Fernando Breñosa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Montserrat Ruiz Cuesta; César Tolosa Tribiño 203

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig 237

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS
Jesús R. Mercader Uguina; Ana Belén Muñoz Ruiz (coord.); Cristina Aragón Gómez; Patricia Nieto Rojas; José Delgado Ruiz; Amanda Moreno Solana; Pablo Gimeno Díaz de Atauri; Daniel Pérez del Prado 247

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Javier Gárate 265

IX. SEGURIDAD SOCIAL
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 277

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA
José Luis Monereo Pérez; M.ª Nieves Moreno Vida; Ángel J. Gallego Morales; José Antonio Fernández Avilés; José María Viñas Armada; Susana de la Casa Quesada . 287

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL
José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra 301

XII. EL PROCESO LABORAL
Lourdes Martín Flórez; Ana Higuera Garrido; Miguel Ángel Buján Brunet; Raul Boo Vicente 305

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
Parte A) 317
Parte B) 327
José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernáiz.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS 341

EDITORIAL

LA REFORMA DE LAS PENSIONES EN LA LEY 27/2011: ENTRE LA CRISIS ECONÓMICA Y EL SEISMO DEMOGRÁFICO

En la década de 1930, John Maynard Keynes nos sorprendió con una frase significativa: «a la larga morimos». Tal afirmación tenía como objetivo apoyar su llamamiento urgente con el objeto de salvar al mundo de la depresión. En la actualidad se ha sugerido otra frase: «a la larga nos hacemos viejos». El envejecimiento global establecerá los parámetros sociales y económicos del futuro próximo. Esta situación unida a la profunda crisis económica por la que estamos atravesando ha propiciado una nueva reforma de nuestro sistema de Seguridad Social.

La permanente reforma del sistema público de pensiones arranca en la era democrática con la Ley 26/1985 de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y Acción Protectora de la Seguridad Social. La misma incorporó medidas fundamentales que, vistas en perspectiva, sirvieron para garantizar la entera sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Entre sus actuaciones más relevantes se situaron las referidas a la pensión de jubilación, consistentes en aumentar el período mínimo de cotización de diez a quince años y el número de años utilizados para el cómputo de la base reguladora desde dos años hasta los ocho previos a la jubilación. A pesar de que estas medidas beneficiaron la conservación del sistema, se mantuvo el continuo incremento del número de pensiones y de la cuantía de la pensión media.

Esta situación llevó a la aprobación por el Pleno del Congreso, el 15 de febrero de 1994, de una proposición para crear una Ponencia en la Comisión de Presupuestos con el fin de elaborar un informe sobre los problemas y las reformas del sistema de Seguridad Social. Este Informe, conocido como Pacto de Toledo, analizó tanto los antecedentes del sistema de Seguridad Social como los factores que podían condicionar su evolución futura. Sus quince recomendaciones constituyeron la base del acuerdo alcanzado, el 9 de octubre de 1996, entre el Gobierno y los dos sindicatos mayoritarios, que se denominó Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. Este acuerdo fue, posteriormente, plasmado en la Ley 27/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, aprobada por el Congreso el 15 de julio de 1997. La misma adoptó, también, medidas de enorme importancia: el aumento del período de cálculo de la base reguladora (de 8 a 15 años); la revalorización de las pensiones según la evolución prevista para el IPC y su revisión en función de las divergencias con el aumento del IPC observado en noviembre, la creación de un fondo de reserva destinado al pago de las pensiones, a dotar con excedentes de la Seguridad Social, y la gradual eliminación de los topes de cotización por debajo del máximo.

Con posterioridad, el 9 de abril de 2001, el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa firmaron un Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, que se concretó con posterioridad en la aprobación de la Ley 35/2002, de 12 de julio. Con el objetivo de lograr una mayor permanencia en la vida activa, la norma actuó en varias direcciones: en primer término, reformó la regulación de la jubilación parcial; en segundo lugar, estableció diversas previsiones que posibilitasen que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación pudiera superar el 100%, respecto de aquellos trabajadores que permanecieran en activo más allá de los sesenta y cinco años de edad y acreditasen un mínimo de treinta y cinco años de cotización. Igualmente, junto al señalado objetivo de propiciar una permanencia en la actividad del trabajador, también se contenía el propósito de reformular las condiciones de acceso a la jubilación anticipada, de manera que, por un lado, se mantuviera en su regulación actual el acceso, por aplicación de derecho transitorio, a la jubilación a partir de los sesenta años y, por otro, pudieran acceder a la jubilación anticipada, a partir de los sesenta y un años, los trabajadores afiliados a la Seguridad Social con posterioridad a 1 de enero de 1967, siempre que reunieran determinados requisitos.

Más recientemente, en julio de 2006 se firmó el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, entre el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que quedó plasmado en la Ley 40/2007. En cuanto a la jubilación, se estableció que para acreditar el cómputo del período mínimo de cotización de 15 años, no podría tenerse en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, estableciendo la aplicación de forma gradual de dicho período mínimo de cotización. Además, como consecuencia de aplicar los coeficientes reductores de edad, no se podría acceder a la pensión de jubilación con menos de 52 años. Asimismo, la reducción de la pensión por jubilarse anticipadamente acreditando treinta años cotizados pasaba a ser de un 7,5%. La norma establecía para los trabajadores con 65 años que prolongasen su vida laboral, la percepción de una cantidad a tanto alzado, cuando el pensionista tuviera derecho a la pensión máxima, o de un porcentaje adicional sobre la base reguladora del 2% o el 3% cuando no se alcanzase la cuantía máxima. La jubilación parcial fue endurecida al exigirse el cumplimiento de la edad de 61 años, como regla general, seis años de antigüedad en la empresa, treinta años de cotización a la Seguridad Social y la celebración de un contrato de relevo en las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. Dichos requisitos se aplicarían gradualmente.

El último episodio de este largo devenir lo encontramos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que efectúa una de las reformas más amplias y de mayor calado de las realizadas en el sistema público de pensiones, avanzando en la dirección marcada por las recomendaciones del Pacto de Toledo aprobadas por el Congreso de los Diputados el 25 de enero de 2011.

Conforme se expone en la Exposición de Motivos, la actual situación económica y demográfica en España ha hecho necesaria la reforma del sistema de pensiones en sus distintos ámbitos. La reforma era inevitable. La evolución demográfica hace imposible que el sistema español de pensiones públicas pueda seguir ofreciendo las prestaciones actuales.

La esperanza de vida (no al nacer, sino una vez cumplidos 65 años) es de 19,1 años más para los varones, y de 23,1 años más para la mujeres. En 2010 la tasa de dependencia en España se situó en el 46,8%, es decir, hay 46,8 personas dependientes (menores de 16 y mayores de 65 años) por cada 100 en edad de trabajar y, según proyecciones del INE, este porcentaje aumentará hasta el 55,2% en 2019. Para 2025, la cifra actual de 8.711.000 pensiones se elevará a un número aproximado de 11 millones, y se incrementará a 17 millones en 2050.

A lo anterior se une la evidente caída de la natalidad que determina que, en caso de mantenerse las tendencias demográficas actuales, España mantendría una tasa anual de crecimiento demográfico en los próximos años con niveles inferiores al 0,35% y en ligera tendencia decreciente. De esta forma, y después de unos años de elevado crecimiento demográfico, España alcanzaría algo más de 47 millones de habitantes en el año 2020. En el período 2010-2019 la población residente crecería en 1,2 millones (un 2,7%), frente a los 5,9 millones de incremento (14,8%) en la primera década del siglo XXI.

A ello se une que la inmigración, no es, tampoco, la respuesta. El Instituto Nacional de Estadística ha previsto que el flujo inmigratorio alcanzaría en 2010 un nivel cercano a los 460.000 inmigrantes, cifra ligeramente inferior a la alcanzada en 2009. Tal cifra supondría una reducción del 54,4% respecto al millón de personas que entraron en España procedentes del extranjero durante 2007. De ello resulta un saldo migratorio exterior de 684.672 personas en el período 2010-2019, situándose por debajo de las 80.000 personas en la casi totalidad de los años de dicho período.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, «no es solo la tendencia demográfica el único factor que aconseja hacer las reformas», sino que «resulta necesario reforzar la contributividad del sistema estableciendo una relación más adecuada entre el esfuerzo realizado en cotizaciones a lo largo de la vida laboral y las prestaciones contributivas a percibir». El sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del período de actividad laboral en dos sentidos: por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones. Por otro lado, la tasa de participación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente, se hace necesario que los trabajadores de más edad se mantengan en el mercado de trabajo y que, en caso de perder su empleo en los últimos años de su vida laboral, puedan en la medida de lo posible reincorporarse a la vida activa

En este contexto, la Ley 27/2011 se inscribe en la misma línea de reformas que están siguiendo los principales países europeos. Ello se pone de manifiesto en el Libro Verde sobre las Pensiones «En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros» [COM (2010), 365 final]. Dicho objetivo global abarca tres facetas fundamentales: 1.º) Mejorar el equilibrio entre el número de años de sus vidas que los ciudadanos pasan como trabajadores en activo, respecto al número de años que esos mismos ciudadanos pasan como jubilados. 2.º) La obligación —con arreglo a la normativa comunitaria— de suprimir los obstáculos a la movilidad de los trabajadores y del capital que puedan derivar de las regulaciones internas de los sistemas de pensiones, incluidos los planes comple-

mentarios de pensiones. 3.º) La necesidad de garantizar la seguridad y adecuación de las pensiones ahora y en el futuro.

El fenómeno del envejecimiento de la población y su impacto sobre el gasto público es, como decimos, un fenómeno generalizado en todos los países desarrollados. Ello ha obligado a que la práctica totalidad de los países de la vieja Europa hayan iniciado el lento camino de las reformas. Estas podrían dividirse en dos grandes bloques: las reformas en las que se revisan los principales parámetros que afectan al cálculo de la pensión y las reformas encaminadas a modificar la estructura del sistema de pensiones. Las primeras han incrementado la penalización por jubilación anticipada o los incentivos a retrasar la edad de jubilación, retrasando la edad a la que se puede acceder a la jubilación anticipada (Austria, Francia, Alemania, Italia, Portugal). Las segundas se han centrado en resolver el equilibrio entre las cotizaciones pagadas y las prestaciones recibidas y han tomado en cuenta como criterio de referencia el factor de sostenibilidad. Ejemplo paradigmático de este modelo es Suecia.

La Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social se publica en el Boletín Oficial del Estado de 2 de agosto del 2011. Como señala su Exposición de Motivos, la misma se dirige a anticipar las reformas necesarias en la estructura del sistema para que éste pueda responder con eficacia a los nuevos desafíos y estar en condiciones óptimas de seguir proveyendo la más amplia cobertura protectora posible ante los riesgos sociales, dentro de un sistema de Seguridad Social financieramente estable y sólido que garantice a las generaciones futuras prestaciones sociales suficientes. Varios son los cambios de los que la misma se ocupa.

La edad de acceso a la jubilación se incrementa progresivamente hasta los 67 años en un período transitorio de 15 años, que comienza en 2013 y culmina en 2027. Se mantiene en 65 años para aquellos trabajadores que hayan cotizado 38 años y seis meses. Además, se incrementan los incentivos para la prolongación voluntaria de la vida laboral. Las personas que prolonguen su vida laboral después de la edad legal de jubilación podrán aumentar su pensión por encima del cien por cien de la base reguladora entre un 2% y un 4% por cada año adicional.

El período de cotización computable para calcular la pensión pasará gradualmente de 15 a 25 años. Del mismo modo, se modifican los porcentajes aplicables a la base reguladora para calcular el importe de la pensión. Así, por los primeros quince años cotizados se aplicará el 50%; a partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, se aplicará el 0,19%; y para los que superen el mes 248, el 0,18%. De este modo, para que la pensión alcance el 100% de la base reguladora serán precisos 37 años, incrementándose gradualmente desde los 35 actuales.

Por lo que se refiere a la jubilación anticipada, se establecen dos modalidades de acceso: la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva del cese voluntario. En ambos casos se exige un mínimo de cotización de 33 años. En el primer caso se exige, además, una edad mínima de 61 años y una situación de crisis o cierre de la empresa que impida la continuidad de la relación laboral, mientras que en el segundo caso, la edad mínima es de 63 años y la pensión resultante debe ser superior al importe de la pensión mínima que hubiera correspondido al interesado a los 65 años de edad.

En cuanto a la jubilación parcial, se mantiene la posibilidad de acceso a la misma sin la necesidad de celebrar simultáneamente un contrato de relevo para quienes hayan alcanzado la edad legal de jubilación. En los casos en que se exige la celebración simultánea de un contrato de relevo, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial. En el caso de discapacitados, se reducen los años de cotización exigidos de los 30 actuales a los 25 años.

Se declara la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia, siempre que los ingresos de dicha actividad no superen el salario mínimo interprofesional anual y no se estará obligado a cotizar en Seguridad Social. A su vez, establece que se regulará por ley la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo y que, mientras no se regule, se deja sin aplicación la Orden TIN/1362/2011, manteniendo el criterio anterior a la misma que permitía compatibilizar el trabajo con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados.

Igualmente, se modifica el régimen jurídico de la pensión de incapacidad permanente, adecuándose la fórmula de cálculo para determinar la base reguladora de la pensión a las nuevas reglas de cálculo de la pensión de jubilación. Además, se estipulan los casos en que se puede compatibilizar el percibo de la pensión con la realización de trabajos distintos a los que habitualmente se venían realizando. Por último, se establece la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación.

Los complementos a mínimos de las pensiones contributivas no podrán superar la cuantía de las pensiones de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva, salvo en el caso de pensiones de gran invalidez.

Junto a estas previsiones, la Ley 27/2011 recoge un buen número de medidas de carácter programático. Así, se establece que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, tras la publicación de esta ley, determinará las modalidades de convenios especiales que habrían de suscribirse obligatoriamente antes del transcurso de un determinado plazo desde la fecha de baja en el régimen correspondiente o de extinción del derecho a las prestaciones por desempleo y, regulará dos nuevas modalidades de convenio especial, una para españoles que participen en el extranjero, de forma remunerada, en programas formativos o de investigación sin quedar vinculados por una relación laboral, y otra para personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral para la cobertura de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia.

Tienen también este carácter las previsiones conforme a las cuales, en el plazo de tres meses a partir de la publicación de esta ley y en base a las previsiones contenidas en el art. 97.2.m) LGSS, el Gobierno establecerá los mecanismos de inclusión en la misma de los participantes en programas de formación vinculados a estudios universitarios o de formación profesional que conlleven contraprestación económica para los afectados, siempre que, en razón de la realización de dichos programas no viniesen obligados a estar de alta en el respectivo Régimen de la Seguridad Social. Las personas que a la entrada en vigor de dichos mecanismos se hubieran encontrado en la situación indicada, podrán suscribir un convenio especial que les posibilite el cómputo de cotización por los períodos de formación realizados antes de la señalada fecha, hasta un máximo de dos años.

En el convenio especial por expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad de 65 años. Las cotizaciones correspondientes serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años (61 años en casos de expedientes de regulación de empleo por causas económicas), y a cargo del trabajador hasta que cumpla 65 años.

La ley autoriza al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, cuyo objeto es la gestión del sistema de la Seguridad Social y que integrará al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y la Gerencia de Informática de la Seguridad Social.

Merece destacarse la previsión recogida en la Disposición adicional decimosexta, de inmediata aplicación, conforme a la cual en los despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 50 o más años, las empresas deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, en los términos que se determinen reglamentariamente, siempre que: se trate de una empresa de más de 500 trabajadores y con beneficios en los dos últimos ejercicios, haya al menos 100 trabajadores afectados en un período de tres años y, los trabajadores afectados de 50 o más años no sean recolocados dentro de los seis meses siguientes.

La Ley prevé también que, a partir de 2012, los empleados de hogar quedarán integrados en el Régimen General de la Seguridad Social mediante el establecimiento de un sistema especial y que la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pasa a ser obligatoria para todos los regímenes del sistema.

En cuanto a los beneficios por el cuidado de hijos, se computará como período de cotización el período de interrupción de la actividad laboral por nacimiento de un hijo o por adopción o acogimiento de un menor de seis años, cuando dicha interrupción se produzca en el período comprendido entre el inicio del noveno mes anterior al nacimiento o al tercer mes anterior a la adopción o al acogimiento y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

La reforma entrará en vigor el 1 de enero de 2013 y se aplicará de forma paulatina en un período transitorio de 15 años, que culminará en 2027. Decía Flaubert que «el futuro nos tortura y el pasado nos encadena, he ahí porque se nos escapa el presente». La reforma de las pensiones puede contribuir a dar un paso más en la senda que pretende que la sociedad española pueda comenzar a despejar uno de los interrogantes más inciertos de su futuro.

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

MODELOS JURÍDICO-POLÍTICOS ACTUALES DE REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA: REVISIÓN E IMPLICACIONES EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA [1]

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Instituto de Migraciones. Universidad de Granada

Luis Ángel Triguero Martínez

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Instituto de Migraciones. Universidad de Granada

RESUMEN

Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada

En el contexto de una globalización muy avanzada en el orden económico, los modelos jurídico-políticos actuales reguladores de la inmigración y extranjería —significativamente a nivel comunitario y nacional— adolecen de una estabilidad y regulación social. Son constantes los avances y los retrocesos que se producen en las políticas jurídicas de regulación de entrada, permanencia y salida de las personas inmigrantes extranjeras, hasta el extremo de subordinarlas a las necesidades económicas y de los mercados de trabajo. Es necesario repensar el rol de los Estados e Instituciones Internacionales en relación a las mismas desde la óptica del modelo de Estado social de Derecho y los derechos sociales de ciudadanía desmercantilizadores.

ABSTRACT

Legal and political models of the current regulatory immigration and foreigners: review and implications in a global society

In the context of globalization well underway in the economic, legal and political models of the current regulatory immigration and foreigners suffer from stability and social regulation. Are constant advances and setbacks that occur in legal policies for regulating entry, stay and departure of foreign immigrants, to the extent subordinate to the economic and labor markets. We need to rethink the role of states and international institutions in relation to them from the perspective of model social state of law and social rights of citizenship.

Sumario

I. PRECISIONES APRIORÍSTICAS.

1. La inmigración en un mundo globalizado.

2. Repensar la ciudadanía para y con la inmigración.

(1) El texto reproduce, en lo sustancial, la ponencia general presentada en la mesa «La ordenación normativa del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras (puntos críticos)» del *I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, celebrado en Granada los días 16 a 18 de febrero de 2011.

II. EL MODELO JURÍDICO-POLÍTICO COMUNITARIO.

1. Política jurídica de inmigración en la Unión Europea.

2. Nuevas tendencias jurídico-políticas presentes y de futuro: sentido y alcance.

III. EL MODELO JURÍDICO-LEGAL ESPAÑOL.

1. Inmigración y mercado de trabajo en la regulación jurídico-legal de las personas inmigrantes extranjeras.

2. La redefinición del estatuto de derechos fundamentales de la persona inmigrante extranjera.

3. Modelo de protección jurídico-legal de la persona inmigrante extranjera en la vigente Ley Orgánica 4/2000.

IV. REFLEXIONES PROPOSITIVAS DE CONJUNTO.

> «El repudio de los derechos humanos es con frecuencia comprehensivo y está dirigido contra cualquier creencia en la existencia de derechos que la gente tiene simplemente por virtud de su humanidad, en lugar de aquellos derechos que se tienen de manera contingente, basados en cualificaciones específicas como la ciudadanía y relacionados con disposiciones de la legislación concreta o con las leyes comúnmente aceptadas».
>
> Amartya SEN[(2)]

I. PRECISIONES APRIORÍSTICAS

En el marco de una sociedad globalizada en la que las migraciones son una constante[(3)], sobre todo de continentes, regiones y países menos avanzados hacia aquellos más desarrollados, el modo de afrontar y gestionar por parte de los gobiernos de los Estados la presencia de personas nacidas fuera de sus fronteras no se ha podido realizar a través de su única acción independiente[(4)]. Ha sido, es y será necesario contar con y tener en consideración el marco jurídico-político regulador de la extranjería e inmigración bien del Estado en cuestión o bien del mismo en coordinación con unidades político-territoriales superiores o inferiores en los que se encuentre incardinado o conformado, independientemente a la relación político-jurídica que les una. Es necesario, por tanto, que el derecho y la política del mismo vayan fuertemente ligadas y alcancen sentido político-jurídico de conjunto para su adecuada implementación en la realidad social más cercana a los miembros de la comunidad política. Cumple así el derecho la función social clave que posee: su aplicación en la realidad mediante contenidos político-morales con la finalidad de establecer un orden social justo, en cuanto que

(2) SEN, A., *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010, p. 388.

(3) Para una perspectiva de conjunto completa y actual sobre las mismas, DOMÍNGUEZ, J. y GODENAU, D., «Las migraciones internacionales en el Siglo XXI», en *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011, pp. 59 y ss.

(4) Por un sector de la doctrina *iusfilosófica* más consolidada, se advierte que es el propio carácter globalizado de la sociedad el que ha de impedir que un Estado aislado trate de poner en marcha una política propia para la adecuada gestión de los flujos migratorios, DE LUCAS, J., «Políticas de inmigración, derechos, ciudadanía», en *Derechos Humanos e Inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, AA.VV., NIETO GARCÍA, L. (dir.), Imprenta Comercial, Motril, 2003, p. 17.

se trata de un mecanismo regulativo al servicio de la adaptación de la sociedad a su entorno(5). En esta perspectiva es necesario reinventar los modos de regulación jurídico-institucional, yendo más allá de las fronteras del Derecho estatal para establecer adicionalmente instrumentos de regulación a escala internacional. Sólo así se podrá afrontar correctamente la tensión permanente entre un mercado global, la dinámica de los flujos de personas a nivel internacional y los límites territoriales de la soberanía y de la legislación de los Estados nacionales. Sería necesario, al respecto, crear instituciones internacionales eficientes para la buena «Gobernanza» de las migraciones internacionales.

1. La inmigración en un mundo globalizado

A comienzos de la segunda década del siglo XXI y pese a la crisis económico-financiera de carácter internacional tan profunda(6), hay realidades que no se ven retraídas por la misma. Una de ellas de carácter paradigmático es la globalización: la supresión de fronteras en el contexto internacional en los distintos órdenes que componen la sociedad. Ahora bien, esto último no se ha producido en igual medida en los mismos: el ejemplo más claro y de extremos opuestos en el eje consecución-no consecución de ella ha sido el orden económico y el orden de las migraciones, respectivamente.

Partiendo de esta premisa, se ha de tener presente que, esencialmente, la globalización es en términos económicos: desnacionalización o desestatalización de las economías, liberalización y mundialización de los mercados de bienes, servicios y capitales, así como la aparición de grandes empresas multinacionales operantes en este contexto(7). Sin embargo, esta dimensión no se puede ni debe de considerar aislada: los sujetos y actores implicados en la misma y afectados por ella son las propias personas. Así pues, la propia globalización económica ha implicado y conllevado la movilidad internacional o interestatal de personas. La consecuencia inmediata ha sido el redimensionamiento de las migraciones(8) y ante todo el cuestionamiento de los modelos existentes de gestión de los flujos migratorios.

Estas últimas —las migraciones— constituyen, precisamente, el extremo opuesto en la no consecución de la globalización. Por más que formal y materialmente la globalización económica influya directamente en la movilidad de las personas —las migraciones—, estos órdenes no confluyen ni convergen en la regulación de éstas en el marco general de la globalización. Muy al contrario, estos órdenes transcurren de forma paralela en un escenario mundial en el que zona geopolítica en la que haya crecimiento y desarrollo económico, zona que se configura como receptora de personas —en este caso concreto— inmigrantes(9). En este sentido, hoy en día, la mayoría de movimientos

---

(5) MONEREO PÉREZ, J.L., «Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva del Derecho», *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007, pp. 42-46. En el mismo sentido, IBÍDEM, *Introducción al nuevo Derecho de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 295 y ss.

(6) En relación a su caracterización y diferenciación con otras crisis económicas acontecidas a lo largo de la historia, DE CABO MARTÍN, C., «Lo viejo y lo nuevo en la crisis económica actual: aspectos jurídico-políticos», en *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, AA.VV., CÁMARA VILLAR, G. (ed. y coord.), Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010, pp. 11-27.

(7) VALDUEZA BLANCO, M.ª D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 41-42.

(8) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009, p. 6. Monográficamente, AA. VV., *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización*, ROJO TORRECILLA, E. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2006.

(9) Se considera así que, tras los desplazamientos de capital, bienes y servicios, se inician los de personas, RAMOS QUINTANA, M. I., «Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, p. 13. También se apunta que, en función de los propios desplazamientos de capital, bienes y servicios, la dinámica migratoria acelerará o disminuirá su ritmo, pero en todo

migratorios que acontecen se pueden incluir en el seno de la denominada por la teoría clásica de las migraciones como inmigración económico-laboral[10]. Es decir, un conjunto de flujos migratorios cuyos protagonistas principales son personas nacionales de terceros Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico donde las condiciones de vida son difíciles, que emigran hacia otros países y sociedades más evolucionadas socioeconómicamente a la búsqueda de unas mejores condiciones sociales y de vida que le permitan tener un desarrollo vital digno que mejoraría al de sus países y sociedades de origen. Aparece configurado, pues, el trabajo, la actividad laboral susceptible de desarrollar, como el medio para la consecución de la finalidad pretendida.

En este contexto surge una tensión interna y contradicción en el seno de los Estados: si en el orden económico se ha facilitado una supresión de fronteras, en el orden de las migraciones y, particularmente, en el del caso concreto de la inmigración no ha sido así. La entrada de personas nacionales de otros Estados influye directamente sobre la propia estructura económico-productiva y social del Estado receptor, con lo que se han venido diseñando a nivel nacional por los distintos Estados estrategias de control que, continuamente, han venido fracasando. Y es así por un aparente y simple motivo pero a la vez complejo: si el origen de la realidad migratoria —tan antigua como la propia condición humana[11]— es global, las políticas y medidas que tengan por objeto a las mismas han de tener idéntico carácter[12]. Es por ello por lo que, en idéntico sentido, a nivel internacional —significativamente el caso de la Unión Europea— son constantes los intentos y las medidas en aras de configurar una política migratoria a modo de estándar mínimo. E, igualmente, por parte de todas las grandes instituciones internacionales —Organización de las Naciones Unidas, Organización Internacional del Trabajo, significativamente— por medio de sus declaraciones, pactos, convenios, etc., a ratificar por los Estados. Se ha de avanzar, por tanto, en la tendencia político-jurídica de una gestión internacional de las migraciones sobre la base del intercambio de información relativa a esta realidad, el diálogo, la cooperación, el desarrollo y los acuerdos interestatales[13] —ya sean bilaterales o multilaterales— entre los países de los que salen estas personas, a los que llegan y por los que transitan. Es decir, se hace necesaria una gobernanza global de las migraciones que produzca crecimiento y prosperidad tanto en los países de origen como en los de llegada, a la vez que proteja y beneficie a las personas protagonistas de estos flujos[14].

Un pilar esencial de esta tendencia es el de la protección, titularidad y efectividad de los derechos humanos fundamentales de la persona. Igualmente, otro orden de la globalización paradigma de su no consecución. En este sentido, se ha de partir de la premisa de que las personas que migran y que llegan a unas sociedades distintas a las de origen de por sí, se encuentran en riesgo de exclusión

---

caso se mantendrá, porque el diferencial de renta entre países, la desigualdad social y la población mundial ubicada en el umbral de la pobreza, aseguran los flujos migratorios, ELU TERÁN, A., «Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas», *Revista CAUCES*, núm. 015, 2011, p. 41.

(10) ZANFRINI, L., *Sociología delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2007, pp. 35-48; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Algunas notas sobre las teorías explicativas de los flujos migratorios y la multidimensionalidad del hecho migratorio», en *Tratamiento jurídico de la inmigración*, AA.VV., CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coords), Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 12-13; MASSEY, D.S.; ARANGO, J.; HUGO, G.; KOUAOUCI, A.; PELLEGRINO, A. y TAYLOR, E.J., «Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, pp. 13-22.

(11) *Vid*., al respecto, CORTI, P., *Storia delle migrazioni internazionali*, Laterza, Bari, 2007.

(12) VALDUEZA BLANCO, M.ª D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España,* cit., p. 34.

(13) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», cit., pp. 8-9.

(14) Por este modelo de gobernanza de las migraciones —y con este desafío— apuesta la Organización Internacional del Trabajo en la obra, AA.VV., *International Labour Migration. A right-based approach*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010, pp. 143 y ss.

social. Los inmigrantes son un colectivo vulnerable para con ésta. Un instrumento radicalmente necesario de lucha contra la misma para estas personas lo constituyen los propios derechos humanos, en cuanto herramienta clave para su integración social. Sin embargo, la formal universalidad de éstos se ve reducida drásticamente por las propias políticas estatales o nacionales sobre los mismos y su particularización constitucional como derechos fundamentales de los nacionales. Esto origina una localización de los derechos humanos fundamentales —en contraposición a la globalización y en forma de limitación técnico-jurídica inconcebible de su universalidad— que también actúa en cuanto factor provocador de migraciones: las personas inmigrantes se pueden hallar excluidas socialmente y, consecuentemente, verse forzadas a desplazarse hacia otro Estado. Les mueve y empuja, junto al aspecto económico, uno social: la búsqueda de su reconocimiento por medio de la titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales en la sociedad receptora(15). En el marco de la globalización, se ha de reforzar, repensar y retomar en serio y no bajo criterios de conveniencia, los derechos humanos fundamentales de todas las personas extranjeras inmigrantes a través de la aplicación efectiva por parte de las legislaciones nacionales —y las políticas derivadas de las mismas— del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta última situación se encuentra muy condicionada paradójicamente por dos derechos humanos universales: el formal derecho humano a emigrar reconocido en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, derivado del anterior, el material derecho humano a inmigrar. El nexo entre ambos en relación a la formalidad y materialidad deriva de que, si se reconoce un derecho de salida —emigración—, simétricamente se ha de encontrar, reconocer y garantizar un derecho a entrar —inmigración—(16). En esta dirección, sobre la formalidad del primero pero no sobre la materialidad del segundo, se han conformado y definido localmente —por parte de los Estados— tanto el marco legislativo como las políticas jurídicas sobre los nacionales extranjeros de otros Estados —inmigrantes— que, muy particularmente, tienden a elevar las fronteras nacionales bajo criterios de limitación de derechos de ciudadanía, control, atención a las necesidades de los mercados de trabajo nacionales y regímenes administrativistas de autorizaciones de entrada, residencia, trabajo, etc.

Como resultado, en el marco de la globalización y, en clara consonancia con los órdenes económico y migratorio, la realidad vigente más inmediata es que el capital, los bienes y los servicios tienen derecho y libertad absoluta para moverse internacional e interestatalmente en búsqueda de las mejores condiciones de inversión. Mientras que las personas incluidas en los desplazamientos de los mismos, se excluyen y se ubican frente a ellos de un modo paralelo sin ningún atisbo de convergencia, pues éstas no tienen derecho y libertad absoluta para entrar y salir de los Estados en búsqueda de las situaciones personales más satisfactorias posibles desde la perspectiva socioeconómica(17). El orden social de la globalización en relación a las personas es nulo.

2. Repensar la ciudadanía para y con la inmigración

> «El objetivo del igualitarismo político es una sociedad libre de dominación».
>
> Michael WALZER(18)

---

(15) VALDUEZA BLANCO, M.ª D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España,* cit., p. 46.

(16) MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 22-23.

(17) Desde esta perspectiva, GEORGE, S., «¿Globalización de los derechos?», en *La globalización de los derechos humanos*, AA.VV., GIBNEY, M.J. (ed.), Crítica, Barcelona, 2004, pp. 32-34.

(18) WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad,* FCE, México, 1993, p. 11.

En el marco de la globalización en los órdenes —extremos— apuntados anteriormente, el concepto clásico de ciudadanía se ha quedado obsoleto en su sentido, alcance e implicaciones, sobre todo para y con la inmigración. En este dirección, si se pretende una verdadera coincidencia entre los modelos reguladores de estos órdenes y, a día de hoy, la realidad social más inmediata, no son válidos ya en su definición los conceptos de población, soberanía y fronteras delimitadoras del Estado-Nación[(19)] —términos totalmente locales—. En una sociedad globalizada donde los movimientos migratorios son una constante, carece de lógica jurídico-política seguir manteniendo la ciudadanía como identidad político-jurídica del sujeto con el Estado del que es nacional y, por tanto, de un modo exclusivo sobre la razón de pertenencia, ser benefactor del manto protector del Estado concreto que se trate mediante, precisamente, el estatuto jurídico de derechos —sociales, económicos y culturales, civiles y políticos—[(20)]. Por tanto, es inherente a la misma la dialéctica inclusión-exclusión derivada paradigmática y paradójicamente de la titularidad y ejercicio de derechos humanos fundamentales, asentada sobre la base de la propia nacionalidad de la persona. A día de hoy, esta es la inspiración del modelo local —estatal— regulador para las políticas jurídicas de inmigración. La consecuencia inmediata es la contraposición del nacional frente al extranjero inmigrante: una ciudadanía excluyente —significativamente también de derechos fundamentales—.

Frente a la misma es necesario repensar el concepto de ciudadanía en términos de inclusión social: una auténtica y genuina ciudadanía de carácter social asentada en la vigencia efectiva de la universalidad de los derechos humanos fundamentales de la persona —significativamente los de carácter social—, ya sea nacional o extranjera inmigrante. En la misma, la condición de persona predomina sobre la del ciudadano en términos clásicos: se debe de evolucionar tanto hacia la desnacionalización de la ciudadanía, como a la consideración de la sociedad como postnacional[(21)] —en clara concordancia con el sentido de la globalización en cuanto realidad supresora de fronteras—. Es entonces cuando se podría afirmar la efectividad de una ciudadanía cosmopolita construida sobre los derechos humanos fundamentales y su universalidad, siendo esta última el medio y la finalidad para el propio reconocimiento de la persona en el seno de la sociedad[(22)]. Sin embargo, el interrogante presente en esta cuestión que resta eficacia al planteamiento es su deficiente juridificación, pues es relevante el carácter político-programático que tienen los textos de referencia en los que se reconocen a nivel internacional y a los que se atienen los Estados[(23)]. A contrarrestar esta circunstancia formal ha de ayudar el hecho material de que el territorio pase a un segundo plano y predomine el criterio de residencia —de lugar donde se habite— en la titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

---

(19) *Vid*., desde esta perspectiva, RENAN, E., *¿Qué es una nación?*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1983.

(20) El mismo Marshall construye el concepto de ciudadanía sobre los derechos sociales, civiles y políticos de la persona de una concreta comunidad política y bajo su sometimiento a la jurisdicción de un Estado concreto, MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 36-50. Véase, al respecto, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 1996, espec., Cap. III, pp. 159 y ss. Asimismo, COSTA, P., *Cittadinanza*, Laterza, Bari, 2005, pp. 75 y ss.

(21) Al tratarse de desnacionalizar y evolucionar hacia una ciudadanía postnacional, no se daría lugar a un súper estado global, sino que se configurarían unas naciones de carácter plural. Por esto es una sociedad postnacional y no postestatal, ZANFRINI, L., *Cittadinanze. Appatenenza e diritti nella società dell' immigrazione*, Laterza, Bari, 2007, pp. 64-65.

(22) Sobre este planteamiento, *vid*., la obra clásica de GINER DE LOS RÍOS, F., *La persona social: estudios y fragmentos*, con estudio preliminar «El organicismo social de Giner de los Ríos», de MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 2008.

(23) En relación a esta cuestión, MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* cit., pp. 5-11.

Desde estos postulados, repensando la noción de ciudadanía y su caracterización de social e inclusiva, ésta se incluye en el objetivo de avanzar en la consecución de de la emancipación y la igualación social entre todas las personas —nacionales y extranjeros inmigrantes, significativamente—. La ciudadanía reafirma así la condición de pertenencia de los miembros de una comunidad política y determina que los mismos se deben entre sí la previsión comunitaria de las necesidades socialmente reconocidas, más allá de cuestiones de nacionalidad(24).

Atendiendo a la perspectiva de los derechos integrados en la ciudadanía, ésta aparece como un conjunto de situaciones jurídico-subjetivas garantizadas al individuo por el sistema jurídico. De este modo, el Estado gestiona determinados intereses reconocidos jurídicamente a las personas. Y esto es imprescindible para dar contenido al propio modelo de Estado social de Derecho. Lo que une a los ciudadanos no es la existencia de vínculos naturales, sino el tenor de los mismos derechos. Es decir, el derecho a tener derechos como atributo fundamental del ciudadano(25). El problema se plantea más bien en la representación político-ideológica de contemplar reductivamente la ciudadanía de los derechos como una nueva versión del individualismo utilitarista, al colocar al ciudadano en un lugar pretendidamente aislado en consideración a su cualidad de formar parte de la comunidad y, por tanto, sin consideración a su pertenencia a determinados grupos sociales —como por ejemplo los inmigrantes extranjeros— en una sociedad fragmentada y profundamente desigual(26). Un enfoque, éste, de la ciudadanía que ignora el papel de las organizaciones colectivas de protección de los intereses de los ciudadanos, y más ampliamente —y en relación a ello— es objetable en sede política porque este entendimiento de la ciudadanía que se limita únicamente a reafirmar posiciones jurídicas individuales es netamente insuficiente para crear las bases de un cambio hacia una sociedad más justa e igualitaria. En efecto, esta visión de la ciudadanía asentada en los derechos humanos fundamentales no permite poner en cuestión la titularidad del poder de dirección y organización de la sociedad en su conjunto; y, por ello, incurre en la paradoja de despolitizar la ciudadanía social. La lucha democrática por el ejercicio del poder de ordenación de la estructura social exige una consideración más colectiva y política de la ciudadanía que, junto a la ciudadanía de los derechos, contribuya a afirmar una ciudadanía política de los poderes colectivos indispensables para progresar en el desarrollo de la ciudadanía y en la transformación del sistema social vigente en una sociedad más igualitaria otorgando nuevos contenidos a la ciudadanía. Éstos, en el contexto de la definida inmigración económico-laboral, se han de articular desde la responsabilidad estatal en orden a la concesión efectiva de derechos de ciudadanía protectores socialmente a las personas inmigrantes extranjeras que trabajan en la sociedad y comunidad receptora contribuyendo a su desarrollo económico-social por medio de su actividad laboral, en cuanto instrumento esencial en la garantía y protección de los derechos humanos fundamentales universales como derechos de ciudadanía(27).

El intento político-ideológico de raigambre individualista —incluso, estrategia política— reside en la configuración de la ciudadanía no como una atenuación de las clases sociales, sino como supuesta supresión inmediata de su real existencia a pesar de la garantía de ciertos derechos sociales de ciudadanía. Y es que en el sistema del capitalismo intervenido los avances en la ciudadanía social no han supuesto todavía la consecución de un grado de homogeneidad social apto para contrarrestar los

---

(24) MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, pp. 166 y ss.

(25) ARENDT, H., *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 37 y ss. Monográficamente, HELZEL, P.B., *Il diritto ad avere diritti. Per una teoría normativa della cittadinanza*, Cedam, Padova, 2005, pp. 1-46.

(26) *Vid*., al respecto, BARCELLONA, P., «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», en *Problemas de legitimación en el Estado social*, AA.VV., OLIVAS, E. (coord.), Trotta, Madrid, 1993, p. 46.

(27) RAMOS QUINTANA, M.I., «Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?», cit., p. 19.

efectos no igualitaristas que comporta la existencia de una estratificación clasista de las sociedades complejas del capitalismo avanzado[28]. La concepción individualista de la ciudadanía reafirma la irrelevancia política de las diferencias sociales. Se crea la apariencia de su neutralización en el Estado representativo moderno mediante el reclamo de la noción de ciudadanía abstracta que obedece al programa político de la igualación jurídica y política de ciudadanos indiferenciados —paradójicamente, personas inmigrantes extranjeras con los nacionales de los Estados—. Pero las diferencias derivadas de la estratificación social reaparecen en la esfera económica y política en el capitalismo avanzado.

Por lo demás, la ciudadanía tiene una naturaleza ambivalente —cuando no contradictoria— en el marco de las formaciones del capitalismo desarrollado porque las igualdades básicas que confieren la ciudadanía social y de las que disfrutan todos los ciudadanos de los países desarrollados, tienen la virtualidad intrínsecamente política de que sirven doblemente tanto para reducir como para legitimar las situaciones de desigualdad que aún persisten entre los diferentes grupos sociales en el capitalismo avanzado[29]. Esta situación no aboga sólo por la ampliación de los derechos de ciudadanía, sino también por la remoción de todos aquellos obstáculos, de cualquier orden, que impiden que la libertad y la igualdad entre las personas y los grupos en que éstos se integran sea real y efectiva.

De cualquier modo, conviene realzar el dato positivo para la emancipación humana del sistema de necesidades, que la ciudadanía social ha contribuido indudablemente a la atenuación de los efectos desfavorables inherentes a la existencia de los grupos y clases sociales desparificados. En este sentido, la inserción de los derechos sociales en el estatus de ciudadano —posición de ciudadanía— permite la garantía de un sistema de derechos cuya atribución subjetiva es independiente de los mecanismos de mercado y del valor de la fuerza de trabajo en el circuito monetario según las leyes del intercambio contractual subyacente a la economía de mercado. Es por ello que los derechos sociales de ciudadanía han aportado —y aportan— un impulso decisivo para la realización progresiva del principio de igualdad sustancial.

Ahora bien, los sistemas actuales de ciudadanía —incluida la vertiente social de la misma—, son manifiestamente incompletos, lo que se refleja tanto en el carácter reducido de la extensión e intensidad de los derechos como en la realidad práctica de la existencia de desigualdades para y con grupos sociales determinados de carácter intolerable en el mismo seno de los países desarrollados. A día de hoy, el colectivo de personas inmigrantes extranjeras que las sufre es un ejemplo clarificador e ilustrativo de esta situación y circunstancia. En aras de su erradicación, urge y es necesario repensar y replantear la propia ciudadanía en los términos ya expuestos.

II. EL MODELO JURÍDICO-POLÍTICO COMUNITARIO

La regulación jurídico-política de la inmigración se ha venido configurando como una cuestión en estrecha relación con la soberanía estatal, junto a otros clásicos y ligados a ella como la política exterior y de seguridad. Los Estados siempre han tratado de regularla de una forma directa, más allá de que en el caso concreto de los países que conforman la Unión Europea sean parte de una región del planeta en su mayoría receptora de inmigración —pero también emisora en el caso concreto de algunos Estados—. Su clásica justificación ha venido siendo que la inmigración conlleva la entrada dentro de las fronteras estatales de un determinado número de personas nacionales de otros países,

(28) MONEREO PÉREZ, J.L., «Crisis económica y revisión de la Constitución democrático-social del trabajo: crítica de la opción neoliberal», en *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, AA.VV., CÁMARA VILLAR, G. (ed. y coord.), cit., pp. 192-213.

(29) Planteamiento significativa e ilustrativamente señalado por MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, cit., *passim*.

con sus consecuencias más inmediatas en la estructura social, económica, política, demográfica, etc., del Estado receptor —sin olvidar el sentido inverso, tales efectos en los países de origen—. En ello inciden dos razones principales siempre argüidas y esgrimidas: por un lado, la propia competencia estatal en relación al velo por la seguridad y el orden público en su interior; y, por otro lado, el hecho de que los mercados de trabajo son en su mayoría mercados nacionales, poniendo barreras en forma de requisitos estrictos —significativamente administrativos— para el conjunto de las personas inmigrantes que llegan para residir y trabajar(30).

Ahora bien, este planteamiento formal y material no impide que, también incluyendo las dos razones argüidas, a nivel de la Unión Europea esté en marcha una política comunitaria de inmigración desde las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999, cuando en el apartado A de las mismas, existió una referencia explícita a la política común de asilo y de inmigración de la Unión Europea(31) desde los postulados de que a ésta última no se podía dar respuesta por parte de ningún Estado de forma individualizada. A partir de esta fecha, la evolución de la misma ha sido muy compleja, con avances y retrocesos a través de las distintas directivas, recomendaciones, comunicaciones, programas y documentos político-jurídicos que desde las instituciones comunitarias se han venido aprobando en materia de inmigración, conformando así un Derecho comunitario de la Extranjería y de la Inmigración(32). Actualmente, constituyen los ejes de la misma tanto el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de octubre de 2008, como el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, de diciembre de 2009.

1. Política jurídica de inmigración en la Unión Europea

A modo de premisa, se ha de partir de que en los últimos años han sido significativas cuantitativa —por su incremento— y cualitativamente —por su diverso sentido y alcance— las normas comunitarias afectadoras a la regulación jurídica de las personas inmigrantes extranjeras de y en los Estados europeos(33). Ilustrativas y significativas son al respecto la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2004/81/CE del

(30) GARCÍA MURCIA, J., «La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, p. 217. En el mismo sentido, GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «La distribución de competencias en materia de inmigración», *Revista Temas Laborales*, Vol. I, núm. 100, 2009, p. 228.

(31) Se reúnen en un mismo título para su tratamiento conjunto la política de inmigración y de asilo, figuras que DE LUCAS diferencia. Denomina como *falsa inmigración* a la que está constituida por las manifestaciones clásicas del refugio y del asilo, destacando su caracterización o etiqueta de humanitaria. Denomina *verdadera inmigración* a la económico laboral, la de los trabajadores. DE LUCAS, J., «Política de inmigración: 30 propuestas», *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 121, 2002, pp. 33-34.

(32) En este sentido y desde una perspectiva general, *vid*., CABEZA PEREIRO, J., «Inmigración y Derecho en la Unión Europea. Introducción al Derecho de Extranjería» en *Tratamiento jurídico de la inmigración*, AA.VV., CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coords.), cit., pp. 29 y ss.

(33) La incorporación de todas estas directivas ha sido, en el caso concreto de España, una causa justificadora de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Así se establece en la parte IV de la exposición de motivos de ésta última. En esta dirección, MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (I)», *Revista Aranzadi Social*, núm. 19, 2010, pp. 70 y ss. RAMOS QUINTANA, M.I., «Migraciones laborales: las paredes maestras de la "Reforma 2009" de la Ley de Extranjería en España», *Revista Tribuna Social*, núm. 240, 2010, p. 68.

Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

La tendencia general de estas directivas es, ante todo, controladora socialmente en la canalización de la entrada, permanencia y salida de nacionales de terceros Estados en el seno de la Unión, con atención a colectivos específicos particulares de extranjeros que de un modo concreto necesiten de medidas político-jurídicas protectoras ante el posible trato mercantilizado de estas personas inmigrantes extranjeras[34]. Pero también responde, en cierta medida, a un cambio de orientación en la propia concepción económico-laboral de la inmigración no significante de la erradicación de ésta, pues se apuesta a todas luces por fomentar e impulsar una inmigración cualificada, formada y especializada, bajo el estricto interés de su utilización y aprovechamiento por los distintos Estados de la Unión y sin atención al rol que puedan desempeñar éstos para el desarrollo de los países de los que son nacionales éstos. De esta manera, nos encontramos con un marco jurídico-político de derecho interno de la Unión apostador claramente por una inmigración seleccionada o selectiva[35], a la que se le protege de un modo específico general a desarrollar y concretar por todos y cada uno de los países miembros. Todo ello sin olvidar y dejar de hacer constar la constante y clásica apuesta de la Unión por el control de fronteras, visados y lucha contra la inmigración irregular presente también en distintas directivas e documentos jurídico-políticos no mencionados de fechas anteriores. El resultado es que la política jurídica de regulación de la inmigración extranjera se encamina más al ámbito geopolítico y de las fronteras de la Unión frente al de la persona extranjera inmigrante[36], por más que se incida desde la propia Unión en la debida consideración de la

(34) Muestra de ello era la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. El Parlamento Europeo se pronunció en contra de esta propuesta en diciembre de 2010, sobre la argumentación de que el texto implicaba la creación de distintos estatutos de derechos para los diferentes colectivos de personas inmigrantes extranjeras trabajadoras —quedando excluidos los temporales o refugiados— generando, en consecuencia, distintas categorías de los mismos. Se rompía y violaba la universalidad de los derechos humanos fundamentales de la persona, reconocidos con eficacia jurídica en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(35) Desde esta perspectiva, RAMOS QUINTANA, M.I., «La política comunitaria en materia de inmigración: la progresiva consolidación de un modelo selectivo de migración laboral», en *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), cit., pp. 286-290.

(36) CHUECA SANCHO, Á. y AGUELO NAVARRO, P., «Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 21, 2009, p. 107.

normativa internacional y comunitaria hacia los inmigrantes en materia de integración social y derechos humanos[37].

En esta última dirección, especial significación tiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa—, en la que se atribuyen derechos a todas las personas —nacionales de la Unión o no— articulados alrededor de los valores de la dignidad y la justicia[38]. De un modo paradigmático, en ésta se garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de las personas inmigrantes extranjeras autorizadas para trabajar. Conforme al artículo 15.3, «los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutan los ciudadanos de la Unión». Pero no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que «podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro» —artículo 45.2—. Es de señalar que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predica respecto de las personas que «estén autorizadas a trabajar», quedando excluidos de la garantía, en principio, los trabajadores extranjeros inmigrantes que se hallen en situación administrativa irregular. Ello supone *de facto* una limitación al derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio artículo 15.1 para «toda persona». No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la «persona» —todos los derechos del título «dignidad»; el propio derecho a trabajar *ex* artículo 15.1, la protección de la salud *ex* artículo 35, etc.—, lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la directiva 2004/38. El artículo 24.2, establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembro no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas.

Desde estos postulados jurídicos establecidos a modo de premisa, la coordinación de la política de inmigración de los distintos países que conforman la Unión con la política comunitaria es más en la dirección y ámbito estricto político: atendiendo al marco jurídico nacional y comunitario, seguir unas líneas comunes de concepción y actuación presentes y futuros para con la inmigración extranjera de terceros Estados. Es por ello por lo que implícitamente se debe de entender la alusión a la coordinación con todos y cada uno de los documentos y programas de acción de carácter político que vaya aprobando la Unión hasta la consecución de una conjunta y definida política de inmigración comunitaria. Se debe de superar la realidad de los primeros años de andanza de la Unión, en la que esta política se hallaba asentada en la cooperación interestatal mediante acuerdos de asociación, cooperación, etc., permitiendo así afrontar individualizadamente la inmigración en colaboración y ayuda basada en la cooperación de los Estados en la materia, pero no generalizado a todos los miembros conformadores ni en la misma medida entre ellos.

---

(37) ROJO TORRECILLA, E., «Inmigración y mercado de trabajo en el ámbito comunitario y español (el impacto de las políticas de inmigración sobre el empleo y la edad de la población trabajadora)», en *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, AA.VV., CAMAS RODA, F. (coord.), Bosch, Barcelona, 2009, p. 297.

(38) *Vid*., al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L., La *protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 201-213.

Se puede fijar el año 1997, con el Tratado de Ámsterdam, como la fecha en la que comienza la comunitarización de la política de inmigración, a partir de la que se irá formando progresivamente con peculiaridades. Es así porque se incorporó el Título IV al Tratado de la Comunidad Europea bajo el nombre de «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, atendiendo a la constitución del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia». Este espacio supuso que los movimientos en el plano interno fuesen acompañados de un adecuado control de las fronteras exteriores. De esta manera, se estaba manifestando la insuficiencia de la política estatal para abordar la inmigración en el contexto de una Europa sin fronteras internas[39]. Pero es que además, en el mismo Tratado, en el artículo 63 se hacía referencia a que el Consejo, una vez que entrase en vigor el Tratado, adoptaría en cinco años medidas sobre política de inmigración en una serie de ámbitos. A destacar: sobre las condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimiento de expedición por cada uno de los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar; respecto a la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales; y en relación a la definición de los derechos y las condiciones de los residentes legales que pretendan residir en otros Estados miembros. Pero tenemos que advertir que estas medidas no fueron absolutas, sino que los Estados miembros tenían capacidad para mantener o introducir disposiciones siempre y cuando fuesen compatibles con el Tratado[40]. Por tanto, pese a la comunitarización, quedó patente la importancia competencial estatal para la regulación de estas materias.

Ya en 1999, en el Consejo Europeo de Tampere, teniendo presente lo advertido anteriormente, se abogó por un planteamiento de una política común de asilo e inmigración para reforzar el control de las personas que entrasen en el territorio europeo y que, en virtud de la supresión de las fronteras internas, se permitiese su circulación a través de todo el territorio. Una de las conclusiones a destacar a las que llegó el Consejo fue la necesidad de garantizar un trato justo a los inmigrantes extracomunitarios con residencia legal basándose en la concesión de derechos y obligaciones comparables a la de los propios ciudadanos de la Unión Europea; y, por otro lado, la expresa necesidad de intentar una aproximación del conjunto de legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de extracomunitarios. En cualquier caso, a nivel más general, de Tampere surgieron una serie de medidas fundamentales que supusieron afrontar la inmigración desde una perspectiva común y no sólo desde el punto de vista económico-laboral de los extranjeros que llegaban a la Unión Europea y sus repercusiones. Así pues, se pretendió una colaboración con los países de origen de los inmigrantes para que también se beneficiasen de la mejor forma posible de la actividad de sus emigrados y de los gobiernos de los países en los que se insertaban; un sistema europeo de asilo y de estatuto de asilado comunes y uniformes; asegurar un trato adecuado justo a los no comunitarios con residencia legal en el territorio de la Unión; y una gestión adecuada y conjunta de los flujos migratorios entre terceros países y Estados de la Unión, que permitía tanto mejorarla como el desmantelamiento de las redes de traficantes de seres humanos. Esta fue la esencia —aún mantenida pero adaptada a los tiempos actuales— de la política de inmigración establecida y programada en Tampere para el período de 1999 a 2004.

Tras cinco años, en 2004 le sucedió el Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, vigente desde la fecha anterior hasta finales de 2009. En el mismo, tomando como referencia lo ya establecido y conseguido, se postuló atendiendo a la realidad que ya constituía la inmigración en las sociedades de los países miembros de la Unión, la

(39) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Las políticas de inmigración», *Revista Tribuna Social*, núm. 133, enero 2002, p. 16.

(40) MERCADER UGUINA, J.R. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, p. 42.

necesaria valoración positiva que se debía de hacer de la presencia de inmigrantes extranjeros y de su aportación para el futuro, ante lo que se incitaba a los miembros de la Unión a la adopción de medidas facilitadoras de la integración social, cultural y política. En todo ello el trabajo, el empleo, la actividad laboral adquiría gran importancia, pues se configuraba no sólo como el elemento central y definidor de los flujos migratorios ante las necesidades de los mercados de trabajo nacionales y en base a las cuales se debía de articular, sino también como elemento de integración en la sociedad de acogida. En definitiva, un modelo de política de inmigración comunitaria ordenada atendiendo principalmente a la perspectiva laboral sin desconectar con la perspectiva de seguridad del anterior.

En este interés por seguir profundizando en la consecución de una política de inmigración comunitaria le siguió al anterior el ya citado Programa de Estocolmo: una Europa abierta que sirva y proteja al ciudadano[41], previsto para los años 2010-2014. Éste, aparte de asumir las líneas esenciales de interés y actuación definidas en los anteriores y modalizarlas a día de hoy, presenta un cambio sustancial de orientación: entiende la realidad de las migraciones desde una perspectiva más allá de la seguridad pero sin olvidarla, pues apuesta por la constitución de un marco global y equilibrado de diálogo y cooperación con los países de origen de las personas extranjeras inmigrantes. En este sentido, partiendo de la situación de crisis económica y financiera internacional y pese a ella, a medio plazo trata de articular un modelo de política de inmigración ordenada atendiendo al mercado de trabajo —especial interés en trabajadores cualificados—, a la protección social, a las políticas de integración y a la cooperación reforzada con los países de origen y paso de los flujos migratorios. Estas líneas esenciales quedan enmarcadas en un enfoque global de las migraciones por parte de la Unión Europea asentado en principios sociales fundamentales como la solidaridad, el equilibrio y la colaboración con los países de procedencia de los extranjeros inmigrantes[42]. Es más, avanzando en la construcción de una Europa social, se ve completado obvia y prevalecedoramente con la atención debida al interés por una Europa de las personas facilitadora de la titularidad y ejercicio del conjunto de derechos humanos fundamentales protectores y promovedores de una sociedad justa e inclusiva. En esencia, apostando por una ciudadanía social europea teniendo como referente jurídico-político básico y esencial al Tratado de Lisboa y a la Carta de los Derechos Fundamentales y su nuevo valor como instrumento internacional de naturaleza normativa con fuerza jurídica vinculante, que la convierte y transforma en fundamento de la dirección política y jurídica de las iniciativas legislativas y programas de acción comunitarios[43], como es el caso tratado.

El reflejo jurídico de la progresiva construcción de esta política comunitaria de inmigración a través de estos sucesivos programas y de sus aspectos básicos se encuentra expresado de un modo más o menos resumido en el artículo 63 *bis* del nuevo Tratado de Lisboa de diciembre de 2009, en el que claramente se fija que la política comunitaria de inmigración se destina a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros Estados y una prevención de la inmigración ilegal y trata de seres humanos, así como la lucha contra ellas. Se consolidan así aspectos clásicos y tradicionales de la política de inmigración comunitaria junto a una perspectiva de futura reorientación en relación a la dimensión protectora de los derechos humanos

---

(41) Monográficamente, *vid*., AA. VV., «La migración y el asilo en el Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 85, 2010, pp. 141 y ss.

(42) *Vid*., al respecto, el enfoque global de la Unión Europea en relación a las migraciones y la política común en sendas y relacionadas comunicaciones anuales desde el año 2005 en adelante. Sobre las mismas, se puede consultar, DE LA VILLA DE LA SERNA, S., «El Consejo Europeo de Bruselas. Enfoque Global de la Migración», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, pp. 299 y ss.

(43) MONEREO PÉREZ, J.L., «Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significado político-jurídico», estudio introductorio a *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, JELLINEK, G., Comares, Granada, 2009, p. XXI.

fundamentales de las personas, más allá de su residencia legal o no. Esta última concepción es la que imperiosamente se ha de hacer real más pronto que tarde para que no prevalezca la primera sobre la segunda y sí más bien ésta última sobre aquélla.

Más allá de los distintos programas de acción política quinquenales con clara influencia en las tendencias de las políticas de inmigración de los Estados miembro, también se ha destacar especialmente el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 16 de octubre de 2008. Éste constituye un auténtico y genuino documento político *ad hoc* en la materia, pero también siendo en su mayor parte continuista de las principales líneas político-jurídicas marcadas tanto en los programas políticos de acción como en el derecho comunitario en relación a la inmigración y extranjería. Tal y como se recoge en el mismo, es un texto en el que se muestra al más alto nivel el compromiso político de la Unión Europea y de sus Estados miembros no sólo para con sus ciudadanos, sino también para los terceros Estados en el camino de fijar una verdadera política común en materia de migraciones[44].

Este Pacto es un documento político que contiene un planteamiento global sobre las migraciones en el seno de la Unión, pues por vez primera desde que se fundó esta entidad política intergubernamental queda reunido en un mismo documento y texto el conjunto de dimensiones de la política europea sobre inmigración y asilo. Son cuatro los objetivos básicos de interés del mismo: en primer lugar, la organización de la inmigración legal y el favorecimiento de su integración; en segundo lugar, la lucha contra la inmigración irregular, garantizando el retorno a los países de origen o tránsito; en tercer lugar, el refuerzo de los controles fronterizos, edificando una Europa del asilo; y, en cuarto lugar, la creación de un sistema de colaboración con los países de origen y tránsito de los inmigrantes. Se pone, por tanto, el acento así en la organización de una inmigración regular administrativamente, en la integración de estas personas extranjeras inmigrantes y en la lucha contra la inmigración irregular —ilegal, en términos del Pacto—, colaborando de forma expresa con los países de los que proceden éstos.

Algunos aspectos importantes de su contenido merecen ser puestos de relieve: se invita a los Estados miembros a evitar las regularizaciones masivas de inmigrantes, proponiendo en contrapartida unas regularizaciones caso por caso en el marco de las legislaciones nacionales por motivos humanitarios o económicos; se debe de tratar el favorecimiento de la integración de los inmigrantes con perspectivas de permanecer establemente por parte de las políticas de los Estados miembros, para lo que se han de basar en el equilibrio entre los derechos de los inmigrantes —significativamente se señala al derecho al trabajo— y sus deberes, poniendo en marcha aquéllos medidas tendentes al favorecimiento del aprendizaje de la lengua o el acceso al empleo, incidiendo en los valores fundamentales de los derechos del hombre, etc.; el respeto a la Convención Europea de los Derechos del Hombre por parte de las legislaciones estatales en relación al derecho de reagrupación familiar; se incide en el carácter legal y ordenado de los flujos migratorios, pues los extranjeros en situación irregular tienen que dejar el territorio de la Unión y, en este sentido, todos los Estados van a tener la obligación de readmitir a sus nacionales, con lo que es clave la firma de acuerdos a nivel europeo con los países de origen y/o tránsito; y, por último, en estrecha conexión con lo anterior, se aboga por el hecho de que la inmigración sea un instrumento que refuerce la cooperación al desarrollo con los países de origen y/o tránsito de las personas inmigrantes. Se vienen a poner así a nivel europeo los pilares para una política de inmigración que incide más en las dimensiones de control social y orden —ya apuntadas— que en las propias condiciones personales, de entrada, residencia y posible retor-

(44) Sobre el mismo, *vid*., GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «El camino hacia una política migratoria integral. La asunción de los principios del Pacto Europeo para la inmigración: su delimitación», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 142-151.

no del inmigrante en su conexión con los valores inherentes a los derechos humanos fundamentales y el formal derecho a emigrar pero no a inmigrar[45].

En contra del posible mayor vigor y rigor jurídico que pudiese tener este Pacto —así como su auténtico impacto y toma en consideración por el derecho interno de cada Estado miembro— está el hecho de que se trata, como ya se ha manifestado, de un texto político carente de valor jurídico y, por tanto, carente de un sistema garantista jurídico *stricto sensu* propio. No se ha dotado al Derecho Comunitario derivado de un instrumento legal en materia de política migratoria desde el que poder construir un sólido marco político-jurídico estable regulador de la inmigración en el territorio de la Unión. Se ha desaprovechado así la ocasión de incluirlo en el Derecho Comunitario y de dotarlo del rango jurídico que merece en cuanto que la inmigración es una realidad estructural de la propia Unión. Por el contrario, desde un garantismo meramente político, el Consejo de Europa de Jefes de Estado y de Gobierno tiene que organizar cada año un debate sobre las políticas de inmigración y asilo, fundamentado en un informe presentado por la Comisión acerca de la aplicación del propio Pacto[46]. Y, a su vez, los Estados miembros tienen que informar al Consejo Europeo de los avances más significativos a conseguir en la gestión de sus políticas de inmigración y de asilo.

Por tanto, pese a los intentos y avances decididos, como consecuencia, la política jurídica comunitaria de inmigración se hace aún hoy día un tanto compleja, planteándose realmente su existencia consolidada de conjunto, porque en ella cada uno de los Estados miembros coordinadamente son los que tienen que actuar y decidir de forma individualizada, en cuanto que básicamente se funciona a través de aspectos y dimensiones a cumplir en determinados ámbitos y según las directrices marcadas.

2. Nuevas tendencias jurídico-políticas presentes y de futuro: sentido y alcance

Tanto en el momento presente como en una perspectiva de futuro inmediato, la política comunitaria de inmigración puede estar marcada por una constitucionalización doblemente orientada:

a) De una parte, hacia el establecimiento de mecanismos de seguridad y control de los flujos migratorios. Por lo tanto, se daría cuenta de una estrategia de control defensivo, que normalmente es también necesaria. Cooperación interestatal en la lucha contra la inmigración irregular. Se trataría de una política defensiva.

b) De otra parte, hacia la instauración marginalista de políticas comunitarias de integración a través de un sistema de derechos debilitado. Con todo, lo que se añade a aquélla estrategia de control es una orientación más integradora. Es decir, se trata de instaurar igualmente políticas comunitarias de integración que garanticen ciertos derechos sociales; en algunos casos como derechos debilitados; y, en otros, como ordenación marginal respecto al objetivo de control social[47]. Pero lo importante, ahora, es que la integración encuentra fun-

---

(45) En este sentido, se ha defendido que el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo se encuentra aquejado por el «síndrome de las tres R: readmisión, retorno y repatriación», CHUECA SANCHO, A. y AGUELO NAVARRO, P., «Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español», cit., p. 91. Asimismo también se defiende que esta política de inmigración resultante del Pacto está dominada por un imperativo securitario, DE LUCAS, J., «La inmigración y la lógica de Estado de Sitio. (A propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)», en *La igualdad en derechos: claves de la integración*, AA.VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 21.

(46) *Vid*., al respecto, AA.VV., «La presidencia española de la Unión Europea en materia de inmigración: la declaración de Zaragoza, el Plan de Acción de MENAS y la Evaluación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (primer semestre de 2010)», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, pp. 129 y ss.

(47) Sobre la Europa de los derechos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Una apuesta por los derechos sociales en las políticas migratorias de la Unión Europea», en *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), cit., pp. 317-325.

damento y regulación jurídico-constitucional, y a las personas inmigrantes extranjeras en situación administrativa regularizada se les dota de ciertas garantías. Esa doble dimensión estaría presente en el texto del Sistema de los Tratados, en la versión dada por el Tratado de Lisboa.

Esta aproximación reguladora más compleja es la que parece reflejarse en el Sistema de Tratados de la Unión Europea. Analizando esta cuestión, debe de señalarse que, en el marco de la política social, la Unión Europea apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en el ámbito de «las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión» —artículo 153.1.f del TFUE—. En este ámbito, «el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad», aunque el Consejo, por unanimidad, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea el aplicable —artículo 153.2 del TFUE—.

Se recoge todo un capítulo —el capítulo 2 del título V del TFUE, artículos 77 a 80— dedicado explícitamente a lo que son «políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración».

Aquí, el eje y principio-guía de la política de inmigración es el control, no la articulación de derechos o mecanismos de protección social. El artículo 77 del TFUE, establece que la Unión Europea desarrollará una política que estará dirigida a garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y a instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, como competencia específica de la Unión Europea. Esa es la finalidad preferente. Los medios que se establecen al servir de la realización de esos fines son el establecimiento, mediante normas europeas, de las medidas relativas a la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; las condiciones en los que los nacionales de los terceros países podrán circular libremente por el territorio de la Unión Europea durante un período breve; cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y, por último, la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores. No obstante, se deja a salvo el principio de soberanía territorial, al menos en un aspecto relevante. Se precisa inmediatamente que el «presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho Internacional» —artículo 77 TFUE—.

Tras reconocer una política común en materia de asilo a todo nacional de un país tercero que necesite protección internacional y garantizar el respeto del principio de no devolución, se precisa que la Unión Europea desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo —fórmula debilitada del principio de trato igual— de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en los Estados miembros, así como la prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos —artículo 79 del TFUE—.

En la perspectiva de los medios instrumentales para perseguir ese objetivo, se indica, en primer lugar, que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en diversos ámbitos. En segundo lugar, esas medidas están dirigidas tanto al control de los flujos migratorios, como a la articulación de políticas de integración. Respecto al primer aspecto, se ha de tener presente que esas medidas podrán incidir en: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembro de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de los terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembro; c) la inmigración y la residencia irregulares, incluidas la expulsión y repatriación

de residentes en situación regular; y d), la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños —artículo 79.2 del TFUE—.

En tercer lugar, se postula una integración a través de los derechos, aunque enmarcada dentro de una política de control; esto es, la definición de los derechos de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros» —artículo 79.2 b) del TFUE—. En cuarto lugar, se regularán la inmigración y residencia irregulares, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes irregulares —artículos 79.2 b) del TFUE—. Por último, se deberá legislar sobre las medidas de lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños —artículo 79.2 d) del TFUE—.

Por otro lado, el Sistema de los Tratados se ocupa de instaurar una política europea de coordinación, fomento y apoyo de las políticas nacionales en materia de integración de los inmigrantes —a través de leyes o leyes marco europeas se podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro—. Nuevamente se dejan a salvo las políticas nacionales sobre contingente de personas inmigrantes extranjeras, indicando que el presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de ellos con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado —artículo 79.5 del TFUE—.

También se ha de tener presente que se podrá establecer, con arreglo al procedimiento ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinadas a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros —artículos 79.4 TFUE—.

Todas las políticas de la Unión Europea en materia de controles de fronteras, asilo e inmigración, se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Además, cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo, contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio —artículo 80 del TFUE—.

En definitiva, el Sistema de los Tratados de la Unión Europea refleja la pretensión de establecer una política jurídica de inmigración europea con base a dos principios: de un lado, el principio de competencia, seguridad y control; y, de otro lado, el principio de subsidiariedad, especialmente en lo que se refiere a la integración, en el cuadro de los instrumentos normativos europeos[48].

III. EL MODELO JURÍDICO-LEGAL ESPAÑOL

En la sociedad globalizada, la constante atención prestada por los actores políticos —nacionales e internacionales— hacia las políticas jurídicas de inmigración han tenido una consecuencia inmediata: una inseguridad jurídica para las personas inmigrantes extranjeras resultado de las modificaciones constantes —en forma de avances y retrocesos— experimentadas por el marco jurídico-legal

(48) En éstos, analizando las competencias asumidas tras el Tratado de Lisboa, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Las competencias de la Unión Europea en materia de inmigración: nuevas potencialidades tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), cit., pp. 241 y ss.

regulador de las mismas. Un paradigma de esta situación lo constituye el caso español con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, constantemente reformada en lo que va de década y poco más de siglo XXI.

Desde una perspectiva firme, han sido clave en las sucesivas reformas legales, dos ejes en torno a los cuales han girado siempre las mismas —al margen de la adaptación constante al marco jurídico regulador de la materia por la Unión Europea—: de una parte, el ligar la inmigración al mercado de trabajo y, de otra, la constante redefinición del estatuto jurídico-legal de derechos fundamentales. De ellos nos ocupamos a continuación.

En todo caso, la nueva cuestión social de inmigración (que no es identificable con la cuestión social obrera del siglo XIX, pero que comparte con ella la realidad social de la «exclusión» y la «explotación» del ser humano) se puede plantear (y de hecho se está planteando ya) actualmente bajo los enfoques y modelos de regulación jurídico-institucional: 1.º) El modelo de regulación de la *«extranjería»,* cuyo centro de gravedad reside en el énfasis puesto en la seguridad interna y en el control social de la población inmigrante; y 2.º) El modelo de regulación de la *«inmigración»,* que realza el diverso objetivo de la integración en todas sus dimensiones, pero que parte de la premisa de alcanzar una necesaria integración a través de la elaboración de un estatuto jurídico-institucional basado en una garantía efectiva de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes. Ambos modelos están en tensión permanente, porque manifiestan «prioriedades» y modos de ver distintas sobre la realidad de la inmigración. Así, y de modo harto significativo, la Unión Europea viene otorgando —como quedó dicho— una mayor preferencia a la idea de orden público, seguridad y control de los flujos migratorios, pasando —por el momento— a un segundo plano la finalidad integradora de los inmigrantes; mientras que varios países europeos —entre ellos, por el momento, España— se vencen por otorgar preferencia en su política del Derecho migratorio al objetivo de la integración socio-económica, cultural y jurídica (reconocimiento de un marco inclusivo —no excluyente— de un estatuto jurídico más o menos completo de derechos garantizados). Reténgase, desde este mismo instante, que este enfoque diferenciador entre «Extranjería» (de impronta excluyente y de orden público) e «Inmigración» (de orientación hacia la «integración» o inclusión socio-jurídica y cultural) es el que puede apreciarse en la STC Pleno de 28 de junio de 2010, sobre la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña.

1. Inmigración y mercado de trabajo en la regulación jurídico-legal de las personas inmigrantes extranjeras

En el marco de la ya definida inmigración económico-laboral, la conexión entre inmigración y mercado de trabajo tiene una implicación muy relevante —y no precisamente en sentido social positivo—: la subordinación de la política jurídica de inmigración a través del marco jurídico-legal regulador de la misma a la racionalidad económica. Las personas inmigrantes extranjeras son instrumentalizadas —mercantilizadas— regulando —o más bien controlando— su acceso, permanencia e, incluso, retorno —o salida— atendiendo a la situación económica nacional en relación directa y conexa con las necesidades del mercado de trabajo al respecto. En esta dirección, y también derivado de esta última lógica, la política jurídica de inmigración se laboraliza: el Estado interviene activamente en el control de los flujos migratorios determinando la capacidad de acogida atendiendo a las necesidades del mercado laboral[49]. Este modo de mirar la inmigración —de que adolece nuestro sistema legal— tiene, sin embargo, el grave inconveniente de impregnar al modelo regulativo de una *concepción excesivamente instrumentalista de la inmigración,* como «fuerza de trabajo»; una

(49) ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas», *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010, p. 15.

perspectiva economicista que puede entrañar en la práctica una neutralización del tratamiento de los inmigrantes como personas, seres humanos, verdaderamente iguales en cuanto a su necesaria presencia en el espacio público, dialógico y comunicativo de una sociedad democrática y abierta. Se ha de hacer notar, por otra parte, que cada vez más nítidamente se muestran insuficientes las políticas reguladoras de los flujos migratorios estrictamente «funcionales» a las exigencias de las actividades económicas —de los mercados— que desatienden el hecho verificable de que existen cada vez más formas de desplazamientos de personas motivadas por otras motivaciones. Aparte de que toda inmigración significativa produce una transformación de los derechos de ciudadanía en su visión tradicional. Esto ha determinado una *crisis de la razón funcionalista en la gestión de las políticas de inmigración.* En este sentido existe una disociación creciente entre la noción de ciudadanía como dotación de derechos y la ciudadanía como título jurídico de atribución exclusiva de derechos «reservados» a los nacionales de cada país. Superando, en este sentido, la concepción de Thomas Marshall, muchos países prescinden de la nacionalidad como condición para el reconocimiento efectivo de un amplio conjunto de derechos. Esa «transferencia» y «desplazamiento» de la condición de ciudadanía tradicional por la de «persona» residente no sólo ha encontrado acogida en buena parte de los derechos internos de los países europeos, sino que también ha tenido trascendencia positivada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. Es el caso, paradigmático, de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, porque en ella se establece un estatuto jurídico garantista con independencia de la nacional en un país comunitario. Ya en sí es una «forma de ciudadanía» jurídica no vinculada a la nacionalidad, sino a la residencia de la persona inmigrante. De este modo, encontramos la realidad jurídica de una ciudadanía más plural, con la consiguiente apertura hacia una concepción más *personalista* de la ciudadanía, que trata de vincular ante todo el estándar de derechos básicos y fundamentales a la persona en las distintas dimensiones y ámbitos donde se despliega su personalidad. Pero para alcanzar ese objetivo será necesario mejorar el modelo de «juridificación» e institucionalización, que es todavía insuficiente.

El paradigma de esta circunstancia lo constituye el artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000, que regula la política inmigratoria y, más concretamente, relaciona una serie de principios de la misma[(50)]. La premisa inspiradora en la configuración y relación de los mismos fue el interés explícito por la puesta en marcha de una política de inmigración legal y ordenada con fundamento en estos propios principios. Esta especificación implica que el legislador muestra interés concreto y apuesta en y por una inmigración sólo en la medida necesaria para España. Se impone, pues, una lógica de control sociopolítico de la inmigración en la que se insta a la ordenación y canalización legal de la inmigración atendiendo a la capacidad de acogida de nuestra sociedad y a las necesida-

(50) Se establecen los siguientes: «a) la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea; b) la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo; c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; d) la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; e) la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley; f) la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas; g) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas; h) la persecución de la trata de seres humanos; i) la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social; j) la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo». Debido a la transversalidad de los mismos y a su manifestación como entrelazamiento de las realidades política y jurídica, pueden ser calificados como principios rectores, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «La articulación legal de la política de inmigración», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), Comares, Granada, 2010, pp. 81 y ss.

des reales del mercado de trabajo[51]: así lo reafirma el nuevo reglamento de desarrollo del texto legal reformado, pues la misma es también una de sus fuentes de inspiración. Para ello, no sólo sigue teniendo una trascendencia importantísima la autorización de trabajo y el permiso de residencia atendiendo a la propia legalidad para el estatuto jurídico de derechos de la persona inmigrante, sino que también la misma se tendrá que ajustar —principalmente— a las necesidades del mercado de trabajo nacional para acceder, permanecer y/o reincorporarse a él desde la más estricta legalidad. Adquiere así una dimensión esencial la plena efectividad y adecuación a la realidad social de la inmigración que ha de tener en nuestro país el conjunto de medidas jurídico-políticas articuladas para la entrada y permanencia de estas personas. A tal fin, el nuevo reglamento trata de regular exhaustiva y concisamente las situaciones jurídicas de los extranjeros inmigrantes en España, tanto de los que se encuentran en España como de los que están fuera y tienen intenciones de emigrar con idéntico destino. Sigue imperando, por ende, la esencia controladora de la inmigración y no la social.

Una mayor concreción de este carácter, se halla en el segundo de los principios relacionados. Y es que partiendo de la estrecha conexión de la inmigración con su núcleo laboral esencial, se establece explícitamente que los flujos migratorios laborales se ordenan según las necesidades de la situación nacional de empleo. Destacan, al respecto, dos aspectos básicos: de un lado, la especificidad aludida de flujos migratorios laborales, cuando hubiese sido más correcto técnicamente la expresión inmigración laboral —o económico-laboral— para una adecuada designación de la realidad a la que el legislador hace referencia con este principio; y, de otro lado, el hecho de la alusión y rescate en dicho principio de un concepto jurídico indeterminado como es la situación nacional de empleo, heredado de políticas jurídicas de inmigración anteriores. Esta situación nacional de empleo no es más que un principio preferencial del trabajador nacional y comunitario sobre el inmigrante extranjero que viene de fuera, pues para que este acceda a un puesto de trabajo primeramente se tiene que comprobar y corroborar por los servicios públicos de empleo que no existe en el mercado de trabajo ningún nacional ni comunitario que se ajuste al perfil deseado y solicitado para el desarrollo de la actividad laboral. En vez de una libre concurrencia de personas de igual condición —trabajadoras— ante una oferta para un puesto de trabajo a cubrir, se considera al inmigrante como segunda opción con fundamento en un condicionante adicional —nacional de un tercer Estado—.

Asimismo, para que este principio adquiera mayor relevancia, sentido y alcance en clara concordancia con la inmigración necesaria, deben funcionar con la mayor eficacia de las posibles el conjunto de mecanismos articulados para el acceso al mercado de trabajo y que los mismos se aproximen al máximo a la realidad social actual de la inmigración. Tanto la gestión colectiva de las contrataciones en origen como diferentes catálogos de ocupaciones de difícil cobertura publicados a lo largo del año han de responder certera, acertada y verdaderamente a las necesidades del mercado de trabajo nacional, atendiendo a especificidades concretas según Comunidades Autónomas, con lo que éstas también serán responsables del correcto funcionamiento de la nueva lógica de la política de inmigración. La elaboración de estos últimos —los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura— se ha visto complejizada por el nuevo reglamento de desarrollo del texto legal reformado, tanto por las ocupaciones a incluir —mayores requisitos de las mismas para incluirlas en el catálogo— como para el empleador que pretenda incluir alguna actividad en el mismo —demostración efectiva de una

(51) En este sentido, *vid*., SOLANES CORELLA, A., «La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana», en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA.VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), cit., pp. 67-95; Ibídem, «¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España», *Migraciones Internacionales*, vol. 4, núm. 4, julio-diciembre 2008, pp. 135-172. Sobre la realidad reciente del mismo, PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

oferta de trabajo para un puesto análogo ya cubierto—. En cualquier caso, mediante el acercamiento y convergencia efectiva de la realidad social con la norma, el derecho se aproximará a la política del mismo y no como hasta ahora en relación a este aspecto, pues en el caso concreto de estos mecanismos estaban totalmente alejados de la realidad social, haciendo que la política de inmigración, en cierto sentido y al respecto, fracasase. Para que no vuelva a ocurrir, un reto político-jurídico muy importante el que tiene por delante el poder público atendiendo al marco jurídico regulador de la inmigración.

Por otro lado, desde la concepción advertida —laboralización de la inmigración y su política jurídica reguladora—, en el caso español —al igual que en otros países configurados como receptores de inmigración— la inmigración en pleno siglo XXI se ha convertido y transformado en la nueva cuestión social. Ésta no tiene nada que ver respecto a las condiciones en que se produjo la propia cuestión social obrera de siglos pasados, pero sí relevantemente con respecto a los resultados producidos por la misma —son comunes y se vuelven a repetir-: dificultades materiales serias de inclusión en el mercado de trabajo(52), exclusión social y explotación laboral. Las personas inmigrantes extranjeras —independientemente a su situación de regularidad o irregularidad administrativa— se ocupan en los sectores de actividad —ilustrativamente agricultura, servicios, construcción— en los que se incluyen trabajos escasamente cualificados y, resultado de ello, experimentan una precariedad laboral(53). Ésta se traduce específicamente en modalidades contractuales excesivamente coyunturales —predominio claro de la temporalidad—, salarios bajos y unas condiciones de trabajo dudosas en términos de dignidad y calidad en el empleo, con significativa ausencia de protección social. Por tanto, una actividad laboral indecente en contraposición al paradigma del trabajo decente defendido y propugnado por la Organización Internacional del Trabajo(54). En las condiciones materiales del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras no se da cumplimiento —ni atisba el mismo— a sus implicaciones esenciales y fundamentales: trabajo libremente elegido, titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de carácter laboral(55), contraprestación económica suficiente para la cobertura suficiente de necesidades y protección social.

Profundizando este incumplimiento, el contexto nacional e internacional de crisis económica derivada también en una crisis de empleo, ha supuesto el agravamiento de las condiciones de precariedad laboral. Se ha dualizado, segmentado y fragmentado con brechas más profundas el mercado

---

(52) El reconocimiento jurídico-legal de esta circunstancia se encuentra en el artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003, de Empleo. En el mismo, al colectivo de personas inmigrantes extranjeras se le considera como prioritario para el empleo por sus dificultades de integración e inclusión en el mercado de trabajo, articulándoseles itinerarios individuales y personalizados de empleo a tal fin. *Vid*., al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «Artículo 26. Colectivos prioritarios», en *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del Derecho del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.ª N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), Comares, Granada, 2011, pp. 650-651. Igualmente, *vid*., CHARRO BAENA, P., «Política de empleo y extranjería», *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo II, AA.VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 89 y ss.

(53) Al respecto, se ha señalado que la inmigración económico-laboral es el paradigma de la precariedad laboral, LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, El Viejo Topo, Madrid, 2009, pp. 94-103.

(54) *Vid*., al respecto, el Programa de la Organización Internacional del Trabajo sobre *Trabajo decente. Un mundo mejor comienza aquí.* Para el caso concreto de su traslación a las migraciones, *vid*., el apartado I del *Marco Multilateral de la Organización Internacional del Trabajo para las migraciones laborales*, de 2006. Analizando este último, ROJAS RIVERO, G.P., «El marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales», en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), cit., pp. 177 y ss.

(55) Monográficamente, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.

de trabajo para con estas personas extranjeras inmigrantes[56]. No sólo sus condiciones laborales se han visto todavía más perjudicadas —en términos de mayor precariedad aún—, sino que su empleabilidad se ha visto seriamente dañada por la escasa demanda de trabajo —general, en tiempos de crisis, y concreta, en los sectores productivos en los que se han venido ubicando—, hasta el punto de ser uno de los colectivos más afectados por las elevadas tasas de desempleo sufridas sucesivamente a lo largo de los meses desde que comenzó la crisis. Se ha demostrado la vulnerabilidad de este colectivo hasta el punto de ubicar a sus integrantes no ya en riesgo de exclusión social, sino en la misma y en el límite con la pobreza[57].

La respuesta político-jurídica a la inmigración por parte del poder público ha sido en una doble dirección: restrictiva y selectiva[58]. Por una parte, restrictiva, porque, de un lado, coyunturalmente ha restringido drástica y cuantitativamente las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración, tal y como queda manifestado en el escaso número de ocupaciones ofertadas en la gestión colectiva de contrataciones en origen —antiguo contingente anual[59]— como en los sucesivos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura de los años 2009, 2010 y 2011; y, de otro lado, mercantilizando a las propias personas inmigrantes extranjeras impulsando el retorno a sus países de origen, tanto a través de la capitalización de la prestación por desempleo[60] —programa totalmente coyuntural aprobado en plena crisis económica—, como mediante los demás programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de Organizaciones No Gubernamentales —programa de retorno voluntario para inmigrantes en situación de vulnerabilidad social; asistido con reintegración; y para inmigrantes acogidos al programa de abono anticipado de prestación a extranjeros—[61]. Y, de otra parte, selectiva, porque ante la apuesta por un nuevo modelo productivo en el que predomine la innovación y el conocimiento, transponiendo la Directiva 2009/50/CE, del

---

(56) Desde una perspectiva internacional, AWAD, I., «Migraciones laborales internacionales en tiempos de crisis económica: 2008-2009», en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), cit., pp., 17 y ss. Ibídem, *The global economic crisis and migrant workers: impact and response*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009. Desde una óptica nacional, ELU TERÁN, A., «Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas», cit., pp. 27 y ss.

(57) En esta situación extrema, las personas inmigrantes extranjeras también serían paradigma de la «pobreza laboriosa»: pobres que trabajan que no están en condiciones de ejercer o defender sus derechos o, directamente, que se encuentran privados de los mismos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 17, 2009, p. 10.

(58) En esta dirección se defiende que se ha tratado de contener la llegada de personas inmigrantes extranjeras, drenar el mercado de trabajo nacional y dirigir selectivamente la inmigración para atender de un modo flexible las necesidades del mercado laboral, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante», en *Inmigración, mujeres y menores*, AA.VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010, pp. 97-99.

(59) Un análisis sucesivo de los mismos desde el año 2002 al 2010, se encuentra en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.ª B.; SERRANO VILLAMANTA, J. y CARDENAL CARRO, M., «Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España», en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA.VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), cit., pp. 469-473.

(60) *Vid*., al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. (dirs.), MORENO VIDA, M.ª N. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), Comares, Granada, 2010, pp. 581 y ss.

(61) Sobre los mismos, *vid*., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.ª B., «El plan de retorno voluntario: significado y consecuencias», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), cit., pp. 655-665.

Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado(62), en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 se ha introducido el artículo 38 *ter*, titulado residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya(63). Por tanto, frente y junto a la restricción de la inmigración clásica de años anteriores a la crisis, se añade e impulsa la nueva tendencia y orientación selectiva en la entrada, permanencia y salida de estas personas extranjeras —también inmigrantes— pero cualificadas.

De esta manera, la regulación jurídico-legal de la inmigración en relación al mercado de trabajo, debería de valorarse y enjuiciarse o bien desde el nuevo derecho antidiscriminatorio o bien se debería cambiar la concepción económico-laboral de la inmigración de escasa cualificación presente en nuestra sociedad. En esta dirección, ante el carácter global y permanente de las migraciones —independientemente a que varíen la cantidad de los flujos en determinados momentos coyunturales—, así como económico-laboral, claramente se ha de apostar por la cualificación y formación de las personas inmigrantes extranjeras, a fin de que el trabajo sea digno, estable y de calidad —trabajo decente—. Se dotaría así del necesario sentido social y humanitario a las migraciones y no simplemente de control social en torno a las necesidades económicas de los países y de su mercado de trabajo. Si esto no es así, se produciría una brecha social en el seno de los movimientos migratorios entre la inmigración económico-laboral sin cualificación o con ésta más baja —clásica hasta ahora—, con condiciones un tanto precarias y empleada en segmentos laborales peores del mercado de trabajo y otra inmigración específicamente cualificada y reconocida como tal con condiciones más beneficiosas en su entrada, residencia y estatuto jurídico-social de derechos.

2. La redefinición del estatuto de derechos fundamentales de la persona inmigrante extranjera

Uno de los principios de la política migratoria —en la relación establecida en el artículo 2 *bis* figura en quinto lugar— es el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos extranjeros inmigrantes que residen o trabajan legalmente en nuestro país, formulado a través del principio de no discriminación. Con ello se trata de proteger a estas personas extranjeras en relación a los nacionales y comunitarios, asegurándoles una igualdad de derechos que también aparece como clave para la integración social de los mismos. La política de inmigración y su conjunto de acciones ha de actuar como instrumento político-jurídico con el que plasmar en la realidad una igualdad de tratamiento y no discriminación en la atribución de derechos a estas personas con base a los términos previstos en la Ley y para sólo aquellos que se encuentren en situación regular en nuestro país —con las autorizaciones de residencia y trabajo—.

Sin embargo, la perspectiva social jurídico-protectora de la política de inmigración se olvida de la otra realidad a la hora de impulsar y garantizar una igualdad de trato y no discriminación

---

(62) Desde la perspectiva de su consideración como un instrumento de la gestión activa comunitaria de las migraciones, USHAKOVA, T., «La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria», *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237, 2010, pp. 57-69.

(63) Profundizando en los mismos, ROMERO CORONADO, J., «Residencia y trabajo de extranjeros profesionales altamente cualificados», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), cit., pp. 697 y ss. Igualmente, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), cit., pp. 497 y ss.

para con los extranjeros inmigrantes, pues carece de mención la realidad social de la inmigración irregular, del conjunto de personas extranjeras inmigrantes presentes en nuestra sociedad que o bien entraron de un modo irregular a nuestro país saltándose los modos previstos al efecto o bien han quedado en esta situación tras estar en situación de regularidad durante un tiempo. La política de inmigración no tiene ningún principio inspirador de acción para con el otro conjunto de personas extranjeras inmigrantes, originando de un modo explícito un tratamiento, diferenciación y discriminación legal sobre personas con diferente condición administrativa. Jurídica y políticamente se está creando una fractura social de tratamiento desigual en el marco de un Estado social y las implicaciones sobre la igualdad que tiene este carácter. Es más, este principio actúa como involucionista para la política de inmigración, ya que implícitamente provoca una fractura social de tratamiento en el seno de la sociedad no entre extranjeros inmigrantes y nacionales sino entre aquéllos en base a su condición administrativa, no siendo este aspecto una reforma y sí un retroceso hacia el espíritu y la lógica que ya imperó con la Ley Orgánica 4/2000 en su reforma por la Ley Orgánica 8/2000.

Entroncado con el principio anterior se encuentra el sexto, pues en el mismo se fija la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con las leyes, la Constitución y los Tratados Internacionales. Es decir, se establece un principio político-jurídico de carácter garantista, especial y explícitamente en su vertiente de ejercicio de los derechos, mientras que implícitamente se entiende que en titularidad. En este sentido, uno de los motivos principales técnico-jurídicos de la nueva reforma legal ha sido la adecuada regulación en titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas y que el anterior marco legal restringía en su ejercicio —particularmente para los inmigrantes irregulares— hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad resueltos en las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007. Así, el principio no sólo consolida y reafirma una de las motivaciones técnicas de la reforma, sino que lo más importante viene a plasmar implícitamente el nuevo canon hermenéutico de interpretación de los derechos humanos fundamentales en relación a los extranjeros inmigrantes: la extensión de los derechos de ciudadanía a éstos como objetivo político-jurídico bajo el amparo de que necesariamente se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial aquellos concordantes con los términos fijados al respecto en las normas internacionales, tal y como se deduce del artículo 10.2 de la Constitución.

Y es que este último no es el que ha imperado en las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000. La premisa esencial al respecto ha sido la definición de extranjero establecida en sentido negativo. Es decir, por exclusión: el que no es nacional español, tal y como se desprende del propio texto legal en su artículo primero, apartado primero. Pero hay una excepción a esta exclusión y grupo de los no nacionales —tal y como se recoge en el artículo 1.3 de la misma Ley—, al no incluirse en ellos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario. Esta circunstancia ha venido constituyendo hasta el momento anterior al último proceso de reforma legal una deficiencia técnica(64) porque la definición ignoraba, de un modo formal, la radical superación de la tradicional definición negativa de extranjero con la incorporación de España a la Unión Europea. En virtud de ésta se aceptaba el pleno desplazamiento del poder de determinación de la condición de extranjero —no así como se sabe de la cualidad de nacional— desde el derecho interno al Derecho Comunitario. Este desplazamiento, que impedía considerar al nacional comunitario —por tanto nacional no español— como extranjero en sentido jurídico, es especialmente manifiesto a partir de la introducción, desarrollo y progresiva consolida-

(64) Puesta de manifiesto por un sector de la doctrina *iuslaboralista*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., «Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada», *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm. 8, 2003, p. 108.

ción del concepto de ciudadanía comunitaria, pese a su carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional. Sin embargo con la última reforma esta deficiencia técnica-jurídica se ha superado, pues expresamente se delimita de un modo específico y concreto el ámbito de aplicación legal una vez más en sentido excluyente con referencia expresa a «los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

En este contexto es en el que hemos de tener presente que en la regulación legal de extranjería es indispensable el respeto a lo que venga establecido en la Constitución Española referido a este aspecto y a los Tratados y Pactos de derechos de carácter internacional. A nivel internacional, se ha de ser consciente de que como consecuencia del paso histórico de los tratados internacionales entre Estados con poca o nula proyección en el derecho interno, a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal, se produjo un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido del derecho interno regulador debe de ajustarse. De este hecho se deriva la situación por la que los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional. Por tanto, en la regulación que se produzca en cada uno de los Estados concretos, se deben respetar, genéricamente, los mínimos internacionales establecidos entre los pactos, declaraciones, convenios, etc., siguientes: Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea de 1961, entre otros.

A nivel constitucional español, el artículo que se convierte en referencia es el 13[(65)], por el que se garantiza, sin más, que los extranjeros que se encuentren en España gozarán de los derechos que se reconocen el Titulo I de la misma con un simple condicionante fundamental, «en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley». Es decir, la Constitución no regula en sí misma los derechos y libertades de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional, en los grandes tratados y pactos internacionales, como a nivel infraconstitucional, en el desarrollo legal de los mismos, concretado para nuestro caso en la Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, se ha de afirmar que no es exclusivamente una Constitución para los españoles, si bien haya sido realizada por éstos[(66)]. El texto constitucional no ha desconstitucionalizado los derechos fundamentales de los extranjeros —que tienen su fuente primaria en el texto constitucional— sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley.

En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el título I de la Constitución, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudirse, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio «depende del derecho afectado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). En segundo lugar, a la regla contenida en el artítuculo13 de la Constitución, según la cual «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Añadiendo que «Solamente los españoles se-

(65) *Vid*., un comentario del mismo por MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes», en *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., (dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 203-246.

(66) En este sentido, *vid*., GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas internacional, Madrid, 2008, pp. 51-90 y 97-124.

rán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el Capítulo I —«De los españoles y los extranjeros»— del título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídica diversas. De este modo, la remisión a la Ley que contiene el artículo 13.1 no comporta una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en el artículo 10.1 y 2 de nuestra Norma Fundamental.

Para el Tribunal Constitucional existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, FJ 3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos. Dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, FJ 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000,FJ 7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obligada con el canon hermenéutico consagrado *ex* artículo 10.2 de la Constitución (carácter hermenéutico que ha sido realzado reiteradamente por el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 78/1982; 84/1989; 139/1989, y, evidentemente, las 236 y 259/2007). Es lo cierto que la dignidad humana —artículo 10 de la Constitución— impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla efectivamente, por lo que esta dignidad de la persona constituye un mínimo infranqueable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido —como es obvio— el mismo legislador infraconstitucional. Es así que deberá prestarse una especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional.

El artículo 10.2 de la Constitución constituye, pues, el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, precepto sobre el que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. De este modo, en la práctica, este contenido se convierte con cierto sentido en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de nuestra constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, FJ 5), habiendo señalado, además, que especial interés revisten, en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esta decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de los valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incluirnos en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (Sentencias del Tribunal

Constitucional 38/1981, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1984, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

De ahí que corresponda examinar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege —contenido esencial— para precisar seguidamente en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona, pero acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 CE; precepto, éste, que significativamente se ubica dentro del mismo artículo garante de la dignidad de la persona; Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, FJ 3). Hecho lo cual, y una vez comprobada la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá comprobarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido, si el derecho es de toda persona —derecho universal—, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que virtualmente no suponga una privación del mismo; es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo —que lo hace reconocible como tal— que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente de la situación en que se encuentre. Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sirve de apoyo a las sentencias del Alto Tribunal 236 y 259/2007. Pronunciamientos, a su vez, motivadores de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y fundamentación jurídica de la universalidad en titularidad y ejercicio atribuida en ella a los derechos humanos fundamentales de las personas —inmigrantes extranjeras en este caso—.

Respecto a estos planteamientos, se ha de dejar constancia, en todo caso, que es una interpretación jurídica. Así, la *ratio* de la norma es identificable sobre la base de una reflexión compleja sobre su fundamento lógico y axiológico, que sepa unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas[(67)]: señaladamente en este caso la cultura de los derechos fundamentales.

El alcance más inmediato de ésta última en relación a la nueva doctrina consolidada de reconocimiento de titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales es que su positivización infraconstitucional —pero en clara concordancia con la Carta Magna— es la que hace efectiva el contenido y pretensión moral de aquéllos, para lo que se fundamenta en caracteres importantes derivados de la idea nuclear de la dignidad humana[(68)]. Así, ante la universalidad desprendida como carácter intrínseco de los derechos humanos fundamentales, si se produce la negación o incluso la restricción de éstos, se está vulnerando una de las premisas básicas de la modernidad, como es la universalización de los derechos[(69)]. En este sentido, la inmigración plantea un desafío para la universalidad de los derechos humanos y su institucionalización. Esa universalidad se alcanza vin-

(67) Sobre estos planteamientos, BETTI, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos,* trad. J. L. de los Mozos, Edersa, Madrid, 1975; HECK, P., *El problema de la creación del Derecho,* trad. de Manuel Enteza, Comares, Granada, 1999.

(68) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. con la colaboración de DE ASÍS ROIG, R. y BARRANCO AVILÉS, M.ª C., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 27-47.

(69) MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «¿Tienen derechos los inmigrantes?», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004, pp. 6-7.

culándolos, de modo inescindible, a la condición de persona; y es, ésta, desde luego, el mejor modo de hacerlos más fuertes en sus garantías de efectividad. Esto da lugar a que se esté produciendo la paradoja de la universalidad(70): todos los seres humanos son titulares de iguales derechos, mientras que las políticas de inmigración conllevan la falta de reconocimiento o la no adecuada garantía de los derechos de los inmigrantes.

En clara concordancia con lo analizado hasta ahora, no queda establecida una división radical e ilógica de los derechos, sino que queda puesta de relieve la interdependencia entre todos los derechos humanos básicos o fundamentales. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla entre las categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguran la realización efectiva de los derechos socioeconómicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde la perspectiva de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aún así, se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionalidad social. Ciertamente no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ellos. Técnicamente, los derechos civiles y políticos comportan principalmente, pero no únicamente, una garantía de libertad negativa; en tanto que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva —garantías sociales—, aunque incluyen también componentes negativos, bien de carácter promocional de las libertades colectivas —es el caso del derecho de libertad sindical o del derecho de huelga— o bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien, en fin, a la participación en la formación de la voluntad decisoria en instituciones públicas o privadas. Pero esa diversidad de estructura no puede conducir a la negación de la positividad de los derechos sociales, desconociendo aquellas normas constitucionales que garantizan al individuo derechos subjetivos de carácter social, asegurándole un estatus jurídico material de ciudadano en el más amplio sentido. No existen, en general, inconvenientes técnicos-jurídicos relevantes para que las normas constitucionales sobre derechos sociales los garanticen en su mayoría como derechos subjetivos especiales y no queden relegadas sólo a meras normas de principio u organización de carácter programático. En realidad, teniendo en cuenta las características jurídico-políticas del Estado social, las normas de derechos fundamentales continúan siendo normas de conducta para la acción estatal y normas de delimitación para la ordenación de las relaciones Estado-ciudadano(71). Desde un punto de vista más jurídico-material, ambas categorías de derechos no se hallan en posición jurídica de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos —derechos de libertad— y la igualdad o seguridad garantizada por los derechos sociales —derechos de igualdad—, porque la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de

(70) PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes», en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA.VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), Dykinson, Madrid, 2006, p. 249. IBÍDEM, «Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes», en *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, AA.VV., MARCOS DEL CANO, A.M.ª (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 266-270.

(71) STERN, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 275.

ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos. De esta manera, los derechos sociales actúan también a modo de componente o condición de la real efectividad de este tipo de derechos, estableciéndose entre ambas categorías una complementariedad e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez consentida su compatibilidad. En esta línea de pensamiento se ha realzado que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos(72). Esta misma comunicabilidad y continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social entre los derechos humanos —libertades públicas tradicionales y derechos sociales— subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de ambos tipos de derechos, las que a menudo aparecen como técnicas compartidas, implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una programación pública de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la entera formación social. Así, en el pensamiento moderno prevalece la idea de indivisibilidad de los derechos humanos(73). Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica (*cfr*. La Resolución de la Asamblea General de la ONU 32/130-1977). Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los sociales, denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Y no obstante, la diversidad de técnicas de organización jurídica derivada de su peculiar estructura —ante todo porque se realizan por lo general a través de y por la acción positiva del Estado—, se ha subrayado la naturaleza doble o mixta, sociopolítica, de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas.

Desde estos planteamientos, la importancia de la nueva doctrina jurisprudencial y legal respecto a los derechos humanos fundamentales de las personas inmigrantes extranjeras reside, ante todo, en que ayuda a que la eficacia real de aquéllos dependa de la concurrencia de determinados presupuestos objetivos, como es el caso del factor jurídico determinante de la existencia de los derechos sociales fundamentales. Así, la existencia como realidad jurídica(74) de un derecho social fundamental requiere de la actualización de dos requisitos interdependientes: el supuesto técnico-jurídico de positividad y un sistema de garantías jurídicas e institucionales a través de determinadas técnicas específicas de organización jurídica(75).

Por lo que respecta al presupuesto técnico-jurídico general de positivización, no hay inconvenientes de relevancia técnica para afirmar la existencia, desde el punto de vista filosófico o axiológico, de derechos humanos sociales —valores humanos— cuya protección exige la sociedad de los poderes públicos constituidos. Ahora bien, es necesario convenir en que para que tales derechos humanos tengan la consideración de derechos subjetivos, alegables o simplemente apreciables para su protección como tales frente a o por los Tribunales de Justicia, deben ser reconocidos e incorporados al orden jurídico. Y, aún así, esta recepción de los principios o valores de carácter socioeconómico

---

(72) *Vid*., al respecto, TAWNEY, R.M., *La sociedad adquisitiva*, Alianza, Madrid, 1972.

(73) VAN BOVEN, T.C., «Criterios distintivos de los derechos humanos», en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, AA.VV., VASAK, K. (ed.), Serbal, Barcelona, 1984, pp. 77-78 y ss.

(74) *Vid*. el significado de esta voz, ROMANO, S., *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Comares, Granada, 2001, pp. 259-277.

(75) MONEREO PÉREZ, J.L., «Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, I y II», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 56 y 57, 1992 y 1993, pp. 67 y ss.

al ordenamiento jurídico se puede producir, como es bien sabido, según distintos niveles de reconocimiento diferenciados: como principios o valores fundamentales de alcance programático; como normas de organización sin aplicabilidad directa e inmediata y sin que se atribuyan a sus titulares destinatarios verdaderos derechos subjetivos plenamente alegables y apreciables en cuanto tales ante los Tribunales; o como valores garantizados en reglas positivas de las que deriven el reconocimiento de derechos subjetivos fundamentales de eficacia jurídica bilateral. En realidad, el tránsito de los valores humanos social y políticamente relevantes a los valores superiores positivados —es decir, situados en el marco de un sistema jurídico positivo— o a los derechos en sentido estrictamente jurídico —con la atribución de los poderes jurídicos correspondientes— sólo se produce en el momento de su normatividad, y en puridad con su normación positiva al más alto nivel al otorgarles, ya sea en el plano nacional como en el internacional, un rango superior o de supralegalidad(76) que permita la conformación del contenido esencial del derecho mediante su institucionalización jurídico-constitucional, sustrayéndolo a la disponibilidad del legislador ordinario; es decir, los derechos fundamentales han de ser dotados y formar parte de las garantías institucionales de la Constitución o instrumento jurídico fundamental de un determinado ordenamiento jurídico(77).

En cuanto al presupuesto técnico-jurídico específico, destaca la necesidad de otorgar el tratamiento jurídico adecuado a la naturaleza y a la función de los derechos y libertades de contenido socioeconómico y la incorporación en el derecho positivo como normas de finalidad o como derechos subjetivos. Por tanto, consiste en que los derechos sociales sean organizados con arreglo a las técnicas específicas que más se correspondan con su naturaleza y funcionalidad intrínseca.

Es necesario recordar que los derechos de carácter económico-social exigen normalmente técnicas de protección y de garantías singulares debido a su especial naturaleza y funcionalidad, comportando, en general, una acción positiva de los poderes públicos constituidos en orden, según el caso, a promover las condiciones necesarias para su efectividad o, en distinto plano, a programar y organizar determinadas actuaciones positivas de prestación pública, tratándose, en éste último caso, de normas positivas determinantes que prefijan y conforman los fines sociales que han de ser alcanzados por los poderes públicos. En realidad, la positivización de los derechos humanos de contenido social adquiere una concretización garantista múltiple, según su particular forma de positivización en el ordenamiento como derechos subjetivos, su formulación más acabada, o principios de política social, expresándose jurídicamente en una amplia gama de situaciones jurídicas subjetivas que van desde la mera expectativa o interés simple hasta el derecho subjetivo.

Estamos, pues, ante dos modos de organización jurídica de los derechos sociales que presentan en común una premisa sustancial: la conveniencia político-jurídica, previa a la precisa opción técnica concreta determinante de su organización, de que dichos derechos sociales exigen más principalmente que otros derechos, incluidos los considerados fundamentales, una acción positiva que los promueva removiendo todos aquellos obstáculos que impidan su efectividad, y que los garantice, con frecuencia, mediante una acción prestacional de carácter público, con la finalidad de hacer valer los componentes igualitarios de tales derechos sociales(78).

En consonancia, no se puede negar que los derechos sociales, diferenciándose de las libertades tradicionales, no van a conferir normalmente a sus titulares tan sólo un poder de actuar, sino también

---

(76) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 206-207.

(77) *Vid*., al respecto, en su totalidad, ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

(78) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 206.

facultades de exigir frente a terceros determinadas conductas y reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado. Al respecto hemos de recordar que los derechos sociales pertenecen a la categoría de los llamados derechos de prestación positiva. Mientras que a los derechos de libertad —o derechos de—, que tutelan ante todo un poder de hacer, corresponden deberes y prestaciones negativas, a los de prestación —o derechos a—, que protegen ante todo un poder de exigir, corresponden fundamentalmente obligaciones y prestaciones positivas del poder público reglamentando jurídicamente su actuación. Estos últimos, comportan pues, un derecho de crédito frente a éste, aunque con frecuencia ese poder de exigir se despliega no sólo frente al Estado, sino también ante grupos sociales o particulares. En los derechos de prestación son determinables los contenidos pero no exactamente los límites, siendo variables según el tiempo, el lugar, las circunstancias y sobre todo el grado de desarrollo económico y civil, las necesidades y las expectativas de ellas expresadas en cuanto a su grado de satisfacibilidad; lo que hace que buena parte de los derechos sociales reclamen en orden a sus realización obligaciones de prestación cuantitativamente mutables según los diversos niveles de vida consentidos en cada ordenamiento, a diferencia por lo común de los derechos fundamentales de libertad tradicionales.

Este diverso modo de organización jurídica depende de la concreta voluntad de la política de derechos fundamentales, que está llamada a decidir sobre la oportunidad de positivar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizados jurídicamente en la Constitución. Es en esta última dirección tanto los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y las sentencias que reiteran sus planteamientos, como la plasmación legal de su doctrina en el reforma de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido la punta de lanza para la superación de la tradicional doctrina jurisprudencial de la concepción de los derechos sociales fundamentales como derechos de configuración legal, que no ha respetado ni su contenido esencial como derecho fundamental ni la regulación constitucional de los mismos en clara concordancia con el marco internacional. Se trata así de reafirmar y dejar constancia de que van a ser derechos fundamentales sociales aquellos que sean derechos fundamentales en nuestra Constitución, derechos subjetivos constitucionales, y que posean un contenido social, siendo posible la distinción entre ellos según sean derechos fundamentales de libertad que tienen una faceta prestacional o derechos fundamentales de prestación. Y para ello es imprescindible colocar al titular de los mismos en el marco del Estado social de Derecho que la misma Constitución consagra como fórmula político-jurídica.

De este modo, con los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y la plasmación de su doctrina en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, no sólo se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad que se habían interpuesto contra la Ley Orgánica 8/2000, sino que se produce un avance muy relevante y significativo para la regulación del estatuto jurídico de derechos de los nacionales de terceros Estados en nuestro país en una dirección básica, a saber: su adecuada regulación legal conforme a los esquemas constitucionalmente establecidos que, a su vez, se encuentran en clara consonancia y concordancia con lo establecido a nivel internacional en los grandes Tratados, Acuerdos, Pactos o Convenios de los que España es parte. Derechos que, de modo inequívoco, son intrínsecos a la persona y a su dignidad, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales de todo hombre en cualquier Estado, siendo éstos expresión máxima de los derechos humanos.

Esto supone una propia garantía de los derechos por la pretensión general de salvaguardar los derechos y libertades de los individuos y grupos sociales frente a los poderes públicos, elevando su protección a un ámbito de supralegalidad ordinaria; y es este esfuerzo por conferir a los derechos y libertades un rango supraestatal el que procede más de las garantías de los derechos que de las meras Declaraciones, Pactos, Tratados, etc., como texto separado de las Constituciones o normas fundamentales, toda vez que las garantías de derechos se presentan como reglas positivas y obligatorias, con valor vinculante que aseguran la aplicación dinámica de determinados derechos generalmente reconocidos y que se imponen al legislador ordinario y formando parte de la Constitución participan

del mismo valor jurídico que ésta, pudiendo ser oponibles al legislador ordinario y, matizadamente, a los particulares. Las declaraciones de derechos, por el contrario, cuando no están enmarcadas en las Constituciones —conformando ésta el contenido esencial de los derechos incorporados cuyo respeto se impone con fuerza vinculante general, es decir, dotándolos de garantías institucionales en el mismo texto constitucional— aparecen, ante todo, como enunciados de principios filosóficos y jurídico-políticos, sin valor y eficacia jurídica directa[79].

Pero es que, adicionalmente, hemos de sumar, por su vital importancia, la dimensión social que posee gran parte de estos derechos, con lo que se puede afirmar que son derechos sociales fundamentales. Y es precisamente por estos dos rasgos definidores de los derechos, por los que necesaria e imperiosamente se ha de predicar el universalismo y el internacionalismo de ellos, sin posibilidad de distinguir, tanto en su titularidad como en su ejercicio, a las personas por su nacionalidad o cualquier otra condición, como es la administrativa tomada por la política jurídica de inmigración y extranjería española. De este modo, una declaración de derechos constitucionalmente garantizada no puede ser considerada una mera declaración retórica, sino un conjunto de poderes jurídicos dotados de plena operatividad. Es éste el trasfondo político-jurídico del reconocimiento de los derechos humanos, de los derechos sociales fundamentales, en términos de garantías jurídicas; es decir, los derechos sociales fundamentales en sentido técnico-jurídico.

En este sentido, se produce un avance jurídico-político con la nueva regulación legal de derechos sociales fundamentales como el derecho de reunión, libre sindicación, huelga o la asistencia jurídica gratuita, junto a otros que no tienen un carácter tan estrictamente laboral[80]. Una nueva regulación ahora sí acorde a la propia naturaleza y finalidad de los mismos y al marco constitucional e internacional regulador de ellos. Sin embargo, la valoración positiva que exige esta nueva regulación, no lo es tal en el reconocimiento efectivo y garantía de los mismos, pues se incluyen en una ley que incide en que la política inmigratoria definida en ella responde al dominio de los flujos migratorios y su orientación al beneficio propio y al control social de la inmigración irregular.

3. Modelo de protección jurídico-legal de la persona inmigrante extranjera en la vigente Ley Orgánica 4/2000

Los dos ejes ya analizados del modelo jurídico de la ordenación normativa de las personas inmigrantes extranjeras en España entronca directamente con el modelo de protección legal de aquéllos tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre[81].

Pero, antes de ello, en el contexto de la ya definida inmigración económico-laboral y sus protagonistas principales —personas que trabajan o quieren trabajar, se incluyen o quieren incluirse en el mercado de trabajo—, se ha de matizar que inmigración y extranjería no son lo mismo ni,

---

(79) MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., pp. 5-30.

(80) Sobre los mismos, monográficamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), cit., pp. 231-264. AA.VV., *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), cit., pp. 185-341.

(81) *Vid*., ampliamente al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, (I y II)», *Revista Aranzadi Social*, núm. 19 y 20, 2010, pp. 61 y ss., 73 y ss., respectivamente.

consecuentemente, política de inmigración y política de extranjería. Por más que estén ligadas y relacionadas. Extranjería y política de extranjería hacen referencia al estatus y situación jurídica de una persona que no es nacional del Estado en el que se halla, bien temporal o indefinidamente. En la inmigración y la política de inmigración, además de ello, hay un tema nuclear diferenciador y clave en conexión con lo apuntado: lo sociolaboral, en relación a la entrada, permanencia y salida de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo. La mayor incidencia de una u otra en nuestras sociedades —pese a que no se puedan observar como separadas— no hace sino reincidir y constatar —pese a su diferente matiz conceptual— el hecho de la presencia en nuestra sociedad de personas con la condición de trabajadoras inmigrantes y extranjeras.

Ahora bien, con fundamento en esta matización conceptual, sí se puede advertir la existencia de dos modelos un tanto diferenciados de regulación jurídico-legal de carácter más o menos protector —según el caso— para las personas inmigrantes extranjeras. De una parte, un modelo basado en la extranjería, en el derecho y en la política de extranjería: está centrado esencialmente en una dimensión controladora de la entrada, permanencia e incluso retorno de la persona extranjera; y fundamentado sobre aspectos de seguridad nacional, económicos y limitadores de derechos —incluso fundamentales—. Y, de otra parte, un modelo basado en la inmigración, en el derecho y en la política de inmigración: presta una especial atención a la integración social de la persona inmigrante desde la tutela del estándar mínimo de protección —titularidad y ejercicio efectivo— de los derechos humanos fundamentales de toda persona[82].

Teniendo presente el significado, sentido y alcance de estos modelos definidos, desde los mismos y en forma de avances y retrocesos —según se imponga y/o predomine uno u otro— ha venido oscilando la regulación jurídico-legal protectora de las personas inmigrantes extranjeras en nuestra historia más reciente. El punto de referencia cronológico cuantitativo y cualitativo desde el que se ha de partir es tanto los últimos veinte años del siglo pasado y el desarrollo socioeconómico y político experimentado, como —derivado de lo anterior— la configuración de España como país de inmigración y, consecuentemente, la irrupción y consideración de ésta, hoy en día, como realidad social estructural.

Estas precisiones referenciadas —a modo de causas—, de profundas connotaciones y repercusiones, sin duda alguna, conllevaron ya la aparición, a mediados de la década de los ochenta, del primer texto legal regulador de la inmigración y extranjería, que se mantuvo durante quince años con más desaciertos que aciertos, hasta que ya a principios del siglo XXI se vieron las tremendas dimensiones de la inmigración en España y se produjo en los primeros años del mismo, una vorágine legislativa sobre su regulación en un intervalo de años muy corto —apenas cuatro— con una cierta estabilización reguladora de seis años aproximadamente hasta el momento presente[83]. Una circunstancia que no significó en ningún momento que la regulación existente fuese la más propicia y acorde con la realidad migratoria española, por cuanto ésta no había dejado de carecer de los caracteres de relevancia e importancia en todas sus dimensiones y aspectos. Todo ello, en consecuencia, había supuesto una influencia directa en la regulación jurídico-formal de los derechos de los extranjeros —muy especialmente de aquellos de carácter sociolaboral— y de las distintas posibilidades de entrada y residencia de los extranjeros en España, así como de otros aspectos y dimensiones colindantes al respecto.

En cualquier caso, nos encontramos con la situación de que la primera regulación contemporánea de la inmigración y extranjería en España —es decir, la regulación jurídica del estatuto de

(82) En relación a ambos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», cit., p. 12.

(83) Desde una perspectiva de revisión, un repaso al modelo jurídico-legal español, lo realiza ilustrativamente, SOLANES CORELLA, Á., «Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, pp. 77 y ss.

los extranjeros en nuestro país— data de 1985 y se concreta en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros en España[84]. Esta regulación trató la inmigración como un fenómeno coyuntural, respondiendo a los caracteres de control casi policial de los inmigrantes y a una lógica de policía administrativa[85], con un elenco de derechos muy reducidos en virtud de esta situación. Pero es que a su vez y adicionalmente, esta norma también respondió a la entrada de nuestro país en la Unión Europea y todo el conjunto de requisitos por ella establecidos.

Posteriormente en el año 2000, tras haberse quedado obsoleta la anterior regulación, nació la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Ésta se caracterizó por romper con la lógica policial anterior y apostar por una perspectiva que incidía en la *integración social* —como del mismo título se desprende—, al equiparar a los nacionales con los extranjeros y a estos entre sí independientemente a su condición de regulares o irregulares. Así, era una Ley muy *abierta y social* que reconocía derechos para todos los extranjeros, más allá de su situación administrativa.

Tras un breve período de tiempo y casi sin poder analizar su verdadera aplicación efectiva, se produjo una contrarreforma de la Ley anterior mediante la Ley Orgánica 8/2000[86]. Ésta se caracterizó, en líneas generales, por tratar por vez primera ya el fenómeno de la inmigración como estructural y permanente, pero, sorprendentemente, volviendo al espíritu harto restrictivo de la Ley de 1985. El pilar sobre el que se constituyó el estatuto jurídico del extranjero fue sobre su situación administrativa, de tal forma que si estaba regular podía ejercer un conjunto de derechos considerables, mientras que si se encontraba en situación irregular casi no existía como persona, al verse reducidos drásticamente los mismos, pero teniendo siempre el mínimo de derechos que le corresponden como persona, no sujetos a ninguna condición, viéndose incluso algunos de éstos últimos incluso afectados. Esta regularidad se construyó con la posesión de la correspondiente autorización de trabajo y permiso de residencia —por este orden—, tanto para la entrada como para la permanencia[87]. La finalidad inmediata que perseguía esta Ley era la reducción de la bolsa de personas inmigrantes irregulares existentes en aquel momento, intentando que todos cumpliesen con lo establecido legalmente, para lo que, sin duda alguna, adquirieron especial importancia los procesos de regularización masivos que se produjeron en estas fechas como consecuencia de la aplicación efectiva de la Ley y de su Reglamento de desarrollo, al quedar previstos en ellos.

Como resultado, tenemos que la caracterización formal de esta Ley fue intentar seguir el espíritu progresista e integrador social de la precedente reconociendo la titularidad de un amplio elenco de derechos para el conjunto de inmigrantes, pero inmediatamente después se introdujo la cláusula, o condición, de que para su ejercicio efectivo y disfrute, adquiría condición indispensable el estar en posesión de la correspondiente autorización de trabajo o permiso de residencia, según fuese el caso que se tratase. Por tanto, nos encontramos con que había un eje vertebrador en la atribución y cumplimiento real de los derechos, el cual no estaba basado y fundamentado en la nacionalidad de la persona, sino en la situación administrativa regular del inmigrante.

---

(84) Sobre la situación anterior a ésta, *vid*., CARDONA TORRES, J., *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1985.

(85) MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 26, junio 2001, p. 9.

(86) Monográficamente, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

(87) ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 39-40.

El carácter y la lógica de esta Ley estuvieron vigentes hasta finales del año 2007, cuando las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos sociales fundamentales de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio[88]. Pero tampoco se ha de olvidar en un momento anterior a estos pronunciamientos jurisprudenciales una nueva reforma, con un poco más de transcurso de los años, mediante la Ley Orgánica 14/2003. Esta penúltima reforma no afectó al tema de los derechos y sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato mismo, declarándolo con plena efectividad en lo que toca a sus repercusiones para aquellos trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral. Paralelamente, junto a estas leyes se han venido produciendo los reglamentos de desarrollo de las mismas, que si bien no han incidido de forma nítida sobre los derechos, sí han pretendido un fomento de la situación de regularidad de los inmigrantes, una tramitación administrativa ágil —tanto en la general del Estado, como en las autonómicas y locales, instando a la colaboración entre ellas— y una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Tendencia jurídico-política presente también, incluso con tintes de exhaustividad, en el nuevo y último reglamento de desarrollo del vigente texto legal, de 2011.

Con este marco regulador modificado muy puntual y circunstancialmente a lo largo de los sucesivos años de su vigencia se llegó a la última reforma del año 2009, operada con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Una reforma que puede incluso calificarse como nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración[89], pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta. En consecuencia, en unos casos se está ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones se añade algún artículo nuevo o varios en forma de apartados —*bis*, *ter*, etc.— y, por último, se realizan precisiones técnicas y de expresión escrita que no producen cambios relevantes sino más bien aclaratorios.

En cualquier caso, la totalidad de cambios que se han introducido en el articulado de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la última reforma se pueden dividir en dos grandes grupos en orden a su importancia y calado político, jurídico y social. De este modo, por un lado, se puede hallar y diferenciar claramente varios aspectos y dimensiones concretos a modo de grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado la reforma —señaladamente, la política de inmigración, la reagrupación familiar y el estatuto de derechos—. Y, por el otro, el restante conjunto de reformas presentes a lo largo del articulado de la Ley Orgánica incidentes en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración y que también presentan un alcance particular. Es en torno a estos dos grupos de novedades de diferente trascendencia, por su volumen y sentido en el marco de la totalidad, como ha acontecido la última reforma legal.

La consecuencia más inmediata de la misma es su constitución como un paso cualitativo más en la larga senda de reformas de nuestra legislación sobre derechos e integración social de las personas

---

(88) En general, sobre la reciente doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la extranjería e inmigración, *vid*., CASAS BAAMONDE, M.ª E., «El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de la extranjería», en *Derecho, inmigración e integración*, AA.VV., Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Madrid, 2008, pp. 483-498. Más particularmente y en relación a los pronunciamientos jurisprudenciales advertidos, un comentario de los mismos en profundidad, así como de sus implicaciones, por MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II», *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008.

(89) TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión», *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 2.ª época, núm. 9, 2009, p. 4.

inmigrantes extranjeras en España. En este sentido, no es una reforma cosmética de modelo normativo, porque sirve a tres motivos principales:

Primero.—Como ya se ha apuntado, la exigencia de incorporar a la Ley Orgánica 4/2000, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que se da nueva redacción a la misma para acomodarla a las previsiones constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios artículos legales. Como ya se ha anotado, especial mención tienen las Sentencias 236 y 259/2007, declarando que la exigencia que la referida Ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, en consecuencia, contraria a la Constitución, ya que los derechos fundamentales se atribuyen a todas las personas en su condicionales de tales.

Segundo.—Se han producido aportaciones significativas en el Derecho de la Unión Europea en materia de inmigración y extranjería, las cuales debían ser objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Le reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, incorpora a nuestro Derecho interno un amplio conjunto de directivas comunitarias en la materia ya mencionadas en epígrafes anteriores. Aparte de ello, interesa realzar la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea, en el cual se establecen como principales objetivos a alcanzar una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración social y jurídica de los inmigrantes legales a través de un equilibrio de derechos y deberes. Por otra parte, es importante la ratificación y entrada en vigor en España de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos —Convenio núm.197 del Consejo de Europa—, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Tercero.—La necesidad de adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a la nueva realidad migratoria que se produce en nuestro país, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían en el momento de la aprobación de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Ciertamente, la inmigración es un fenómeno social total, complejo y contingente en su fisonomía. El cambio es un rasgo que le es inherente. El marco normativo tiene que adaptarse innovando sus criterios de regulación. No se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto económico, social y cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales. La reforma por medio de la Ley Orgánica 2/2009 pretende ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal modo que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

En todo caso, es de señalar que nuestro modelo legal de protección de las personas inmigrantes extranjeras ha adolecido —al menos hasta el momento— de una programación coherente, encontrándose excesivamente expuesto a variación de factores coyunturales. Es necesario, pues, garantizar una cierta estabilización jurídico-institucional del modelo de regulación de la inmigración, sobre la base de principios y reglas de juego verdaderamente coherentes y con pretensiones de estabilidad, más allá de los necesarios ajustes coyunturales que siempre serán necesarios adoptar. La nueva reforma legislativa parece orientarse hacia ese objetivo más ambicioso de llevar a cabo una reforma estructural y más estable de la cuestión social de la inmigración incidiendo en toda la multiplicidad de sus dimensiones fundamentales.

Una de estas dimensiones básicas es la integración social, en cuanto núcleo básico y esencial del modelo de derecho de la inmigración o inmigratorio antes apuntado. En este sentido, un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos humanos fundamentales —civiles, políticos y sociales—. Pero no es suficiente el reconocimiento formal. Se hace necesaria una actitud pro-activa de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las perso-

nas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona. Esa política pro-activa no incumbe sólo al Gobierno central —a quien le corresponde, según el artículo 149.1.2.ª CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales; artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000—, sino también a los Poderes y Administraciones Públicas autonómicas y locales.

Desde estas motivaciones advertidas se origina un nuevo marco legal que muy particularmente tiene como principales destinatarios a los extranjeros inmigrantes que residen en nuestro país de un modo legal, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia(90), excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma sitúa como destinatarios también a los extranjeros inmigrantes en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se ocupa de ellos para garantizarles el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no va a constituirse en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha de tratamiento diferenciado jurídico-legal a unas mismas personas pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas y leyes anteriores.

Sobre estos motivos y destinatarios el poder político trata, ante todo, de poner en marcha una política inmigratoria no sólo dotada de carácter legal como gran novedad de alcance destacado en esta reforma, sino también que garantice los derechos humanos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional, la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal, el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo, el favorecimiento de las oportunidades de integración de los inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las políticas y el aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones.

Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política inmigratoria, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política inmigratoria; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas incrementadoras del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación.

De este modo, encontramos unas motivaciones, intenciones y objetivos justificativos plenamente de la reforma legal con distinto sentido, alcance y defensa en orden a construir un nuevo marco jurídico-legal regulador de la inmigración en España que esté vigente en los años sucesivos con una cierta estabilidad legislativa al respecto. El transcurso de los años, su vigencia, la política jurídica resultante y su adecuación a la realidad inmediata servirán para enjuiciar su idoneidad o no.

---

(90) En relación a éstas tras la última reforma legal, RUANO ALBERTOS, S., «Una nueva reforma sobre la ya reformada Ley de Extranjería. Visión panorámica de las autorizaciones de trabajo», *Revista Tribuna Social*, núm. 234, 2010, pp. 25-35; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «Las autorizaciones de trabajo de los extranjeros en España: revisión jurídico-política», *Revista Tribuna Social*, núm. 239, 2010, pp. 48 y ss.

IV. REFLEXIONES PROPOSITIVAS DE CONJUNTO

En pleno siglo XXI, las políticas jurídicas reguladoras de los flujos migratorios y de los derechos fundamentales no se hallan globalizadas en igual medida que otros órdenes, significativamente el económico. Para avanzar en una dirección contrapuesta a esta realidad y relacionarla con éste último orden, se ha de tener presente que los protagonistas de los flujos migratorios son, ante todo, personas a las que no se les puede culpar de su proceso y proyecto migrante, sino más bien se debería de pensar, valorar y ser conscientes del origen de las migraciones y las desigualdades sociales existentes. Éstas son notables entre zonas, regiones y Estados socioeconómicamente cada vez más subdesarrollados —coincide esencialmente con países del Sur—, y zonas, regiones y Estados socioeconómicamente prósperos y desarrollados —coincide esencialmente con países del Norte— que conciben a aquéllas como la mano de obra necesaria para su cada vez mayor desarrollo.

En este sentido, se olvida la importancia que tiene para la vida de las personas, sobre todo, los inmigrantes extranjeros, el trabajo, la actividad laboral que desarrollen como medio para alcanzar una vida digna. Una vida que tiene la intención que sea un poco más digna de la que dejaron en sus Estados de origen. Desde esta perspectiva, es desde la que necesariamente sería oportuno que se enfocasen las políticas y legislaciones reguladoras de la extranjería e inmigración, por supuesto que favoreciendo, si se pretende y es la intención, un orden y control en la inmigración, pero con un contenido eminentemente social, nada fragmentador y excluyente. En ello es clave tanto el estatuto protector brindado por la eficaz universalidad de los derechos humanos fundamentales de toda persona, como un trabajo desmercantilizado en régimen de libertad e igualdad —trabajo decente—.

Atendiendo a estos postulados, se ha de considerar al trabajo como un potencial y real elemento de integración, en cuanto concebido éste como un componente básico para la solidez del grupo humano[91]. Así, se deben encontrar nuevas vías para tratar de compaginar lo económico con lo social —la inmigración económica-laboral con las dimensiones sociales que posee esta realidad—, en cuanto que la economía tiene que servir a los fines que se trazan por la sociedad democrática con la pretensión de poner la racionalidad económica al servicio de una sociedad justa e igualitaria[92]. Debería imperar la circunstancia de que es la mera condición de persona que trabaja —más allá de la situación administrativa— y su lugar de residencia los que determinarían que a ésta le correspondiese un estatus jurídico relativo constituido por el consiguiente conjunto de derechos reconocidos por la denominada constitución del trabajo[93]: derechos individuales, colectivos y de protección social. Es decir, el trabajo se constituiría materialmente en un elemento superador no sólo de la distinción entre extranjero y nacional, sino también entre los primeros en base a las autorizaciones administrativas, con un claro sustento y apoyo tanto en su actividad como en su concepción implicadora de un fenómeno universal[94].

Con estas propuestas, sería necesario afrontar la inmigración desde la óptica de una ciudadanía social inclusiva en el marco del modelo de Estado social de Derecho. Éste, a lo largo de su historia, ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas, sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Es entonces cuando el Estado social adquiriría su significación

---

(91) OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dikynson, Madrid, 2004, p. 159.

(92) MONEREO PÉREZ, J.L., «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3.ª época, núm. 2, 1999, p. 247.

(93) MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 156 y ss.

(94) BAYLOS GRAU, A., *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 14.

más auténtica y genuina como constructor de un sistema de protección social en los que los derechos sociales de ciudadanía actuarían como derechos de desmercantilización. La clave en ello es, por tanto, la superación de la visión instrumental de la inmigración protegiendo a las personas —más allá del trabajo— con este conjunto de derechos sociales de ciudadanía. Desde aquí, teniendo como referencia este paradigma, las políticas jurídicas reguladoras de la inmigración se asentarían y construirían sobre la base de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna por la condición administrativa personal en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización*, ROJO TORRECILLA, E. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2006.

— *International Labour Migration. A right-based approach*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010.

— «La migración y el asilo en el Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 85, 2010.

— «La presidencia española de la Unión Europea en materia de inmigración: la declaración de Zaragoza, el Plan de Acción de MENAS y la Evaluación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (primer semestre de 2010)», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Algunas notas sobre las teorías explicativas de los flujos migratorios y la multidimensionalidad del hecho migratorio», en *Tratamiento jurídico de la inmigración*, AA.VV., CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coords), Bomarzo, Albacete, 2008.

ARENDT, H., *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993.

AWAD, I., *The global economic crisis and migrant workers: impact and response*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.

— «Migraciones laborales internacionales en tiempos de crisis económica: 2008-2009», en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

BARCELLONA, P., «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», en *Problemas de legitimación en el Estado social*, AA. VV., OLIVAS, E. (coord.), Trotta, Madrid, 1993.

BAYLOS GRAU, A., *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009.

BETTI, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos,* trad. J. L. de los Mozos, Edersa, Madrid, 1975.

CABEZA PEREIRO, J., «Inmigración y Derecho en la Unión Europea. Introducción al Derecho de Extranjería» en *Tratamiento jurídico de la inmigración*, AA.VV., CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coords.), Bomarzo, Albacete, 2008.

CARDONA TORRES, J., *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1985.

CASAS BAAMONDE, M.ª E., «El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de la extranjería», en *Derecho, inmigración e integración*, AA.VV., Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Madrid, 2008.

CHARRO BAENA, P., «Política de empleo y extranjería», *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo II, AA.VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

CHUECA SANCHO, Á. y AGUELO NAVARRO, P., «Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 21, 2009.

CORTI, P., *Storia delle migrazioni internazionali*, Laterza, Bari, 2007.

COSTA, P., *Cittadinanza*, Laterza, Bari, 2005.

DE CABO MARTÍN, C., «Lo viejo y lo nuevo en la crisis económica actual: aspectos jurídico-políticos», en *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, AA.VV., CÁMARA VILLAR, G. (ed. y coord.), Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.

DE LA VILLA DE LA SERNA, S., «El Consejo Europeo de Bruselas. Enfoque Global de la Migración», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006.

DE LUCAS, J., «Política de inmigración: 30 propuestas», *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 121, 2002.

— «Políticas de inmigración, derechos, ciudadanía», en *Derechos Humanos e Inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, AA.VV., NIETO GARCÍA, L. (dir.), Imprenta Comercial, Motril, 2003.

— «La inmigración y la lógica de Estado de Sitio. (A propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)», en *La igualdad en derechos: claves de la integración*, AA.VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009.

DOMÍNGUEZ, J. y GODENAU, D., «Las migraciones internacionales en el siglo XXI», en *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

ELU TERÁN, A., «Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas», *Revista CAUCES*, núm. 015, 2011.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante», en *Inmigración, mujeres y menores*, AA.VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), Laborum, Murcia, 2010.

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., «Los extranjeros profesionales altamente cualificados», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coord.), Comares, Granada, 2010.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.ª B.; SERRANO VILLAMANTA, J. y CARDENAL CARRO, M., «Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España», en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Tomo I, AA.VV., PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

GARCÍA MURCIA, J., «La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «La distribución de competencias en materia de inmigración», *Revista Temas Laborales*, Vol. I, núm. 100, 2009.

— «El camino hacia una política migratoria integral. La asunción de los principios del Pacto Europeo para la inmigración: su delimitación», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GEORGE, S., «¿Globalización de los derechos?», en *La globalización de los derechos humanos*, AA.VV., GIBNEY, M.J. (ed.), Crítica, Barcelona, 2004.

GINER DE LOS RÍOS, F., *La persona social: estudios y fragmentos*, con estudio preliminar «El organicismo social de Giner de los Ríos», de MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 2008.

HECK, P., *El problema de la creación del Derecho,* trad. de Manuel Enteza, Comares, Granada, 1999.

HELZEL, P.B., *Il diritto ad avere diritti. Per una teoría normativa della cittadinanza*, Cedam, Padova, 2005.

GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas internacional, Madrid, 2008.

GURVITCH, G., *La idea del Derecho Social,* edición y estudio preliminar, «La "Idea del Derecho Social" en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch», por J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Comares, Granada, 2005.

LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, El Viejo Topo, Madrid, 2009.

MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Las competencias de la Unión Europea en materia de inmigración: nuevas potencialidades tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «¿Tienen derechos los inmigrantes?, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2004.

MASSEY, D.S.; ARANGO, J.; HUGO, G.; KOUAOUCI, A.; PELLEGRINO, A. y TAYLOR, E.J., «Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008.

MERCADER UGUINA, J.R. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001.

MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 26, junio 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, I y II», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 56 y 57, 1992 y 1993.

— *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

— *Introducción al nuevo Derecho de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

— «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3.ª época, núm. 2, 1999.

— «Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva del Derecho», *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007.

— «Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significado político-jurídico», estudio introductorio a *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, JELLINEK, G., Comares, Granada, 2009.

— *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2009.

— «Crisis económica y revisión de la Constitución democrático-social del trabajo: crítica de la opción neoliberal», en *Pensamiento crítico y crisis capitalista. Una perspectiva constitucional*, AA.VV., CÁMARA VILLAR, G. (ed. y coord.), Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.

— *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral,* Ed. Bomarzo, Albacete, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes», en *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.ª N., (dirs.), Comares, Granada, 2002.

— «Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada», *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, núm. 8, 2003.

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II», *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008.

— «El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (I y II)», *Revista Aranzadi Social*, núm. 19 y 20, 2010.

— «El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dikynson, Madrid, 2004.

PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

— Con la colaboración de DE ASÍS ROIG, R. y BARRANCO AVILÉS, M.ª C., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes», en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, AA.VV., CAMPOY CERVERA, I. (ed.), Dykinson, Madrid, 2006.

— «Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes», en *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*, AA.VV., MARCOS DEL CANO, A.M.ª (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Las políticas de inmigración», *Revista Tribuna Social*, núm. 133, enero 2002.

RAMOS QUINTANA, M.I., «Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.

— «Migraciones laborales: las paredes maestras de la "Reforma 2009" de la Ley de Extranjería en España», *Revista Tribuna Social*, núm. 240, 2010.

— «La política comunitaria en materia de inmigración: la progresiva consolidación de un modelo selectivo de migración laboral», en *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

RENAN, E., *¿Qué es una nación?*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1983.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Una apuesta por los derechos sociales en las políticas migratorias de la Unión Europea», en *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, AA. VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2009.

— «Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 17, 2009

ROJAS RIVERO, G.P., «El marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales», en *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), Bomarzo, Albacete, 2011.

ROJO TORRECILLA, E., «Inmigración y mercado de trabajo en el ámbito comunitario y español (el impacto de las políticas de inmigración sobre el empleo y la edad de la población trabajadora)», en *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, AA. VV., CAMAS RODA, F. (coord.), Bosch, Barcelona, 2009.

ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas», *Revista Temas Laborales*, núm. 104, 2010.

ROMANO, S., *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Comares, Granada, 2001.

ROMERO CORONADO, J., «Residencia y trabajo de extranjeros profesionales altamente cualificados», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

RUANO ALBERTOS, S., «Una nueva reforma sobre la ya reformada Ley de Extranjería. Visión panorámica de las autorizaciones de trabajo», *Revista Tribuna Social*, núm. 234, 2010.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.ª B., «El plan de retorno voluntario: significado y consecuencias», en *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), La Ley, Madrid, 2010.

SEN, A., *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2010.

SOLANES CORELLA, A., «¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España», *Migraciones Internacionales*, vol. 4, núm. 4, julio-diciembre 2008.

— «La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana», en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA.VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009.

— «Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010.

STERN, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

TAWNEY, R. M., *La sociedad adquisitiva*, Alianza, Madrid, 1972.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.

— «La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/200 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión», *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 2.ª época, núm. 9, 2009.

— «La articulación legal de la política de inmigración», en *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, AA. VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), Comares, Granada, 2010.

— «La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. (dirs.), MORENO VIDA, M.ª N. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), Comares, Granada, 2010.

— «Las autorizaciones de trabajo de los extranjeros en España: revisión jurídico-política», *Revista Tribuna Social*, núm. 239, 2010.

— «Artículo 26. Colectivos prioritarios», en *El Derecho del Empleo. El estatuto jurídico del Derecho del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.ª N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), Comares, Granada, 2011.

USHAKOVA, T., «La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria», *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237, 2010.

VALDUEZA BLANCO, M.ª D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

VAN BOVEN, T.C., «Criterios distintivos de los derechos humanos», en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, AA.VV., VASAK, K. (ed.), Serbal, Barcelona, 1984.

ZANFRINI, L., *Sociología delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2007.

— *Cittadinanze. Appatenenza e diritti nella società dell' immigrazione*, Laterza, Bari, 2007.

LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA EXPERIENCIA DEL GOBIERNO DE LA RIOJA

Dra. Pilar Núñez-Cortés Contreras

Cátedra UNESCO de Promoción Socio Laboral de la Fundación Sagardoy

RESUMEN

La incorporación de la perspectiva de género en la negociación colectiva: la experiencia del Gobierno de la Rioja

Transcurrido un período de tiempo suficientemente amplio desde la aprobación de la LOI, y teniendo en cuenta las previsiones del Plan Concilia Rioja 2010, se ha estimado por el Gobierno de la Rioja la importancia de conocer la evolución y los avances realizados en materia de igualdad en la negociación colectiva en su territorio a raíz de la aprobación de dicha Ley Orgánica, con la finalidad de conocer la situación en este ámbito y realizar las oportunas recomendaciones a los negociadores de cara al futuro. El presente estudio comprende el análisis de los convenios colectivos cuyo ámbito geográfico de aplicación se refiere a la Comunidad de La Rioja en los años que van desde 2006 a 2010, período en el cual se ha promulgado la LOI que viene a reforzar el papel de la negociación colectiva en materia de igualdad.

ABSTRACT

The mainstreaming of gender in collective bargaining: the experience of the Government of La Rioja

After a sufficiently long period of time since the adoption of the Equality Law 2007, and taking into account the provisions of the Plan Concilia Rioja 2010, has been estimated by the Government of the Rioja that is important to know the developments and progress on equality in collective bargaining in its territory following the adoption of this Law, in order to understand the situation in this field and make appropriate recommendations to the negotiators of the future. This study includes the analysis of collective agreements whose geographical scope refers to the Community of La Rioja in the years from 2006 to 2010, during which time the Equality Law has been enacted which reinforces the role of collective bargaining on equality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA E IGUALDAD EN LA RIOJA.

1. Acceso al empleo.

A) En particular, medidas de acción positiva para favorecer el acceso de mujeres al empleo.

B) Tratamiento del acceso al empleo en los planes de igualdad.

2. Formación y promoción profesional.

3. Retribución del trabajo.

4. Suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad.

5. El tiempo de trabajo: la jornada, descansos, permisos y licencias.

A) Flexibilidad horaria.

B) Jornada inferior a la legalmente establecida.

C) Cómputo y distribución de la jornada.
D) Jornada continuada y partida.
E) Reducción de jornada por motivos personales y familiares.
F) Descanso semanal.
G) Vacaciones laborales.
H) Permisos retribuidos.

6. Excedencias por cuidados familiares.
7. Violencia de género y discriminación.
8. Protección de la salud durante el embarazo y la lactancia.
9. Acoso moral, sexual y por razón de sexo.
10. Mejoras o beneficios sociales por causas familiares.

III. PREVISIONES EN GARANTÍA DE IGUALDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE LA RIOJA.

1. Lenguaje no sexista.
2. Órganos de control del principio de igualdad.
3. Planes de igualdad.

I. INTRODUCCIÓN

Transcurrido un período de tiempo suficientemente amplio desde la aprobación de la LOI, y teniendo en cuenta las previsiones del Plan Concilia Rioja 2010, se ha estimado, por el Gobierno de La Rioja, la importancia de conocer la evolución y los avances realizados en materia de igualdad en la negociación colectiva en su territorio a raíz de la aprobación de dicha Ley Orgánica, con la finalidad de conocer la situación en este ámbito y realizar las oportunas recomendaciones a los negociadores de cara al futuro. A tal fin, la Dirección General de Trabajo, Industria y Comercio de La Rioja ha encargado a la Fundación Sagardoy la realización del estudio de la negociación colectiva en La Rioja desde una perspectiva de género. Se trata de un estudio nuevo, sin precedentes en esta Comunidad, cuya oportunidad y utilidad futura resulta incuestionable al haber transcurrido ya cuatro años de la aprobación de la LOI.

El presente estudio comprende el análisis de los convenios colectivos cuyo ámbito geográfico de aplicación se refiere a la Comunidad de La Rioja en los años que van desde 2006 a 2010. En dicho período de tiempo, se ha promulgado la LOI que viene a reforzar el papel de la negociación colectiva en materia de igualdad.

Así pues, en el terreno de la igualdad, la LOI ha rescatado a la negociación colectiva de la «zona periférica en la que se había instalado, en parte por decisión legal, y en parte, también, por voluntad de sus protagonistas, habiendo procedido a su reubicación en una posición que, aunque no ha llegado a ser de máxima centralidad, está dotada de una innegable visibilidad. A tal efecto, tanto la LOI como el ET por ella reformado estimulan un activismo negocial cuya intensidad objetiva y extensión funcional queda remitida a la voluntad de los interlocutores sociales»[(1)].

El presente estudio incluye un componente importante de trabajo de campo, que pasa por el análisis crítico de los contenidos convencionales. A tal efecto, se han examinado 96 convenios co-

(1) VALDÉS DAL-RÉ, F., «Igualdad de género y negociación colectiva: el marco general», *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2010, p. 1.

lectivos publicados entre el 1 de enero de 2006 y el 31 diciembre de 2010 en el Boletín Oficial de la Comunidad de La Rioja. Se trata de un análisis necesariamente destinado a confrontarse con la negociación colectiva de años sucesivos.

II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA E IGUALDAD EN LA RIOJA

1. Acceso al empleo

Hay que señalar, para empezar, que las referencias encontradas en esta materia en los convenios de La Rioja son, en bastantes casos, genéricas. Se trata de previsiones de variado contenido, del tipo siguiente, «atendiendo a las especiales dificultades que las mujeres tienen para su inserción y estancia en el mercado de trabajo las partes se comprometen a la adopción de medidas que impidan cualquier tipo de discriminación en las ofertas de empleo, selección y contratación de trabajadoras...»[(2)]; «... las partes firmantes... convienen en adoptar medidas para hacer efectivo el principio de igualdad... singularmente en la contratación...»[(3)].

Estas declaraciones de carácter programático son insuficientes, los negociadores de La Rioja han de tener en cuenta y responder al llamamiento hecho por la LOI para establecer «medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo»[(4)], siendo a tal efecto el plan de igualdad un instrumento muy adecuado.

A) En particular, medidas de acción positiva para favorecer el acceso de mujeres al empleo

Las medidas de acción positiva hallan en los mecanismos de acceso al empleo un destacado ámbito de actuación[(5)].

Algún convenio de La Rioja reproduce la dicción del artículo 17.4 ET pero no establece, en sentido estricto, medidas de acción positiva para mejorar el acceso de la mujer a todas las profesiones, de cara a un equilibrio profesional e ir eliminando la segregación ocupacional, no obstante, con tal finalidad arbitra instrumentos como son los informes estadísticos sobre la plantilla y recoge el compromiso expreso de elaborar medidas de acción positiva; es el caso del Convenio colectivo de trabajo de la empresa «Río Oja, S.A.» de Bobadilla y Castañares de La Rioja para 2007 y 2008: «A fin de mejorar el acceso de la mujer a todas las profesiones y de cara a un equilibrio profesional e ir eliminando la segregación ocupacional, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: a) Se utilizarán los informes estadísticos sobre la plantilla como instrumento para detectar situaciones de discriminación. b) Se elaborará un programa de acciones positivas y mejoras respecto a la legislación ajustado a la situación laboral de cada empresa».

Al igual que en la negociación estatal, en la Comunidad de La Rioja la regulación convencional sobre las fases de ingreso al trabajo resulta particularmente escasa, no solamente por el número de cláusulas dedicadas al respecto sino también por su escasa o nula aplicación práctica[(6)]. Por ello, las medidas de acción positiva en la materia adquieren la condición de verdaderas excepciones. No obstante, el Convenio del personal laboral del Ayuntamiento de Cenicero sí contiene una medida de acción positiva en el acceso al empleo al establecer que «en igualdad de condiciones de idoneidad,

---

(2) CC actividad agropecuaria de la Comunidad de La Rioja para 2008 y 2009.

(3) CC empresa «International Automotive Components Group S.L.» en Argoncillo 2008-2010.

(4) Artículo 43 de la LOI.

(5) En este sentido, QUINTANILLA NAVARRO, B., «Acceso al empleo y condiciones de trabajo en general», en AAVV (coord.: Pérez del Río, T.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, MTAS, 1999.

(6) LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp. 96 y ss.

tendrán preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría de que se trate. Esta medida será aplicable igualmente a los hombres siempre y cuando su aplicación no tuviera un efecto de discriminación o de incremento de la misma para las mujeres»[7] .

B) Tratamiento del acceso al empleo en los planes de igualdad

El Plan Igualdad de la empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo para los años 2008-2010 contiene una previsión sobre igualdad en el acceso al empleo con algunos compromisos específicos: *B) Igualdad en el acceso al empleo y la contratación:* «Para asegurar la ausencia de discriminación en los procesos de selección y contratación de personal se establecen los siguientes: Objetivos, 1) Garantizar la equidad como un principio básico y respetado en las pruebas de selección y asegurando que éstas se realizan atendiendo, exclusivamente, a criterios de mérito y capacidad, garantizando que todos los candidatos, sea cual sea su género, reciben el mismo trato durante todo el proceso; 2) Garantizar que los procesos de reclutamiento y selección cumplan el principio de universalidad, reclutando sin exclusiones de cualquier índole que limiten la eficacia de la selección. Incluir a todos los profesionales que se ajusten al perfil de competencias requerido, manteniendo el principio de reclutamiento universal»[8].

Para concluir, señalar que, en este estadio previo a la relación laboral, resulta más difícil detectar e impedir situaciones de discriminación; de ahí que, tanto el legislador como los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva, vengan aconsejando la adopción de cláusulas de acción positiva que fomenten el acceso de las mujeres en igualdad de condiciones a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas.

2. Formación y promoción profesional

Con carácter general, señalar que las referencias a la formación y promoción profesional en los convenios de La Rioja son escasas[9]. En La Rioja el grupo más numeroso de convenios analizados es el que carece de medida alguna al respecto, algunos convenios se muestran más sensibles a la temática, incluyendo cláusulas referidas a ella, pero, en muchos casos, de carácter meramente enunciativo. Por un lado, se encuentran meras declaraciones programáticas de traslación del principio de igualdad al ámbito de la formación y la promoción, del tipo siguiente, «las partes firmantes convienen en adoptar medidas que tiendan a hacer efectivo el principio de igualdad entre hombre y mujer en todos los aspectos... ascensos»[10], «la adopción de medidas que impidan cualquier tipo de discriminación... así como para ocupar puestos cualificados...»[11]; «en todos los ámbitos..., desde... la promoción, pasando por la formación, asumimos el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres»[12]; «se respetará el principio de igualdad de acceso a todos los puestos de trabajo en la empresa, tanto para hombre como para mujer, sin discriminación alguna... se hará abstracción total de la condición del sexo, atendiendo solamente a la capacidad exigida»[13].

---

(7) CC personal laboral Ayuntamiento de Cenicero 2008-2010.

(8) Plan Igualdad empresa «International Automotive Components Group, S.L.» 2008-2010. En el mismo sentido, CC Personal Laboral Ayuntamiento de Quel (La Rioja) 2010 y 2011; CC empresa «Crown Bevcan España, S.L.» de Argoncillo 2010-2012.

(9) LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de igualdad..., cit.,* pp. 115 y ss.

(10) Artículo 34 CC empresa «International Automotive Components Group S.L.» en Argoncillo (2008-2010).

(11) Artículo 35 CC actividad agropecuaria de la Comunidad de La Rioja 2008 y 2009.

(12) Artículo 10 CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011.

(13) Artículo 39 CC actividad de industrias siderometalúrgicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2009-2011.

Los convenios de la «Fundación Rioja Salud» (FRS) y el de la «Fundación Hospital de Calahorra» (FHC) realizan una prolija e idéntica regulación de los procesos de promoción profesional en el artículo 14 de ambos convenios, en él se introducen algunas previsiones relacionadas con la igualdad, que analizaremos a continuación. Ambos contienen una previsión con la finalidad de evitar discriminaciones directas (todo trato desfavorable a la mujer relacionado con el embarazo o maternidad) señalando que el personal en situación de: «suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia o en situación de excedencia por cuidado de hijos o familiares o para las víctimas de violencia de género, podrá tomar parte en el proceso (de promoción interna definitiva) en las mismas condiciones que el personal en situación de alta»(14).

En ambos convenios, FRS y FHC, el factor antigüedad tiene, como resulta razonable, peso en la promoción interna tratándola no sólo como requisito de partida para promocionar, «tendrán derecho a la promoción interna aquellos trabajadores que acrediten una antigüedad...», sino, también, como criterio decisivo a la hora de resolver la promoción interna en caso de empate «en caso de empate en la puntación, se optará por aquella persona con mayor antigüedad (tiempo trabajado) en FRS y FHC. De persistir el empate, se resolverá a favor del trabajador de mayor edad». Al respecto, únicamente llamar la atención de los negociadores acerca de que no es conveniente en el terreno de la igualdad la excesiva valoración de este factor antigüedad, ya que la antigüedad media de la mujer en las empresas es menor que la de los hombres.

En ambos convenios (FRS y FHC), respecto a la conexión entre formación y promoción se recoge lo siguiente «de los cursos realizados sólo serán computados aquellos para cuya realización se haya cursado convocatoria pública de acceso a los mismos en condiciones de igualdad efectiva»(15).

En el convenio de la empresa «Logroño Limpio» se establece una cláusula por la que la comisión mixta paritaria (con presencia de la representación del personal) participará en la corrección de las pruebas para la promoción, elevando a definitivos los resultados(16).

En el convenio de la «Clínica Los Manzanos» se plasma el compromiso de crear una bolsa de trabajo de promoción interna en la cual se establecerá un baremo para optar a cualquier cambio de puesto de trabajo o categoría profesional siempre que se esté en posesión de la titulación requerida. La exigencia de la titulación requerida contribuye a objetivar el proceso de promoción interna y evita discriminaciones que pudieran derivarse de la escasa posesión por parte de las mujeres de determinadas titulaciones.

Algún convenio reproduce la dicción del artículo 17.4 ET pero no establece, en sentido estricto, medidas de acción positiva para favorecer un equilibrio profesional e ir eliminando la segregación ocupacional, no obstante, con tal finalidad arbitra instrumentos como los informes estadísticos sobre la plantilla y recoge el compromiso expreso de elaborar medidas de acción positiva. Es el caso del Convenio colectivo de trabajo de la empresa «Río Oja, S.A.» de Bobadilla y Castañares de La Rioja para 2007 y 2008: «de cara a un equilibrio profesional e ir eliminando la segregación ocupacional, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: a) Se utilizarán los informes estadísticos sobre la plantilla como instrumento para detectar situaciones de discriminación. b) Se elaborará un programa de acciones positivas y mejoras respecto a la legislación ajustado a la situación laboral de cada empresa».

En el ámbito de la promoción se encuentra también alguna medida de acción positiva. Así pues, el convenio para el personal laboral del Ayuntamiento de Cenicero establece(17) que «en igual-

(14) Artículo 14.1. Promoción interna definitiva.

(15) Artículo 14.1. Promoción interna definitiva.

(16) Artículo 44. Promoción. CC Empresa UTE «Logroño Limpio» de Logroño (La Rioja) 2006-2008.

(17) Artículo 24. Provisión.

dad de condiciones de idoneidad, tendrán preferencia las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría de que se trate. No deben ser excluidas de la aplicación de la medida ningún grupo ni categoría profesional». De esta manera, el Convenio pretende favorecer la promoción de las mujeres a grupos y categorías superiores en la empresa, en los que se encuentran menos representadas.

Asimismo, los convenios de la FRS y de la FHC incluyen una cláusula en la que se facilita «el acceso a la formación a todos los trabajadores que se encuentren en situación de alta o asimilada, en permiso de maternidad o paternidad o excedencia por cuidado de hijos o familiares»(18).

Algunos convenios incluyen medidas respecto al acceso a la formación y promoción de personas trabajadoras pertenecientes a determinados colectivos, entre otros, trabajadoras y trabajadores con contrato temporal, víctimas de violencia de género(19). Dichas medidas tratan de incrementar la presencia del colectivo subrepresentado en una categoría determinada o en los puestos de mando.

Para favorecer la igualdad en la formación y promoción profesional deben evitarse cláusulas del tipo siguiente: «Los puestos o tareas que impliquen mando o especial confianza serán de libre designación por parte de la empresa»(20).

Deben evitarse, también, cláusulas que aparecen en alguno de los convenios consultados en las que se establezca que el personal interino no tiene derecho a la promoción o ascensos, teniendo en cuenta sólo la antigüedad(21). Estas cláusulas pueden ser constitutivas de discriminaciones indirectas u ocultas; como se sabe, las mujeres son las que más puestos de interinidad y contratos temporales ocupan, siendo las más afectadas por este tipo de cláusulas. Por último, otro ejemplo de estas cláusulas lo constituye aquellas que fijan los criterios de clasificación profesional atendiendo sólo a factores o criterios que, por regla general, sólo cumplen los hombres, como autonomía, mando, responsabilidad, etc.(22).

3. Retribución del trabajo

La práctica más habitual en los convenios colectivos analizados consiste en la inclusión de una declaración programática mediante una cláusula tendente a garantizar la igualdad de remuneración por la prestación de un trabajo de igual valor, sin discriminación por razón de sexo, «manteniendo la estricta igualdad en las retribuciones»(23). Algunos de los convenios colectivos analizados hacen referencia expresa a la necesaria igualdad en las retribuciones entre hombres y mujeres(24). Asimismo, los escasos convenios colectivos que incluyen «Planes de igualdad» aluden, también, a la igualdad retributiva

(18) CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011.

(19) CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011; CC Personal Docente e Investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012.

(20) Artículo 49. Promoción interna. CC empresa «Urbaser, S.A.», centros de trabajo de recogida de R.S.U. de La Rioja Alta, recogida de R.S.U. de La Rioja Media, recogida de envases de La Rioja y servicios complementarios de Ecoparque de La Rioja 2009-2011.

(21) CC empresa U.T.E. «Logroño Limpio» de Logroño (La Rioja) 2006-2008.

(22) CC Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012; CC Personal Laboral Ayuntamiento Cervera de Río Alhama (La Rioja) 2008-2011.

(23) CC actividad agropecuaria de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2006 y 2007; CC empresa «International Automotive Components Group, S.L.» 2008-2010.

(24) CC actividad agropecuaria de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2006 y 2007; CC «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina» de Logroño (La Rioja) 2008 y 2009; CC personal laboral Ayuntamiento Autol (La Rioja) 2007-2010.

«para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad contemplarán, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones»[25].

Los convenios colectivos de La Rioja regulan, en su mayoría, estructuras salariales clásicas que si bien recogen la concurrencia de criterios legítimos, premian cualidades de hecho fundamentalmente masculinas, como antigüedad, plus de vinculación[26].

Es importante incentivar desde la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal la vinculación de los complementos salariales a factores objetivos relacionados con la competencia o la productividad, evitando cualquier criterio que pueda producir algún tipo de discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En este sentido, nos encontramos con convenios colectivos en La Rioja que establecen percepciones económicas tales como la participación de beneficios[27], bonus[28], complemento por actividad extraordinaria[29], incentivos[30], productividad[31], salario variable[32] etc. Todas estas percepciones económicas, en la medida que responden a criterios objetivos, contribuyen a atenuar las diferencias retributivas entre hombres y mujeres.

4. Suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad

Algunos convenios ignoran la regulación del permiso por maternidad; una buena parte, la incluyen reproduciendo de forma más o menos literal la regulación contenida en el artículo 48.4 ET[33], tanto en el caso de la maternidad biológica como en el de la adopción y el acogimiento. De igual modo, los convenios de La Rioja que regulan la ampliación del permiso en caso de nacimiento de hijos prematuros también reproducen, generalmente de forma casi literal, el contenido del artículo 48.4 ET[34].

El convenio colectivo de la Empresa «La Rioja Turismo S.A.U.», excepcionalmente, mejora la regulación de la duración del permiso por maternidad, ampliándolo a dieciocho semanas ininte-

---

(25) Plan Igualdad empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo (La Rioja) 2008-2010.

(26) CC Cámara de Comercio e Industrias de La Rioja 2009-2012; CC Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012.

(27) CC empresa «CESPA, S.A.» Arnedo (La Rioja) 2008-2012; CC empresa «Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.» en Logroño (La Rioja) 2006-2011; CC empresa «Cía. Concesionaria de Servicios, S.L.» (CISER) en La Rioja 2008-2010; CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011.

(28) CC empresa «Unión Tostadora, S.A.» de Logroño (La Rioja) 2007-2011.

(29) CC actividad de industrias de panadería de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2007-2010; CC personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011.

(30) CC empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo (La Rioja) 2008-2010; CC la empresa «Thyssenkrupp Elevadores, S.L.» en La Rioja 2009-2011.

(31) CC actividad industrias siderometalúrgicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2006-2008; CC personal laboral Ayuntamiento de Rincón de Soto (La Rioja) 2007-2010; CC personal laboral Ayuntamiento de Calahorra (La Rioja) 2008-2011; CC personal laboral Ayuntamiento de Santo Domingo de La Calzada (La Rioja) 2007-2010; CC empresa «Urbaser, S.A.», centros de trabajo de recogida de R.S.U. de La Rioja Alta, recogida de R.S.U. de La Rioja Media, recogida de envases de La Rioja y servicios complementarios del Ecoparque de La Rioja 2009-2011.

(32) CC actividad de edificación y obras públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2006 y 2007 e incremento salarial para el año 2006.

(33) Artículo 26 del CC Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja 2009-2012 y también el artículo 13.2 del CC personal laboral Ayuntamiento de Cenicero 2008-2010.

(34) CC Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja 2009-2012; Artículo 17.4 del CC personal laboral Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada 2007-2010.

rrumpidas y dos más en caso de discapacidad del hijo, y por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple[35].

También bastantes convenios regulan el permiso por paternidad en términos prácticamente idénticos a lo establecido en el artículo 48 bis del ET en la redacción inicial dada por la LOI[36]. No se ha encontrado ningún convenio que haya actualizado la duración del permiso a cuatro semanas[37], incluyendo la inicial duración de 13 días establecida en la LOI.

Muchos de los convenios analizados reflejan, también, la previsión ya contenida en el artículo 38.3 del ET a raíz de la LOI para los casos de coincidencia de las vacaciones y el permiso por maternidad y por la cual se tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta al finalizar el período de suspensión por maternidad[38].

Algunos convenios mejoran la regulación legal ampliando al caso de la paternidad la posibilidad de disfrute posterior de las vacaciones, en caso de coincidencia con el permiso por paternidad, posibilidad no contemplada en el ET[39].

5. El tiempo de trabajo: la jornada, descansos, permisos y licencias

Los convenios colectivos de La Rioja introducen extensos y variados contenidos respecto al tiempo de trabajo (jornada, horario), incluyendo cláusulas de indudable interés para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral[40] . Sin embargo, ello no significa que la negociación colectiva en La Rioja haya tenido demasiado en cuenta la perspectiva de la conciliación de la vida laboral y familiar en su génesis. No obstante, en la medida en que en bastantes convenios se generan ciertas garantías, tales como la reducción del tiempo de trabajo, la flexibilidad horaria, la distribución regular del tiempo de trabajo, la mayor duración de los descansos, las mejoras en las reducciones de jornada, la adaptación de las vacaciones a las preferencias individuales o familiares, se producen consecuencias positivas con relación al equilibrio de la vida personal, familiar y laboral de las personas[41].

A) Flexibilidad horaria

Algunos convenios colectivos incluyen medidas de flexibilidad horaria de diversos tipos, entre ellos:

---

(35) Artículo 24 CC empresa «La Rioja Turismo, S.A.U.» 2010-2013.

(36) Artículo 26 CC Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja 2009-2012; CC personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011; CC personal laboral del Ayuntamiento de Autol (La Rioja) 2007-2010; acuerdo sobre condiciones de trabajo Personal Funcionario y Laboral Ayuntamiento de Alfaro 2008 y 2009.

(37) Ley 19/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso por maternidad (BOE 7 de octubre).

(38) CC empresa «ASISCAR Ambulancias, S.L.» de Logroño (La Rioja) 2008-2011; CC personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008-2011; CC para la actividad de Residencias Privadas de Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008-2010; CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011; CC Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja 2009-2012; CC Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012; CC de la empresa «Policlínico Riojano Ntra. Sra. de Valvanera, S.A.» de Logroño (La Rioja) 2008 y 2009.

(39) Artículo 14 del CC Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012 y también el Artículo 21 del CC para el personal Docente e Investigador de la Universidad de La Rioja 2009-2012.

(40) Todos los convenios colectivos de la Comunidad de La Rioja en el período analizado se refieren a dichas materias.

(41) En el mismo sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.), *El principio de igualdad...*, *cit*. p. 248.

— El convenio colectivo de la Unión Regional de Comisiones Obreras[42] recoge medidas de flexibilidad horaria para favorecer la conciliación, en concreto reconoce la flexibilización individualizada del horario laboral de una hora (arriba o abajo), de entrada/salida, por cuestiones personales-familiares que respondan a una situación prolongada en el tiempo y que dificulten gravemente la adecuada incorporación de la persona trabajadora al trabajo. Por ejemplo, acompañar habitualmente a un familiar enfermo al centro de día, o llevar a hijos/as al colegio, asistencia periódica a rehabilitación, etc. Asimismo, se regula la flexibilización individualizada del horario laboral y recuperación de horas en período de adaptación de hijos/as a guarderías, escuelas infantiles o colegios[43].

— El convenio colectivo del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada establece el derecho a flexibilizar en un máximo de una hora el horario fijo de jornada para quienes tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad, así como quien tenga a su cargo directo a un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad[44].

— Asimismo, el convenio colectivo del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada establece la flexibilidad horaria (dos horas) en el supuesto de hijos con discapacidad psíquica, física o sensorial, a fin de conciliar los horarios de los centros de educación especial y otros centros donde el hijo o hija discapacitado reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo[45].

B) Jornada inferior a la legalmente establecida

Se consideran cláusulas favorecedoras de la conciliación de la vida laboral y familiar las que regulan una jornada inferior a la establecida legalmente en el artículo 34 ET, entre ellas, las que fijan una jornada de 35 horas[46], 36 horas o 37 horas[47]; las que establecen el respeto a las condiciones más beneficiosas en materia de jornada inferior[48]; o las que conceden los días 24 y 31 de diciembre como días de descanso[49].

La modalidad contractual a tiempo parcial favorecedora de la conciliación también se encuentra regulada en algunos de los convenios colectivos examinados[50].

---

(42) Artículo 26 del CC Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012.

(43) Artículo 26.2 del CC Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012. En el mismo sentido de jornada u horario flexible, *vid*. CC personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008-2011; Artículo 21 del CC empresa «La Rioja Turismo, S.A.U.» 2010-2013; Artículo 32.1 y 2 del CC «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina» de Logroño (La Rioja) 2008 y 2009.

(44) Artículo 22 del CC personal laboral del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada (La Rioja) 2007-2010.

(45) Artículo 22 del CC personal laboral Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada (La Rioja) 2007-2010.

(46) Artículo 14 del CC de trabajo Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012; Artículo 10 del CC de trabajo para el personal laboral del Ayuntamiento de Cenicero (La Rioja) años 2008-2010; Artículo 10 del CC personal laboral del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada; Artículo 8 del acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Alfaro 2008 y 2009; y el artículo 33 del CC personal laboral Ayuntamiento de Pradejón (La Rioja) 2008-2010.

(47) Por todos, el artículo 30 del CC personal laboral Ayuntamiento de Rincón de Soto (La Rioja) 2007-2010.

(48) El CC personal laboral del Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011.

(49) El CC Personal Laboral del Ayuntamiento de Entrena (La Rioja) 2009.

(50) Artículo 22 CC actividad de comercio textil de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2005-2008.

C) Cómputo y distribución de la jornada

Son muchos los convenios colectivos analizados que utilizan la modalidad de cómputo anual de la jornada que permite el artículo 34 del ET[51]. Esta fórmula es muy flexible para la empresa posibilitando la adaptación de la distribución de la jornada a las necesidades del proceso productivo. De cara a favorecer la conciliación interesa más el cómputo semanal, fórmula, sin embargo, menos utilizada por los convenios de La Rioja[52], y que permite a las personas trabajadoras organizar mejor su tiempo.

Muchos de los convenios colectivos de La Rioja, un mayor número entre los analizados, establecen una distribución irregular de la jornada, menos adaptable a las necesidades familiares[53]. Una modalidad de distribución irregular de la jornada son las bolsas de horas, solamente se ha encontrado un convenio colectivo que las regula[54].

En los casos de ampliación de los tiempos de trabajo, algunos convenios fijan una compensación en descanso o en dinero[55]. Asimismo, algunos convenios establecen que las adaptaciones o cambios de jornada u horario, se hagan con personal voluntario, o con carácter individual previo acuerdo con las personas, excluyendo a aquellas personas que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o períodos de lactancia[56].

Por último, algunos convenios optan por la distribución regular[57] que permite a las personas organizar mejor su tiempo.

D) Jornada continuada y partida

En la Comunidad de La Rioja son más los convenios colectivos que regulan la jornada continuada[58] que los que optan por la jornada partida. Los hay, también, que establecen los dos tipos de jornada: la jornada partida y la continuada[59].

Algunos convenios colectivos, entre los analizados, al regular la jornada partida, menos favorecedora de la conciliación, establecen compensaciones económicas para paliar sus efectos; es el caso del plus por cambio de jornada continua a partida y el plus de jornada irregular y partida.

---

(51) Todos los convenios colectivos analizados, excepto los que regulan el cómputo semanal, —en total veinte—, se decantan por la regulación de una jornada en cómputo anual.

(52)

(53) Artículo 22 del CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; Artículo 22, Jornada de trabajo, del CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011; Artículo 25 CC empresa «Sufi, S.A.» en Haro (La Rioja) 2008-2011; Artículo 11 CC empresa «Decorex Protección Solar, S.L.» de Haro (La Rioja) desde el 18 de abril de 2009 a 17 de abril de 2011; artículo 17 del CC «Río Oja, S.A.» de Bobadilla y Castañares para la actividad de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para 2009.

(54) CC empresa «Metzeler Automotive Profile Systems Ibérica, S.A.» 2007-2009.

(55) Artículo 22 CC empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño (La Rioja) 2008-2011; CC empresa «Crown Bevcan España, S.L.» de Argoncillo 2010-2012.

(56) En este sentido, el CC actividad de industrias de panadería de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2007-2010.

(57) Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral Ayuntamiento de Alfaro 2008 y 2009; Artículo 17. CC personal laboral Ayuntamiento de Cervera de Río Alhama (La Rioja) 2008-2011.

(58) CC personal laboral del Ayuntamiento de San Asensio (La Rioja) 2007-2009*;* Artículo 21 CC empresa «Cruz Roja Española-Oficina Autonómica de La Rioja» 2006-2008; Artículo 21 CC empresa «La Rioja Turismo, S.A.U.» 2010-2013.

(59) Artículo 13 CC Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012; Artículo 9 CC actividad de Industrias de la Madera de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008 y 2009.

Algunos convenios permiten pasar de jornada partida a continua por cuidado de menores de 8 años, y, también, de turno rotativo a turno fijo o de turno rotativo a jornada normal con el fin de favorecer la conciliación(60).

Algunos convenios colectivos establecen la jornada intensiva(61), entre ellos los hay que establecen la jornada intensiva todos los viernes del año o sólo en el período estival; otros fijan la jornada intensiva en verano y también en Semana Santa y Navidad.

E) Reducción de jornada por motivos personales y familiares

Un buen número de convenios se limitan a reproducir lo establecido en el artículo 37 ET con respecto a la reducción de la jornada por motivos familiares, en las tres modalidades: personas que tengan a su cargo el cuidado directo de menores de 8 años; de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad, o en caso del nacimiento de hijos prematuros que tengan que permanecer hospitalizados(62).

Algunos convenios establecen mejoras respecto a la edad del menor a cargo de las personas trabajadoras, ampliándola hasta los 10(63) o, incluso, 12 años(64). Otros convenios amplían los límites legales de la reducción de jornada, entre un tercio y un medio con reducción proporcional de las retribuciones(65).

El convenio del Personal docente e investigador de la Universidad de La Rioja recoge el derecho a recibir un 80 por 100 o un 60 por 100 de las retribuciones en el supuesto de cuidado de un menor de 10 años o discapacitado psíquico o físico(66).

F) Descanso semanal

En la mayor parte de los convenios analizados, salvo los de aquellas empresas que tienen establecido el régimen de turnos, se recoge la tendencia a que el descanso semanal coincida con el sábado y domingo, medida favorecedora de la conciliación de la vida familiar.

G) Vacaciones laborales

Son muy pocos los convenios colectivos aquí analizados que incrementan el período vacacional(67). Lo más destacado en esta materia son las cláusulas de los convenios analizados que establecen que los trabajadores con responsabilidades familiares tendrán preferencia a la hora de fijar la fecha de disfrute de sus vacaciones, de tal forma que coincidan con el período de descanso en los colegios(68);

---

(60) CC actividad de industrias siderometalúrgicas de La Rioja 2006-2008; CC Ayuntamiento de San Asensio (La Rioja) 2007-2009; CC «Cruz Roja Española-Oficina Autonómica de La Rioja» 2006-2008, CC de la empresa «La Rioja Turismo» 2010-2013.

(61) Por todos los que tienen jornada intensiva, el CC de la empresa «La Rioja Turismo, S.A.U.» 2010-2013.

(62) CC empresa «Cruz Roja Española-Oficina Autonómica de La Rioja» 2006-2008.

(63) Plan Igualdad empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo 2008-2010.

(64) CC empresa «Lear Corporation Spain, S.L.» de Arrúbal (La Rioja) 2009-2011.

(65) CC personal laboral Ayuntamiento de Santo Domingo de La Calzada (La Rioja) 2007-2010.

(66) CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012.

(67) CC empresa «Metalcolor, S.A.» de Calahorra (La Rioja) 2009 y 2010.

(68) Artículo 16 CC de la empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño (La Rioja) 2008-2011.

o los que establecen la posibilidad de anexionar las vacaciones a la baja por maternidad[69]; o los que permiten planificar las vacaciones simultáneamente a ambos cónyuges[70].

Por último, algún convenio colectivo regula la posibilidad de que el trabajador elija una parte de las vacaciones[71].

H) Permisos retribuidos

Las referencias encontradas en esta materia en los convenios de La Rioja son variadas e incluyen, en muchos casos, previsiones específicas con el objeto de mejorar lo establecido en el ET:

— Algunos convenios colectivos fijan la duración del permiso de nacimiento por hijo en tres días, en lugar de los dos establecidos por el ET[72].

— El convenio colectivo de la «Fundación Rioja Salud» incluye el nacimiento de hijos adoptados como causa de permiso retribuido, así, establece literalmente en su artículo 46[73]: «los trabajadores tienen derecho a: e) tres días naturales por nacimiento o adopción de hijos».

— Con respecto al permiso por enfermedad o muerte de parientes también se amplía su duración de tres a cuatro días[74], en concreto, en el convenio colectivo de trabajo de la Unión Regional de Comisiones Obreras de La Rioja en su artículo 15: «4 días naturales en caso de enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad». El convenio de la empresa «Clínica Los Manzanos, S.L.» de Logroño cuyo artículo 23 sobre licencias establece una duración de 5 días naturales (el más beneficioso respecto a la duración entre los analizados) en los casos de enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento del cónyuge, y parientes hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad.

— Otros convenios diferencian entre parientes de primer y segundo grado, otorgando una mayor duración de este permiso a los primeros, así, el Convenio de la empresa «Logroño Deporte, S.A.». En algunos supuestos encontramos la ampliación del permiso a otros familiares fuera del segundo grado por consaguinidad o afinidad al que se refiere el artículo 37.3 ET, es el caso del convenio de la empresa «CESPA, S.A.», cuyo artículo 22 establece: «... 1 día por fallecimiento de tíos y sobrinos carnales o políticos»; asimismo, el convenio de la empresa «Clínica Los Manzanos, S.L.» de Logroño cuyo artículo 23 establece que el trabajador «... en caso fallecimiento de familiar de tercer grado tiene un día de permiso».

— Sobre el permiso por realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, se incluye como mejora en su artículo 29 el permiso para asistencia a técnicas de fecunda-

(69) CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012.

(70) CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012.

(71) CC personal laboral Ayuntamiento de Cenicero (La Rioja) 2008-2010.

(72) El Plan de Igualdad de la empresa «International Automotive Components Group, S.L.», artículo 23.

(73) CC «Fundación Rioja Salud» para los años 2008-2011.

(74) CC empresa «Logroño Deporte, S.A.» de Logroño (La Rioja) 2008-2011; CC actividad de transporte interurbano de viajeros en autobús de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008-2012; CC personal laboral Ayuntamiento de Autol (La Rioja) 2007-2010; CC personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008-2001; CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011; CC Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja 2009-2012; Plan Igualdad empresa «International Automotive Components Group, S.L.» 2008-2010.

ción asistida en el convenio colectivo personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja[75].

— Con respecto al permiso por lactancia de hijo, se amplía la edad del menor que origina el permiso de 12[76] a 15 meses, es el caso del convenio para el personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja cuyo artículo 25.2 establece literalmente: «Lactancia de un hijo menor de quince meses: a) Duración: Una hora diaria de ausencia del trabajo».

— Por último, están los permisos por razones familiares no previstos en el ET, entre los que se destacan los siguientes: a) Permiso para asistencia a consultorio médico con un tiempo de duración de 10 horas al año[77] a 16 horas al año[78]; o al especialista de la Seguridad Social por el tiempo necesario siempre, en ambos casos, acompañado de justificante[79]; b) Permiso de acompañamiento de hijo menor o discapacitado, padres o cónyuge a consulta médica hasta un máximo de 20 horas anuales distribuidas en un máximo de 5 días de trabajo[80], de 16 horas al año[81], o, incluso, por el tiempo indispensable como establece el convenio colectivo de trabajo para el personal laboral del Ayuntamiento de Cenicero (La Rioja)[82]; c) Permiso por matrimonio de hijo, hermano y padres, tanto naturales como políticos, por el tiempo de un día natural[83], con justificante del certificado del Juzgado o invitación siempre que se acredite el parentesco[84]; d) Un día por funeral de parientes de tercer grado (sobrinos, tíos, nietos, bisabuelos)[85]; e) Por último, el permiso por bautizo o comunión de los hijos[86].

Ausencia casi total de medidas que tiendan hacia la corresponsabilidad[87]. Sería importante que las medidas de compatibilización del trabajo y la vida familiar aparecieran en los convenios de empresas con escasa presencia femenina[88].

6. Excedencias por cuidados familiares

Algunos convenios colectivos analizados realizan una redacción de la excedencia por cuidado de hijos muy similar a la del ET, o bien, sin más, transcriben el artículo 46.3 ET[89]. Respecto a las

---

(75) Artículo 29. Permisos retribuidos.

(76) CC personal laboral Ayuntamiento de Cervera de Río Alhama (La Rioja) 2008-2011; el CC de la empresa «La Rioja Turismo, S.A.U.» 2010-2013.

(77) CC actividad de industrias de panadería de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2007- 2010.

(78) Plan Igualdad empresa International « Components Group, S.L.» en Argoncillo 2008-2010.

(79) Plan Igualdad Empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo 2008-2010.

(80) Plan Igualdad Empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo 2008-2010.

(81) CC actividad de industrias de panadería de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2007-2010.

(82) En algún convenio colectivo, como el de la empresa «Decorex Protección Solar, S.L.» de Haro (La Rioja), se regula que estos permisos se harán extensivos a todos los trabajadores y trabajadoras que convivan como pareja estable de hecho.

(83) Plan Igualdad empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo 2008-2010.

(84) Plan Igualdad empresa «International Automotive Components Group, S.L.» 2008-2010.

(85) Artículo 13.K CC personal laboral Ayuntamiento de Cenicero (La Rioja) 2008-2010.

(86) Artículo 39.c) CC personal laboral Ayuntamiento de Aldeanueva de Ebro (La Rioja).

(87) Se establecerá, como mínimo, una campaña anual de sensibilización tendente a implicar a los hombres en las materias familiares (artículo 56 CC Ayuntamiento de Cenicero 2008-2010).

(88) En el mismo sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.), *El principio de igualdad..., cit.,* pp. 216 y ss.

(89) CC empresa «Electrolux Home Products Operations España, S.L.» en Fuenmayor (La Rioja) 2005 al 31 de marzo de 2006; CC personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011; CC empresa «ASISCAR Ambu-

alusiones a los sujetos titulares, algunos convenios colectivos hacen referencia, indistintamente, al «padre o la madre»(90), «hombres y mujeres»(91) y «los/as trabajadores/as», frente al ET que habla de «trabajadores»(92). La duración de la excedencia por cuidado de hijos se amplía de forma considerable en algunos convenios, incluso hasta 9 años(93). En el convenio de la «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina» de Logroño(94), en su artículo 23.c), se plasma la posibilidad de disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos contemplado en la LOI(95).

Respecto al reingreso, bastantes convenios optan por un derecho preferente de reingreso, como se establece en el ET(96).

En relación con la excedencia por cuidado de familiares, se encuentran en los convenios colectivos cláusulas de mejora respecto a lo establecido en el ET, especialmente, en materia de duración de ésta, equiparando la excedencia para el cuidado de familiares con la de cuidados de hijos, ampliándola de dos a tres años(97), e, incluso, cuatro años(98). Asimismo, se encuentran algunas mejoras en los efectos legales sobre la relación laboral de dicho período de excedencia por cuidado de familiares. En este sentido, el convenio para el personal laboral del Ayuntamiento de Quel(99) (La Rioja) en su artículo 15 establece que «el tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación». Asimismo, el convenio colectivo de la «Fundación Rioja Salud»(100) reconoce que los trabajadores que soliciten una excedencia por cuidado de familiares conservan el derecho a participar en cursos de formación, en la movilidad interna de la empresa (artículo 13).

7. Violencia de género y discriminación

En relación con la violencia de género, como nota muy positiva, hay que destacar que la Comunidad de La Rioja presenta unos de los índices más bajos de nuestro país en este terreno(101).

Los convenios colectivos analizados establecen distintos mecanismos para apoyar a las víctimas de violencia de género, entre ellos, la posibilidad de las trabajadoras de cambiar de centro de trabajo

---

lancias, S.L.» de Logroño (La Rioja) 2008-2011.

(90) CC «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina» de Logroño (La Rioja) 2008 y 2009.

(91) CC empresa «ASISCAR Ambulancias, S.L.» de Logroño (La Rioja) 2008-2011; CC actividad de limpieza de edificios y locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para 2009.

(92) CC personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011; CC personal laboral Ayuntamiento de Autol (La Rioja) 2007-2010.

(93) CC «Fundación Rioja Salud» para los años 2008-2011; CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011; CC personal laboral Ayuntamiento de Quel (La Rioja) 2010 y 2011.

(94) Años 2008 y 2009.

(95) CC «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina de Logroño» (La Rioja).

(96) Entre otros, CC personal laboral del Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011; CC «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina de Logroño» (La Rioja); CC personal laboral Ayuntamiento de Autol (La Rioja) 2007-2010.

(97) CC personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011; CC personal laboral Ayuntamiento de Autol (La Rioja) para los años 2007-2010.

(98) CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011.

(99) Para 2010 y 2011.

(100) Para 2008-2011.

(101) *II Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia de género sobre la Mujer*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2009.

o trasladarse a otro lugar[102]; la flexibilidad horaria y la ocupación de un puesto de trabajo preferente[103]; la prórroga de la excedencia en tres meses más hasta un máximo de dieciocho meses[104]; la suspensión del contrato de trabajo conservando todos los derechos (la promoción y el desarrollo profesional, la antigüedad[105]); la justificación de las faltas de asistencia totales o parciales de las trabajadoras[106]. Finalmente, con carácter ejemplar, el convenio vigente del personal docente e investigador de la Universidad de La Rioja establece que la trabajadora tendrá derecho a seguir cobrando sus retribuciones y prestaciones sociales los dos primeros meses de la suspensión del contrato de trabajo por este motivo[107].

8. Protección de la salud durante el embarazo y la lactancia

La negociación de La Rioja sobre protección de la salud durante el embarazo y la lactancia presenta las características siguientes:

En su mayor parte se trata de cláusulas que reproducen de forma más o menos literal lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos laborales en cuanto a la protección de la salud durante el embarazo y la lactancia, las previsiones sobre esta última situación son menos frecuentes[108]. Asimismo, el convenio de la Cámara de Comercio e Industria de La Rioja (2009-2012) reproduce la LPRL pero su redacción está desactualizada en cuanto a la cuantía de la prestación al no incorporar el incremento operado por la LOI al 100 por 100 de la base reguladora para la incapacidad temporal por contingencias profesionales, ya que establece: «Cuando el cambio no sea posible o no pueda exigirse por motivos justificados, podrá suspenderse el contrato conforme al artículo 45.1.d ET, con derecho a prestación del 75 por 100 de la base reguladora, conforme a los artículos 134 y 135 de la Ley de la SS, mientras dure el riesgo».

En relación con la regulación básica contenida en la LPRL y la LGSS, algunos convenios introducen mejoras de diversos tipos:

— La adaptación de la protección durante el embarazo, y más excepcionalmente durante la lactancia, a las situaciones que se suscitan en un determinado entorno empresarial. Por ejemplo, en el ámbito sanitario, tanto el convenio de la «Fundación Rioja Salud» como el de «Fundación Hospital Calahorra» establecen «la exención de la realización de atención continuada a las trabajadoras embarazadas a partir del primer día del quinto mes de embarazo y hasta que el hijo cumpla un año. Asimismo, también tendrán derecho a la exención para realizar noches, sin merma de retribuciones, las trabajadoras a partir del primer día

(102) CC personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011; CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012.

(103) CC personal laboral Ayuntamiento Nájera (La Rioja) 2008-2011.

(104) CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012.

(105) CC personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011; CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011; CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012; CC «Fundación Hospital Calahorra» 2008-2011.

(106) CC personal laboral Ayuntamiento Cenicero (La Rioja) 2008-2010.

(107) Artículo 33.4 CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja.

(108) En el mismo sentido, el CC actividad de limpieza de edificios y locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para 2009; CC empresa «Clínica Los Manzanos, S.L.» de Logroño (La Rioja) 2009-2012; CC empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño (La Rioja) 2008-2011; CC personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008-2011.

del quinto mes de embarazo y hasta que el hijo cumpla un año, sin perjuicio de las demás disposiciones legales de aplicación». En el Policlínico Riojano Ntra. Sra. de Valvanera, S.A. de Logroño[109], las trabajadoras que hayan comunicado a la empresa su estado, no prestarán servicio en horario nocturno; el cambio de puesto de trabajo requerido se realizará dentro de su categoría profesional, en su mismo turno habitual (exceptuando de noche) y sin merma alguna en sus condiciones salariales.

— La mejora de las percepciones económicas durante la situación de riesgo durante el embarazo, la de riesgo durante la lactancia se contempla también pero más excepcionalmente. Por ejemplo, la Universidad de La Rioja[110] retribuirá el 100 por 100 del salario de las trabajadoras, recuperando el porcentaje correspondiente de la Tesorería de la Seguridad Social por los procedimientos reglados al efecto. Asimismo, todo el personal laboral del Ayuntamiento de Cenicero[111] y del Ayuntamiento de Entrena[112], tendrá derecho, desde la fecha de inicio de la situación de riesgo durante el embarazo, a que se le complete la prestación de la Seguridad Social hasta el 100 por 100 de sus haberes. En el convenio de la empresa «Electra Rioja Gran Casino, S.A.» de Logroño[113] en caso de ser adaptada a otro puesto de trabajo seguirá percibiendo «el salario y participación en tronco de propinas del puesto anterior»; también la empresa «La Rioja Turismo, S.A.U»[114] se compromete a abonar a las trabajadoras en situación de riesgo durante el embarazo la cantidad necesaria hasta completar el 100 por 100 de la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias personales desde el primer día.

Es interesante destacar la progresiva inclusión en los Planes de igualdad de «medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas...» [115].

Sobre el compromiso de la empresa de evaluar los riesgos relacionados con la maternidad, el convenio de la empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» Las Norias de Logroño, en su artículo 34 referido a la salud laboral, establece que la preocupación por la salud de las trabajadoras embarazadas implica el compromiso por parte de la empresa de evaluar los riesgos, y de recoger en el plan de prevención los factores de riesgo para la mujer embarazada, o en período de lactancia.

9. Acoso moral, sexual y por razón de sexo

El cauce natural para establecer medidas de prevención y solución frente al acoso, que deberán negociarse, son los convenios colectivos y los Planes de Igualdad.

El reflejo en la negociación colectiva de La Rioja del acoso sexual y por razón de sexo es, todavía, claramente insuficiente, no obstante, se observa en los últimos años analizados (2009-2011) una cierta evolución positiva en la plasmación de estos contenidos. De los 96 convenios analizados

(109) Artículo 43 del CC empresa «Policlínico Riojano Ntra. Sra. de Valvanera, S.A.» Logroño (La Rioja) 2008 y 2009.

(110) Artículo 35 CC personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja 2009-2012.

(111) CC personal laboral Ayuntamiento Cenicero (La Rioja) 2008-2010.

(112) Artículo 49 CC personal laboral Ayuntamiento de Entrena (La Rioja) para 2009.

(113) Artículo 14 del CC empresa «Electra Rioja Gran Casino, S.A.» de Logroño (La Rioja) 2009-2011.

(114) CC empresa «La Rioja Turismo, S.A.U.» 2010-2013.

(115) Plan Igualdad empresa «International Automotive Components Group, S.L.» en Argoncillo 2008-2010.

solamente 11 de ellos aluden a esta materia. En la mayoría de las ocasiones, los convenios se limitan a definir el acoso sexual y por razón de sexo tal y como lo hace la legislación(116), a veces, definen, también, el acoso moral junto a estos dos tipos de acoso. Algunos convenios solamente definen el acoso moral o psicológico(117), si bien esta última figura no se contempla en la LOI. Otros convenios avanzan más e incluyen el acoso sexual en el capítulo de faltas muy graves(118).

Más específicamente, el Plan Igualdad de la empresa «International Automotive Components Group, S.L.» de Argoncillo para los años (2008-2010) es el único que contiene una regulación más prolija en esta materia, incluyendo la descripción del procedimiento de denuncia frente al acoso sexual, estableciéndose a este respecto que la persona que se considere víctima de acoso sexual lo ponga en conocimiento de la dirección de la empresa por escrito directamente, haciendo referencia a las circunstancias en que se haya producido el hecho, la persona causante de dicha conducta y todas las consecuencias que entienda puedan derivarse de ella para él o la denunciante de la conducta de acoso(119). Asimismo, dicho Plan alude a la necesidad de defender la privacidad de los hechos y la intimidad de la persona ante la denuncia de estas situaciones. Se establece que durante este proceso guardarán todos los actuantes una absoluta confidencialidad y reserva, por afectar la situación directamente a la intimidad y honorabilidad de las personas(120).

Algún convenio aborda la materia del acoso moral desde la perspectiva de la salud laboral, haciéndose eco de la importancia creciente del acoso psicológico y moral en el trabajo, así como de las graves consecuencias que de su existencia se derivan para la seguridad y salud de las personas trabajadoras y para el normal desarrollo de la actividad de la empresa(121).

10. Mejoras o beneficios sociales por causas familiares

En los convenios colectivos analizados se han encontrado bastantes prestaciones económicas por gastos derivados de las responsabilidades familiares, se destacan las siguientes: a) Ayuda por nacimiento de hijo(122); b) Ayuda por hijo y ayudas por hijo deficiente(123) y minusválido(124). Más ge-

---

(116) CC «Fundación Rioja Salud» 2008-2011.

(117) CC empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño (La Rioja) 2008-2011 define el acoso psicológico. Y, también, el CC empresa «Policlínico Riojano Ntra. Sra. de Valvanera, S.A.» de Logroño (La Rioja) 2008 y 2009.

(118) Lo incluyen en el capítulo de faltas muy graves en los convenios colectivos. Así: CC empresa «Unión Tostadora, S.A.» de Logroño (La Rioja) 2007-2011; CC «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina de Logroño» (La Rioja) 2008 y 2009*;* CC empresa «Cruz Roja Española-Oficina Autonómica de La Rioja» 2006-2008; CC Ayuntamiento San Asensio (La Rioja) 2007-2009.

(119) CC empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño (La Rioja) 2008-2011.

(120) CC empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño (La Rioja) 2008-2011.

(121) CC empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño (La Rioja) 2008-2011.

(122) CC personal laboral del Ayuntamiento Aldeanueva de Ebro (La Rioja) 2006-2009; CC empresa «Crown Bevcan España, S.L.» de Argoncillo 2010-2012; CC empresa «Nestlé Waters España, S.A.» en Torrecilla en Cameros (La Rioja) 2006 y 2007; CC para el personal laboral Ayuntamiento de Nájera (La Rioja) 2008-2011.

(123) CC empresa «Cía. Concesionaria de Servicios, S.L.» (CISER) en La Rioja 2008-2010; CC personal laboral Ayuntamiento de Entrena (La Rioja) para 2009; CC personal laboral Ayuntamiento de Quel (La Rioja) 2010 y 2011.

(124) CC personal laboral del Ayuntamiento de Aldeanueva de Ebro (La Rioja) 2006-2009; CC empresa «Metzeler Automotive Profile Systems Ibérica, S.A.» 2007-2009; CC empresa «International Automotive Components

néricamente, se establece la denominada ayuda familiar, que consiste en una cantidad anual de dinero[125]. Asimismo, se incluye la ayuda a hermano/a sobre el que se ejerza tutela legal y sea minusválido[126]; c) Ayuda para guarderías[127]; d) Por último, las prestaciones económicas por matrimonio[128] y defunción[129].

III. PREVISIONES EN GARANTÍA DE IGUALDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE LA RIOJA

1. Lenguaje no sexista

Comienza a observarse una evolución positiva hacia la utilización del lenguaje neutro sobre todo a partir del año 2009. Empezándose a generalizar la utilización de términos neutros como persona, personal, representación legal, representación del personal, dirección de la empresa; se hace distinción entre hombre y mujer, padre, madre, trabajador, trabajadora[130]. Algun convenio ha implantando las cláusulas de género neutro o de uso genérico del lenguaje (la empresa «Fomento de Construcciones y Contratas» en el C.D.M. Las Norias de Logroño).

Algún convenio, entre los analizados, avanza un poco más hacia el uso del lenguaje neutro e incluye el compromiso expreso de no utilización del lenguaje sexista en las convocatorias para el acceso al empleo y promoción profesional, concretamente, el Plan Igualdad incorporado al convenio colectivo de la empresa «International Automotive Components Group, S.L.».

La progresiva implantación de planes de igualdad en La Rioja resultará un instrumento privilegiado para avanzar en la utilización no sexista del lenguaje. En dichos planes se aconseja incluir un glosario de términos en materia de igualdad y, también, acciones tales como la elaboración de un libro de estilo sobre la utilización del lenguaje no sexista, revisión de documentos sobre el uso del lenguaje discriminatorio, sensibilización por la igualdad y pautas para un lenguaje no sexista[131].

Group, S.L.» en Argoncillo (La Rioja) 2008-2010; CC personal laboral Ayuntamiento de Entrena (La Rioja) para 2009; CC personal laboral del Ayuntamiento de Cervera de Río Alhama (La Rioja) 2008-2011; CC empresa «Lear Corporation Spain, S.L.» de Arrúbal (La Rioja) 2009-2011; CC empresa «Metalcolor, S.A.» de Calahorra (La Rioja) 2009 y 2010.

(125) CC personal laboral del Ayuntamiento de Autol (La Rioja) 2007-2010.

(126) CC personal laboral Ayuntamiento Cervera de Río Alhama (La Rioja) 2008-2011.

(127) CC personal laboral Ayuntamiento de Aldeanueva de Ebro (La Rioja) 2006-2009; CC personal laboral Ayuntamiento de San Asensio (La Rioja) 2007-2009; CC personal laboral Ayuntamiento Cenicero (La Rioja) 2008-2010; CC personal laboral Ayuntamiento de Pradejón (La Rioja) 2008-2011; CC personal laboral Ayuntamiento Entrena (La Rioja) para 2009; CC personal laboral Ayuntamiento Santo Domingo de La Calzada (La Rioja) 2007-2010; Acuerdo sobre condiciones de trabajo personal funcionario y laboral Ayuntamiento Alfaro 2008 y 2009; CC personal laboral Ayuntamiento Cervera de Río Alhama (La Rioja) 2008-2011.

(128) CC empresa «Electrolux Home Products Operations España, S.L.» en Fuenmayor (La Rioja) 2005-2006; CC personal laboral Ayuntamiento Aldeanueva de Ebro (La Rioja) 2006-2009; CC personal laboral Ayuntamiento Quel (La Rioja) 2010 y 2011.

(129) CC personal laboral Ayuntamiento Cenicero (La Rioja) 2006 y 2007; CC personal laboral Ayuntamiento San Asensio (La Rioja) 2007-2009; CC empresa «Decorex Protección Solar, S.L.» de Haro (La Rioja) (18 de abril de 2009 a 17 de abril de 2011).

(130) CC de Unión regional de Comisiones Obreras de La Rioja 2009-2012.

(131) Sirva como referencia el Plan de Igualdad entre mujeres y hombres del Grupo Erosky. Artículo 64 del I convenio colectivo del Grupo Eroski, BOE de 6 de junio de 2006.

2. Órganos de control del principio de igualdad

La aparición de comisiones de igualdad en La Rioja es todavía muy escasa, sólo se han encontrado media docena de convenios que reflejen la creación de este tipo de estructuras responsables en materia de igualdad. Las competencias más usualmente atribuidas a las comisiones de igualdad son, en los convenios de empresa, las relativas al seguimiento de los planes de igualdad de la empresa, y, en los convenios del sector, las relativas al asesoramiento de aquellas empresas que instauran planes de igualdad. Asimismo, desvinculadas de los planes de igualdad, se les suelen atribuir otras competencias de carácter más genérico en materia de igualdad(132). A veces, se encomiendan funciones similares a la Comisión Paritaria Negociadora del Convenio.

El convenio de Residencias Privadas de Personas Mayores(133) crea una comisión paritaria de igualdad compuesta por 10 miembros. El convenio de la empresa «Crown Bevcan España»(134) atribuye competencias genéricas en materia de igualdad a la Comisión paritaria negociadora del Convenio en la configuración de un marco de relaciones laborales que garantice la efectividad práctica del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

El convenio de la «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina» de Logroño contempla la constitución de una Comisión de Igualdad de Oportunidades con el objetivo de impulsar, proponer, negociar e implantar medidas de acción positiva así como garantizar los principios de no discriminación y de igualdad de oportunidades(135).

El Plan de Igualdad incorporado al cconvenio de aplicación al centro de trabajo de la empresa «International Automotive Components Group(136), S.L.» en Argoncillo, acuerda la constitución de una Comisión de Igualdad, paritaria, con competencias generales en igualdad y también específicas respecto al desarrollo del Plan.

3. Planes de igualdad

Veamos la evolución experimentada en la regulación de esta materia en la negociación colectiva de La Rioja. Así pues, el convenio colectivo de trabajo para la actividad de Residencias Privadas de Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008-2010 incluye el compromiso («se establecerán») de elaborar planes de igualdad en todas las empresas o grupos de Empresa de más de 100 trabajadores, junto con los comités de empresa, atendiendo en su redacción, como mínimo, a lo dispuesto en la Ley de Igualdad de 3 de julio de 2007.

Asimismo, el convenio del personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008-2011 establece que a partir de la fecha de publicación del convenio (6 de marzo de 2009) se reunirá la Comisión Paritaria para proceder a la elaboración de un Plan de Igualdad, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional octava de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Dicho Plan deberá contener disposiciones y medidas relativas a la formación, la conciliación de la vida familiar y laboral, al acoso por razón de sexo, u otras de carácter preventivo para evitar situaciones discriminatorias.

---

(132) Véase, LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.), *El principio de igualdad..., cit.,* p. 89.

(133) CC actividad de Residencias Privadas de Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de La Rioja 2008-2010.

(134) CC empresa «Crown Bevcan España, S.L.» de Argoncillo 2010-2012.

(135) Artículo 39 CC «Fundación Formación y Empleo Aurelio Ruiz Colina» de Logroño (La Rioja) 2008 y 2009.

(136) CC empresa «International Automotive Components Group S.L.» en Argoncillo para los años 2008-2010.

Mucho más prolija es la regulación sobre planes de igualad contenida tanto en el convenio colectivo de trabajo de la «Fundación Rioja Salud» (años 2008-2011) como en el de la «Fundación Hospital Calahorra» (2008-2011), en sendos artículos 10 de ambos convenios. No obstante, las previsiones contenidas no dejan de ser solamente una declaración de compromiso (y no un verdadero plan de igualdad), de cara al período de vigencia de ambos convenios, para la elaboración de un Plan de Igualdad que suponga mejoras respecto a la situación presente; arbitrándose los correspondientes sistemas de seguimiento y evaluación, con la finalidad de avanzar en la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres en dichas organizaciones. Dichos Planes deberán ser negociados con la representación legal de trabajadores y trabajadoras.

El Ayuntamiento de Cenicero[137], junto con los Delegados de Personal, se comprometen a negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El convenio colectivo de la empresa «Fomento de Construcciones y Contratas S.A.» en el C.D.M. Las Norias de Logroño[138], en su artículo 36, establece que las partes hacen remisión (sin describir más contenidos) expresa al plan de igualdad firmado el 5 de diciembre de 2008 por la empresa «FCC S.A.», con los sindicatos UGT y CCOO. Una vez establecido el diagnóstico de situación y las propuestas ejecutables, con el objetivo de eliminar progresivamente la desigualdad puesta de manifiesto, las partes se reunirán para su aplicación en el ámbito de aplicación del Convenio.

Por último, el único exponente encontrado de un verdadero Plan de Igualdad en la negociación de La Rioja es el Plan de Igualdad para su incorporación al colectivo de trabajo que la empresa «International Automotive Components Group, S.L.» tiene en Argoncillo para los años 2008-2010. Este plan puede servir de referente a los negociadores de La Rioja.

(137) CC personal laboral Ayuntamiento Cenicero (La Rioja) 2008-2010.

(138) 2008-2011.

AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA Y VARIACIÓN SUSTANCIAL EN EL PROCESO LABORAL

Ana Isabel García Salas

Profesora Contratada Doctor. Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Ampliación de la demanda y variación sustancial en el proceso laboral

A lo largo de las distintas fases del proceso laboral, la Ley de Procedimiento Laboral no prohíbe absolutamente la ampliación de la demanda en momentos procesales posteriores, sino que generaliza la regla de la prohibición de variaciones sustanciales respecto a las posiciones de inicio. Qué se entiende por variación sustancial es algo que la propia Ley no clarifica, de modo que los criterios empleados deberán ser apreciados por el órgano judicial que conozca de cada caso. Ello ha generado una vasta e interminable casuística judicial, en la que se aprecia un criterio predominante, como es el haber generado una situación de indefensión a la otra parte. En este estudio, se procura explicar con más detalle el alcance de estos conceptos, analizando la aportación jurisprudencial hasta el momento y extrayendo conclusiones; todo ello, según el elemento afectado por la variación así como la modalidad procesal elegida.

ABSTRACT

Fundamental change in the suit of the labour procedure

According to the Labour Procedure Act, the suit cannot be changed in its fundamental terms after it has been filed with the court. The concept of fundamental change is not defined by the same Act; hence it is up to each court to decide whether or not a fundamental change has occurred, based on the merits of the case. This has led to a huge number of judicial decisions on this issue, the dominant criterion being that any change in the suit should not impinge on the other party's right to defense. This paper tries to explain in great detail these judicial criteria, taking into account the different parts of the suit that may be changed and also the type of labour proceedings in which the change may occur.

Sumario

I. AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA E INDEFENSIÓN DEL DEMANDADO.

1. Concepto y matices de la consideración de indefensión.

2. Estimación de la indefensión en los distintos momentos procesales.

A) La presentación de la demanda tras conciliación o reclamación administrativa previa.

B) Otros momentos procesales anteriores al acto del juicio.

C) La fase de alegaciones.

D) La fase probatoria.

E) La fase de conclusiones.

II. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LA AMPLIACIÓN DE LOS CONTENIDOS BÁSICOS DE LA DEMANDA.

1. Reglas básicas para delimitar una «variación sustancial» sobre los elementos identificadores de la pretensión.

2. Ejemplos concretos de variación sustancial y no sustancial.

A) Supuestos de variación de los sujetos.
B) Supuestos de variación de los hechos.
C) Supuestos de variación del suplico.

III. LA AMPLIACIÓN DE LOS CONTENIDOS ESPECÍFICOS DE LA DEMANDA EN DISTINTAS MODALIDADES PROCESALES.

1. La ampliación del contenido de la demanda de despido.

A) Contenidos adicionales en el apartado de hechos.

a) Circunstancias laborales contractuales anteriores al despido.
b) Circunstancias del despido.
c) Circunstancias particulares del trabajador despedido.

B) El contenido del suplico.
C) Efectos de la ampliación de la demanda de despido.

2. La ampliación del contenido de la demanda en otros procesos especiales.

A) Proceso de impugnación de sanciones.
B) Proceso de Seguridad Social.
C) Proceso de conflictos colectivos.

IV. FORMAS Y MOTIVOS DE OPOSICIÓN ANTE UNA VARIACIÓN SUSTANCIAL.

I. AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA E INDEFENSIÓN DEL DEMANDADO

A lo largo de las distintas fases del proceso laboral, la Ley de Procedimiento Laboral vigente en nuestro ordenamiento jurídico (en adelante, LPL) generaliza una regla consistente en la prohibición de variaciones sustanciales o fundamentales respecto a las posiciones de inicio. Así, ya el artículo 80.1.c) LPL advierte que *«en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la substanciación de aquéllas»*; más concretamente, el art. 85.1, con referencia a la fase del juicio oral donde deben producirse las alegaciones de las partes, establece en concreto que «*el demandante ratificará o ampliará su demanda aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial»*; y según el 87.4, referente al período procesal de conclusiones, recuerda que éstas se formularán *«sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda»*. Como puede extraerse claramente de estas normas, no se está impidiendo la posibilidad de variaciones o alteraciones cualesquiera a lo largo del proceso laboral; es más, comoquiera que nuestro legislador no muestra su deseo de que la totalidad de la pretensión quede definitivamente

fijada desde el inicio con el escrito de demanda, se permite lo que se ha denominado la «ampliación de la demanda»[1].

La doctrina interpreta, no obstante, que «la afirmación de que el demandante *ratificará o ampliará su demanda*, tal y como se formula, parece estar contemplando una posibilidad alternativa en pie de igualdad [cuando] lo normal y lo deseable es que el demandante ratifique su demanda sin más (...); ampliar la demanda constituye un supuesto de algún modo anómalo»[2]. Precisamente por las reticencias que parecen subyacer en relación con las posibles variaciones, estas normas también nos revelan que existen ampliaciones prohibidas; concretamente aquellas consistentes en una variación sustancial.

Qué se entiende por variación sustancial es algo que la propia Ley no clarifica, ni definiendo el concepto, ni estableciendo criterios de diferenciación con lo que sería una variación no sustancial; de modo que, como también han puesto de manifiesto diversos autores[3], dichos criterios deberán ser apreciados por el Juez o Tribunal que conozca de cada caso, o con ocasión de los recursos posteriores. Esta circunstancia hace que se genere una vasta e interminable casuística, de la que irremediablemente deberán ser deducidos esos criterios generales que tan esenciales acabarán resultando para el propio contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Verdaderamente la Jurisprudencia ha procurado asentar, a lo largo de más de veinte años, una doctrina que permita trazar, a aquellos que deban interpretar y aplicar estos preceptos a los casos concretos, la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido con relación a las modificaciones ampliatorias. Para ello, se evidencia que ha tenido en cuenta como base fundamental cuál es «la finalidad de la prohibición legal»[4]; siendo ésta presumiblemente «evitar situaciones de indefensión en el demandado»[5]. Dos pronunciamientos básicos al respecto fueron la STS de 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2311) y su posterior confirmación por Sentencia del mismo Tribunal de 9 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8029), en el sentido de que «para que pueda apreciarse una variación sustancial es necesario que la modificación que se proponga, por afectar de una forma decisiva a la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se fundamenta, introduzca un elemento de innovación susceptible de generar para la demandada una situación de indefensión».

La producción o no de indefensión se convierte, pues, en el principal criterio delimitador de la variación sustancial prohibida por la norma legal respecto de la que no lo es; de hecho, variaciones sustanciales se admiten, sin duda, mientras no produzcan indefensión al demandado y no se aceptan cuando la producen. Por ello, procuraremos explicar con más detalle el alcance de este concepto en las siguientes líneas.

1. Concepto y matices de la consideración de indefensión

Con base en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la variación sustancial «en abstracto» fue definida por ALONSO OLEA como «aquella que de tal modo se separe de la demanda —tanto en la

---

(1) En efecto, como observa GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., en *El proceso especial de Seguridad Social*, Edersa, 2000, p. 102: «El tema de la ampliación de la demanda es, en realidad, el de su variación».

(2) Así lo advierte, sin duda, MOLERO MANGLANO, C., en *La demanda laboral*, Thomson Civitas, 2006, p. 621.

(3) Entre ellos, MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.* p. 621, ALFONSO MELLADO, C.L., en AA. VV., *Derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 160, o LÓPEZ CUMBRE, L., en DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.), *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, 2006, p. 652.

(4) GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., en *El proceso especial..., op. cit.*, p. 103.

(5) ALONSO OLEA, «Sobre las variaciones substanciales de la demanda y su tratamiento en los procesos de trabajo», Revista de Derecho del Trabajo, n. 43, 1961, p. 4.

petición como en los hechos que la fundan, que son los elementos constitutivos de la pretensión ya ejercitada— que constituya novedad para el demandado que pueda generar indefensión, dado que comparece al juicio, y trae a él defensas y pruebas en vista de la propia demanda»[6]. De hecho, jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal, de 22 de marzo de 2005 (RJ 2006,1999), corroboró esta idea afirmando que «tal variación sustancial debe estar referida a los elementos identificadores de la pretensión, de manera que, en última instancia, lo que se pretende con la prohibición de variaciones sustanciales, es el respeto de la situación de igualdad de las partes y del derecho a una adecuada garantía de defensa»; como, por otro lado, ya había certificado también el Tribunal Constitucional dando contenido al derecho a no sufrir indefensión[7].

Efectivamente, lo que se pretende con todo esto es evitar la indefensión de los demandados, dado que se podrían ver muy mermadas sus posibilidades de defensa ante un cambio radical en las pretensiones del demandante, por cuanto que esa alteración se realiza ya en el acto del juicio, sin tiempo para prepararla adecuadamente. La doctrina recuerda asimismo, en relación con la conexión constitucional que ya venimos efectuando en estos párrafos, «que los principios de contradicción e igualdad procesal forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que incluye también que el interesado pueda acceder a los tribunales y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes»[8].

Según puede extraerse de todo lo anterior, la variación sustancial o alteración de la demanda que producirá indefensión no estará basada tanto en la entidad de la modificación —aunque éste sea un factor que pueda resultar determinante finalmente— como en la introducción de unos elementos precisos que el demandado no tenía posibilidad de saber para así construir una mejor defensa. Estos elementos serán fundamentalmente aquellos que sean constitutivos de la pretensión que puedan generar una nueva consecuencia negativa para el demandado de la que no pueda defenderse. Consideramos que estas premisas conforman los fundamentos básicos del concepto delimitador que deberá ser aplicado a la hora de realizar distinciones entre las posibles variaciones respecto a la demanda. Pero hasta llegar a la interpretación de cada supuesto concreto, con sus matices y contextos, se precisa ahondar más aún en unos criterios complementarios que operen a modo de «plantilla» —si se permite la expresión— para ir resolviendo toda la casuística generada.

Así, por ejemplo, nos preguntaremos cuáles son exactamente esos elementos constitutivos o identificadores de cada pretensión, y en qué circunstancias generarían la indefensión prohibida. A tal determinación contribuirían, por un lado, la naturaleza de cada materia objeto del proceso, los distintos contenidos exigibles en las demandas que inician cada modalidad procesal, o incluso las peculiaridades de las mismas alterando las circunstancias de defensa de las partes.

Por otro lado, como acertadamente se ha afirmado, «la indefensión de la parte demandada admite también tantos grados, niveles o intensidades [que] la cuestión, por tanto, no es si se genera o no indefensión en términos absolutos, sino el grado de indefensión que hace falta que se produzca para que la correspondiente variación se entienda sustancial»[9]. Como consideró el Tribunal Supremo, en la ya citada Sentencia de 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2311) —y como venía reconociendo también el extinto Tribunal Central de Trabajo, en sentencias de 1 de julio de 1985 y 3 de mayo de 1987,

---

(6) ALONSO OLEA, M y ALONSO GARCÍA, R.M., *Derecho Procesal del Trabajo*, 16.ª ed., Civitas, 2010, p. 212.

(7) Ver STC 226/2000, de 2 de octubre; con cita de las sentencias del propio Tribunal 48/1984, de 4 de abril, 50/1988, de 22 de marzo y 116/1995, de 17 de julio.

(8) BODAS MARTÍN, R., «El juicio oral», en *El proceso laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (FOLGUERA CRESPO, J.), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 279 y 280.

(9) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, pp. 633 y 634.

entre otras—, «la prohibición de introducir ampliaciones en la demanda, no puede ser interpretada con un rigor formal excesivo, ya que es misión de todo contendiente y de sus Letrados prever cualquier derivación coincidente que pudiera surgir en el curso del juicio». En relación con este tema, destaca la doctrina laboralista[10] que «estamos ante un proceso oral, en el que la demanda es sólo un acto escrito preparatorio del juicio oral, en el que la pretensión no se interpone completamente, sino que simplemente se anuncia o prepara. No es posible desvirtuar en la práctica lo que un juicio oral significa, exigiendo que en la demanda se expongan exhaustivamente todos los hechos que el actor pueda alegar». De hecho, la LPL ha permitido la ampliación.

Cierto es que, como se ha afirmado, «para cualquier demandado resulta preferible que en el acto de la vista se reproduzcan los mismos hechos, sin añadidos, sin concreciones, sin ampliaciones de ningún tipo; cualquiera de estas novedades le genera cierto grado de indefensión, ya que puede estar preparado para contrarrestarlas o no, mientras que todo lo que se afirma en la demanda puede haber sido objeto de la adecuada preparación argumental y probatoria»[11]. Pero se restaría virtualidad a la oralidad y agilidad que deben presidir el proceso social; en el que, recordemos, el demandado tampoco está obligado a realizar una previa contestación a la demanda de manera que el demandante vaya más prevenido al juicio para contrarrestar la reacción de su contrincante, sino que éste puede plantear directamente la totalidad de su oposición a la demanda, con sus excepciones, en el propio acto del juicio oral. La búsqueda de «una interpretación razonable de lo que la ley permite»[12] tiene además como fundamento, según la STS de 18 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2569) —reiterando la doctrina asentada por el TC, como la STC 76/1996, de 30 de abril— «la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, muy especialmente cuando esté en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la Jurisdicción».

Estas cuestiones nos conducen a una más precisa conclusión sobre los matices que pueden aplicarse al concepto de indefensión. Si entendemos como esencial aquella modificación que suponga novedad para el demandado, que desconociendo dicha petición no vino preparado para la defensa de la misma[13], el conocimiento por parte del demandado de las variaciones producidas con tiempo y condiciones suficientes como para preparar adecuadamente su defensa constituye un criterio de especial trascendencia a valorar por el juzgador a la hora de decretar si existe una variación sustancial que produzca indefensión. Por ello, *a contrario sensu*, entiende, por ejemplo, la doctrina judicial inexistencia de variación sustancial por inexistencia de indefensión: a) la falta de claridad de la demanda, pero con conocimiento por la empresa de lo solicitado[14]; b) ampliar la petición con conocimiento del demandado con antelación suficiente[15]; c) si es posible, subsanar el defecto y repararla si se ha sufrido[16]; d) si la ampliación de la demanda es anunciada en el acto de conciliación[17], o cuando ya se había avisado en la propia demanda que se iba a introducir tal ampliación en juicio[18]. Son algunos ejemplos, que serán ampliados en páginas posteriores.

---

(10) MONTERO AROCA, J. (y otros), en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral (Vol. I),* Ed. Civitas, p. 579. En el mismo sentido, LÓPEZ CUMBRE, L., en DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.), *Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.,* p. 652.

(11) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 633.

(12) ALFONSO MELLADO, C.L., en AA.VV., *Derecho procesal..., op. cit.*, p. 160.

(13) STSJ Galicia, de 3 de julio de 1999 (AS 1999\2154).

(14) STSJ Andalucía, de 15 de abril de 2004 (JUR 2005\148797).

(15) STSJ Andalucía begin_of_the_skype_highlighting, de end_of_the_sk1 de abril de 2009 (AS 2009\1613).

(16) STSJ Andalucía, de 21 de marzo de 2007 (AS 2007\3504).

(17) STSJ País Vasco, de 2 de noviembre de 2002 (AS 2003\1870).

(18) STS de 9 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8029).

Lo cierto es que, de una forma más general, ya apuntaba en este sentido la doctrina constitucional de finales de los años ochenta y principios de los noventa cuando reputaba modificaciones sustanciales de la demanda generadoras de indefensión, y por ello proscritas, las que supusieran «una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal»[19], o dicho en otros términos «cuando determinan la imprevisibilidad del alcance y sentido de la controversia»[20], «no existiendo aquélla cuando la cuestión aflorada, aun modificadora del objeto procesal, ha sido objeto de debate»[21] —y, por ejemplo, como puntualizó el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de enero de 1991 (RJ 1991,182), el demandado no ha formulado oposición expresa a la modificación realizada por el demandante, de la que más adelante hablaremos, pudiendo entenderse en tal supuesto la existencia de conformidad entre las partes—.

2. Estimación de la indefensión en los distintos momentos procesales

El hecho de que la regla que prohíbe las variaciones sustanciales sea extensible a las distintas fases del proceso laboral no significa que la indefensión requerida sea apreciada indistintamente o de la misma manera en cada una de ellas. Las circunstancias que rodean cada momento procesal, con las diversas posibilidades de intervención del demandado, así como la finalidad que entraña cada una de esas fases, merecen un análisis particular.

A) La presentación de la demanda tras conciliación o reclamación administrativa previa

En cuanto a los distintos momentos procesales en los que puede introducirse alguna variación, valdría la pena detenernos, en primer lugar, en la propia presentación de la demanda relacionando su contenido con el de los escritos de conciliación o reclamación administrativa previas —conexión afectada por el principio de congruencia-. El eje central de este análisis será el ya mencionado art. 80.1 c) LPL, que prohíbe alegar en la demanda *«hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la substanciación de aquéllas»*. Esto último es lo que sucede, en general, cuando se trata de una ampliación cuantitativa fruto de un devengo posterior a la demanda de conciliación o a la reclamación previa[22]; no siendo admisible, por tanto, una reclamación de cantidades ya devengadas en el momento de la interposición de la vía previa y no mencionadas en ese momento[23].

Las partes, por tanto, no podrán introducir, en el proceso, hechos distintos, en el sentido de variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos, respecto de los formulados en la reclamación previa y en contestación a la misma. Y ello se impone a ambos litigantes, «de tal manera que el actor no podrá, en sede judicial, pedir más o cosa distinta de lo postulado en vía administrativa, y la demandada tampoco podrá oponerse a más de lo que, en su caso, hubiera resistido con ante-

(19) STC 61/1989, de 3 de abril.

(20) STC 60/1990, de 29 de marzo.

(21) STC 77/1986, de 12 de junio.

(22) STSJ Galicia, de 17 de noviembre de 1997, AS 1997\4035, así como la STSJ Castilla-La Mancha, de 15 de mayo de 2002, AS 2002\2745. Por ejemplo, en una reclamación de diferencias salariales por realización de trabajos de superior categoría (STSJ Islas Baleares, de 6 de abril de 2004, AS 2004\3750, y STSJ Castilla-La Mancha, begin_of_the_skype_highlightin, de 23 de diciembre de 2003, AS 2004\611); o en el reintegro de gastos médicos, la ampliación de las cantidades solicitadas en la reclamación previa con petición en demanda de reintegro de gastos futuros (STSJ Navarra de 31 mayo de 2002, AS 2002\1961).

(23) STSJ Aragón, de 2 de diciembre de 1992 (AS 1992\5911).

rioridad, ni tampoco podrá alegar hechos o aducir motivos de oposición diferentes de los puestos de manifiesto en el expediente administrativo»[24]. Aclara, no obstante, la doctrina judicial que tal prohibición «únicamente se contrae a la pretensión o derecho objetivo de reclamación, pero no alcanza, ni comprende las excepciones y defensiones que en la demanda y el acto de juicio y relativas al procedimiento se invoquen o formulen»[25].

Las restricciones a las variaciones efectuadas en la demanda respecto a los escritos de conciliación previa y reclamación administrativa previa obedecen a un elemento fundamental en su interpretación —como en la de la prohibición del art. 85.1 LPL—, que es atender a una finalidad esencial, como es impedir los cambios en las alegaciones y peticiones que causen indefensión objetiva a alguna de las partes. También pueden existir, en algunos casos, otros motivos que coadyuvan con la propia indefensión en fundamentar esta prohibición; como los que sostienen el principio de congruencia entre la conciliación y la reclamación administrativa previas y el contenido de la demanda, y que tienen que ver con el principio de celeridad que inspira el proceso laboral y la conveniencia de que cumplan su objetivo de evitación del proceso judicial adelantando en una fase preprocesal los argumentos que luego se esgrimirían en un juicio oral.

Pero podría decirse que, según los casos analizados, en lo referente a las exigencias del principio de congruencia, existe una gran similitud valorativa comparándola con la prohibición de alteraciones de la propia demanda a través de las alegaciones en juicio —cuyos detalles iremos analizando en páginas posteriores—. Podemos aportar una muestra del paralelismo al que nos referimos en un caso en que la solución se extrajo precisamente por analogía con el propio art. 85.1 LPL. Así, se razonó que desde el momento en que éste autoriza las alteraciones de la demanda que no resulten sustanciales, permite la posibilidad de que lo formulado en la demanda se aparte de lo que más tarde se sostendrá en el acto del juicio y, por consiguiente, «si es posible que en el acto de la vista puedan operarse alteraciones no sustanciales sobre los contenidos de la demanda, necesariamente cabe deducir que la LPL no impone la identidad radical entre lo consignado en la demanda y en la papeleta de conciliación»[26]. Es, por ello que, también en relación con la vía previa podría tomarse en consideración la posibilidad de variaciones de carácter no sustancial[27].

Aún más, podría admitirse que los pronunciamientos judiciales sobre el respeto al principio de congruencia en cada caso fueran incluso menos restrictivos, con criterios más laxos, en relación con las modificaciones de la demanda que pueden ser introducidas en el mismo acto del juicio oral; lo que puede ser explicado en la medida en que, tras la fase previa y notificada la demanda, el demandado tiene un margen más amplio para preparar adecuadamente su contestación a la demanda que si la variación se produce en el acto del juicio, en el que habrá que poner más la atención sobre el elemento sorpresivo. Efectivamente, al darle a conocer, con un mínimo de cuatro días de antelación y mediante el traslado de la copia de la demanda, la pretensión del demandante —con la concreta petición que formula y los hechos en que la sustenta—, el demandado está en disposición de acudir al acto del juicio con pleno conocimiento de causa de lo que se dilucida en el proceso, permitiéndole preparar las alegaciones que estime oportunas en defensa de sus intereses y articular los medios de prueba necesarios para acreditar los hechos discutidos entre las partes[28].

---

(24) STS de 2 de marzo 2005 (RJ 2005\3401).

(25) STSJ Madrid, de 22 de noviembre de 2004 (AS 2005\453).

(26) STSJ País Vasco, de 14 de septiembre de 2004 (AS 2004\2613).

(27) Tal y como establece la STSJ Cataluña, de 2 de febrero de 2001 (JUR 2001, 134098).

(28) «Es cierto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la congruencia a la que antes nos hemos referido no debe exigirse de una forma tan excesivamente rígida que llegue a suponer, de hecho, un obstáculo a la tutela judicial efectiva, porque tal congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino

Podrían aportarse igualmente otros argumentos; como que, mientras que la demanda requiere que se incorporen los hechos o la *causa petendi*, no se exigen tales requisitos en la papeleta de conciliación. Y es que, como ya se ha puesto de manifiesto, el laconismo de la papeleta de conciliación no puede «dejar indefensa a una parte a la que en demanda se le detallan los pormenores fácticos de la pretensión actora [pues] tampoco en teoría puede prosperar la tesis relativa a que la papeleta de conciliación ha de resultar —en lo fáctico— exhaustiva respecto de la demanda»[29].

B) Otros momentos procesales anteriores al acto del juicio

En segundo lugar, también han sido comentadas las variaciones operadas con posterioridad a la presentación de la demanda y antes de la resolución judicial de admisión[30]. En estos casos, aunque las variaciones resultaran de gran alcance, serían perfectamente admisibles y no generarían ningún tipo de indefensión[31], debido a que «en este momento procesal, no parece caber la intervención de la parte demandada todavía [y] puede el actor, o cualquiera de los actores, interponer escritos de aclaración, subsanación de errores o acompañamiento de documentos» —máxime cuando en algunos casos responden a una orden judicial de subsanación—.

Y debería añadirse que si la parte demandante advierte algún defecto en la demanda presentada, éste es precisamente el mejor momento para hacerlo, porque una inconcreción en la demanda, que no fue en su momento advertida por el juzgador, provoca que las cuestiones planteadas en el juicio se consideren cuestión nueva que pueda producir indefensión[32]. Efectivamente, se han considerado variación sustancial las omisiones subsanadas tardíamente en el acto del juicio por incorrecta formulación de la demanda, con vicios que la afectan de manera esencial, sin expresar en absoluto los hechos que hubieran podido dar causa a la vulneración de los preceptos infringidos[33].

De todo ello, puede extraerse que bastará, por tanto, con que el demandado conozca cualquier variación con carácter previo al acto del juicio —lo que también podría ocurrir en la propia comparecencia judicial «sea por razón del intento de conciliación, sea simplemente como consecuencia de las observaciones que el juzgador o las partes puedan emitir en ese momento respecto a la demanda»[34], en la que ya evidentemente se haya presente el demandado y puede pedir una suspensión del acto del juicio—, al objeto de que dicha variación no le cause una indefensión proscrita[35].

---

también el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso (STC 15/1990, de 1 de febrero); pero del razonamiento de esta misma sentencia se desprende que esa relativa flexibilidad nunca puede llegar al extremo de que la falta de congruencia llegue a producir indefensión a la parte correspondiente» (STS de 2 marzo de 2005, RJ 2005\3401).

(29) STSJ Galicia, de 30 de mayo de 2001 (AS 2001\1224).

(30) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 471, que añade: «El único problema que puede surgir aquí es el de los plazos (...). Si lo que inicialmente era una demanda por extinción por una determinada causa ahora resulta serlo por otra distinta, podrá plantearse la duda de si la fecha a tomar en consideración será la segunda y no la primera» (p. 472).

(31) Así lo confirma alguna doctrina judicial, y reflexiona que «no se alcanza a comprender en qué sentido se ha podido privar al recurrente de derecho a la tutela judicial efectiva ya que desde la misma presentación de la demanda tenía perfecto conocimiento de la acción que contra él se ejercitaba, como así mismo de la aclaración efectuada» (STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de abril de 1997, AS 1997\1643).

(32) Ver STSJ Castilla y León, de 3 de abril de 2000 (AS 2000\914).

(33) Así lo señaló el TS, en Sentencia de 5 diciembre de 1996 (RJ 1996\9059). Basándose en similar argumento, resolvió la STSJ Castilla-La Mancha, de 8 octubre de 2007 (JUR 2008\13381).

(34) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 618.

(35) Así se acordó la nulidad de una sentencia precisamente porque se había modificado el suplico de la demanda inicial por medio de un escrito posterior del que no se había dado traslado al demandado, habiéndose ratificado en él

Ahora bien, del mismo modo que puede subsanarse el desconocimiento por el demandante de hechos o circunstancias relevantes aún no acaecidos, tampoco se ha considerado variación sustancial la alegación de nuevos hechos producidos con posterioridad a la presentación de la demanda, no sólo anteriores al acto del juicio —lo cual puede permitir una mejor reacción del demandado—, sino incluso en el mismo acto del juicio[36] —como más adelante se comprobará en el análisis de los casos concretos—; si resultan imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas[37], tal y como obliga el art.80.1.c) LPL. Obviamente ello no significa que no puedan verse alteradas las posibilidades de defensa del demandado[38], pero su admisibilidad podría valorarse dentro de lo que se ha denominado la razonabilidad en la interpretación de la Ley, así como de la flexibilidad y agilidad de la que se ha querido dotar al proceso laboral —criterios que ya hemos examinado—. La posible existencia de indefensión del demandado deberá ponderarse, pues, en cada caso, no sólo con la inexistencia de error, negligencia o mala fe del demandante en cuanto al desconocimiento de hechos posteriores a la redacción de la demanda e incluso a la conciliación judicial, sino con los riesgos para la viabilidad de la justa pretensión del propio demandante en caso de que no pudiera alegarlos.

C) La fase de alegaciones

Continuando con la fase de juicio oral, sabemos que, comenzado el acto, primero interviene el demandante, oralmente, que podrá proceder a ratificar su demanda, o a reducirla —si ha habido, por ejemplo, una avenencia parcial en el acto conciliatorio o por mero desistimiento—, o a ampliarla. En los dos primeros casos, no se aprecia mayor problema, dado que, por un lado, la ratificación no puede suponer más que, manteniendo invariable los fundamentos de la demanda, hacer aclaraciones, dar explicaciones, advertir erratas, etc., en respuesta a la naturaleza oral del propio juicio. Si se produce algún tipo de variación, sustancial o no, ya no hay ratificación[39]; podría entonces tratarse de una reducción, o más frecuentemente de una ampliación. Si lo que se produce es una reducción del contenido de la demanda, siguiendo la STS de 22 de marzo de 2005 (RJ 2006, 1999), el artículo 85.1 LPL no prohíbe en forma alguna que la parte actora pueda reducir el alcance de su pretensión en cualquier momento.

En cuanto a la ampliación de la demanda considerada admisible, puede decirse ahora, distinguiéndola de los otros posibles comportamientos previstos para la parte demandante, que, como muy bien ha expuesto ya la doctrina, «la expresión *ampliar la demanda* no puede adoptarse en un sentido laxo, pues ampliar en el sentido de hacer una exposición distinta y con contenidos nuevos (...) siempre se produce (...) como consecuencia de la ratificación de la demanda (...), sino de que se amplíe el alcance o la cuantía de las pretensiones contenidas en el suplico»[40]; obviamente, siempre que no

---

el actor en el acto del juicio, y habiéndose celebrado éste sin que el demandado lo conociera (STS de 14 de marzo de 1989, RJ 1836).

(36) «Esa posibilidad de ampliación no sustancial de la demanda en el acto del juicio no ha quedado alterada por lo dispuesto en el art. 286 LECiv, en cuanto a la forma de practicarse, ya que este precepto se refiere a los hechos nuevos o de nueva noticia posteriores al momento en que finalizó la fase de alegaciones del litigio, que en el caso del proceso laboral ocurre, precisamente, en el juicio oral. Más aún, el apartado 1 de dicho precepto se encarga de precisar que no se necesitará escrito de ampliación si el hecho se puede alegar en el acto del juicio» (STSJ País Vasco, de 13 julio de 2004, AS 2004\3848).

(37) BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Ed. Trotta, 2.ª edición, 1995, p. 141.

(38) Como destaca MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 635.

(39) Ver MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, pp. 621 y ss.

(40) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 627.

se incurra en lo que se considera variación sustancial, en el sentido de «decir» sorpresivamente una cosa distinta[41], pues ya se trataría de una ampliación proscrita. En conclusión, con la ampliación legalmente admitida se trataría de pedir más sin llegar a producir indefensión en el demandado[42].

D) La fase probatoria

Tras la fase de alegaciones propiamente dicha, también podríamos analizar las intervenciones que se puedan efectuar en la fase probatoria acerca de las pruebas practicadas. Ejemplo de ello es el supuesto en el que se invocaba por el demandante, en esta fase del juicio oral, la obtención de la prueba de forma ilícita, lo cual no fue expuesto en la demanda inicial; en este caso se razonó que «no es un argumento novedoso que causa indefensión a la empresa [demandada] (...) puesto que se trata de un elemento esencial en la valoración de la prueba propuesta y practicada en dicho acto oral, por la empresa, siendo el momento procesal oportuno, tras su proposición y antes de su práctica, para su admisión o inadmisión (art. 87.1 LPL), (...) no siendo la cuestión invocada fáctica sino jurídica»[43].

Pero, en general, en relación con esta fase probatoria, debe tenerse presente también que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 281.1, dispone que la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, y el artículo 286.1 únicamente admite la invocación, con posterioridad a la fase de alegaciones, de aquellos hechos acaecidos con posterioridad o que se hubieran conocido en momento posterior. Dado que velar por la pureza del procedimiento es obligación que incumbe de oficio al magistrado de instancia, sin necesidad de expresa oposición del demandado, la admisión de preguntas impertinentes o la formulación, en trámite de conclusiones, de alegaciones que entrañen introducir hechos nuevos, no han de impedir al juzgador la debida aplicación de las normas anteriormente mencionadas, excluyendo en la sentencia el examen de las pruebas indebidamente admitidas o de las alegaciones fácticas que entrañen un cambio de las sostenidas en la fase de alegaciones.

E) La fase de conclusiones

Efectivamente, practicada la prueba, las partes también podrán formular oralmente sus conclusiones (art. 87.4 LPL), de manera breve y concisa, determinando su petición definitiva en virtud de los resultados de la prueba y de la valoración final de la misma que puedan hacer como parte. Siendo así, la prohibición de variación sustancial establecida en el art. 85.1 LPL ha sido lógicamente recogida por el propio 87.4, extendiéndola al trámite de conclusiones.

Lo que el juzgador no va a aceptar ni tomar en consideración son modificaciones de índole sustancial —como, por ejemplo, la alegación, en un momento que es procesalmente claramente extemporáneo, de un presunto trato desigual, que no viene señalado en la demanda, y ni siquiera realizado en el trámite de su ratificación—[44]. La determinación del *petitum* en esta fase podrá consistir, pues, en intervenciones que conlleven una finalidad como concretar las cantidades que se reclaman

(41) Ver ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *El juicio oral en el proceso laboral*, Ed. Montecorvo, 1993, p. 111.

(42) «A pesar de la incidentada trayectoria que la demanda sufre a lo largo del proceso laboral permanece una y la misma, lo que es tanto como señalar que puede complementarse o alterarse en lo superfluo, en lo compatible con los contenidos del escrito rector, pero no novarse, convertirse en otra cosa, en una demanda diferente (*mutatio libelli)*» (MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 627).

(43) Tratado en la STSJ Cantabria, de 15 de julio de 2005 (AS 2005\1918).

(44) STSJ Castilla-La Mancha, de 8 de marzo de 2000 (AS 2000\1607).

o solicitar medidas concretas *«de manera líquida»* —a lo que el juzgador deberá requerirles incluso si no lo hicieran, pues en ningún caso puede reservarse tal determinación para la ejecución de la sentencia—.

II. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LA AMPLIACIÓN DE LOS CONTENIDOS BÁSICOS DE LA DEMANDA

El art. 80 LPL determina, entre otros aspectos, el contenido básico que deberá tener el escrito de demanda, en el que se hará constar: la identificación de las partes; el objeto de la *litis* u objeto del proceso, esto es, *«la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas»* —también denominados *causa petendi* o causa de pedir—; y la súplica, es decir, la petición o *petitum*, formulada de manera concreta, que se dirige al órgano judicial ante el que se presenta la demanda de que resuelva *«en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada»*.

Como ya se expuso en los criterios generales, la determinación de cuándo una variación es sustancial vendrá condicionada por su afectación a los elementos identificadores de la pretensión, en relación con los cuales existe una mayor probabilidad de que se produzca indefensión. Tradicionalmente la existencia de indefensión se ha llegado a apreciar cuando directamente se modificaba la causa de pedir (STC 191/1987, de 1 de diciembre) o bien se introducía un elemento —cualquiera— que no se había podido combatir (STC 32/1992, de 18 de marzo). Puede decirse que, básicamente, los hechos configuran, juntamente con el *petitum*, el contenido de la pretensión deducida en la *litis*, de la que viene a ser su objeto. La doctrina jurisprudencial a la que hemos estado aludiendo viene interpretando que en general no son admisibles ampliaciones en las que se introduzcan nuevos demandados, nuevos hechos fundamentales que se hubieran producido con anterioridad a la demanda o nuevas peticiones o ampliación de las formuladas en la demanda, «o se incremente lo pedido —salvo algún supuesto excepcional y los casos de error mecanográfico o aritmético evidente—»[45].

1. Reglas básicas para delimitar una «variación sustancial» sobre los elementos identificadores de la pretensión

Cuando la variación afecta a los *sujetos*, ha de afirmarse que, con carácter general, «está prohibida toda variación que se refiera a las partes, como cambiar la legitimación con que comparecen, o ampliar la demanda a otros demandados, tanto se trate de un proceso único con pluralidad de partes como de acumulación»[46]. Ello no puede hacerse en el trascurso del juicio sin consecuencias para el desarrollo del mismo. En concreto, si lo que se produce es un incremento numérico de las partes originalmente demandadas, habría de suspenderse la vista —lo cual podría ser rechazado por el juez si no se trata de una situación litisconsorcial necesaria—, para poder introducir esa variación por vía de modificación escrita de la demanda inicial, con nueva citación de todas las partes interesadas, a fin de que sean llamadas a juicio, pues lo contrario produciría patente indefensión.

En cuanto a los *hechos*, ha quedado claro que resultaría ser variación esencial alegar hechos distintos o nuevos, producidos con anterioridad a la demanda, que alteren la igualdad procesal entre las partes en el debate, haciendo imposible la contradicción y defensa. Conviene añadir que, sin

(45) ALFONSO MELLADO, C.L., en AA.VV., *Derecho procesal..., op. cit.,* p. 160.

(46) MONTERO AROCA, J. (y otros), en *Comentarios..., op. cit.,* p. 579.

embargo, la situación de indefensión no se apreciaría, por lo que no podría considerarse variación sustancial, cuando la alegación de ese hecho nuevo no hubiese sido tenida en cuenta finalmente por el juzgador para la estimación de la demanda[47]. En definitiva, para determinar si un hecho es o no nuevo, es importante distinguir lo que sería una ampliación o variación de aquellos hechos sustentadores de la pretensión que supusieran una nueva causa de pedir —que sí se consideraría un hecho nuevo—, de aquella otra que no implicase una variación de tal calibre, lo que la convertiría en plenamente admisible.

Modelos de ampliación admisible que deben tenerse en cuenta serían, por ejemplo, aquella que consistiera en «una derivación necesaria o lógica y absolutamente previsible de la petición inicialmente formulada»[48], la especificación de un hecho subsumible en un concepto genérico[49], o la variación que no se produce respecto de la finalidad última de la pretensión deducida[50]. Por su parte, no parece que quepa duda de que será admisible la ampliación que consista simplemente en desarrollar un discurso con razonamientos, por amplios que sean, que complementen la línea argumental de la demanda, en tanto no sean claramente distintos de los primeramente formulados[51]. De hecho, alguna doctrina judicial habla de que sólo sería admisible este modelo de ampliación[52]. Pero, a estos efectos, sería muy interesante examinar si en realidad el simple hecho de argumentar constituye una variación en el sentido de ampliación modificatoria, y no el contenido propio de lo que se ha entendido como ratificación de la demanda —lo que procuraremos distinguir más concretamente al hilo de los ejemplos que se analicen en páginas posteriores—.

De todo ello, parece vislumbrarse una primera distinción, que permitirá apreciar o no variación sustancial, entre hechos determinantes o imprescindibles para fundamentar la pretensión y hechos complementarios o accesorios que no cumplen tal función[53]. Dentro de los denominados hechos determinantes o imprescindibles, alguna doctrina[54] ha querido entrever una segunda clasificación entre hechos imprescindibles para resolver la cuestión planteada y hechos imprescindibles para estimar la pretensión interpuesta, entendiendo que si en la demanda sólo son necesarios los primeros —tal y como señala el art. 80.1.c) LPL—, consecuencia lógica es que el añadido de los segundos no implique variación sustancial. No obstante, con independencia de las evidentes dificultades de identificación en cada caso concreto entre lo que parecen ser hechos indispensables para plantear la cuestión y hechos omisibles pero necesarios para el logro de la pretensión, no ha sido una clasificación bien acogida por todos; pues no resulta claro que los segundos no originen indefensión[55], que al fin y al cabo es el criterio fundamental del que partir. También nosotros nos preguntamos si no resulta inconveniente a estos efectos que el concepto de variación sustancial pueda llegar a reducirse

(47) Como recuerda la STSJ Galicia, de 10 de junio de 1997 (AS 1997\1872).

(48) ALFONSO MELLADO, C.L., en AA.VV., *Derecho procesal..., op. cit.,* p. 160.

(49) STSJ Cantabria, de 24 de febrero de 1992 (AS 1992\661).

(50) STSJ Cataluña, de 4 de septiembre de 2000 (JUR 2000\307287).

(51) Respecto a los que la STSJ Castilla y León, de 5 de mayo de 1992 (AS 1992\2601) defendió su admisibilidad, siempre que no implicasen nuevas causas de pedir.

(52) Según expone la STSJ Andalucía, de 29 junio de 1995 (AS 1995\2485), «el proceso laboral en cuanto regido por el principio dispositivo, impone que en la demanda como escrito iniciador se delimite con claridad y precisión su objeto, haciendo posible la contradicción y defensa de la parte demandada, sin que puedan introducirse posteriores modificaciones que afecten al *petitum* o causa de pedir, siendo admisibles, únicamente, aquellas que desarrollen o complementen la línea argumental en la demanda (STC 96/1989) y arts. 80.1.c) y 85.1 ambos de la Ley Procesal de 27 abril 1990».

(53) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 631.

(54) MONTERO AROCA, J. (y otros), en *Comentarios..., op. cit.,* p. 579.

(55) Ver MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 630.

tanto, de manera que la introducción de cualesquiera otros elementos nuevos que resulten determinantes, aunque sin alterar esencialmente el suplico o la *causa petendi*, puedan llegar a reforzar la pretensión de tal modo que termine significando, ante la ausencia de cualquier defensa posible del demandado, una segura resolución favorable para el demandante. Más adelante concretaremos también cuestiones como éstas.

Es importante aclarar que todas estas variaciones que pueden resultar prohibidas están referidas a los hechos, y no a su valoración o calificación(56). Debe distinguirse, por ello, paladinamente entre los fundamentos fácticos con trascendencia jurídica —que sí se ven afectados por todo lo dicho porque son hechos que pueden cambiar el panorama enjuiciado— y los *fundamentos jurídicos* de la pretensión que quieran añadírsele por cualquiera de las partes. En consecuencia, siempre que la variación o introducción de una cuestión nueva se refiera a alegaciones jurídicas basadas en hechos no contenidos en el relato fáctico incluido en la demanda, queda claro que nos encontramos ante una variación sustancial(57). Por el contrario, cuando no se altera dicho relato fáctico, no supone variación sustancial la introducción de fundamentos legales o alegaciones jurídicas nuevas o distintas sobre los hechos que ya constan en la demanda(58) —eso sí, siempre que se trate de mantener la pretensión primeramente ejercida(59)—; tanto si se alegaron fundamentos de derecho en la demanda, como si no(60).

Y ello se explica por no ser obligatoria la fundamentación jurídica de la pretensión, ni en la demanda —como se deduce claramente del art. 80.1 LPL, que no la menciona—, ni siquiera en el acto del juicio(61). Como claramente ha expuesto alguna doctrina judicial(62), si una demanda no está obligada a precisar los fundamentos jurídicos que avalan las pretensiones que se formulan, se pone de manifiesto que su variación no es sustancial si no altera el objeto del litigio, en tanto en cuanto se respeta la igualdad jurídica de las partes. Esto es, si un demandante precisa presentar en juicio el título jurídico en el que basaba su petición, no es distinto de lo que en ese mismo momento hace el demandado (hacer sus alegaciones y explicar las razones en que las apoya), el cual tampoco está obligado a exponerlo a la otra parte, ni con anterioridad ni en otro momento alguno. No es posible sostener con fundamento que causa indefensión una postura y no la otra.

No obstante, existe alguna objeción a una práctica libérrima en la alteración de fundamentos jurídicos, en tanto en cuanto la demanda que no contenga fundamentos de derecho o los que contenga sean puramente simbólicos produce distinto efecto en el demandado que aquella otra que se haya extendido prolijamente sobre los fundamentos de derecho, puesto que modificar totalmente tales fundamentos jurídicos puede sorprender de tal manera a la parte demandada que no sería descartable que pudiera llegar a considerarse como generador de indefensión(63). Cierto es que las modificaciones que pueda hacer el demandante respecto de su demanda —cualquiera de ellas— puede llegar a sorprender de algún u otro modo al demandado. Pero debemos valorar si el criterio a aplicar para prohibir modificaciones debe ser tan estricto o, como ya se apuntaba en los criterios

---

(56) Como recuerda la STSJ Cataluña, de 18 de febrero de 1999 (AS 1999\1125).

(57) STSJ Extremadura, de 22 mayo de 1993 (AS 1993\2312).

(58) Así lo afirma, por ejemplo, la STSJ Andalucía, de 26 enero de 2007 (AS 2007\1347).

(59) BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Instituciones..., op. cit.,* p. 141.

(60) MONTERO AROCA, J. (y otros), en *Comentarios..., op. cit.,* p. 580.

(61) ALFONSO MELLADO, C.L., en AA.VV., *Derecho procesal..., op. cit.,* p. 160, y MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 635.

(62) STSJ País Vasco, de 13 de julio de 2004 (AS 2004\3848).

(63) Opina MOLERO MANGLANO, C., en *La demanda laboral, op. cit.*, pp. 635 y ss., que: «hacer concentrar la atención de éste sobre determinadas referencias jurídicas para luego abordar la cuestión desde una perspectiva totalmente diferente (...), resulta cuanto menos abusivo. (...) parece que constituye una situación de la que no es predicable tajantemente que no pueda llegar a generar indefensión».

generales, se debe ser menos riguroso con cuestiones o elementos nuevos que, en realidad, no deben ser fundamentales para la defensa del demandado; el cual perfectamente puede determinar por sí mismo los argumentos jurídicos que podrían sustentar los hechos alegados en la demanda sin tener que verse influido por los que originalmente utilice la otra parte —ya sea por error o como base de una estrategia—.

Finalmente, como elemento principal de la pretensión del actor, es fundamental atender a una posible variación del *suplico*. En línea con lo expuesto sobre la admisibilidad de la variación de los hechos, no existe variación sustancial por cualquier aclaración, precisión o ampliación que se haga en el acto del juicio oral, congruente con el suplico de la demanda y la conciliación previa(64). Y es admisible también la variación respecto del suplico, tal y como se expuso en relación con los hechos, «cuando lo pedido ahora sea derivación lógica o necesaria o estuviera implícitamente contenida en la súplica de la demanda; incluso habida cuenta del juego de los artículos 80.1.d) y 87.4, son admisibles variaciones en la cantidad de lo que se pide, siempre que se mantenga el concepto o causa de pedir»(65). Esto resulta fundamental. Consiguientemente, puede afirmarse que sería variación sustancial la introducción de una pretensión absolutamente nueva, referida a la alteración en un aspecto conceptual, aunque no a uno meramente cuantitativo(66). Según se ha explicado, la variación sustancial se produciría «cuando la alteración de los hechos constitutivos, o de los sujetos de la relación jurídico-procesal, impongan la formulación de un nuevo suplico que no mantenga una relación de homogeneidad cualitativa con el suplico inicial. No habrá variación esencial, por el contrario, cuando la alteración en el suplico sea consecuencia lógica de la modificación no sustancial de los hechos o de las partes»(67).

2. Ejemplos concretos de variación sustancial y no sustancial.

A) Supuestos de variación de los sujetos

Un caso típico de variación de los sujetos demandados es el de la ampliación de la demanda a otra empresa distinta de la inicialmente demandada —lo cual puede ser frecuente, sobre todo en casos de responsabilidad solidaria, como la ampliación contra la empresa principal en el seno de una contrata—. Uno de los ejemplos que más se analiza a este respecto es el de la ampliación de la demanda dentro del mismo grupo de empresas, extendiendo las responsabilidades a otra empresa en virtud de la «doctrina del grupo de empresas». A este respecto, aunque jurisprudencia de suplicación ha confirmado que la ampliación de la demanda frente al grupo empresarial al que pertenece el empresario es un supuesto no equiparable al de atribución errónea de la cualidad de empresario(68), también es cierto que, con carácter generalizado, no es un caso que se considere variación sustancial que cause indefensión, «máxime, cuando precisamente la llamada al proceso de la empresa, a través de la mencionada ampliación, le ha permitido hacer uso de las pruebas que ha estimado pertinentes en defensa de su posición»(69).

---

(64) Así lo recuerda la STSJ Castilla y León, de 29 de agosto de 1996 (AS 1996\2756).

(65) MONTERO AROCA, J. (y otros), en *Comentarios..., op. cit.,* p. 580.

(66) De manera reiterada, desde sentencias como la STSJ de Navarra, de 28 de febrero de 1996 (AS 1996\265), la STSJ Galicia, de 3 de julio de 1999 (AS 1999\2154), o la STSJ Asturias, de 12 septiembre de 2003 (AS 2003\4085).

(67) LÓPEZ CUMBRE, L., en DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.), *Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.,* p. 652.

(68) STSJ Madrid, de 10 de abril de 2003 (AS 2003\3154).

(69) Es el caso analizado en la STSJ Cataluña, de 23 octubre de 2002 (AS 2003\786), que cierra la cuestión añadiendo que «la mera irregularidad procedimental que no genera indefensión carece de proyección invalidante».

En línea con esta postura, sí se consideraría variación sustancial la imputación de una nueva responsabilidad en el mismo acto del juicio, no habiendo sido una cuestión alegada en la demanda ni en la reclamación previa. Este es el caso analizado en la STS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005\7043), en el que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), que había rechazado la petición de considerar las secuelas padecidas como lesiones permanentes no invalidantes, fue demandado por el trabajador, junto a la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua y la empresa. En la sentencia del Juzgado, sí se había declarado la existencia de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional, condenando a la empresa, a instancias del INSS, al abono de la correspondiente indemnización por el incumplimiento de su obligación de efectuar los reconocimientos médicos previstos en el art. 197.2 LGSS, lo que fue anulado en suplicación —por infracción del artículo 142.2 (LPL) en relación con el artículo 24 CE—, pues no se había planteado la responsabilidad empresarial en la vía administrativa, de modo que «la imputación de responsabilidad a la empresa derivada de la inobservancia de la normativa en materia de prevención y salud laborales fue novedosa en el acto del juicio».

No obstante, dicha sentencia contaba con un interesante voto particular, que entendía que, en primer lugar, la vía administrativa se había limitado a manifestar que el menoscabo sufrido por el trabajador no era de la suficiente entidad como para declarar una lesión permanente no invalidante; por lo que consecuentemente no se había llegado a pronunciar sobre la responsabilidad del empleador, al que por tanto no se pudo causar indefensión alguna en relación con el contenido de la resolución administrativa. Por su parte, el trabajador, en la llamada fundamentación fáctica de la demanda, había concretado los hechos imprescindibles para resolver la cuestión planteada —que era la dolencia alegada ya en vía administrativa, y que pretendía ser constitutiva de lesión permanente no invalidante—. Y en segundo lugar, era un supuesto de situación litisconsorcial obligatoria en la posición de demandados —a la que se refiere el artículo 12 LECiv—, y parece claro que el INSS podía alegar, en su contestación a la demanda, cuantos medios de defensa estimase oportunos, introduciendo en el proceso un hecho que le eximía de su responsabilidad; y en el curso del cual el empleador pudo, con igualdad de armas procesales, solicitar la suspensión del mismo durante un período razonable para preparar su defensa, hacer las alegaciones pertinentes y proponer los medios de prueba que considerara adecuados. Dado que la empresa se enfrentaba a un procedimiento en el que había sido demandada respecto del abono de una indemnización por contingencia profesional, entiende este voto particular que debió haberse presentado al acto del juicio pertrechada de todos aquellos elementos de prueba y argumentos que hubiera tenido por oportunos a fin de evitar su responsabilidad. El voto particular, como vemos, está en la línea de otros tantos pronunciamientos en los que no hay consideración de variación sustancial cuando el demandado pudo haber tenido conocimiento de las circunstancias que podrían imputársele, y dentro de la previsión que es exigible en la defensa de dicho demandado.

B) Supuestos de variación de los hechos

Los pronunciamientos judiciales también nos ilustran con numerosos casos en los que se ha diagnosticado una variación sustancial de los hechos en el contexto de una ampliación de la demanda originalmente presentada. Veamos algunos de ellos.

Como ya convinimos, está prohibido alterar los hechos de la demanda en aquellos extremos que determinan la *causa petendi* y cuya modificación supone, en definitiva, un cambio de ésta. Es el caso, por ejemplo, de la solicitud de una extinción contractual a instancias del trabajador por el impago de salarios, en la que se modifica la causa de pedir en el juicio alegando agresión física por parte del empresario[70]. Otro ejemplo es aquel en que el actor había estado proclamando hasta el

(70) STSJ Castilla y León, de 20 de diciembre de 1994 (AS 1994\4943).

mismo acto del juicio su condición de trabajador eventual, para posteriormente pretender atribuir a su relación laboral con la empresa demandada la condición de fijeza —que, por otra parte, no sólo no se infería del documento invocado con la exigible literosuficiencia, sino que tal carácter fijo aparecía desmentido por el tenor de otra condición del mismo contrato, donde las partes, de mutuo acuerdo, fijaban a éste una duración de un año[71]. Cuestión distinta es que sí se alegara en la demanda el carácter indefinido de la relación por no corresponderse el objeto de los contratos con la realidad[72], cabiendo la posibilidad de que en el juicio y en la sentencia se dilucidase si los trabajos realizados se ajustaban a los contratos, y si lo estipulado en ellos realmente respondía a las exigencias de mercado y a la obra o servicio determinado que se decía en los mismos.

También se consideró que se vulneraba la prohibición de variar los hechos de la demanda en extremos que determinan la *causa petendi* en un caso[73] en el que, tras ratificarse la actora en la demanda, en correspondencia con la posición sostenida en vía administrativa, acerca de un accidente de trabajo sucedido mientras el trabajador estaba subido en un andamio realizando trabajos de encofrado, posteriormente, en trámite de prueba, uno de los testigos manifestó que el accidente había tenido lugar cuando el lesionado y el declarante se hallaban desmontando el andamio; y ello al tiempo que por la actora se aportó precisamente, entre la prueba documental, copia del atestado confeccionado por la Policía con la misma conclusión. La alegación de estos hechos distintos a los manifestados en el expediente administrativo se consideró que cambiaba el *factum* del litigio y causaba indefensión en el demandado. Podremos afirmar, por tanto, que estaríamos ante hechos imprescindibles para resolver en un sentido u otro. Y es que el análisis que debía realizarse acerca del cumplimiento de las normas de seguridad, recogidas en el Real Decreto de 24 de octubre de 1997, y de las medidas de protección que en éste se exigen, no es el mismo si el trabajador se hallaba subido a un andamio metálico debidamente levantado que si lo cierto es que la caída se hubiese producido desmontando el andamio.

Pero no sólo debemos atender a las alteraciones en los hechos ya expuestos con anterioridad, sino que constituye igualmente variación sustancial de la demanda introducir una cuestión nueva como hecho constitutivo de la pretensión. Por ello, tampoco fue admitida la introducción de la existencia del cuadro depresivo derivado del accidente laboral sustentador de la demanda[74], ya que la novedad resultaría determinante para decidir sobre la cuantía de lo reclamado, hasta el punto de elevar la pretensión indemnizatoria inicial; aunque el actor alegaba, en su recurso, que no puede entenderse como variación la adición de unas consecuencias dañosas traducidas en secuelas perfectamente acreditadas. La clave respecto a su inadmisibilidad probablemente esté, para los Tribunales, en que la ampliación de la indemnización solicitada se refiere a un hecho acreditado pero absolutamente nuevo para el demandado, no necesariamente deducible de la pretensión inicial; cuya adición no se encuentra además justificada en esta fase del procedimiento, ya que no parece haberse producido con posterioridad a la redacción de la demanda.

En contraste con este caso, puede analizarse también el supuesto en el que la alegación en el acto de juicio por la demandante del perjuicio físico que le podía ocasionar el cambio de turno

---

(71) STSJ Murcia, de 19 de noviembre de 2001 (AS 2001\4175). También sobre alteración de la relación jurídica habida entre las partes es el caso de la STSJ Murcia, de 15 julio de 2002 (AS 2002\2261), en el que el actor efectuaba un planteamiento inicial sin referencia a una relación fija discontinua, que después invoca en trámite de conclusiones. Similar, a estos efectos, es el caso de la STSJ Castilla y León, de 4 de septiembre de 2001 (AS 2001\3898), en el que se alega en juicio la concurrencia de un vicio de edad, que se basa en un dato de hecho cual es el nacimiento, y ello sin alegarse en la demanda.

(72) Como se señalaba en otro caso en la STSJ Madrid, de 30 junio de 2003 (AS 2003\3668).

(73) Recogido en la STSJ Castilla y León, de 8 de abril de 2003 (AS 2003\1829).

(74) Ver STSJ Navarra, de 25 de octubre de 2004 (AS 2004\3508).

acordado por la empresa, dado el síndrome de túnel carpiano que padecía, no se consideró como variación sustancial de la demanda, porque no alteraba ni lo pedido en ella ni la causa de pedir y la solución a la cuestión planteada en la demanda no sería distinta[75]; lo que significa que la introducción de tal elemento en el debate careció en sí mismo de relevancia para la resolución de la cuestión controvertida. Esto mismo también se puede observar en otros ejemplos; como cuando en la papeleta de conciliación nada se dice sobre el trastorno psíquico del trabajador que había viciado su consentimiento cuando manifestó su intención de no volver al trabajo —en concreto, un brote psicótico que limitó sus facultades volitivas—, pero sí se afirma en ella que no se quiso causar baja voluntaria en la empresa. Por ello, se entiende que la alegación posterior de aquella circunstancia no se estima como alegación de hechos diferentes, sino que se limita a ampliar y concretar lo ya afirmado[76].

Como se ve, son muchos los pormenores que han de tenerse en cuenta para determinar la existencia de una variación sustancial proscrita, ya que una excesiva rigidez en la valoración podría afectar, como dijimos, al propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De hecho, puede afirmarse, tras un recorrido jurisprudencial general, que más numerosos han sido los casos en los que los Tribunales se han pronunciado sobre una variación en los hechos sin considerarla sustancial. Entre ellos, destacamos algunos todavía no comentados.

En primer lugar, tal y como se concretó en los criterios generales, hechos nuevos son admitidos si se han generado con posterioridad a la demanda; aún más, si se encuentran entre los hechos imprescindibles, no para resolver la cuestión, sino sólo para reforzar la posición de la parte actora —dentro de la segunda clasificación que se proponía por alguna doctrina—. Sería, por ejemplo, el caso del documento que se generó con posterioridad a la interposición de la demanda, con cuya aportación se trataba de completarla —lo que no suponía una modificación, sino una prueba más encaminada a la prosperabilidad de la pretensión—[77].

Sin perjuicio de que probablemente esta sentencia fallaría en igual sentido si los hechos nuevos fueran imprescindibles para resolver la cuestión planteada, en cuanto son posteriores a la demanda, resulta interesante profundizar, a través de este caso concreto, sobre el alcance de estos nuevos hechos —de por sí determinantes, pero no obligatorios porque completan los ya expuestos—, en cuanto a si su inclusión como refuerzo pudiera producir indefensión en el demandado —que es un debate que habíamos planteado con anterioridad-. Y es que la sentencia que da lugar a este fallo en concreto sí se plantea, a instancias del recurrente, una hipotética indefensión del entonces demandado en este caso, para concluir que, al no contener el documento aportado hechos decisivos de los que haya que defenderse, no ha lugar a considerar la indefensión; aunque ello no impide que pueda tenerse en cuenta para respaldar la decisión judicial.

Por su parte, como hecho accesorio a los hechos básicos ya expuestos en la demanda, se justifica, por ejemplo[78], que el demandante en el acto de juicio aludiese a la actuación de ciertas personas que le pudiera afectar personalmente, si en modo alguno desvirtúa, difumina o transmuta los hechos ciertos, concretos y determinados en los que sustenta la acción ejercitada —y que no son otros que los acaecidos antes y durante las fechas en las que fue objeto de sanción por parte de la entidad demandada—. No se trata más que de una ampliación plenamente admisible, porque no altera ninguna de las cuestiones centrales del pleito.

Asimismo, las variaciones que puedan introducirse sobre determinadas cuestiones que provengan en realidad de la voluntad de la parte que alega indefensión no pueden considerarse como tales,

---

(75) STSJ C. Valenciana, de 7 de abril de 2004 (AS 2004\3711).

(76) STSJ Cantabria, de 8 agosto de 2000 (JUR 2000\288879).

(77) STSJ Asturias, de 12 de septiembre de 2003 (AS 2003\4085).

(78) Ver STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de octubre de 1999 (AS 1999\3729).

dado también que, como es obvio, no son cuestiones ajenas al conocimiento de ésta. Así se determinó cuando el nuevo comentario introducido por el demandante en fase de conclusiones fue precisamente que el tema central sobre el que se discutía —el pago de un plus tras una nueva valoración del puesto de trabajo— era consecuencia de un acuerdo derivado de una reorganización de empresa —imputable, por tanto, a la propia empresa[79].

Finalmente, se han podido observar algunos supuestos en los que se han introducido en juicio, por vez primera, excepciones procesales, tanto por la parte demandante como por la demandada —la cual, en algunos casos ha podido manifestar su oposición en la vía previa— y que, sin embargo, no han tenido como consecuencia la estimación de variación sustancial. Puede ponerse como ejemplo un caso[80], en el que se planteaba si la excepción de prescripción de la acción para reclamar el recargo de prestaciones derivadas de incumplimiento de medidas de seguridad podía ser precisamente alegada en juicio sin haber sido alegada anteriormente ni en la reclamación previa ni en la demanda, o por el contrario la alegación de la misma en tal momento había de ser considerada extemporánea. Pues bien, en consonancia con lo que ya adelantamos en su momento, la alegación de la excepción de prescripción por primera vez en el acto de juicio no implica una variación sustancial de la demanda, siempre que se limitara a introducir un nuevo argumento jurídico en defensa de las pretensiones ya manifestadas anteriormente; sin que ello implicase, por lo tanto, ni introducción de hechos nuevos —pues se basaba en las fechas que ya constaban en las actuaciones—, ni tampoco modificación o variación del *petitum* de la demanda.

Por contra, si se introduce en el proceso una variación sustancial en las cantidades y en los conceptos para alegar una excepción material de prescripción —que es lo que hizo, en uno de los casos analizados, la Administración demandada en relación con el contenido de su contestación en la reclamación previa—, advierte el TS que «es sorpresiva para el actor y le causa indefensión, porque no le ha permitido preparar debidamente su defensa, si es que pensara que podría rebatir la alegación que en tal sentido se le hubiera hecho al resolver administrativamente su petición, o, en otro caso (esto es, si opinara que realmente su crédito hubiera prescrito), la falta de alegación temporánea de la repetida excepción material le ha inducido a interponer una demanda que de otro modo quizá no hubiera ejercitado, o la habría planteado en otros términos»[81].

C) Supuestos de variación del suplico

Teniendo en cuenta también las pautas generales ya adelantadas, la Jurisprudencia ha considerado asimismo los supuestos de ampliación de la demanda que constituyen variación o no de otro de los elementos identificadores de la demanda, como es el suplico.

Así, no constituye variación sustancial del suplico un supuesto clásico admitido por el Tribunal Supremo, consistente en la adición al período inicialmente reclamado del transcurrido hasta el momento de celebración del juicio, fundamentalmente cuando el litigio versa sobre percepciones económicas de devengo periódico, siempre que se reclamen por este período ampliado los mismos

(79) Ver STSJ País Vasco, de 8 de enero de 1997 (AS (1997\616).

(80) STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de marzo de 2005 (AS 2005\669).

(81) STS de 2 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3401), en un caso en que la Administración recurrente incumplió la carga que le imponía el art. 72.1 LPL, al introducir en el proceso una variación sustancial «en las cantidades» y «en los conceptos» con respecto a lo que antes adujo al resolver la reclamación previa. También la STSJ Madrid, de 26 de junio de 2007 (AS 2007\3239) recoge una alegación por el organismo demandado en el acto del juicio de la excepción de prescripción, que se inadmite por no haberlo hecho al resolver la reclamación previa.

conceptos y por la misma causa de pedir que en el período inicial[82]. Ello se justifica por no referirse a una modificación conceptual sino meramente cuantitativa; de este modo, no suponen tampoco variación sustancial de la demanda, por ejemplo, las alegaciones del demandante para la modificación de cantidades que eran incluidas dentro del mismo complemento salarial que las anteriores —en concreto, en el plus de peligrosidad, toxicidad o penosidad[83].

En realidad, esta modificación puramente cuantitativa se ha llegado a calificar de mera modificación accidental de lo pedido, a la que ni siquiera cabría considerar como una variación en sentido estricto; de hecho, en muchos casos, se trata solamente de una concreción de algo que ya se pedía en el escrito de demanda, como cuando se incluyen las cantidades que se irán devengando. Es lo que comentábamos en páginas anteriores acerca de si realmente estamos ante una ampliación permitida o en el contexto de la ratificación de la demanda; aunque, en ambos casos, se daría idéntica solución. Por lo tanto, si en ocasiones se deniega, no es porque se trate de una variación sustancial, sino por la falta de elementos fácticos suficientes para poder extender la condena en los términos pretendidos[84].

Por el contrario, reclamar otros conceptos, u otras épocas cuya ampliación *post* demanda no esté justificada, constituye obviamente modificación sustancial. Así se consideró, por ejemplo, en el caso[85] en el que lo solicitado por el actor en el *petitum* de la demanda fue el reconocimiento de un determinado derecho —como «acudir a la Clínica Universitaria de Navarra para el tratamiento solicitado»—, acorde con la petición realizada en vía administrativa, y éste no se alteró ni amplió hasta el acto de juicio —«en el que se solicitó el abono de los gastos causados por el tratamiento en la Clínica Universitaria»—, concretando en fase de conclusiones. Efectivamente, aun tratándose de una solicitud de condena deducible directamente del reconocimiento del derecho, son conceptos jurídicamente distintos. La misma solución se da cuando se solicitan en vía previa diferencias salariales a las que posteriormente se añaden en la demanda una reclamación de clasificación profesional[86].

Y, por idénticos motivos, si es promovida demanda en reclamación del importe de determinadas diferencias por realización de funciones de categoría superior durante un determinado período, y la propia demandante, al ratificarse en su demanda en el acto del juicio oral, amplía la cuantía de aquélla al importe de períodos posteriores, pero anteriores a la redacción de la demanda, se añade un elemento sorpresivo injustificadamente, que también es variación sustancial[87]. Extender en el juicio, de este modo, las pretensiones de condena, reclamando mayor cantidad o comprendiendo un mayor período temporal rebasa los márgenes de lo permisible, toda vez que el devengo de las percepciones afectadas por el cambio va a depender seguramente de unas circunstancias concretas que requiera una mínima concreción en los datos, y su puesta en conocimiento del demandado con lapso suficiente para permitir su defensa[88]. Ya no digamos si lo que se pretende es «de forma ciertamente incomprensible» el incremento de la cuantía solicitada por daños y perjuicios[89].

---

(82) Tal y como ya se razona en la STS de 16 de octubre de 990 (RJ 1990, 7689); posteriormente ver también la STSJ Andalucía, de 4 de mayo de 2001 (AS 2001\1871) y las SsTSJ C. Valenciana, de 24 de febrero (AS 1998\110) y de 8 de julio de 1999 (AS 1999\4845).

(83) STSJ Andalucía, de 19 de marzo de 1999 (AS 1999\5027).

(84) Ver STSJ Madrid, de 14 de junio de 2010 (JUR 2010\321692).

(85) STSJ País Vasco, de 21 de diciembre 2004 (AS 2004\4050).

(86) STSJ Cataluña, de 7 de julio de 1992 (AS 1992\4006).

(87) Como declaró la STSJ Madrid, de 9 de febrero de 1993 (AS 1993\960).

(88) STSJ Asturias, de 16 de octubre de 2009 (AS 2009\2585).

(89) STSJ Madrid, de 25 de septiembre de 2006 (AS 2007\44).

Otro ejemplo paradigmático de variación del suplico es el de la actualización de salarios; pues se ha considerado que la modificación del suplico para pedir intereses por los salarios demandados no genera indefensión ya que se trata además de una consecuencia legalmente prevista[90] —lo que se incluye dentro de los criterios generales que ya expusimos—. Éste es el parámetro utilizado para resolver también casos como el de la impugnación de una modificación de las condiciones del contrato de trabajo —consistente en un cambio de horario que conllevaba la reducción notoria del descanso entre jornadas con perjuicio para la vida familiar y personal—, en el que se pretendió la extinción del contrato de trabajo con posterioridad a la demanda; y ello porque, al permitirse la opción por la rescisión *ex* art. 41.3 ET, no puede apreciarse variación sustancial[91] ya que se considera una pretensión implícita en el contexto de lo pedido —que no implicaba además cambio de procedimiento-. Se confirma, pues, que no son variación sustancial aquellas modificaciones que sean perfectamente cognoscibles —a través de una u otra fuente, fáctica o jurídica— por la parte demandada. Este criterio también se aplica, por ello, cuando tales modificaciones resultan de un convenio colectivo aprobado con posterioridad[92]; o cuando, por ejemplo, el salario que el demandante estima en su ampliación que le corresponde lo es por aplicación de un determinado convenio, pues nada impedía a la demandada la alegación y prueba de lo que a su derecho conviniera sobre el salario que estimaba de aplicación en ese caso[93].

Ahora bien, no debe darse por sentado que la garantía de defensa del demandado se respeta ante la introducción de cualquier cuestión que pueda ser conocida por aquél, ya que las probabilidades de que la nueva cuestión se derive en determinadas pretensiones, por parte del demandante no siempre son igual de altas y, por tanto, no siempre han podido requerir de la misma preparación por parte del demandado. Volvemos a la importancia de que se aprecie o no concurrencia de un elemento sorpresivo, que dificulte gravemente la capacidad de reacción del demandado; sobre todo cuando el demandante podría haberlo adelantado en su escrito inicial. Esto se aprecia, por ejemplo, cuando se produce la acumulación de una acción de condena a la declarativa inicialmente ejercitada[94]; o más frecuentemente, en algunas modalidades procesales, cuando se incorpora en el juicio una petición subsidiaria. Una muestra de esto último son reclamaciones como que, en el caso de no prosperar la solicitud inicial de una determinada categoría profesional y las diferencias salariales a la misma, subsidiariamente se reconozca otra categoría y se abonase la diferencia en su caso. Según han concluido las sentencias que han tratado casos como éste[95], «aun suponiendo que con base en el Convenio de aplicación se pudiera determinar si la pretensión de reclamación de cantidad era o no correcta, es lo cierto que respecto a la acción pura de clasificación profesional interpuesta con carácter subsidiario, la accionada carecía de los datos precisos para poder defenderse de la referida pretensión subsidiaria».

---

(90) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 638. Ver STSJ Madrid, de 18 de abril de 1995 (AS 1995\1663).

(91) Según la STSJ Cataluña, de 22 de julio de 2004 (AS 2004\2634).

(92) STS de 17 de marzo de 1988 (RJ 1998, 2311).

(93) Como señaló la STSJ País Vasco, de 13 julio de 2004 (AS 2004\3848).

(94) STSJ Andalucía, de de 26 julio de 1994 (AS 1994\3118). Es de destacar también el caso en que se realiza una reclamación de cantidad ejercitándose una acción declarativa, dado que en la conciliación la demandante sólo pidió que se le reconociese la antigüedad y se le retribuyera de acuerdo con las tablas salariales del convenio aplicable, sin pedir cantidad alguna, pero la reclamación formulada —una petición de declaración de derecho— no puede amparar otra de diferencias salariales después efectuada en la demanda (STSJ Extremadura, de 21 de mayo de 2002, AS 2002\2395).

(95) La STSJ Madrid, de 18 de junio de 1992 (AS 1992\3450) y la también STSJ Madrid, de 28 de mayo de 1992 (AS 1992\2741).

Consideramos acertada dicha conclusión, a pesar de la existencia de algún pronunciamiento judicial en el que se dude de la inadmisibilidad de una ampliación de este tipo —como cuando afecte a dos pretensiones acumulables entre sí[96]— por no tratarse exactamente de un cambio de la pretensión sustituyendo una por otra —como se analizaba y terminaba prohibiendo en la STS de 5 de octubre de 1999 (RJ 7543), y que acaba interpretándose *a sensu contrario*—. Y es que, se podría entender que, con una petición subsidiaria —esté más o menos relacionada la pretensión principal—, no deja de adicionarse una pretensión nueva, no necesariamente derivada de la original; y que, como argumentaba el TS en su sentencia, «en ningún momento fue discutida». Esa alteración en la pretensión, en la causa de pedir, intuimos que también debe estar vedada en los casos de adición, y no sólo en los de sustitución de una pretensión por otra. De todos modos, concretaremos algo más sobre esta cuestión al analizar las variaciones en procesos especiales.

Finalmente, por hacer alguna mención a los casos de reducción, no supone, por supuesto, variación sustancial alegar en juicio hechos nuevos que no alteran las pretensiones de la demanda más que para reducir las inicialmente formuladas; por ejemplo, solicitar un salario inferior al indicado en la demanda y concretar una jornada semanal sobre la que nada se decía en ésta, pero cuyo silencio sólo cabía entenderla razonablemente como un trabajo a tiempo completo[97].

III. LA AMPLIACIÓN DE LOS CONTENIDOS ESPECÍFICOS DE LA DEMANDA EN DISTINTAS MODALIDADES PROCESALES

1. La ampliación del contenido de la demanda de despido

En el proceso ordinario, tanto en las fases de alegaciones, como en las pruebas y en las conclusiones, se concede primero la palabra al demandante y luego al demandado. En los procesos de despido, sin embargo, una vez que el trabajador demandante ha ratificado su demanda, el orden de actuación se invierte, y en todas las fases procesales mencionadas, corresponderá al demandado —esto es, al empresario— exponer sus posiciones en primer lugar (art. 105.1 LPL). La existencia de la carta de despido demuestra de manera automática la iniciativa tomada por la empresa ahora demandada, por lo que es el trabajador despedido el que requiere determinadas oportunidades de defensa durante el proceso, así como que el contenido de esa carta vincule a la empresa durante todo el proceso (art. 105.2 LPL). Por todo ello, en estos casos, las posibilidades de ampliación de la demanda de despido por el demandante en el acto del juicio serán posteriores a la intervención del demandado; lo que no quiere decir que éste no tenga oportunidad de réplica en ese caso[98]. Claro que puede ocurrir que no haya carta de despido, por lo que la regla de la inversión de intervenciones se modaliza; pues el trabajador deberá demostrar previamente la propia existencia del despido, ya que la empresa puede empezar por negarlo. Demostrado el despido por el trabajador, aunque marcado ya por un defecto

(96) La STSJ Cantabria, de 7 de julio de 2004 (JUR 2004\196903) no consideró variación sustancial o accidental, sino simple ampliación, que, en el juicio oral, tras ratificarse la demanda pidiendo el reconocimiento de una invalidez permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, se solicitara subsidiariamente la incapacidad permanente total, bien por accidente laboral o bien por enfermedad común.

(97) Como ocurrió en la STSJ País Vasco, de 13 de julio de 2004 (AS 2004\3848).

(98) No coincidimos, por ello, con la valoración realizada por VALLE MUÑOZ, F.J., en *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, Ed. Comares, 2002, p.149, cuando afirma: «Ciertamente, el art.105 LPL parece limitar la alegación de la parte actora en los procesos de despido a la mera ratificación de la demanda, pero en cambio para el proceso de impugnación de sanciones, no se reitera el texto inicial del art. 105 LPL de modo que cabrá la posibilidad de que el trabajador demandante pueda hacer algún tipo de alegación antes de producirse la inversión típica de la carga de la prueba (así por ejemplo puede ampliar su demanda con hechos posteriores a la misma)».

de forma, sí se daría traslado a la empresa para que alegase y probase lo que mejor le conviniese en Derecho.

Para analizar las posibles ampliaciones de la demanda de despido de un trabajador, debemos atender primeramente al art. 104 LPL; el cual señala que, además de los requisitos exigidos con carácter general para las demandas laborales, la demanda de despido deberá incluir unos contenidos adicionales en el apartado de hechos. Sobre estos requisitos específicos comentaremos las conclusiones extraídas de los distintos pronunciamientos judiciales.

A) Contenidos adicionales en el apartado de hechos

a) Circunstancias laborales contractuales anteriores al despido

En primer lugar, se dice que la demanda de despido deberá contener las circunstancias laborales contractuales anteriores al despido —lugar de trabajo, categoría profesional, salario que se venía percibiendo y su forma de pago, antigüedad del despedido...—. Sobre la admisibilidad o no de la ampliación de dichas circunstancias, se han pronunciado los Tribunales en uno y otro sentido.

En ocasiones, se ha considerado la inexistencia de variación sustancial, en virtud de criterios ya marcados con anterioridad, por una aclaración sobre la categoría profesional de la trabajadora en el acto del juicio, al tratarse de un elemento accidental y no esencial de la pretensión(99); o también una modificación de la antigüedad consistente únicamente en precisarla con exactitud, que, aunque terminaba repercutiendo en el importe total de la indemnización, se concluyó que el concepto era el mismo(100). En general, puede extraerse de los ejemplos encontrados que no se aprecia variación sustancial simplemente por la fijación de la antigüedad o del salario regulador(101) —como hechos meramente cuantificables—.

Pero hemos de decir que, en el caso de la modificación de la antigüedad en el acto del juicio, se trata de una posibilidad ampliatoria no exenta de matizaciones. Por ejemplo, se considera admisible tal modificación en un caso en el que el demandante, consignando en la demanda la fecha de antigüedad como fecha cierta del inicio del contrato laboral —y que por tanto se interpretaba que no podía ser otra que la coincidente con la de suscripción del contrato de trabajo eventual—, pone de manifiesto, o aclara, en el acto del juicio, que la relación laboral con la demandada no obedece en realidad a la suscripción de tal contrato temporal, sino que es como consecuencia de un proceso de subrogación(102). En el entendimiento de que ello no podía ser ignorado por la demandada, ésta no podía aducir haberse visto sorprendida en el acto del juicio por tal planteamiento, que claramente se le anunciaba en el escrito de demanda, con tiempo suficiente por tanto para proveerse si le era necesario de los elementos de juicio que al respecto hubiere considerado oportunos. Sin embargo, con anterioridad, se había tratado un caso similar(103), en el que la antigüedad del actor tampoco era un hecho nuevo y desconocido para la empresa —habiendo actuado incluso la empresa de mala fe, ocultando los documentos acreditativos de la misma—; pero, en esta ocasión, se concluía que sin duda alguna implicaba una variación sustancial de la demanda, porque la variación solicitada produciría indefensión a la empresa interpelada al incidir de modo directo la modificación, en la hipótesis de aceptarse la improcedencia del despido, sobre el importe de la indemnización a percibir

(99) STSJ Islas Canarias, de 7 de septiembre de 2005 (AS 2005\3035).

(100) STSJ Cantabria, de 14 de noviembre de 2005 (AS 2005\3143).

(101) Ver STSJ País Vasco, de 25 de octubre de 2005 (AS 2006\159).

(102) Caso analizado por la STSJ Andalucía, de 18 septiembre de 2003 (AS 2003\3469).

(103) Ver STSJ Galicia, de 15 de octubre de 2001 (AS 2001\3076).

por el recurrente y de los salarios de tramitación. También ha sido estimada, como vulneración del principio de congruencia entre la fase previa y la demanda, el cambio de la fecha de antigüedad con respecto a la alegada en la conciliación previa(104).

Consideramos, no obstante, más acertada la primera de las soluciones; ya que, si bien algunas ampliaciones de hechos que consisten en revisiones o precisiones pueden generar a veces alguna variación en el *petitum* final, no estamos hablando de una nueva pretensión propiamente dicha insertada de manera sorpresiva. Lo cierto es que, sobre todo cuando el resultado de la modificación no es desconocido para el demandado, ello no ha sido óbice, en múltiples ocasiones, para que los Tribunales estimen que son ampliaciones que pueden incluirse en el grupo de las plenamente admisibles.

Por su parte, la variación del salario en el acto del juicio del fijado en la demanda suele considerarse sustancial(105) porque suele afectar a su composición y a la distribución de las cuantías; y lo es especialmente en aquellos casos en que la modificación cuantitativa del salario —en esta ocasión entre la papeleta de conciliación y la demanda— se realiza sin ofrecer explicación alguna(106). Pero también es un hecho susceptible de ser meramente cuantificable, como hemos comentado, por lo que tal alteración resultará irrelevante cuando no se produzca un cambio en los conceptos retributivos.

Así, se trataría pues de un caso de especificación de un concepto retributivo, que no es más que, como ya adelantamos en su momento, la especificación de un hecho subsumible en un concepto genérico, perfectamente admisible(107), cuando la modificación se incluye dentro de una retribución complementaria referida como «el incentivo en función de la producción obtenida», que no se apreció como un concepto salarial distinto e independiente de los rappels —pues estaban integrados ambos, según se desprendía de los documentos aportados, en el concepto de incentivos—(108). Ahora bien, cuando lo que se pretende es incluir en el salario fijado en la demanda de despido, en la que nada se especificó a este respecto, el complemento de antigüedad, por considerarse en el derecho de percibirlo, no resulta admisible por tratarse de una cuestión nueva. Esta conclusión también puede argumentarse desde la propia literalidad del art. 104.a) LPL, pues «la designación específica de cuál fuera o debiera ser el salario es un dato sustancial en las demandas de despido, de lo que se infiere que no habiendo consignado el recurrente una parte del mismo en la demanda, resulta una ampliación sustancial de ésta su discusión en el acto de la vista»(109).

b) Circunstancias del despido

En segundo lugar, en la demanda de despido deben incluirse también las circunstancias en que el despido se produjo —la fecha del despido, la forma en que tuvo lugar, los hechos alegados por el empresario—. Son cuestiones éstas que vienen reflejadas en la propia carta de despido, por lo que su modificación, en ese caso, estaría absolutamente injustificada(110).

---

(104) STSJ Cataluña, de 4 de julio de 2007 (JUR 2007\276715), como la anterior STSJ Cataluña, de 12 de septiembre de 2001 (AS 2001\4445).

(105) Ver STSJ País Vasco, de 11 de abril 2003 (AS 2003\2135).

(106) STSJ Cataluña, de 21 de mayo de 1996 (AS 1996\1658).

(107) De hecho, así volvió a ser corroborado, por la STSJ Andalucía, de 2 de mayo de 2002 (AS 2003\1021), ante la especificación también de un concepto retributivo, con inexistencia además de alteración cuantitativa.

(108) Tal fue el caso de la STSJ Castilla y León, de 7 de noviembre de 2000 (AS 2001\191).

(109) Como apreció la STSJ País Vasco, de 12 de junio de 2001 (AS 2001\4417).

(110) En concreto, se ha considerado, como no podía ser de otra manera, variación sustancial la modificación de la fecha del despido en fase de conclusiones (STSJ Extremadura, de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3223).

Otra cosa sería si hubiese defectos de forma en la comunicación de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario, en cuyo caso sería muy probable que se obtuvieran datos nuevos con posterioridad a la presentación de la demanda, que constituyeran hechos indispensables para resolver la cuestión planteada, afectando incluso al *petitum*, por lo que deberían ser tomados en consideración por el juzgador —en línea con lo que venimos sosteniendo hasta ahora.

c) Circunstancias particulares del trabajador despedido

Finalmente, también deben concretarse en la demanda de despido las circunstancias particulares del trabajador despedido; como su condición de representante de los trabajadores —lo que habría exigido al menos una serie de garantías formales previstas *ex lege*, como la apertura de expediente contradictorio—, o ser afiliado a un sindicato —para comprobar si se ha cumplido con el trámite de audiencia al delegado sindical en los casos previstos—. También habría de incluirse cualquier otra circunstancia que, a juicio del demandante, hubiera podido influir en la calificación del despido (condición de embarazada de la trabajadora, orientación sexual, etc.); especialmente todo lo que tenga relación con conductas discriminatorias por parte de la empresa, aunque también la concurrencia de motivos objetivamente prohibidos, que convierten el despido en nulo.

Salvo alguna discutible excepción(111), los Tribunales no dudan en considerar reiteradamente variación sustancial alegar por primera vez en el juicio discriminación en el despido, así como, en general, las inclusiones en el acto del juicio de novedades que suponen circunstancias determinantes para la calificación del despido: el embarazo de la demandante(112), la conducta permisiva de la empresa(113), o muy frecuentemente la vulneración de la garantía de indemnidad tras demandar por despido improcedente(114). El mismo criterio se aplica en casos similares sustanciados a través del procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales, en el que claramente es variación sustancial la invocación en el acto del juicio de la vulneración de un derecho fundamental distinto en base a hechos distintos a los que se describían como constitutivos de la vulneración alegada(115).

Por el contrario, debe considerarse un caso de concreción y no de ampliación cuando en los hechos de la demanda se hace referencia a una posible discriminación y en el acto del juicio se habla de que el despido se ha producido por haber recurrido la actora, violándose el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y ello porque los hechos sustentadores de la pretensión (la discriminación en el despido) estaban recogidos en la demanda de instancia(116). Tampoco se considera que produzca una quiebra del principio de congruencia un supuesto en el que se invoca en la demanda una vulneración de derechos fundamentales a la que no se hacía referencia en la papeleta de conciliación,

(111) Como la de la STSJ País Vasco, de 19 de mayo de 1994 (AS 1994\2293).

(112) STSJ Castilla-La Mancha, de 8 de octubre de 2007 (JUR 2008\13381).

(113) STSJ Andalucía, de 13 de abril de 1993 (AS 1993\1750).

(114) STSJ Castilla y León, de 18 de septiembre de 2006 (JUR 2006\251731), STSJ Cataluña, de 22 de diciembre de 2006 (AS 2007\2456) y de 4 de julio de 2007 (JUR 2007\276715), STSJ Galicia, de 3 de julio de 1999 (AS 1999\2154). En la STSJ C. Valenciana, de 13 de marzo de 2003 (AS 2003\3291), si bien se solicitaba en la demanda iniciadora del procedimiento la declaración de nulidad del despido y en su defecto su improcedencia, no se concretaba con precisión en qué hechos o circunstancias se basaba tal petición de nulidad. En el acto de juicio, la parte actora manifestó, en trámite de ratificación de la demanda, que la petición de nulidad del despido tenía por fundamento el «haberse vulnerado por la empresa el derecho fundamental del actor a la indemnidad».

(115) Ver, por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha, de 23 de diciembre de 2004 (AS 2005\63).

(116) Ver STSJ Aragón, de 30 de mayo de 2001 (AS 2001\2115).

en la que sólo se solicitaba que se reconociera por la empresa la nulidad del despido —lo que podía interpretarse como una necesaria vulneración de un derecho fundamental—[117].

B) El contenido del suplico

Todas estas variaciones sobre los hechos o datos contenidos en la demanda de despido tienen obviamente incidencia sobre el *petitum* de la misma. Pero ocurre con frecuencia que, sin llegar a variar los datos originariamente aportados, también se producen en los procesos de despido alteraciones en el juicio que sólo inciden en el propio suplico. A continuación, detallaremos algunos ejemplos de estos casos y de las soluciones dadas a los mismos.

Una respuesta frecuente de los Tribunales es no considerar variación sustancial pedir la nulidad radical del despido en un juicio, aunque no hubiera sido solicitada en la demanda. Y ello porque, como señaló la STS de 14 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2079), tras reiterados pronunciamientos en idéntico sentido[118], la declaración de nulidad se puede adoptar incluso de oficio. Sobre este extremo, aclara alguna doctrina judicial[119] que «la nulidad del despido es apreciable de oficio si no ha sido expresamente excluida por quien interpone demanda —porque, en caso contrario, se produciría una contradicción frontal con el principio dispositivo—, y si concurren indubitadamente los elementos de hecho necesarios para su apreciación —porque, en caso contrario, se podría producir indefensión si se sustentase en hechos no sometidos a contradicción o no plenamente acreditados—». Pero, sobre la cuestión principal, valorando la doctrina emanada del TS, podemos traer a colación la exposición que, de manera sintética, realiza la STS de 23 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3576), en el sentido de que «si bien la incongruencia se produce con carácter general cuando un juzgado o Tribunal concede algo distinto de lo que las partes han solicitado, cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo no depende de lo que la parte diga o pida, sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir, por lo que no es incongruente una sentencia que declare la improcedencia del despido cuando se haya solicitado la nulidad, o la inversa, pues dentro de la acción de despido cabe hacer una u otra calificación de conformidad con las distintas previsiones que se contienen en el artículo 55 ET, correspondiendo esa calificación al órgano jurisdiccional y no a la parte a la que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo».

La doctrina de suplicación también ha seguido esta premisa. Cuando en el escrito de aclaración de una demanda, por ejemplo, no se aduce ningún hecho nuevo o distinto a los que ya constaban en el escrito de demanda —en el cual de forma expresa se indicaba que se entendía que el despido producido obedecía a causas discriminatorias—, y siendo precisamente el hecho de no instar expresamente en el suplico la nulidad del mismo lo que había conducido en algunos casos al juzgador a requerir la oportuna aclaración, no se califica de variación sustancial[120]. Sobre cómo cabría asimilar estas decisiones desde la perspectiva de la garantía de defensa del demandado, la clave puede estar nuevamente en el conocimiento de estos datos por el demandado: cuando en la demanda se han dado a la parte los elementos fácticos suficientes, con ellos, la empresa, que conoce perfectamente el desarrollo de la relación laboral, puede articular una defensa suficiente y adecuada en el acto del juicio[121].

---

(117) Estamos hablando de una STSJ Madrid, de 10 de febrero de 2000 (AS 2000\1541).

(118) Por ejemplo, las SsTS de 28 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7217) y de 19 de junio de 1990 (RJ 1990, 5485).

(119) STSJ Galicia, de 24 de noviembre de 2009 (AS 2009\2693).

(120) STSJ Castilla-La Mancha, de 28 abril de 1997, AS 1997\1643. En idéntico sentido, la STSJ Cataluña, de 11 de febrero de 2009 (AS 2009\1429).

(121) Argumento de la STSJ Cataluña, de 9 de octubre de 2002 (AS 2002\3870).

Esta doctrina ha llevado también a matizar las consecuencias de añadir peticiones subsidiarias a la pretensión principal de despido nulo, que en estos casos no se van a considerar variación sustancial —aun cuando ya se ha comentado el alcance de la misma como cuestión nueva en muchos supuestos—. El caso más frecuente es incluir una petición subsidiaria de improcedencia del despido tras haber solicitado previamente la declaración de nulidad únicamente. Y se trata de un supuesto admisible, pues, en línea con la doctrina del TS, «desde el momento en que el actor formula su pretensión de que se deje sin efecto el despido, con las consecuencias legales a ello inherentes, el Magistrado podrá calificar el despido como procedente, improcedente o nulo, pero no es sólo que *podrá* calificarlo de este último modo, es que *deberá* hacerlo así, si concurren los adecuados supuestos, dado que se trata de normas de derecho necesario»[(122)]. Todo ello, no lo olvidemos, debe acompañarse de una exposición previa de aquellos hechos que puedan sustentar las causas tanto de uno como de otro tipo de despido. En caso contrario, estaríamos hablando de una alteración de los hechos incompatible con las garantías de defensa del demandado, que debe contar con los datos precisos para oponerse a la demanda.

Por idénticos motivos, tampoco constituye variación sustancial añadir a la petición principal de despido nulo, la subsidiaria de extinción del contrato por desistimiento del empresario en contrato de alta dirección[(123)]; aunque, en este caso, también puede justificarse, en nuestra opinión, sobre la base de la irrelevancia de cualquier motivo para la misma —pues se trata de una decisión absolutamente acausal—, siempre que se demostrase que efectivamente la extinción proviene de la voluntad del empresario. No cabe duda, por tanto, de la especial admisibilidad de variaciones en la petición del demandante en este proceso, si, como dijimos, los términos en que se planteó el debate no cambian.

Un ejemplo de esto que decimos lo encontramos cuando, habiéndose solicitado en conciliación que la extinción del contrato de trabajo fuera declarada nula o subsidiariamente improcedente por nulidad del período de prueba, se manifiesta posteriormente en el acto del juicio que se trataba de un despido —improcedente o nulo—. Este caso se resolvió sin considerar tampoco esa circunstancia como variación sustancial, puesto que estaba ya entonces correctamente planteada la *litis*; simplemente «lo que para la empresa era una válida extinción contractual por no superación del período de prueba, para la actora era equiparable a un despido sin causa»[(124)]. Y es que, de todos modos, si un período de prueba es nulo, la extinción del contrato durante el mismo no puede ser válida sin justa causa; por lo que a la empresa no se le alterarían en ningún caso sus argumentos de defensa.

En un contexto parecido de cambios interpretativos, la congruencia no se entendió quebrantada en un caso en que pareció alegarse en la demanda hechos distintos a los que integraron la conciliación previa, «en tanto que en un caso y en otro lo postulado era la calificación como despido improcedente del cese de la actora, sin que la circunstancia de que en la papeleta de conciliación se adujese el no haberse respetado el período de preaviso, y en la demanda se indicase que no podía justificar el despido la alegación de no superación del período de prueba al no haber sido pactado el mismo, implique la introducción de nuevos hechos, sino tan solo de fundamentos jurídicos diversos sustentadores de la pretendida calificación de improcedencia del despido»[(125)]. Es decir, si los argumentos fácticos para sostener una u otra causa de despido —improcedente, en ambos casos—, y a los que hemos denominado fundamentos fácticos con trascendencia jurídica, se mantienen y siguen siendo ratificados por la parte, no estaríamos hablando de una variación sustancial, pues a ésta no le afectan las alteraciones de los fundamentos jurídicos.

---

(122) Como argumenta la STSJ Andalucía, de 17 de septiembre de 2002 (AS 2002\3737), que no consideró variación sustancial introducir dicha petición respecto a lo solicitado en la reclamación previa.

(123) STS de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9254).

(124) STSJ Cataluña, de 12 de diciembre de 2002 (AS 2003\266).

(125) STSJ Castilla-La Mancha, de 8 febrero de 2010 (AS 2010\1366).

A todo esto, puede añadirse que, en general, se desestima la variación sustancial cuando se trata de la concreción de las consecuencias jurídicas asociadas a la pretensión principal(126); o las derivaciones lógicas de la pretensión, contenidas en la propia legislación, como la reclamación de salarios de tramitación al Estado, en su caso(127). Distinta sería la introducción de una cuestión nueva, que no pueda previsiblemente deducirse de las cuestiones ya aportadas; como una posterior petición de recolocación solicitada por el actor que, en su demanda de despido, manifiesta que no se le puede dar de baja en tanto el INSS no dicte resolución definitiva declarándole en situación de Incapacidad Permanente Total o Absoluta(128). En realidad, lo que se solicita no es deducible directamente de la calificación de despido improcedente —que es la que correspondería en el mejor de los casos para el demandante—, sino simplemente una nueva petición consistente en la readmisión por la empresa y seguir en alta en tanto en cuanto el INSS dicte resolución; todo lo cual evidentemente sí constituye variación sustancial.

Tampoco es admisible finalmente que, dado que en el suplico de la demanda que solicita la calificación de nulo puede incluirse una indemnización adicional por daños y perjuicios por la posible lesión de derechos fundamentales (según el art. 27.2 *in fine* LPL), si no se incluye en un principio, también sería variación sustancial añadir dicha petición en el acto del juicio cuando la demanda se limitaba a pedir la nulidad(129). Y ello debido también a que la Ley no prevé que, del reconocimiento de la pretensión principal de nulidad, se derive automáticamente una indemnización, pues ésta no se incluye dentro de las consecuencias que en el art. 55.6 ET se establecen para estos casos (la readmisión y salarios de tramitación); por lo que deberá solicitarse expresamente de forma temporánea.

C) Efectos de la ampliación de la demanda de despido

Antes de concluir con este apartado, resulta interesante observar el buen número de pronunciamientos judiciales dedicados a resolver las discrepancias sobre los posibles efectos de la ampliación de la demanda de despido sobre cuestiones que rodean este procedimiento. En general, siguiendo lo dispuesto en el art. 103.2 LPL(130), se afirma que una ampliación admisible no se vería afectada por el plazo —especialmente breve— de caducidad de la acción por despido(131); como en los casos de ampliación de la demanda por responsabilidad solidaria del grupo de empresas(132), o por subrogación empresarial(133).

---

(126) STSJ Cataluña, de 14 de junio de 2001 (AS 2001\3174).

(127) STSJ País Vasco, de 16 de junio de 2009 (JUR 2009\370183).

(128) En el ejemplo de la STSJ Castilla-La Mancha, de 1 diciembre de 2005 (AS 2005\3587).

(129) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 639.

(130) *«Si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario».*

(131) STSJ Castilla-La Mancha de 22 de junio de 2006 (AS 2006\2342), STSJ País Vasco, de 14 de febrero de 2006 (AS 2006\1419), STSJ Madrid, de 20 de septiembre de 2005 (AS 2005\2220); STSJ Galicia, de 26 de enero de 2005 (AS 2005\56).

(132) STSJ Galicia, de 6 de marzo de 2000 (AS 2000\228), y STSJ C. Valenciana, de 6 de febrero de 2002 (AS 2002\3405).

(133) STSJ Islas Canarias, de 24 de septiembre de 2008 (JUR 2009\135308) y STSJ País Vasco, de 26 de junio de 2001 (AS 2001\1887).

Ahora bien, según se deduce de los ejemplos encontrados, es importante comprobar en este sentido[134] si a la fecha de interposición de la demanda por el trabajador, éste ya era perfectamente conocedor de la posición jurídica de cada una de las empresas codemandadas y de su eventual intervención en el despido en litigio, y si hubiere surgido en el acto de juicio alguna nueva circunstancia que permita considerar que en la demanda se hizo una atribución errónea de la cualidad de empresario a la recurrente. La desestimación de la caducidad de la acción por demanda contra empresario erróneo precisa que ese error sea totalmente involuntario, que proceda de un desconocimiento real de la persona del empresario, y no se aplica a los casos de mera equivocación; como es la ampliación de la demanda frente al grupo empresarial al que pertenece el empresario —como ya se comentó—.

Por todo ello, afectaría a la caducidad del despido si, en un caso de sucesión de empresas, por ejemplo, la demanda dirigida exclusivamente contra la empresa se ampliara posteriormente contra la cesionaria, debido al conocimiento de la sucesión por el trabajador en el mismo momento de la comunicación del despido[135]. Y, por el mismo motivo, tampoco es equiparable al supuesto de demanda contra empresario erróneo, la ampliación de la misma frente a la empresa usuaria[136]; ni tampoco la ampliación de la demanda frente a la contratista sucesora[137], ni la ampliación de la demanda frente a la empresa principal[138].

Una ampliación de la demanda también hace innecesaria la celebración de una nueva conciliación extrajudicial[139]; se permite así la ampliación cronológica y cuantitativa de salarios sin promover nuevo acto de conciliación[140]. Otro caso con idéntica solución es el de la ampliación frente a la empresa que se crea tras la extinción de otra con el mismo objeto, a modo de continuidad respecto de la anterior empresa —considerada en este caso sucesión encubierta—[141]; que justamente es un caso en que se precisa recordar el artículo 64.2.b) LPL, que exceptúa del requisito de la conciliación previa el supuesto en que, estando ya en curso el proceso, sea necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas, siempre que la necesidad de llamar al proceso a nuevos demandados se produzca como consecuencia de circunstancias conocidas por el actor después de la interposición de la demanda, y no sólo en las situaciones de litisconsorcio pasivo necesario.

Finalmente, en lo que afecta al montante de los salarios de tramitación, se ha excluido de su cálculo el período de suspensión del juicio por una ampliación de la demanda posterior a su presentación, conociendo el demandante con anterioridad los datos ahora incluidos[142]; lo que se justifica por ser conforme a Derecho que «pechara con las consecuencias de su negligencia»[143]. Si no es el caso, y además resultara totalmente necesario ampliar dicha demanda por imperativo legal, el período de suspensión del juicio también se computaría a estos efectos.

---

(134) Como recuerda la STSJ Madrid, de 10 de abril de 2003 (AS 2003\3154).

(135) STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\9157).

(136) STSJ Madrid, de 19 de febrero de 1998 (AS 1998\600).

(137) STSJ Castilla y León, de 3 de julio de 2008 (AS 2008\2223).

(138) STSJ Cataluña, de 18 de junio de 2001 (AS 2001\3219).

(139) STSJ Castilla y León, de 2 de abril de 2001 (AS 2001\2889) y STSJ Cataluña, de 31 de enero de 2003 (AS 2003\353).

(140) STSJ Cataluña, de 9 de octubre de 1992 (AS 1992\5097).

(141) STSJ País Vasco, de 11 de abril de 2006 (AS 2006\2062).

(142) Es el caso de la STSJ Cataluña, de 8 de mayo de 2000 (AS 2000\1923).

(143) Como el resuelto por la STSJ Cataluña, de 10 de enero de 2008 (AS 2008\804).

2. La ampliación del contenido de la demanda en otros procesos especiales

A) Proceso de impugnación de sanciones

El caso típico de ampliación de la demanda en este proceso, según se observa en la casuística judicial, es aquel en el que, en el acto del juicio por la impugnación de una sanción disciplinaria, se alega que además la falta de la que traía causa había prescrito al momento de imponer dicha sanción. Siguiendo criterios generales ya aplicados a otros casos, la admisibilidad de estas nuevas alegaciones va a depender de si la demanda contiene o no los hechos que puedan sustentar esa nueva pretensión. Y ello porque ha de partirse de la base de que la alegación de prescripción es un argumento jurídico —aunque no apreciable de oficio(144)—.

Así lo ratificó el TS(145), en un caso en que el accionante no sólo alegó la prescripción de las faltas sancionadas, sino que lo hizo tras la contestación a la demanda en un denominado trámite de réplica; y el Juez rechazó en cualquier caso que se tratara de una modificación sustancial de la demanda, debido a que en la misma ya se proporcionaban los datos cronológicos que servían de base a la solicitud de prescripción. Se trata de jurisprudencia reiterada, pues la cuestión ya aparece resuelta de modo directo y concluyente por sentencias anteriores(146). Se confirma, con ello, el razonamiento de que si no ha habido ampliación alguna de hechos, y el demandado, ante la narración de lo acaecido contenida en la demanda, pudo prevenir la alegación de la prescripción de las faltas con hechos obstativos, no podría entenderse la concurrencia de indefensión.

Esta doctrina, seguida igualmente, como no podía ser de otra manera, por las sentencias de suplicación(147), ha sido además completada o matizada por algunas de ellas(148), como también es habitual. Se parte de la base de que estamos efectivamente ante una mera alegación jurídica, que califica hechos ya expuestos con anterioridad, por lo que resulta importante a estos efectos la comprobación de que, tras la ampliación, se respeten los principios de igualdad de partes y contradicción. Por ello, si además, el Juez que dirige el debate, en salvaguardia del principio de audiencia bilateral y *ex* art. 85.3 LPL, da a la parte contraria la posibilidad de oponer las alegaciones oportunas para responder(149), no podrá admitirse, en ningún caso, que se esté produciendo indefensión; aunque la alegación de la prescripción por el actor tuviera lugar en la mismísima fase de conclu-

---

(144) «La excepción material de prescripción, por tratarse de un hecho excluyente, necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciado, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse de la prueba» (STS de 2 de marzo de 2005, RJ 2005, 3401).

(145) En S. de 26 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8745).

(146) Entre las que se puede destacar la STS de 9 de febrero de 1984 (RJ 1984\850) por confirmar, a *contrario sensu*, que «la alegación de la prescripción de las faltas sería cuestión nueva, o modificación sustancial de la demanda, si, además y para fundarla, se adicionaran hechos determinantes de la prescripción y que no se contuvieran en el escrito inicial».

(147) Ver, entre las recientes, la STSJ Islas Canarias, de 8 de septiembre de 2006 (AS 2007\157), así como la STSJ Cantabria, de 12 de febrero de 2003 (AS 2003\2433).

(148) Por ejemplo, la STSJ Andalucía, de 29 de junio de 1995 (AS 1995\2485).

(149) Un sector de la doctrina científica (MONTERO AROCA, J. (y otros) en *Comentarios..., op. cit.,* p. 734) ha cuestionado hasta qué punto resulta válida la ordenación del proceso en estos supuestos, sin bien, se ha afirmado que, «aún en tales casos, cabría que el orden fijado en el art. 114 LPL se mantuviese, de modo que tras intervenir el empresario demandado formulando sus alegaciones, el trabajador ordenaría la defensa de su derecho, alegando a su vez la prescripción de las faltas, sin que este hecho fuera obstáculo para que el demandado, pudiera a su vez contestar a la alegada prescripción de los incumplimientos contractuales» (según reconoce VALLE MUÑOZ, F.J., *El proceso laboral de impugnación..., op. cit.,* p. 149).

siones, siempre y cuando después pudiera ser respondida por la parte demandada[150]. En esta línea, algún pronunciamiento judicial[151] rechazó la alegación de la prescripción en ese momento procesal por su extemporánea oposición, al no esgrimirse en conciliación, demanda o ratificación de ésta y sí en un momento procesal en el cual la parte demandada no podía atacar dicho hecho excluyente, alterando el objeto del debate de forma sustancial y, por ende, constituyendo una cuestión nueva.

B) Proceso de Seguridad Social

Atendiendo a algunas de las especialidades del objeto de este proceso, podemos comenzar por una de las cuestiones más debatidas; en concreto, y según ya venía siendo expuesto por nuestra doctrina científica[152], es criterio general en este tipo de procesos que se considere variación sustancial de la demanda la alegación de lesiones no valoradas en el expediente administrativo[153], por lo que estaríamos hablando de una cuestión nueva. Por el contrario, se ha rechazado la consideración de variación sustancial en casos en que las dolencias nuevas eran agravación de otras anteriores; aun existiendo con anterioridad pero sin ser conocidas por el demandante —porque se manifestaron después o no fueron detectadas por los servicios médicos—[154].

No estaríamos exactamente ante una cuestión nueva, pero sí ante una variación sustancial del suplico por modificación directa de la pretensión aducida por el demandante, cuando, por ejemplo, se solicitasen prestaciones por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional y, en el acto del juicio, se pidiese su declaración como accidente de trabajo[155]. Del mismo modo se había resuelto en ocasiones anteriores[156], «desde el momento en que los responsables de las prestaciones por una u otra contingencia pueden ser distintos como también son diferentes los requisitos necesarios para acceder a la prestación por uno u otro concepto».

Sin embargo, cuando la variación ha consistido en la petición de un grado de invalidez distinto al solicitado en la reclamación previa[157] —además del pronunciamiento del Tribunal Supremo en el sentido de aceptar el criterio de que «quien pide lo más pide lo menos»[158], pues resulta evidente que «la solicitud de reconocimiento de un grado inferior de invalidez se basa en los mismos presupuestos de hecho que la petición del grado más elevado»[159]—, por la doctrina judicial tampoco se ha considerado sustancial, en algún caso, la petición en sentido inverso —como es pasar de solicitar el grado de invalidez absoluta a gran invalidez—, razonándose que efectivamente «la prohibición de alegación de hechos distintos se refiere a cuestiones de hecho, pero no alcanza a la calificación jurídica de las que hubieran sido alegadas [y] la calificación de la invalidez permanente, es cuestión jurídica

(150) STSJ Castilla y León, de 5 de mayo de 1992 (AS 1992\2601).

(151) STSJ Andalucía, de 18 de enero de 2000 (AS 2000\1184).

(152) GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., en *El proceso especial..., op. cit.*, p. 104.

(153) STSJ Cataluña, de 8 de febrero de 1993 (AS 1993\803), STSJ Asturias, de 24 de junio de 1993 (AS 1993\2834) y STSJ Asturias, de 11 de octubre de 2001 (AS 2001\3932).

(154) STSJ Extremadura, de 19 de octubre de 2005 (AS 2005\3214).

(155) STSJ Castilla-La Mancha, de 4 de noviembre de 2004 (AS 2004\3009).

(156) Como la STSJ Castilla-La Mancha, de 24 de octubre de 2002 (JUR 2003\90600).

(157) GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., en *El proceso especial..., op. cit.*, p. 106, habla de que incluso «La petición en juicio de un grado inferior es plenamente aconsejable (...) a propósito de la congruencia exigible a las sentencias de invalidez (...) si el interesado no formuló manifestación ni petición alguna en tal sentido».

(158) STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5160).

(159) STS de 31 de octubre de 1996 (RJ, 1996, 7806).

y no de hecho»[160]. Debe aclararse, en este sentido, que, según podemos deducir de la literalidad de las sentencias analizadas, lo que se admite es que se varíe la calificación jurídica, y no los hechos que sustentan la pretensión —que, en su momento, pudieron ser erróneamente valorados tanto por el reclamante, como por el propio INSS—; siendo inadmisible cuando sea necesaria la introducción de hechos nuevos que sostengan la nueva petición[161].

En relación con lo expuesto, lo que pudiera parecer una cierta incongruencia entre los caso analizados —puesto que modificar una pretensión, como la de accidente de trabajo en lugar de enfermedad profesional, también se refiere sólo una calificación jurídica— se justifica[162] «por cuanto no se trata de una variación cuantitativa sino «cualitativa» al pronunciarse la resolución recurrida sobre una contingencia distinta de la solicitada en la demanda, siendo así que el beneficiario podía haber acumulado con carácter subsidiario ambas pretensiones, por lo que al no hacerlo así quedaron sustraídos al debate los elementos delimitadores de la prestación por incapacidad derivada de enfermedad común». Creemos, sin embargo, que si el caso versa, como en el supuesto anterior, sobre un error en la calificación jurídica que ahora se pretende subsanar, en torno a los mismos hechos, concurriendo en la demanda todos los elementos necesarios para que pueda ser estimada la nueva pretensión, dicha variación en la naturaleza de la contingencia pretendida debería ser perfectamente admisible.

Por otra parte, un supuesto de modificación sustancial de la demanda que también puede resultar habitual es aquel en que el monto del objeto de condena sea cuantificado por primera vez en el propio acto del juicio. Si, por ejemplo, la pretensión del escrito rector del proceso, en perfecta armonía con la deducida en la reclamación previa, es que se declare el derecho a la percepción de los efectos económicos de la pensión reconocida de Incapacidad Permanente Absoluta, queda ya delimitado el objeto del proceso: el reconocimiento de un derecho. Por ello, aunque el cálculo de la cuantía quedase reducido a una simple operación aritmética, toda vez que en el mismo hay que tomar en consideración unos elementos económicos que no fueron alegados oportunamente, no se puede entrar a conocer sobre el punto o extremo; sobre todo porque esa demanda, en la cual se ejercita una acción declarativa, con dicha variación se convierte en acción de condena, lo que daría lugar a que la sentencia también tuviera este carácter[163].

Finalmente, podemos anotar algunos casos en los que se ha desestimado la variación sustancial; como, por ejemplo, cuando lo que se solicita es simplemente la modificación de la base reguladora de la prestación como «una modificación exclusivamente numérica con base en la misma causa de pedir»[164] —incluso respecto del contenido de la reclamación previa[165]—, y aún más si la alegación en el acto del juicio de la nueva base reguladora tiene su fundamento en los datos incorporados en el expediente administrativo[166].

La admisibilidad de una determinada variación también puede basarse, en esta modalidad procesal, en otros criterios básicos ya analizados, como el seguro conocimiento por el demandado de

---

(160) STSJ Cataluña, de 7 de diciembre de 1996 (AS 1996\4961).

(161) Como recuerda GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., en *El proceso especial..., op. cit.*, p. 106.

(162) Ver nuevamente la STSJ Castilla-La Mancha, de 24 de octubre de 2002 (JUR 2003\90600).

(163) «sin que sea de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 87.4 LPL, dada la naturaleza de la acción ejercitada, pues la concreción de cantidades de manera líquida en fase de conclusiones a la luz del resultado probatorio sólo puede tener lugar cuando sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria, pero siempre que sea éste el contenido de la pretensión inicial, (...) porque el plazo de subsanación está previsto para salvar los defectos, omisiones o imprecisiones en que se haya incurrido al redactar la demanda» (STSJ Madrid, de 13 de enero de 1994, AS 1994\382)

(164) STSJ Andalucía, de 17 de noviembre de 1997 (AS 1997\5192).

(165) STSJ Cataluña, de 30 de octubre de 2002 (AS 2002\3468).

(166) STSJ Cataluña, de 6 de octubre de 2000 (AS 2000\3385).

las cuestiones relativas a dicha variación. Así fue el caso en el que se reclamaban prestaciones de incapacidad temporal en la demanda, y en el acto de juicio la reclamación se efectuó en concepto de indemnización; cuando ya el Juzgado de lo Social había desestimado la pretensión del actor por haber percibido íntegramente su salario, haciéndole saber que podría ejercitar las acciones que correspondieren contra la Mutua en reclamación de daños y perjuicios causados por el alta indebida, y teniendo la Mutua, por ello, pleno conocimiento del objeto del pleito y de lo que se reclamaba —que no podía ser ya en concepto de prestación de incapacidad temporal—[167].

En relación con la previsibilidad de cuál puede ser el contenido de una determinada alteración de los elementos del proceso, la admisibilidad de la misma se refuerza —como ya hemos tenido ocasión de observar en casos analizados en anteriores páginas— cuando se trata de una ampliación obligada conforme a Derecho. Examinemos, por ejemplo, un caso en el que el demandante, tras ser despedido, solicitó las prestaciones por desempleo, las cuales le fueron denegadas por no estar incluido en Régimen de la Seguridad Social que tuviera protegida la contingencia de desempleo. Por este motivo, presentó demanda, pero dirigida exclusivamente contra la Entidad Gestora, reclamando el derecho a la prestación por desempleo y solicitando la condena de aquélla a su abono. Ello llevó a que el primer acto de juicio fuera suspendido a instancia de la propia parte demandante, a fin de poder ampliar su demanda contra la empresa. La empresa alegó indefensión porque la demanda no fue dirigida contra ella y en la misma no se contenía además ningún argumento sobre el defectuoso encuadramiento que posteriormente se invocaba.

Sin embargo, atendiendo a los criterios jurisprudenciales antes expuestos, se concluyó que la exigencia de responsabilidad empresarial que invocó el demandante en el acto de juicio no modificaba sustancialmente la demanda: en primer lugar, porque su ausencia como parte hubiera provocado una falta de litisconsorcio pasivo necesario; y, en segundo lugar, porque esta participación sólo podía obedecer a una posible responsabilidad por un indebido encuadramiento en el Régimen de la Seguridad Social y esta circunstancia podía ser un elemento decisivo en el reconocimiento del derecho reclamado[168]. Si al imperativo legal y al previsible conocimiento de las circunstancias concurrentes por el demandado, como criterios que pueden evitar la calificación de variación sustancial, le añadimos el derecho del demandante a que se procure dar solución a sus pretensiones, no estamos más que dando contenido al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, esquivando una flagrante vulneración del mismo.

C) Proceso de conflictos colectivos

Aun cuando la demanda iniciadora de este proceso, además de los requisitos y contenidos generales de las demandas en el proceso social, tiene unos contenidos adicionales —como la designación de los trabajadores y empresarios afectados por el conflicto, o una sucinta referencia a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada—, lo cierto es que las cuestiones sobre ampliaciones de demanda debatidas judicialmente en el seno de esta modalidad procesal no suelen referirse a estas circunstancias, sino a otras más generales que se identifican inmediatamente con las vistas hasta el momento. Ello no obsta a que debamos tener en cuenta estas especialidades; en particular, el hecho de que, en estos procesos, sí constituiría variación sustancial la alegación de normas o fundamentos jurídicos nuevos o distintos de los que, en su caso, hubiera hecho constar el demandante en su escrito de demanda —si interpretamos *a sensu contrario* los criterios empleados hasta el momento sobre este tipo de variaciones—.

(167) STSJ Castilla y León, de 21 de enero de 2003 (AS 2003\126).

(168) STSJ Madrid, de 27 de diciembre de 2004 (AS 2004\3996).

Adentrándonos en casos concretos, podemos comentar, por ejemplo, que se consideró sustancial e inadmisible la modificación del suplico en procesos de conflictos colectivos en los que se pretendía sustituir la petición de nulidad o anulabilidad de origen por la declaración de inaplicabilidad del convenio a los demandantes por vulneración de los artículos 17 ET y 14 CE, que proclaman los principios de igualdad y no discriminación. La inclusión de este nuevo argumento constituía indudablemente una cuestión nueva, por lo que la defensa frente a la primera pretensión era distinta de la que había que preparar para la segunda(169). También parece constituir modificación sustancial cambiar las motivaciones por las cuales consideran los actores que la actuación empresarial infringe el Convenio Colectivo(170), pues claramente se trata una alteración de los hechos originalmente expuestos sin una debida justificación.

Por su parte, que los efectos de la declaración pretendida con un conflicto colectivo se retrotraigan —aun conteniéndose en el suplico de la demanda, ratificado en el acto de juicio, pero siendo una petición no contenida en la papeleta de conciliación previa, ni efectuada en el acto de conciliación celebrado al efecto—, no ocasiona indefensión alguna a la otra parte en un proceso que versa sobre un conflicto jurídico suscitado a propósito de la aplicación de determinados preceptos del convenio colectivo regulador de las condiciones de trabajo en el sector. Es por ello que el pronunciamiento que haya de efectuarse respecto de la interpretación y aplicación de tales preceptos y pactos estará vinculado a la vigencia de los mismos; y que se reconozcan efectos retroactivos ha de entenderse implícito en la formulación del mismo proceso(171).

IV. FORMAS Y MOTIVOS DE OPOSICIÓN ANTE UNA VARIACIÓN SUSTANCIAL

Como venimos repitiendo, cuando se produce una variación sustancial en relación con las iniciales pretensiones del actor, demandante o recurrente, se trata ésta de una variación que no se puede admitir. Como consecuencia de ello, aquella parte que se vea perjudicada por la introducción de una variación sustancial, deberá tener la posibilidad de tomar medidas contra una situación que injustamente le va a afectar de manera negativa, y que está prohibida.

En realidad, es el juez el que, de oficio o a instancia de parte, deberá decidir si la variación es sustancial; y, en caso de que así fuera, inadmitirla, impidiendo que sobre ella verse el juicio, y no tomándola en consideración de cara a su resolución —como medidas pertinentes en defensa de la parte demandada—. Advierte la doctrina que, como «en muchas ocasiones esa decisión de hacer abstracción de la modificación introducida reviste un cierto carácter ficticio, ya que el dato incorporado por el actor ha sido objeto de conocimiento, se quiera o no (...) quizá en un supuesto así, la única solución equilibrada estaría en suspender el acto del juicio, concediendo el plazo para subsanar la demanda y dando oportunidad así al demandado de preparar adecuadamente el pleito en los términos que ahora se presenta»(172). Probablemente, desde el punto de vista de la psicología de la persona que objetivamente debe resolver el asunto, sea una solución verdaderamente justa que, por tanto, imprima precisamente justicia en la decisión final. No estamos tan seguros, sin embargo, de que fuera una solución extensible a cualquier supuesto, si tenemos en cuenta que permitir una suspensión del juicio —aunque sea para beneficiar al demandado— supondría también redimir al demandante de su negligencia en el planteamiento de su pretensión original —la cual ya se le

(169) STS de 4 de julio de 1988 (RJ 1988, 5740).

(170) STS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9059).

(171) STSJ C. Valenciana, de 14 marzo de 2000 (AS 2000\2985).

(172) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 642.

permite concretar, aclarar, corregir, etc. de manera verdaderamente amplia—, restando virtualidad a los trámites previos a la introducción de la variación sustancial, y retardando irremediablemente el procedimiento.

En todo caso, hay que reconocer que, desde el punto de vista sustantivo, la suspensión del juicio es, en muchos casos, una salida que podrá permitir que tanto el demandante como el demandado logren llevar al proceso todos sus argumentos y razones sin sentirse coartados ni encorsetados por las reglas de procedimiento, ni injustamente tratados por decisiones judiciales de fondo que estimen erróneas, reduciendo así la posibilidad de apreciar indefensión y de futuros recursos. Por ello, si el órgano judicial toma medidas como acordar una suspensión del juicio, aunque no sea directamente en defensa del demandado —porque, por ejemplo, no haya apreciado variación sustancial, sino para citar al Ministerio Fiscal ante una nueva alegación del demandante de vulneración de derechos fundamentales que sólo sea considerada una aclaración a la solicitud original de nulidad—, también se evitará la indefensión, toda vez que el demandado estará en disposición de preparar adecuadamente su defensa, al conocer con anterioridad al segundo señalamiento y con exactitud cuáles eran los hechos y fundamentos de la petición de nulidad(173).

La parte que estuviera disconforme con la decisión del juzgador, bien porque no considere que la variación sea sustancial, bien porque sí lo considere y no haya sido apreciada, deberá manifestar su protesta, pidiendo que conste en acta a efectos de los posibles recursos. Ante cualquier ampliación ilegal de la demanda, sin denuncia ni oposición alguna por la parte afectada, cabe la posibilidad no sólo de que no sea ignorada en el transcurso del juicio —lo que dependería de la actuación de oficio del juzgador—, sino que su toma en consideración en perjuicio del demandado no pueda ser objeto de recurso.

Aunque algún autor ha puesto en entredicho la necesidad de protestar formalmente para poder recurrir —argumentando que «manifestarle al juez que ha dictar la sentencia que se protesta una decisión suya (...) resulta una carga extraordinariamente gravosa»(174)—, reiteradamente la doctrina judicial ha desestimado la existencia de variación sustancial —y, en todo caso, la nulidad de la decisión judicial— cuando, con independencia de las circunstancias de fondo, no se cumple con este trámite formal(175). Y es que la consignación formal de la protesta no es más que una prueba fehaciente de que se ha intentado que dicha irregularidad se corrigiera en el acto del juicio. Aunque también es cierto que, teniendo en cuenta que incontables modificaciones sustanciales, expuestas con naturalidad por el demandante, pasan inadvertidas tanto para el juzgador como para el demandado, si son detectadas con posterioridad impedirán que pueda recurrirse la sentencia por incongruencia entre la demanda inicial y la sentencia dictada.

En cualquier caso, conforme dispone el artículo 189.1.d) LPL, la petición de nulidad a través del recurso de suplicación requiere *«que se haya formulado protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión»*. Por tanto, debe formularse *en tiempo*, pues como señala esta doctrina de suplicación, «si el vicio que se denuncia tuvo lugar en trámite de ratificación de la demanda, debió ser en ese momento cuando se expresara la protesta a fin de que se hubiera dado la posibilidad de subsanarlo en aquel momento. No habiendo procedido así, la petición ahora formulada resulta extemporánea»(176). Y debe formularse *en forma*, pues no se considera variación sustancial cuando la parte demandada «acepta implícitamente la validez de la rectificación, al orientar la oposición

(173) Como se reconoció en la STSJ C. Valenciana, de 13 de marzo de 2003 (AS 2003\3291).

(174) MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 644.

(175) Por ejemplo, STSJ País Vasco, de 12 de julio de 2005 (AS 2005\2756) y STSJ Madrid, de 13 de enero de 2006 (AS 2003\1466).

(176) STSJ C. Valenciana, de 7 de abril de 2004 (AS 2004\3711).

por otros cauces»[177]; ni tampoco cuando se opone argumentando razones de fondo o de derecho sustantivo, pero sin que en ningún momento se haga constar formalmente su protesta y oposición[178].

Y debe haber *producido indefensión*; lo cual se ha estimado con frecuencia que se previene, como ya hemos tenido oportunidad de comentar, si se ha producido una suspensión del acto del juicio durante la cual preparar una mejor defensa —siendo indiferente que hubiera sido solicitada a instancia de parte o acordada por el Juez de oficio por apreciar variación sustancial, o por cualquier otro motivo[179]. Pero también podría enervar una situación de indefensión un supuesto en que el demandado pudo haber solicitado la suspensión del juicio para preparar su defensa y no lo hizo[180] —y no, claro está, cuando, habiéndola solicitado, le fuera denegada-. Por tanto, como repetidamente ha señalado el TC[181], «la indefensión no ha de ser meramente formal, sino también material, incumbiendo al recurrente demostrar que el error judicial anuló o limitó sustancialmente los derechos inherentes a su calidad de parte en el proceso».

Con independencia de la protesta formal, el demandado que se encuentre en disposición de hacerlo podrá oponerse, con carácter sustantivo, a una variación sustancial de la demanda en el acto del juicio mediante lo que se denomina contestación a la demanda. Como es sabido, una oposición a la demanda positiva se fundamentará en la alegación de cuantas excepciones se estimen pertinentes; distinguiéndose entre excepciones procesales y materiales. Pues bien, aunque es cierto que la introducción de una variación sustancial es una *irregularidad procesal* —y el motivo por el que podría recurrirse en suplicación es precisamente el quebrantamiento de forma—, no parece que exista una modalidad de excepción procesal específica, ni que sea subsumible en alguna de las existentes. Ahora bien, si no es apreciada dicha variación por el juzgador de oficio, la advertencia que de la misma puede hacerse a instancia de parte, y que puede ser admitida finalmente por el juzgador, juega el mismo papel que una excepción, aunque se le denomine «denuncia»[182].

Ello no impide que además se intente contrarrestar materialmente, si le es posible al demandado en ese momento, el nuevo alegato por parte del actor. Por ejemplo, ante la existencia de una variación sustancial, el demandado podrá alegar motivos de oposición a la nueva pretensión distintos de los alegados en el expediente administrativo[183]. A pesar de que la Administración se encuentra constreñida a alegar las mismas causas de oposición que las consignadas en la resolución administrativa, ante una nueva pretensión de la actora en el juicio, ello no puede desde luego llevar a la indefensión de la demandada, impidiéndole alegar motivos de oposición a esta pretensión distintos a los que alegó frente a lo pedido por la actora en el expediente administrativo. Consecuencia de todo ello también es que, si tras la contestación de la demandada en el acto del juicio, y por alegarse en ella por primera vez caducidad de la acción, por ejemplo, la demandante

---

(177) STSJ Cataluña, de 4 de septiembre de 2000 (JUR 2000\307287); razonando que «ninguna situación de «indefensión» puede invocar la parte con causa en la censurada rectificación (a la baja) de las diferencias retributivas reclamadas por la realización de funciones de superior categoría, tras admitir —en confesión— su correspondencia con la consignada en el Informe de la Inspección de Trabajo».

(178) STSJ C. Valenciana, de 13 de marzo de 2003 (AS 2003\3291).

(179) Como ocurrió en la STSJ C. Valenciana, de 13 de marzo de 2003 (AS 2003\3291).

(180) Como fue el caso de la STS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005\7043), ya analizado.

(181) SsTC de 29 de noviembre de 1985, de 5 de octubre de 1989 y de 25 de abril de 1994.

(182) Como hace, por ejemplo, MOLERO MANGLANO, C., *La demanda laboral, op. cit.*, p. 643.

(183) Como en la STSJ Castilla y León, de 24 de febrero de 2006 (JUR 2006\111152), en la que habiendo solicitado el recurrente la pensión de jubilación ordinaria, y habiéndole contestado correctamente la Entidad Gestora especificando las causas por la que no tenía derecho a la misma, reclama en sede judicial otra cosa distinta, como es el derecho a la jubilación anticipada.

niega tal caducidad aportando datos —nuevos, claro está— que sustentaran dicha réplica, no se trataría de variación alguna de su demanda, ni sustancial ni accidental, sino la oposición de un defecto inicial que priva, a su juicio, de eficacia a un hecho extintivo, como es la excepción de caducidad de la acción(184).

Finalmente, la existencia de una decisión errónea del órgano judicial, permitiendo la introducción de una variación sustancial en el procedimiento o no permitiendo una ampliación admisible, puede producir la nulidad de pleno derecho del acto judicial (art.283.3º LOPJ) afectando a la validez de la sentencia. El afectado cuenta pues con la posibilidad de interponer recurso de suplicación, con independencia de que exceda o no la cuantía exigida y en cualquier tipo de pleito, debido a que se trata de una falta esencial de procedimiento; siempre que, como se ha advertido, se haya producido indefensión a la parte denunciante del defecto procesal y se haya formulado oportunamente protesta por la infracción o haber intentado el remedio procesal de la reposición —salvo, obviamente, que dicha infracción se haya producido en tal momento procesal, por ejemplo al dictarse la sentencia, en la que no sea posible formular protesta alguna(185), de manera que no constituya una infracción consentida por el recurrente—.

Para ello, resulta esencial que las partes hayan sido perfectamente conocedoras de los cambios que se producen(186) y de las decisiones judiciales en cada momento. En caso contrario, la imposibilidad incluso de efectuar la oportuna protesta sería causa de indefensión y provocaría igualmente la nulidad de la sentencia. Así se falló en un caso en que no se produjo la valoración de pruebas por entender el juzgador que suponían variación sustancial de la demanda, aunque habían sido propuestas y admitidas no rechazándose expresamente. Aun cuando en sede de recurso también se desestimó que se tratara de una variación sustancial, lo que dice la Sala es que «el Juez *a quo* debió rechazar expresamente lo que entendía como variación sustancial y la prueba a ella referida, a fin de que la patronal pudiera formular la protesta oportuna. El silencio del juzgador al respecto, admitiendo y practicando la prueba testifical propuesta, para excluirla luego de toda valoración en la sentencia, ha producido a la empresa una evidente indefensión proscrita por el art. 24 de la Constitución»(187).

Para finalizar, y según el art. 200 LPL, *«cuando la revocación de la resolución de instancia se funde en haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción; y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento»*. Esto es, si los defectos causantes de indefensión son cometidos con anterioridad al juicio oral, deben producir la nulidad de las actuaciones desde ese momento. Si los defectos se han producido durante el juicio, hay que volver a señalar un nuevo juicio y repetirlo entero.

Pero advierte la doctrina judicial(188) que sólo si la infracción por el Juzgado se produjo impidiendo al demandante que introdujera en juicio una variación, que siguiera alegando sobre ella o que se propusiera o practicara prueba sobre el nuevo hecho —por estimar, indebidamente, que constituía una alteración sustancial—, estaríamos «ante una infracción con capacidad de anular el curso del proceso

(184) Ver STSJ Aragón, de 17 de junio de 2000 (AS 2000\2426).

(185) STSJ La Rioja, de 3 de febrero de 2000 (AS 2000\5436).

(186) Muy significativo fue, en este sentido, el caso analizado en la STS de 14 de marzo de 1989 (RJ 1989\1836), ya comentada.

(187) STSJ Murcia, de 30 de diciembre de 1993 (AS 1993\5480).

(188) STSJ País Vasco, de 13 de julio de 2004 (AS 2004\3848).

(y siempre supeditado a que el hecho invocado condujera a la parte que lo alega a un mejor resultado del litigio para sus intereses), ya que habría causado indefensión, como al efecto lo exige el art. 191.a) LPL». Pero si, en un caso diametralmente opuesto, pero igualmente defectuoso, permitiese el juzgador que se alegase y/o se practicase prueba sobre un hecho constitutivo de un cambio relevante o sustancial, no ocurriría lo mismo; «puesto que aunque el Juzgado dictara sentencia con pronunciamiento fundado en el hecho indebidamente alegado y esa decisión fuera desfavorable para quien se opuso certeramente a su admisión, hay una vía menos traumática que la retrocesión de actuaciones para hacerla frente, como es eliminar ese concreto pronunciamiento, que permite una solución más rápida, sin indefensión alguna, y es la que ha de adoptarse conforme al principio de celeridad que preside el proceso laboral (art. 74.1 LPL)».

Revista de Derecho del Trabajo
Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. PREVALENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN.
   - **A) Exigencia comunitaria de no discriminación por razones de edad.**
   - **B) Responsabilidad patrimonial del Estado por inconstitucionalidad de las leyes.**
   - **C) Sometimiento del convenio colectivo al principio de igualdad: límites.**

2. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA SUBORDINADA A LA LEY.
   - **A) Convenio colectivo, leyes presupuestarias y legislación laboral.**
   - **B) La mera ilegalidad potencial no basta para anular el Convenio Colectivo.**

3. CONTENIDO Y VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO.
   - **A) Ámbito y límites materiales del Convenio Colectivo**
   - **B) Vigencia y modificación *ante tempus* del Convenio.**

4. IDENTIFICACIÓN Y EFECTOS DEL CONVENIO APLICABLE.
   - **A) Convenio aplicable en sucesiones de empresa.**
   - **B) Fuerza normativa de los acuerdos de empresa.**

5. AUTONOMÍA PRIVADA Y REGULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL.
   - **A) Finiquito.**
   - **B) Condición más beneficiosa.**

6. COSA JUZGADA. EFECTO POSITIVO.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 13 a 16 de 2010 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1808 a J 2330).

1. PREVALENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CONSTITUCIÓN

A) Exigencia comunitaria de no discriminación por razones de edad

Trata la **STJUE de 18 de noviembre de 2010**, IL J 1843, del sometimiento de los países miembros a la exigencia comunitaria de no discriminación por razón de edad. Respecto de unas normas austriacas en las que se permitía el despido forzoso de los trabajadores cuando los mismos han accedido a la pensión de jubilación, abriendo de este modo la posibilidad de contratar a trabajadores más jóvenes, pero concurriendo la particularidad de que el acceso a la jubilación llegaba para las mujeres a los 60 años, cinco años antes que para los hombres (respecto de los que se exige cumplir 65), resuelve la referida sentencia que estamos ante una regla contraria al derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, pues las mujeres pueden ser despedidas cinco años antes que los hombres, lo que supone un agravio comparativo desde el punto de vista del derecho al trabajo y una discriminación por motivos de edad. Según la sentencia, «constituye una discriminación por razones de sexo prohibida por la normativa comunitaria una normativa nacional que con el fin de promover el acceso al empleo de personas más jóvenes, permite al empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a pensión de jubilación habida cuenta de que las mujeres adquieren ese derecho a una edad inferior en cinco años a los hombres».

B) Responsabilidad patrimonial del Estado por inconstitucionalidad de las leyes

En relación a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, a propósito concretamente del Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarado inconstitucional por la STC 68/2007, de 27 de marzo, se plantea en **la STS (contencioso-administrativa) de 14 de octubre de 2010**, IL J 1899, la posible responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares que hayan sufrido perjuicio económico como consecuencia de la entrada en vigor de una disposición posteriormente anulada.

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

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

Prosigue la Sala afirmando que dicha conclusión es la más adecuada al supuesto enjuiciado ya que la cosa juzgada y la seguridad jurídica no se ven menoscabadas al reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial puesto que, por un lado, no existe identidad de partes —la parte contra la que se dirige la pretensión de responsabilidad patrimonial no lo fue en el proceso laboral por despido— y, por otro, el contenido de los derechos y deberes entre el empresario y trabajador despedido, objeto de aquel proceso, no habrá de experimentar modificación alguna.

C) Sometimiento del convenio colectivo al principio de igualdad: límites

Sobre la tantas veces tratada cuestión del sometimiento del convenio colectivo al principio de igualdad y no discriminación se pronuncia la **STS de 21 de septiembre de 2010**, IL J 1907. A propósito de un caso en el que mediante un acuerdo colectivo se había decidido una mejora retributiva que sólo beneficiaba al personal indefinido de la empresa, no a los trabajadores temporales, y en el que éstos alegan vulneración del principio de igualdad, la sentencia realiza las siguientes consideraciones: (1) el principio de igualdad no tiene el mismo alcance que la exigencia de no discriminación, sino una mayor intensidad, bien es verdad que a cambio de una menor extensión, pues no rige en las relaciones privadas, donde debe reconocerse el juego de la libertad individual y la autonomía privada; (2) los convenios colectivos, por su carácter de auténtica norma y eficacia general, están sometidos no sólo a una exigencia de no discriminación sino también al principio de igualdad en sentido estricto; (3) es compatible con el principio de igualdad el establecimiento de un tratamiento diferenciado a través del convenio colectivo, pero sólo cuando ello se justifica en virtud de una circunstancia objetiva y conforme a criterios de proporcionalidad, sin que pueda considerarse tal la mera condición de temporales o indefinidos de los trabajadores afectados por la medida en cuestión.

Hasta este punto la sentencia viene a reproducir la doctrina que se ha venido consolidando respecto del establecimiento por convenio colectivo de condiciones de trabajo diferenciadas en función del carácter temporal o indefinido de los contratos. La novedad significativa radica en lo que se afirma a continuación: que la exigencia de igualdad no se aplica cuando la disposición que introduce la diferencia no es un convenio colectivo sino un acuerdo entre la dirección y el comité de empresa. Según la sentencia, «en el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala el trato desigual dimana de un acuerdo suscrito entre la empresa y el Comité de empresa» y «no cabe exigir a dicho pacto, que no dimana de los poderes públicos ni tiene naturaleza de convenio colectivo, que dispense un trato igual a todos los trabajadores de la empresa, siempre que respete los mínimos legales o convencionales».

La sentencia finaliza no obstante entendiendo que el acuerdo de empresa en cuestión resulta ilícito, mas no por resultar inconstitucional sino por contravenir la prohibición legal, dispuesta en el art. 15.6 ET, de que puedan establecerse condiciones menos favorables a los trabajadores por el mero hecho del carácter temporal de sus contratos. En efecto, dice la sentencia que «ocurre, sin embargo, que la diferencia de trato ha sido establecida atendiendo al carácter temporal de la contratación y existe una norma específica, el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada por la Ley 12/01, que proscribe el trato desigual de fijos y temporales. Dicho precepto establece que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida», lo que hace nula la previsión del acuerdo colectivo que no atribuye a los trabajadores temporales, por el mero hecho de serlo, los mismos derechos retributivos que a los fijos.

2. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA SUBORDINADA A LA LEY

A) Convenio colectivo, leyes presupuestarias y legislación laboral

Trata la **STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2010**, IL J 2113, del sometimiento de la autonomía colectiva, y por tanto el resultado de tal actividad, los convenio colectivos, a las normas

presupuestarias y de limitación del gasto público. Viene la misma a confirmar la doctrina ya asentada de que las leyes de presupuestos son jerárquicamente superiores a los convenios colectivos, de modo que éstos, como también los pactos privados que pueden concertarse en el ámbito de las Administraciones públicas, no pueden, bajo capa de autonomía colectiva, comprometer recursos públicos por encima de los límites que anualmente establecen aquellas leyes.

Los referidos límites de gasto, sin embargo, no pueden determinar por su juego la desatención de derechos económicos cuando estos deriven del cumplimiento de exigencias dispuestas en el Estatuto de los Trabajadores u otras leyes, ya que en ese caso ya no estamos en un supuesto de confrontación ley-convenio colectivo sino de contraposición entre dos leyes, una de las cuales, la presupuestaria, por su proceso de elaboración y por sus límites funcionales y de contenido, tiene respecto de la ordinaria una fuerza debilitada o matizada. En el caso concreto, ello lleva a la sentencia a entender que, pactado en el convenio de aplicación un valor determinado para las horas extraordinarias, la Administración para la que el trabajador presta servicios no puede luego abonarlas por una cuantía inferior cuando resulta que su realización efectiva conlleva un incremento de los niveles de gasto por encima de los topes presupuestados.

En efecto, tras recordarnos la doctrina general sobre la superioridad de las leyes de presupuestos sobre los incrementos salariales pactados por convenio colectivo, dice la sentencia que sin embargo no es este el caso, puesto que aquí no estamos ante una confrontación entre lo previsto en el convenio colectivo y la Ley y ni siquiera se discute la legalidad de un pacto de subida salarial. En este caso la limitación de la masa salarial global prescrita por la Ley presupuestaria se intenta alzar como obstáculo para el cumplimiento de la Ley laboral, lo que es algo sustancialmente distinto a lo hasta ahora resuelto por la jurisprudencia. Es cierto que los actos unilaterales del empleador público y los pactos individuales o colectivos suscritos por el mismo, en cuanto entran dentro de su poder de disposición, quedan limitados por las prescripciones de la Ley de presupuestos. Pero tales limitaciones no son aplicables cuando se trata de actos debidos, esto es, de aplicación pura y simple de las prescripciones legales. De lo contrario nos encontraríamos con situaciones realmente paradójicas, como que un trabajador que viniera cobrando por debajo del salario mínimo interprofesional no tuviera derecho a percibir éste si se superase el tope de subida de la masa salarial, o que un trabajador con contrato en prácticas o para la formación fraudulento en una Administración no pudiera cobrar conforme a convenio colectivo por la misma causa, o que situaciones contrarias al principio de igualdad en materia salarial, por ejemplo entre fijos y temporales, no fueran susceptibles de reparación salarial para evitar superar tales topes presupuestarios.

No cabe olvidar —dice la sentencia— que estamos ante una Ley de Presupuestos anuales, que, aunque se trata de una auténtica norma con rango de Ley, está sin embargo limitada competencialmente, dada su especialidad y la forma de su tramitación, de manera que, aunque su contenido no está limitado a la previsión de ingresos y las autorizaciones del gasto, sino que también puede establecer disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal (con algunas excepciones que no vienen al caso) que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan el Tribunal Constitucional ha declarado igualmente que este contenido eventual sólo tiene cabida dentro de límites estrictos y que ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria. De este modo, para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indisponible (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en

general, de la política económica del Gobierno. Por consiguiente, siendo esta limitación inherente a las Leyes anuales de presupuestos, no puede hacerse una interpretación extensiva de las mismas para conferirle carácter derogatorio de elementos básicos de la regulación laboral y de su mismo sistema de fuentes cuando se trate de empleados públicos contratados laboralmente.

La conclusión por tanto es que las limitaciones de las leyes de presupuestos anuales sobre la subida de la masa salarial afectan a aquello que estaba inicialmente dentro del poder de disposición de las partes sociales, como es lo relativo a la fijación de la cuantía concreta de los salarios, pero no constituyen un argumento que pueda elevarse frente al cumplimiento de las disposiciones establecidas con carácter imperativo por la legislación laboral vigente, porque en ese caso los actos del empresario no tienen naturaleza voluntaria y dispositiva, sino que son actos debidos. Por tanto la limitación establecida en la Leyes de Presupuestos sobre subida de la masa salarial no son aplicables frente a la aplicación de la norma de derecho imperativo establecida en el ET como es la de abonar las horas extraordinarias de acuerdo con la cuantía acordada.

B) La mera ilegalidad potencial no basta para anular el Convenio Colectivo

Trata la **STS de 5 de octubre de 2010**, IL J 1853, de un convenio colectivo en el que se establecen determinadas reglas, principalmente en materia de tiempo de trabajo (en particular horas extraordinarias), pero también de composición de las comisiones de aplicación del convenio, que no resultan ilegales por sí mismas, en abstracto o en potencia, pero sí pueden dar lugar a ilegalidades de ejercicio o ejecución cuando tales normas convencionales sean objeto de materialización a través de actos de aplicación. A propósito de esta interesante cuestión, la sentencia resuelve que las normas convencionales no pueden considerarse nulas sólo por la posibilidad de que un acto de aplicación de las mismas produzca ilegalidad cuando cabe alternativamente la posibilidad de que tal ilegalidad de ejercicio no llegue a producirse nunca de hecho.

Sí anula, por supuesto, el convenio aquella ilegalidad cuya materialización se da en la norma misma, y no en los posibles actos de aplicación de la norma. Así sucede, señaladamente, en el caso del IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción, algunas de cuyas previsiones, sobre todo las relativas a la exigencia de tarjeta profesional o las que definen las materias no negociables en ámbitos inferiores son anuladas por la **STS de 27 de octubre de 2010**, IL J 1900, al considerar que incurren, respectivamente, en vulneración de la libertad profesional y el derecho a la intimidad o las reglas legales de articulación de convenios de los artículos 83 y 84 del ET.

3. CONTENIDO Y VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Ámbito y límites materiales del Convenio Colectivo

Trata la **STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2010**, IL J 2016, de una mejora voluntaria de Seguridad Social reconocida por convenio colectivo y cuya cobertura es remitida por el mismo a la póliza que se concierte con una entidad de seguros, y que resulta de hecho asegurada pero en unas condiciones y con unas prestaciones menores que las que resultan del convenio, lo que origina el conocido problema de la discordancia entre lo comprometido por convenio y lo efectivamente contratado en virtud del contrato de seguro. Actualizada la contingencia cuya cobertura se previene en el convenio, la cuestión estriba entonces en si la entidad aseguradora debe responder en los términos establecidos en el convenio o bien en los que se derivan del contrato de seguro concertado con la empresa. Como era de esperar la sentencia libera a la compañía de seguros de toda responsabilidad, argumentando que el convenio colectivo no puede imponerle una obligación y que su responsabilidad se genera únicamente en los términos dispuestos en el contrato de seguro concertado, entre otras cosas porque

en otro caso, aparte de producirse un pacto en perjuicio de terceros que excedería completamente del campo o contenido material del convenio, se rompería por completo el sinalagma contractual en el que descansa el contrato de seguro suscrito por las partes.

Dice la sentencia que el criterio jurisprudencial para este tipo de situaciones viene efectivamente establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, citada a su vez en la muy reciente sentencia del Alto Tribunal, dictada el 10 de junio de 2009, cuando manifiesta que aunque «el convenio impone, en efecto, a la empresa la obligación de concertar un seguro que cubra todas las contingencias que se enumeran, ello no le impide, en uso de la libertad contractual que le reconoce el artículo 1255 del Código Civil, incumplir ese mandato y formalizar con la compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección, sin perjuicio de que en tal caso, sea la propia empresa directamente la que deba responder ante sus trabajadores. La empresa no puede pretender que se amplíen los términos del contrato de seguro pactado para dar cobertura, en contra de lo previsto en el artículo 1283 del Código, a una contingencia que no quiso asegurar. Lo contrario sería romper el sinalagma contractual sin causa justificativa alguna, pues «la obligación de pagar la indemnización o capital convenido es la contraprestación a cargo de la aseguradora que se corresponde con el pago de la prima convenida que ha de satisfacer el asegurado, calculada actuarialmente para que haya la necesaria proporcionalidad entre este pago, de tracto sucesivo, y aquel abono, en un solo acto, cuando se dé realmente el riesgo cuyo acaecimiento se asegure». Sólo si las previsiones del contrato de seguro fueran oscuras, podría recurrirse, para interpretarlas, al convenio o a las normas de Seguridad Social, pero ese criterio no es aplicable a casos en que los términos de los contratos de seguro son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, ya que entonces habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, siguiendo el primer canon de interpretación del artículo 1281 del Código Civil. El empresario puede suscribir el contrato de seguro en los términos del convenio o en otros distintos, debiendo afrontar las correspondientes responsabilidades si no se ajusta a esos términos; responsabilidades que no pueden desplazarse a la aseguradora, que ni está obligada por el convenio, ni tiene tampoco obligación de ajustar la póliza a lo previsto en él». No puede establecerse por tanto la responsabilidad de la Compañía de Seguros, dado que la misma queda vinculada en los estrictos términos del contrato de seguro, no por los eventualmente más amplios establecidos en Convenio, en cuya elaboración no participó y del que no es parte.

Según la **STSJ de Baleares de 13 de julio de 2010**, IL J 2073, está prohibido el convenio colectivo en perjuicio de terceros pero no el que produce beneficios *extra partes*. En el caso concretamente de una transmisión de empresa en la que no resultaba aplicable el efecto subrogatorio del art. 44 por no concurrir los requisitos del supuesto de hecho de esta norma, pero en el que el convenio colectivo de la empresa adquirente estipulaba un compromiso de subrogación en los compromisos asumidos por la empresa saliente con los trabajadores cedidos, la sentencia resuelve que ello es lícito, ya que estamos ante una situación radicalmente distinta de lo que supondría que el compromiso subrogatorio estuviese fijado en el convenio de la empresa saliente, pues en este caso estaríamos ante un pacto en perjuicio de terceros, y por tanto ilícito y nulo.

En un supuesto de sucesión de empresas en tareas de servicios de portería y rondas de vigilancia en urbanizaciones, en el que se descarta la aplicación del art. 44 ET, así como la del convenio de sector de vigilancia y seguridad (que impone la subrogación), la sentencia que nos ocupa admite la subrogación por admitirla el convenio de la empresa adquirente. Dice la sentencia que está fuera de duda que un convenio colectivo no tiene virtualidad para engendrar obligaciones a cargo de sujetos excluidos de su ámbito de aplicación. Poseyendo, como posee, esencia contractual, tal posibilidad iría en contra del capital principio de relatividad de los contratos que proclama el art. 1257, párrafo primero, del Código Civil. Pero si el convenio no vincula jurídicamente a terceros, obvio resulta que vincula a las empresas y trabajadores a quienes afecta, conforme cuida de remarcar el art. 82.3 del ET, y puede gravarles con obligaciones: en beneficio de ellos mismos, por supuesto, aunque también de personas extrañas. Se trataría entonces de una estipulación a favor de tercero, figura a que se

refiere el párrafo segundo del art. 1257 del CC, y por cuya virtud, una vez que el destinatario acepta la estipulación, el concedente queda obligado a cumplirla. Por ello, aun cuando la obligación de subrogar que previene el convenio de la empresa adquirente no compromete a las empresas que la sustituyan en la titularidad de una determinada contrata, como sujetos ajenos a ese convenio colectivo que son, sí compromete a la propia empresa adquirente a subentrar en las relaciones laborales del personal de la empresa a quien ella sucede y que opte, de manera expresa o tácita pero concluyente, por aprovechar la oportunidad que les brinda el convenio colectivo de referencia.

B) Vigencia y modificación *ante tempus* del Convenio

Se plantea en la **STS de 15 de septiembre de 2010**, IL J 1819, la posibilidad de que un convenio colectivo pueda ser objeto de modificación durante el tiempo de su vigencia, es decir, antes de que llegue el término pactado inicialmente para la expiración. No se trata de aquellas situaciones en que la modificación anticipada haya sido prevista por el propio convenio, ni tampoco de los casos en que la modificación se introduce en virtud de acuerdos de empresa en el marco, por ejemplo, de una modificación sustancial de condiciones de trabajo o de un proceso de descuelgue salarial. Se trata de la modificación *ante tempus* del convenio por la aprobación de otro posterior. La cuestión planteada es resuelta por la sentencia resolviendo que la modificación no cabe cuando resulta introducida por un convenio colectivo con un ámbito de aplicación diferente, toda vez que en tal caso estaríamos en un caso de concurrencia de convenios, entrando en funcionamiento la regla general de que durante su vigencia un convenio no puede ser afectado por otro de ámbito distinto (art. 84 ET); sin embargo, sí es posible cuando el nuevo convenio tiene el mismo ámbito del anterior.

Nos recuerda la sentencia que la cuestión de si un Convenio Colectivo durante su vigencia puede ser válidamente modificado, ha sido abordada por el Tribunal Supremo resolviendo que «la modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad, en el que se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho (artículo 2.2 del Código Civil), y que esta regla rige también para la sucesión de los convenios colectivos estatutarios, a condición de que lo sean del mismo ámbito. El artículo 82 ET no dice otra cosa cuando señala que los convenios colectivos obligan «durante todo el tiempo de su vigencia», pues esa vigencia, como la de toda norma, puede terminar por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango. Es necesario por supuesto que la modificación la introduzca un verdadero convenio estatutario, sin que baste un simple pacto colectivo posterior, aunque en él intervengan todos los representantes patronales y de los trabajadores que hubiesen constituido la mesa negociadora del pertinente convenio colectivo. Cumplida esta condición por el nuevo convenio, la modificación es posible, de modo que la única particularidad que presenta este especial «convenio colectivo de vigencia anticipada» es el hecho de que, por mutuo acuerdo de los interesados, se decide que el mismo entre en vigor antes de que haya concluido el plazo de vigencia que en principio señaló el convenio anterior.

En todo caso, dice la sentencia que la posibilidad de modificación *ante tempus* de un convenio por otro posterior en la misma unidad de negociación es muy evidente tras la reforma laboral de 1994, una vez que se ha roto definitivamente el principio de irregresividad de los convenios y se admite que «el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél», aplicándose en dicho supuesto «íntegramente lo regulado en el nuevo convenio colectivo» (art. 82.4 ET). Según la misma, «la modificación operada por la Ley 11/1994 implicó la adscripción de nuestro sistema negocial al principio de modernidad del convenio colectivo, reconociendo la facultad al posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente, como se desprende de manera clara de la literalidad del artículo 82.4 ET. Se ha abandonado por completo —se dice— el principio de irregresividad o intangibilidad de lo pactado en convenio colectivo, de tal manera que es ahora posible que las condiciones pactadas posteriormente puedan ser inferiores a las que le preceden.

4. IDENTIFICACIÓN Y EFECTOS DEL CONVENIO APLICABLE

A) Convenio aplicable en sucesiones de empresa

En un supuesto de sucesión de empresa en que la entrante asume la subrogación en todos los derechos y obligaciones de la saliente con los trabajadores, se cuestiona en la **STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2010**, IL J 2152, cuál haya de ser el convenio aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación. Dando aplicación a lo expresamente dispuesto en el art. 44.4 ET, la sentencia resuelve que debe aplicarse el convenio de la empresa de origen pero sólo hasta el momento en el que se negocie uno nuevo en la empresa a la que aquellos hayan pasado a prestar servicios tras la sucesión. Según la sentencia, no puede admitirse la alegación de los trabajadores de que el nuevo convenio de empresa les resulta menos favorable, pues el art. 44 ET es claro al disponer que el convenio traído por los trabajadores de la empresa de origen decae en sus efectos tras la negociación y acuerdo de uno nuevo en la empresa de destino. Según la sentencia, el nuevo empresario no viene obligado a mantener indefinidamente las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que aplicaba la empresa transmitente, pues lo contrario implicaría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea de las condiciones de trabajo en supuestos de integración en la misma entidad de grupos de trabajadores. A esta interpretación no se opone lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE, que limita la obligación del cesionario hasta la entrada en vigor o aplicación de un nuevo convenio colectivo, no más allá de ese momento.

B) Fuerza normativa de los acuerdos de empresa

En relación a un acuerdo suscrito por la dirección de la empresa y los representantes mayoritarios de los trabajadores y por el que se establecía el calendario laboral en la misma, estableciéndose los criterios de asignación de turnos y trabajos para cubrir vacantes temporales por motivos de vacaciones, licencias o permisos de los trabajadores, resuelve la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de octubre de 2010**, IL J 2137, que se trata de un acuerdo que obliga con carácter general a todos los trabajadores, quiéranlo individualmente o no, incluido el delegado de personal que votó en contra del mismo. Puesto que el acuerdo no vulnera las normas estatutarias sobre límites y distribución del tiempo de trabajo, el mismo debe cumplirse por todos los trabajadores, toda vez que por estar firmado por la Dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores (delegados sindicales), tiene una eficacia general para todos los trabajadores de la empresa, con independencia de su afiliación; el desacuerdo de un trabajador en su condición de delegado de personal sobre la forma de asignar la rotación en el turno de noche, no puede tener más consecuencias que las derivadas del juego de las mayorías que rige con carácter general la negociación colectiva (art. 89.3 ET); y en su condición de trabajador individualmente considerado, debe someterse a lo pactado colectivamente, al tratarse de un acuerdo plenamente legal.

5. AUTONOMÍA PRIVADA Y REGULACIÓN DE RELACIÓN LABORAL

A) Finiquito

Se ocupa la **STS de 11 de noviembre de 2010**, IL J 2281, de la validez del finiquito como instrumento de liquidación y extinción de la relación de trabajo en aquellas situaciones en las que el trabajador firmante del documento extintivo ha venido manteniendo con el empresario varios contratos temporales sucesivos que totalizan períodos de prestación de servicios superiores a 24 meses y en las que por consiguiente, aunque el derecho no se haya declarado o reconocido expresamente, el trabajador ha adquirido la condición de indefinido de acuerdo con el art. 15.5 ET (artículo que, por cierto,

ha quedado temporalmente desactivado —en suspensión por 2 años— tras el RDLey 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación provisional de las personas que agoten su protección por desempleo).

La sentencia nos recuerda la doctrina sobre el finiquito diciendo que el concepto de finiquito no aparece en las normas a pesar de que se utiliza con gran frecuencia en el seno de las relaciones laborales, lo que no impide definirlo, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, como «remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas». Destaca la sentencia que en el finiquito se pueden distinguir dos aspectos claramente diferenciados, el extintivo y el liquidatorio, pues suele comprender tanto la declaración de que el contrato ha quedado extinguido por mutuo acuerdo del trabajador y empresario como el saldo de cuentas que es, al propio tiempo, recibo de cantidad y declaración adicional de que las partes nada se deben entre sí tras él como consecuencia del contrato. Como manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes, que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el art. 49.1 a) ET, el finiquito debe presumirse libre, conscientemente emitido y recaído sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato, art. 1262 CC, de modo que para que suponga aceptación de la extinción del contrato debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese del empresario.

Como expresión que es de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva le corresponden en función del alcance de la declaración de voluntad, que incorpora, por lo que no podrá atribuírsele tal efecto cuando estén presentes vicios de voluntad, ausencia de objeto cierto que sea materia del pacto, o cuando exprese una causa falsa o sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros, o contenga en fin una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los artículos 3.5 ET y 3 LGSS. La sentencia aclara en este sentido que el Tribunal Supremo no ha reconocido valor liberatorio al finiquito en supuestos de contratación temporal fraudulenta, cuando cabe entender que el trabajador ha adquirido la condición de indefinido en virtud de la irregularidad cometida y lo que consiente en el finiquito es la extinción de un contrato considerado de carácter temporal. En este sentido la sentencia refiere los siguientes ejemplos de finiquito no liberatorio: causa torpe para la extinción contractual; causa ilícita del contrato temporal; sucesivos contratos temporales con firma de finiquito a la finalización de cada uno de ellos; contrato eventual seguido de contrato de interinidad, mediando recibo de finiquito; dos contratos sucesivos sin solución de continuidad mediando recibo de finiquito; período de prueba no pactado por escrito; finiquito que no contiene expresamente el efecto extintivo de la relación laboral; finiquito con liquidación inferior a la que legalmente correspondía; finiquito que establece una renuncia genérica de futuro; supuesto en el que se han reconocido diferencias salariales por sentencia en fecha posterior a la firma del finiquito; supuesto en el que en el momento de la firma del finiquito el trabajador se encontraba en una especial situación anímica.

La sentencia aclara en todo caso que la regla de indisponibilidad de derechos antes o después de su adquisición, o de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo, no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales, lo que viene a significar que en las situaciones en las que el finiquito se concierta en el contexto de una situación de conflicto previamente declarado podría atribuirse al mismo un valor del que podría carecer en supuestos de mero acuerdo negociación espontánea no contenciosa. La sentencia nos recuerda que la jurisprudencia viene estableciendo que las limitaciones establecidas por nuestro derecho respecto al finiquito exigen tomar en consideración en efecto el juego en el ámbito laboral de la transacción como medio de poner fin a las controversias laborales, pues los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción. En todo caso, será preciso a este efecto que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (artículo 1809 CC) en la que el derecho en cuestión aparezca como

problemático y que el objeto de la transacción esté suficientemente precisado, como exige el artículo 1815 CC, sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprendan derechos sin relación con la controversia (art. 1815.2 CC).

Sea como fuere, los finiquitos, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio, vienen sometidos como todo acto jurídico o pacto del que son emanación externa a un control judicial. Tal control, que se extiende a todos aquellos elementos esenciales de la genuina manifestación de la voluntad del trabajador y a la no vulneración de normas imperativas, del orden público o del interés de terceros, lleva al Tribunal Supremo a entender que el finiquito carece de efectos en el caso, pues nula eficacia liberatoria puede atribuirse a un documento cuya fiabilidad no solamente pudiera considerarse mermada por estar en impreso «formalizado» y por haberse suscrito sin la garantía de los representantes de los trabajadores [cuya presencia no es necesaria, aunque sí conveniente], sino que a mayor abundamiento comporta la parcial renuncia a un derecho [la drástica reducción a la mitad de la indemnización debida], que por fuerza habría de calificarse —en este caso— contraria al art. 3.5 ET, siendo así que el aparente «finiquito» no cumplía función transaccional alguna, máxime cuando concurre la circunstancia de que en un período de treinta meses la trabajadora ha estado contratada mediante dos contratos temporales por un período superior a veinticuatro meses, lo que supone que adquirió la condición de fija, a tenor del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, el cese notificado por la empresa constituye un despido improcedente y no una extinción de mutuo acuerdo.

En un supuesto similar de firma de finiquito a la finalización de un contrato temporal fraudulento, situación en la que el trabajador habría adquirido la condición de indefinido (se trata de un contrato de obra o servicio en que se ha empleado al trabajador en tareas distintas a las identificadas en el contrato y en el que el cese se produce sin que conste que haya finalizado la obra justificativa de la contratación), no admite tampoco el valor extintivo y liberatorio del mismo la **STS de 19 de octubre de 2010**, IL J 1990. Según la sentencia, no procede atribuir ninguna virtualidad extintiva a un documento firmado por el trabajador en el que simplemente se hace constar que «cesa en la prestación de sus servicios», máxime cuando ha sido la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato, acompañando a la decisión extintiva un denominado «Documento de liquidación y finiquito» en modelo normalizado. Como ha señalado la sentencia de esta Sala de 21-7-09, «nula eficacia liberatoria puede atribuirse a un documento cuya fiabilidad no solamente pudiera considerarse mermada por estar en impreso «formalizado» y por haberse suscrito sin la garantía de los representantes de los trabajadores [cuya presencia no es necesaria, aunque sí conveniente], sino que a mayor abundamiento comporta la parcial renuncia a un derecho [la drástica reducción a la mitad de la indemnización debida], que por fuerza habría de calificarse —en este caso— contraria al art. 3.5 ET, siendo así que el aparente «finiquito» no cumplía función transaccional alguna y que —como hemos señalado antes— los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción, de manera que la eficacia del acuerdo requiere que se produzca para evitar o poner fin a una controversia. A ello debe añadirse que el carácter fraudulento de la contratación del demandante determina que el contrato se presuma por tiempo indefinido, a tenor del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, el cese notificado por la empresa el 24 de agosto de 2008 es un despido improcedente, al que, además, le corresponde una indemnización sensiblemente superior a la abonada.

Basándose en la doctrina general del finiquito, y partiendo de la base de que con carácter general debe admitirse su valor liberatorio, pues la voluntad expresada en el documento extintivo debe presumirse expresión del querer real de los firmantes, salvo prueba en contrario, la **STS de 16 de noviembre de 2010**, IL J 2284, atribuye fuerza extintiva a un documento firmado por un trabajador y en el que se admitía la liquidación y extinción de un contrato por causas objetivas una vez que ya estaba formalizado el conflicto por haberse interpuesto la demanda de despido, de modo que cabía entender que estamos en una situación transaccional propicia para admitir la validez del finiquito.

Dice la sentencia que el contenido del documento es inequívoco pues el trabajador declara haber recibido la indemnización que desde el principio se le ofreció, y rescindida su relación laboral con la empresa, sin que se haya invocado causa alguna de alteración de su voluntad, por lo que el documento ha de surtir plena eficacia liberatoria.

B) Condición más beneficiosa

Trata la **STS de 15 de noviembre de 2010**, IL J 2283, de un caso el en que los pilotos de determinada compañía aérea reclaman el derecho a que los reconocimientos médicos que deben superar periódicamente para el desempeño de su actividad continúen llevándose a cabo en determinado centro médico situado en Madrid (el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial, CIMA), y no, como pretende la empresa, en otros centros, igualmente acreditados, situados en Las Palmas y en Tenerife. La alegación de los trabajadores es que la práctica de los reconocimientos en el centro médico de Madrid durante muchos años ha determinado el nacimiento de una condición más beneficiosa que la empresa no puede suprimir unilateralmente sin más, obligándolos a partir de determinado momento a acudir a las Palmas o a Tenerife.

La sentencia comienza exponiendo la doctrina de la condición más beneficiosa recordándonos 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, 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».

Según la sentencia, estos requisitos no se cumplen en el supuesto del que se ocupa. Primero porque la utilización del CIMA como centro médico para los reconocimientos de los pilotos desde 1989 hasta 2007 se debió a que este fue hasta 2003 el único centro acreditado para llevar a cabo tales reconocimientos; segundo, porque los reconocimientos médicos no se practicaban por liberalidad de la empresa, sino en cumplimiento de una exigencia legal, para cuyo cumplimiento puede la empresa elegir el modo que mejor convenga a sus intereses; tercero, porque el convenio aplicable abría expresamente la posibilidad de que los reconocimientos se practicaran en centros diferentes al CIMA cuando los mismos obtuvieran la acreditación legalmente preceptiva; cuarto, porque, aunque es verdad que la empresa siguió llevando a los pilotos al CIMA cuando ya había otros centros médicos acreditados, en proporción a todo el período de referencia (es decir, a los más de 14 años que, desde 1989 en que comenzó la actividad empresarial, y durante los cuales esos reconocimientos se realizaron en el único centro médico autorizado para efectuarlos), no resulta significativo el espacio temporal (desde 2003 hasta noviembre de 2007) en el que, tras la autorización de otros centros, la empresa continuó utilizando los servicios del CIMA.

A propósito de la consideración del tiempo de «pausa por bocadillo» como jornada de trabajo efectivo, tampoco admite la existencia de condición más beneficiosa la **STS de 17 de septiembre de 2010**, IL J 1823, «pues del simple hecho de que en la empresa existan dependencias habilitadas para ese descanso (con cafetera, microondas, nevera etc.) y de que se tolere esa parada en la actividad de forma pacífica, no significa que el tiempo invertido en ella haya de ser considerado como efectivo de trabajo», máxime «ante la falta de constancia en los antecedentes del caso tanto de que el beneficio cuestionado pueda considerarse como el fruto de un acto voluntario e inequívoco del empresario concedente, cuanto que su establecimiento tenga el carácter de definitivo y consolidado». Antes al contrario, «no consta que desde el inicio de la actividad de la empresa se hubiese computado el repetido descanso como tiempo efectivo de trabajo, y por el contrario, sí aparecía una expresión clara de la voluntad empresarial opuesta al reconocimiento de tal derecho, pues en la reunión mantenida entre

Empresa y Comité con motivo de la implantación de un nuevo sistema de registro de los tiempos de trabajo, se dejó expresa constancia de tal postura ante la pretensión de los trabajadores».

Por entender que no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para causar condición más beneficiosa, la **STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2010**, IL J 2192, no reconoce al trabajador reclamante que su salario, que no ha sido objeto de modificación ninguna en su cuantía, tenga que seguir abonándose por los mismos conceptos que lo era antes de introducirse las modificaciones de estructura salarial impuestas por la aplicación de los nuevos conceptos que exige el convenio aplicable.

Según la sentencia, en el supuesto enjuiciado no parece deducirse la existencia de un pacto expreso o tácito que acredite de manera inequívoca la voluntad empresarial de querer mejorar al trabajador en las condiciones económicas legal o convencionalmente establecidas. Pues lo que se cuestiona no es la cuantía salarial total que venía percibiendo el trabajador, sino los distintos conceptos salariales que la empresa adapta al cumplimiento de la normativa legal aplicable que a la sazón es el convenio colectivo. Lo único que ha sucedido en el caso es que la empresa ha tratado de adaptar el desglose de la nómina del actor al criterio de remuneración y distribución salarial que se establece en el Convenio Colectivo aplicable, sin que se haya perdido ninguna ventaja.

Sí se considera condición más beneficiosa una práctica del Banco de España consistente en permitir a sus empleados abrir cuentas corrientes en el mismo en unas condiciones ventajosas, y ello por cuanto se trata de un beneficio expresamente reconocido a los trabajadores que ha venido manteniéndose ininterrumpidamente, con importantes requerimientos de infraestructura a tales efectos, durante 45 años. Dadas estas circunstancias, resuelve la **SAN de 27 de septiembre de 2010**, IL J 1876, que la empresa no puede suprimir unilateralmente sin más la ventaja concedida, apuntando que la solución habría sido muy diferente si la empresa hubiera canalizado la supresión del referido beneficio a través del procedimiento de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, vía válida para la supresión de condiciones más beneficiosas.

También se considera condición más beneficiosa la ventaja reconocida a los trabajadores de una compañía aérea consistente en percibir el plus de disponibilidad —circunscrito en el convenio a los trabajadores que prestan servicios a turnos— a los trabajadores con jornada reducida por guarda legal, a los que se asigna un turno fijo y que consecuentemente, conforme al convenio, perderían la condición que les daría acceso al referido plus de disponibilidad. Se pronuncia en este sentido la **STS de 28 de octubre de 2010**, IL J 1916, según la cual concurre claramente la condición beneficiosa pues se trata de una decisión unilateral del empresario que no se realizó a favor de la actora (con carácter individual) ni tampoco a favor de determinado número de trabajadores en razón de sus circunstancias particulares (carácter plural), sino a favor simultáneamente de determinado grupo de trabajadores que se encontraban, como grupo, en determinada situación —la de reducción de jornada por guarda legal— (carácter colectivo), lo cual la hace inatacable salvo por la vía del art. 41.4 del ET, no siendo suficiente la mera decisión unilateral del empresario sin más. La decisión empresarial de abonar el referido plus, de forma proporcional, a los trabajadores con reducción de jornada desde la entrada en vigor de la Ley 39/99 fue objeto de tratamiento en la Comisión Mixta del Convenio de 27 de febrero de 2003 y así se estuvo pagando por la empresa hasta que dejó de hacerlo voluntariamente a partir del 31 de diciembre de 2003. Ello determina que tal condición más beneficiosa de carácter colectivo otorgada al grupo de trabajadores que se encontrasen en la referida situación de reducción de jornada por guarda legal no perdió su operatividad por la referida decisión empresarial unilateral.

6. COSA JUZGADA: EFECTO POSITIVO

Sobre el «efecto positivo» de la cosa juzgada —y la menor exigencia de identidades que el mismo conlleva (en comparación con lo que sucede cuando se trata del «efecto negativo»)— se pronuncia la **STSJ de Canarias de 4 de julio de 2010**, IL J 2096, en la que no se admite una reclamación salarial, que presupone la previa consideración del vínculo de servicio que une a las partes como laboral, al existir una sentencia previa en la que la jurisdicción social, respecto de una reclamación de despido presentada por el trabajador respecto de ese mismo vínculo de servicio, se había declarado incompetente por entender que lo que unía a las partes eran contratos administrativos y no de trabajo.

Después de hacer un recorrido por la legislación y la doctrina de la cosa juzgada, distinguiendo la «formal» de la «material», y dentro de ésta, separando el «efecto negativo o preclusivo» (prohibitivo) del «positivo o prejudicial» (prescriptivo), llega la sentencia a la conclusión de que, por concurrir las identidades legalmente preceptivas entre los casos, debe desestimarse una pretensión que comporta la laboralidad del vínculo toda vez que una sentencia anterior ha dejado establecido que el vínculo es administrativo. Literalmente, se dice que el debate planteado por la actora en el presente procedimiento (la reclamación de un concepto salarial cuyo devengo presupone la existencia de relación laboral) quedó ventilado indirectamente en la sentencia firme dictada el día 21 de septiembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos 640/2007 que, en procedimiento sobre despido, consideró que la naturaleza jurídica de la relación de servicios que la actora mantuvo con la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias entre el meses de octubre de 2005 y el de junio de 2007 era administrativa y, en consecuencia, desestimó su demanda por apreciar la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Por ello, concluye la sentencia, en el presente procedimiento se ha de partir de dicha circunstancia, quedando el presente litigio vacío de contenido (si no hay relación laboral no puede devengarse salario en general ni los distintos conceptos que lo componen en particular) pues la existencia de la sentencia firme antes referida vincula al Tribunal a la hora de resolver el debate planteado, al ser antecedente lógico de lo que es su objeto (efecto positivo de la cosa juzgada).

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

II. TRABAJADOR

SUMARIO (*)

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

   A) *Presupuestos sustantivos.*

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

   B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.

2. *SUPUESTOS INCLUIDOS.*

   A) Trabajadores a domicilio.
   B) Contratos de grupo.
   C) *Relaciones laborales de carácter especial.*

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

   D) Otros: Abogados en despachos profesionales.

3. *SUPUESTOS EXCLUIDOS.*

   A) Relaciones funcionariales y estatutarias.
   B) Prestaciones personales obligatorias.
   C) *Administradores sociales.*
   D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.

(*) 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.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

En el supuesto planteado a continuación, la insuficiencia de hechos en la sentencia de instancia lleva a afirmar la inexistencia de relación laboral. Resulta manifiestamente insuficiente el relato fáctico, por no constar la realización del trabajo y las condiciones de su prestación, o de su inexistencia, o del modo y circunstancias en que tuvo lugar.

STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2010 (Recurso de Suplicación 3293/2007), IL J 304/2011.

1. La demandante Doña Edurne presta sus servicios la jornada completa desde el 1 de noviembre de 1998, con la categoría profesional de coordinadora, percibiendo las retribuciones de esa categoría; Doña Vanesa presta sus servicios a media jornada desde el 1 de agosto de 1998, con la categoría profesional de limpiadora, percibiendo las retribuciones correspondientes a dicha categoría. La Inspección Provincial de Trabajo de Lugo levantó actas de infracción y como consecuencia de ellas la TGSS procedió a encuadrarlas en el RGSS. Ante la demanda del Patronato, se llegó a dictar sentencia firme, declarando que la relación existente entre el Real Patronato y las actoras era laboral y encuadrable en el RGSS, con las características propias de los servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro de su ámbito y organización. Con posterioridad al acta de la Inspección Trabajo las actoras continuaron prestando sus servicios en misma forma y lugar que anteriormente. El 1 de octubre de 2002, dichas actoras tuvieron que darse de alta en el RETA a través de una empresa, constituyendo entre las dos la entidad SSCB y siguieron prestando sus servicios en las mismas condiciones que anteriormente.

2. Es fundamental en la sentencia del TSJ de Galicia la omisión en la sentencia de instancia de datos relativos a la prestación de servicios laborales para la Consellería de Cultura y Deportes, en el relato de hechos probados. Es insuficiente que en la sentencia de instancia se recuerde que el Decreto 36/2006, de 23 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica de la Consellería de Cultura y Deporte establece (artículo 2) que la Consellería de Cultura y Deporte desempeñará las funciones de su competencia a través, entre otros, de los órganos colegiados, y que lo es el Patronato del Conjunto Histórico-Artístico de Sargadelos (artículo 8), creado por del Decreto 167/1975, de 23 de enero, reestructurado por el Decreto 17/1987, de 22 de enero, y que por el Subdirector General de Protección de Patrimonio Histórico de la Dirección General de Bellas Artes del Ministerio de Cultura se certifica que, dado el reparto competencial establecido en el artículo 148.1 y 148.2 de la Constitución Española y en el artículo 6 de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español, y dadas las transferencias de competencia establecidas en el Real Decreto 2434/1982, de 24 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de cultura, el Real Patronato del Conjunto Histórico de Sargadelos, ha sido transferido a la Xunta de Galicia, por ser ésta la Administración pública competente en materia de Protección de Conjuntos Históricos, por lo que se estima la demanda y se afirma la laboralidad de la relación jurídica. Esta insuficiencia se pone en contraste con la exigencia, dado que la empleadora es entidad pública, con la omisión de la necesaria convocatoria pública del empleo que se pretende laboral a los efectos de participación de quien reuniera los requisitos necesarios para ello, y selección de la persona adecuada tras valoración del mérito y capacidad de los concurrentes (artículo 103.3 CE). Omisión que apunta hacia la naturaleza no laboral del vínculo existente.

La citada falta de constancia en hechos probados de que las demandantes recibieran órdenes directas de la Xunta de Galicia, ni que ésta fijase un determinado horario de trabajo, ni que el salario les sea abonado por la Consellería en todo o en parte, ni que recibiese órdenes de la Consellería o su Delegación, hace que no sea suficiente para apreciar las notas de laboralidad, ajenidad y dependencia, que el Decreto 36/2006, de 23 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica de la

Consellería de Cultura y Deporte, establezca que la Consellería de Cultura y Deporte desempeñará las funciones de su competencia a través, entre otros, de los órganos colegiados (artículo 2), y que se exprese que es un órgano colegiado el Patronato del Conjunto Histórico-Artístico de Sargadelos (artículo 8), por cuanto que formar parte de la estructura orgánica de la Consellería supone la existencia de una relación de naturaleza administrativa con la entidad pública de la que forma parte, pero que por sí sola no determina que las personas unidas con vínculo laboral con el determinado Órgano Colegiado lo estén sin más con la entidad pública de la que forma parte. Es necesario acreditar la concurrencia de los requisitos que tipifican la relación como laboral (artículo 1.1 LET). Y nada de esto se contiene en la relación de hechos probados de la resolución de instancia, no apreciándose relación laboral indefinida de los actores con la Consellería de Cultura y Deporte de la Xunta de Galicia. Por ello se revoca la sentencia y se absuelve a la demandada de las pretensiones de la demanda.

3. El argumento de la sentencia es aparentemente coherente y suficiente, más aun, formalmente adecuado a la falta de prueba del hecho del trabajo dependiente y por cuenta ajena de quienes alegan ser trabajadoras.

Pero no puede quedarse ahí la argumentación. Es conocido, notorio, multiutilizado y aplicado jurisprudencialmente que el significado de la obligación de expresar una relación suficiente de hechos probados, en función de las pretensiones de las partes (artículo 97.2 LPL), es que la sentencia debe contener el relato fáctico necesario para la decisión que se adopta y para que el tribunal ante el que se recurre pueda, por su parte, discrepar del de instancia y decidir, con bases fácticas suficientes, en otro sentido.

En efecto, dice la jurisprudencia que el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer del debate en las sucesivas instancias, de modo que el requisito se cumple con un relato suficiente, expresivo de que, en todo caso, queda centrado el debate en modo tal que, también, el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico (STS de 11 de diciembre de 1997). O cuando se dice que los criterios para apreciar dicha suficiencia hacen referencia tanto a las partes del litigio como a los órganos jurisdiccionales encargados de la decisión de posibles recursos. La declaración de hechos probados debe ser concreta y detallada para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre éste en los términos previstos en la ley. La insuficiencia de hechos probados da lugar a la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de las actuaciones al momento procesal anterior, para que se dicte otra resolución en la que se subsane el referido defecto (STS de 22 de enero de 1998).

Visto que el debate en el proceso a que se refiere la sentencia de Galicia era única y exclusivamente relativo a la naturaleza laboral o no de la relación de las partes, resulta manifiestamente insuficiente el relato fáctico, por no constar la realización del trabajo y las condiciones de su prestación, o de su inexistencia, o del modo y circunstancias en que tuvo lugar, por lo que no se podía decidir sobre las pretensiones de las partes, ante la omisión de afirmaciones o negaciones tan relevantes, esto es, sin la concreción de estos hechos. Otra cosa hubiera sido si el juzgador de instancia hubiese afirmado que no constaban probados los hechos constitutivos de la pretensión actora, pero no ha sido el caso. El juez de instancia afirma la laboralidad de las relaciones, sin base fáctica para ello, ni para lo contrario, luego no es que procediera estimar el recurso empresarial, sino anular la sentencia para que se completara el relato de hechos necesario, en forma suficiente.

c) Actividad dependiente y d) Actividad por cuenta ajena

STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2011 (Recurso de Suplicación 1527/2010), IL J 209/2011.

1. En 1997 el actor comenzó a prestar sus servicios profesionales para la empresa «Gestevisión Telecinco SA» consistentes en la cobertura de las noticias acontecidas en la Comunidad de Madrid. La

dedicación del actor para cumplir con sus obligaciones era de lunes a viernes y dos fines de semana al mes, adecuándose el calendario y el horario a las necesidades de Telecinco, empresa destinataria en último lugar de la prestación de servicios del actor.

Para la prestación de sus servicios el actor debía proporcionar los medios humanos y materiales necesarios. Concretamente eran aportados/organizados por el demandante un operador de cámara, un ayudante de cámara, una cámara Betacam SP Broadcast, un trípode, baterías, cinturón de baterías y antorcha. También era propiedad del actor el vehículo con el que se desplazaba a las diferentes localizaciones de las noticias y que estaba decorado con los colores y logotipos de la empresa.

Por sus servicios el actor recibía una retribución mensual fija. Además el contrato contemplaba una compensación económica en caso de que para cubrir las noticias fuera necesario desplazarse fuera de la Comunidad de Madrid.

El contrato inicial fue prorrogado en diversas ocasiones. El 1 de enero de 2000 la empresa Atlas se subroga en la posición del anterior empleado. Desde ese momento el actor desempeñó su actividad para la nueva empresa en exclusividad, pasando a ser propiedad de la empresa Atlas la totalidad de las grabaciones efectuadas por el actor. La mercantil podía libremente decidir el destino de dichas grabaciones.

A finales de 2008 se le comunica al actor la intención de la empresa de sustituir el actual modelo de realización de las noticias a través de varias empresas por la contratación de una única empresa. Al actor y al resto de los empresarios/trabajadores que hasta ese momento venían prestando sus servicios para la empresa Atlas se les ofrece la posibilidad de constituir una sociedad para poder continuar prestando sus servicios asociados en una única empresa. Por ello, en enero de 2009 los diferentes profesionales que prestan sus servicios en términos parecidos a los del actor constituyen la sociedad «Full Work TV SL» cuyo objeto social es la grabación de noticias televisivas para Atlas. El actor también participa en la constitución de la sociedad aunque llega a expresar incluso ante notario su disconformidad con la constitución de la sociedad por entender que supone una renuncia de derechos laborales.

Desde el inicio de la prestación de servicios para Atlas era el demandante en instancia el que aportaba el vehículo y los distintos objetos y personal especificados en el contrato suscrito con la propia Atlas. Además el actor se hacía cargo de los gastos derivados del mantenimiento y reparaciones del vehículo y del resto del material empleado. Asimismo, cuando no podía prestar sus servicios personalmente en los horarios señalados por Atlas se encargaba de gestionar un sustituto al que abonaba su trabajo.

Para el correcto desarrollo de su actividad Atlas facilitaba al actor las acreditaciones necesarias para poder cubrir los actos informativos normalmente a nombre de la empresa Telecinco.

Excepcionalmente cuando el evento a cubrir era un campeonato de fórmula 1 era Atlas la que se encargaba de gestionar y sufragar los gastos de hoteles, además facilitaba al actor el material técnico que debía usar para la retrasmisión. Dicho material era propiedad de la empresa Telecinco.

2. El actor presentó demanda frente a todas las empresas para las que había prestado sus servicios (Gestevisión, Atlas y Full Works) ante la jurisdicción social al entender que la relación que le unía era de naturaleza laboral. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda al estimar la excepción de incompetencia de Jurisdicción formulada por la parte demandante remitiendo a las partes a la jurisdicción civil para resolver las divergencias entre ellas.

El demandante interpuso recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, siendo dicho recurso impugnado por la parte demandada. El TSJ de Madrid debe valorar si la relación que unía a las partes era o no de naturaleza laboral y, por tanto, si la jurisdicción social es competente para el conocimiento del presente asunto.

Para llegar a una conclusión sobre la naturaleza laboral o civil de la relación que unía a las partes, independientemente del nombre usado por éstas, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, la Sala recurre a la reiterada jurisprudencia sobre los indicios de existencia de dependencia y ajenidad.

Tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia han reiterado en numerosas ocasiones que constituyen indicios de dependencia el sometimiento a un horario fijado por la empresa, el acudir regularmente al centro de trabajo o el desempeño personal de la prestación de servicios. Por su parte, la puesta a disposición del empresario de los productos elaborados por el trabajador y la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones sobre el proceso productivo constituyen entre otros indicios de la nota de ajenidad que debe estar presente en toda relación laboral.

Aplicando la anterior jurisprudencia sucintamente enunciada al caso que nos ocupa la Sala determina que no puede identificarse en la relación entre las partes los requisitos de dependencia y ajenidad necesarios para poder reconocer la laboralidad de la relación. Por una parte el horario fijado por la empresa Atlas no era de obligado cumplimiento y el trabajador no tenía la obligación de acudir regularmente al centro de trabajo. La prestación de servicios no tenía el carácter personalísimo propio de las relaciones laborales sino que era posible que el actor fuera sustituido por otra persona elegida por el propio actor. El requisito de la ajenidad tampoco está presente entre las partes. El actor cobraba una cantidad fija mensual independientemente de los gastos derivados de su actividad, por tanto el actor asumía el riesgo derivado de su actividad empresarial, pudiendo tener más o menos beneficios dependiendo de los gastos llevados a cabo cada mes.

Ante los hechos narrados la Sala desestima el recurso de suplicación presentado por el actor y confirmando la sentencia de instancia falla la incompetencia del orden laboral para conocer de la demanda presentada.

3. El presente caso presenta algunas particularidades que hacen dudar de la naturaleza de la relación que une a las partes.

Respecto de la dependencia debemos analizar por una parte que aunque formalmente el actor no estaba sujeto a un horario marcado por la empresa receptora de sus servicios es indudable que el horario era *de facto* obligatorio y cumplido sin objeciones por el actor.

Por otra parte, aunque es cierto que el recurrente ante el Tribunal Superior de Justicia no recibía órdenes directas por parte de la empresa ello no es óbice para poder identificar la nota de dependencia. No podemos dejar de recordar que el Tribunal Supremo ha señalado en incontables ocasiones que el rasgo de dependencia, pero también el de ajenidad, se encuentra considerablemente desdibujado en las relaciones laborales contemporáneas, máxime cuando nos encontramos ante profesiones liberales o técnicas que requieren de un alto grado de especialidad como el del presente caso. Por todo ello, parece que lo más ajustado a los hechos declarados probados sería reconocer el carácter dependiente de la relación que unía a las partes.

En cuanto a la nota de ajenidad hay varios aspectos contradictorios que merecen una reflexión. Se reconoce por la sentencia que el actor podía faltar a su puesto de trabajo y que era él el encargado de buscar y contratar un sustituto para que cubriera su baja, que era el actor el que corría con los gastos derivados del uso del material que usaba en el desarrollo de su actividad y además que también contrataba a los ayudantes de cámara necesarios para el correcto desarrollo de su prestación. Estos elementos aunque no en el mismo grado permiten a la Sala romper con acierto la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET y desestimar la competencia del orden social.

La clave que aleja del orden social la presente prestación de servicios en mayor grado es la contratación de otros trabajadores para el desarrollo de una prestación laboral, ésta sí competencia

del orden social. Parece probado que el actor contrataba a los operadores de cámara y que actuaba como un intermediario a modo de subcontrata respecto de la empresa principal.

Las otras dos condiciones descritas conjuntamente con la anterior contribuyen a despejar cualquier duda sobre la competencia del orden social. Es cierto que, aunque el actor corre con todos los gastos, éstos podrían ser de escasa cuantía dado que algunos trabajos realizados por el actor eran desarrollados con material de la propia empresa principal. Además no queda acreditado si el riesgo de desperfectos en el material era elevado o no. Esta falta de concreción haría que en el caso de que éste fuera el único indicio para desvirtuar la laboralidad probablemente sería insuficiente.

Similares términos son aplicables también al mecanismo de sustitución del trabajador en caso de no poder acudir a su puesto de trabajo. Aunque era el actor el que gestionaba un sustituto para que cubriera su puesto no es menos cierto que para proceder a la sustitución debía avisar a la empresa principal y ésta aceptar el cambio. Por ello, si de nuevo observáramos independientemente este indicio deberíamos presumir la laboralidad de la relación en virtud del artículo 8.1 ET.

En conclusión, la desestimación del carácter laboral de la relación que unía a las partes proviene de la presencia conjunta y simultánea de los indicios de falta de ajenidad descritos. Indicios que observados independientemente no conseguirían romper la presunción contemplada en el artículo 8 ET pero que de manera conjunta sí tienen suficiente entidad para alejar del orden social una relación no laboral.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

d) Deportistas profesionales

STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2010 (Recurso de Suplicación 3084/2010), IL J 204/2011.

1. El caso que analiza la sentencia comentada se refiere a la calificación jurídica de la relación existente entre el actor y un club de fútbol, con base en un contrato federativo de entrenador celebrado entre el actor y la entidad deportiva.

En el mencionado contrato federativo, como notas características de la relación existente, las partes fijaban: (i) una duración del contrato por una temporada, desde el día 1 de septiembre de 2008 hasta el día 30 de junio de 2009, (ii) el reconocimiento mutuo de no tratarse de una relación laboral, (iii) una compensación total por gastos a favor del actor de cuatro mil euros (4.000 euros), desglosada en mil euros (1.000 euros) por cada uno de los conceptos de pérdida de horario laboral, gastos de viaje, gastos de manutención y gastos de material deportivo.

No obstante lo anterior, la entidad deportiva decidió unilateralmente extinguir la relación que le vinculaba al actor, comunicándole por escrito el cese como entrenador el día 9 de marzo de 2009, anticipando en más de tres meses el término pactado por las partes en el contrato federativo y quedando pendiente de pago cuatrocientos euros (400 euros), de los 4.000 euros inicialmente pactados.

Adicionalmente, cabe destacar el hecho de que el actor era funcionario de la Comunidad de Madrid, en jornada diaria de 8:00 a 15:00 horas, compaginando su puesto de trabajo en la Administración Pública con el desempeño de sus funciones como entrenador del club de fútbol, funciones que se desarrollan fundamentalmente por la tarde y los fines de semana. Además, el actor no había declarado a la Hacienda Pública el dinero percibido de la entidad deportiva demandada, lo que supondría un incumplimiento de índole administrativa.

El caso se plantea cuando el actor presenta demanda por despido ante el Juzgado de lo Social, centrándose el debate en la determinación de si la relación existente entre las partes puede ser cali-

ficada de relación laboral especial de deportista profesional, siendo competente para resolver sobre el fondo el orden jurisdiccional social o, por el contrario, es competente para resolver cualquier controversia surgida entre las partes el orden jurisdiccional civil, al no existir una relación laboral especial de deportista profesional.

2. Inicialmente, la sentencia del Juzgado de lo Social apreció la falta de competencia jurisdiccional por razón de la materia alegada por el club de fútbol, declarando la inexistencia de relación laboral especial de deportista profesional y absolviendo al club de la demanda por despido formalizada por el actor. Todo ello sin perjuicio de reconocer el derecho del actor a ejercitar la acción que estimase oportuna ante los órganos competentes de la jurisdicción civil.

Sin embargo, dicha resolución del Juzgado de lo Social fue revocada por la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 22 de octubre de 2010, declarando la nulidad de la sentencia de instancia, con retroacción de las actuaciones al momento en que ésta se dictó.

La Sala de lo Social entró a valorar la existencia de una relación laboral especial de deportista profesional considerando que, al tratarse de un supuesto en el que se cuestiona la competencia del orden jurisdiccional social, no estaba vinculada por las declaraciones fácticas realizadas en la sentencia de instancia, sino que, por el contrario, debía formarse su propia convicción sobre los hechos acaecidos y sobre las situaciones existentes, analizando directamente las pruebas y los datos que obraban en las actuaciones de referencia.

De este modo, en el supuesto analizado consideró el Tribunal que concurrían todas las notas que informan una relación laboral especial de deportista profesional, por lo que el orden jurisdiccional laboral era el único competente, no el orden jurisdiccional civil, para conocer sobre la pretensión del actor. Así, la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid hace mención expresa a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990, la cual consideraba que era aplicable a la relación entre un entrenador y un Club de Fútbol las disposiciones contenidas en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por ser una relación especial de las comprendidas en el artículo 2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores atendiendo a la Ley 13/1980, de 31 de marzo, que estimaba como deportista profesional a dichos entrenadores.

Por consiguiente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a diferencia del Juzgado de lo Social, estima que, con base a lo dispuesto en el artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, concurren en el actor las siguientes notas, propias de una relación laboral especial de deportista profesional: (i) la dedicación a la práctica del deporte, quedando excluidos aquellos que desempeñan en clubes o entidades deportivas actividades no deportivas, (ii) la voluntariedad, (iii) la habitualidad o regularidad, (iv) la ajenidad del servicio prestado y la dependencia y (v) la retribución, requisito que diferencia al deportista profesional frente al aficionado o *amateur*.

Esta conclusión a la que llega el Tribunal, se extrae tomando en consideración las siguientes circunstancias fácticas:

Es irrelevante la calificación jurídica —como relación laboral especial de deportista profesional o aficionado— que al efecto realicen las partes, puesto que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional.

En este sentido es irrelevante que las partes excluyesen expresamente del contrato federativo su relación como laboral, si en la relación mantenida se dan las notas de laboralidad descritas en el artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985.

La laboralidad de la prestación no requiere que la actividad prestada sea de absoluta dedicación y constituya el exclusivo o fundamental medio de vida, puesto que el deportista también puede desarrollar otros cometidos remunerados, sin ver por ello desvirtuada la profesionalidad.

Así, resulta irrelevante que el actor compatibilizase sus servicios como entrenador de fútbol, prestados habitual y regularmente a la entidad deportiva, con su puesto de funcionario de la Comunidad de Madrid. Y todo ello en tanto el horario del actor con la Administración Pública es de 8:00 a 15:00 horas de lunes a viernes, quedando libre por las tardes y los fines de semana.

La inclusión del actor en el ámbito de organización y dirección del club de fútbol se deriva de que las sesiones de entrenamiento se realizaron según lo decidido por la entidad deportiva, en cuanto al lugar de celebración (instalaciones propias del club), hora de inicio y su duración, acompañando y asesorando técnica y tácticamente el actor al equipo de fútbol los días en que había competición.

Por todo ello, se cumplen las notas necesarias de ajenidad y dependencia.

Finalmente, lo que determina realmente la profesionalidad, junto a las notas ya referidas, es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados, pues la ausencia de salario determina la cualidad de deportista aficionado.

La Sala de lo Social entendió que la cantidad de 4.000 euros pactados entre las partes por la prestación de los servicios, no guardaba un carácter simplemente compensatorio de los gastos que en la realidad pueda tener el deportista por la práctica de su actividad (percepciones irregulares y variables), sino que tenía un manifiesto carácter retributivo (percepciones periódicas y fijas).

En este sentido, como dispone pacífica y reiterada doctrina judicial, al deportista profesional le corresponde acreditar la existencia de una contraprestación económica, pero una vez probada ésta, las cantidades abonadas se presumirían integrantes del salario. Con la única salvedad de que, una vez invertida la carga de la prueba, la entidad deportiva consiga acreditar que las cantidades abonadas tenían un mero carácter compensatorio de gastos y no salarial.

Pues bien, el club de fútbol demandado no consiguió acreditar la naturaleza compensatoria, realidad y cuantía de los gastos pretendidamente compensados, sino más bien al contrario, toda vez que el actor percibió hasta el momento de su cese 3.600 euros en pagos fraccionados de igual importe, llamando además la atención del Tribunal la identidad cuantitativa de las cuatro partidas contenidas en el contrato federativo. Es decir, 1.000 euros por conceptos de pérdida de horario laboral, 1.000 euros por gastos de viaje, 1.000 euros por gastos de manutención y 1.000 euros por gastos de material deportivo.

Concluye así el Tribunal estimando el recurso planteado por el actor y anulando la sentencia del Juzgado de lo Social. Declarando, así mismo, que el orden jurisdiccional social es el competente por razón de la materia para conocer del despido, al darse entre las partes todas las notas definitorias de la existencia de una relación laboral especial de deportista profesional.

3. Conclusión con la que debemos coincidir, pues es claro que en el caso analizado concurren todas las notas definitorias de una relación especial de deportista profesional.

Así, a diferencia de lo que establece el Juzgado de lo Social, aunque se hubiese pactado en el contrato federativo celebrado entre el actor y el club de fútbol que la relación no era laboral, la verdadera realidad de los hechos es que existe ajenidad, subordinación y dependencia de la organización y dirección de la entidad deportiva. Además de percibir el entrenador una cantidad fija a modo de retribución y no una compensación de gastos que, por otro lado, no han sido acreditados en modo alguno por el club de fútbol.

Entendemos, con base en la pacífica doctrina jurisprudencial, que lo que esencialmente determina la condición de profesional o de aficionado es la existencia o ausencia de una retribución, ya que si el deportista es retribuido de alguna manera y está sometido a la organización y dirección del club de fútbol, la relación existente entre las partes debe someterse a la jurisdicción laboral al tratarse de una relación laboral especial de deportista profesional.

Debiendo tener en cuenta que, por el contrario, si el deportista recibe del club de fútbol simplemente una compensación por los gastos derivados de la práctica deportiva, y dichos gastos pueden

ser acreditados por la entidad deportiva, el deportista debe ser considerado como aficionado y por lo tanto excluido del ámbito de aplicación del RD 1006/1985, que regula la relación especial de deportista profesional.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

STSJ de La Rioja de 8 de octubre de 2010 (Recurso de Suplicación 281/2010), IL J 133/2011.

1. Los hechos probados de los que se parte para resolver el presente recurso de suplicación son los siguientes: Don Cristóbal —demandante por despido— es socio mayoritario y administrador de la Sociedad Limitada Klugelei, sociedad familiar constituida junto a su esposa y sus dos hijos, todos ellos convivientes. El objeto social de esta entidad es la comercialización, distribución y compraventa de vinos. En 2008, Bodegas Paternina SA —empresa demandada— encargó a Klugelei, a través de su administrador Don Cristóbal, la elaboración de un estudio para llevar a cabo la reestructuración organizativa y personal necesaria para mejorar sus resultados en el mercado. La relación entre ambas entidades se articula por medio de un contrato de arrendamiento de servicios conforme al cual Klugelei SL, por intermediación de Don Cristóbal, ejecutará el plan estratégico previamente confeccionado. Las tareas que se le encomiendan se refieren a la supervisión de la gestión administrativa y financiera, compras y controles de calidad; la dirección comercial y la gestión y asesoramiento de los recursos humanos. Esta actividad dependerá de las instrucciones del Consejero Delegado nombrado por el Consejo de Administración de Bodegas Paternina a estos efectos. Las partes declaran la naturaleza mercantil del contrato y fijan su carácter indefinido, así como las percepciones a cobrar por Don Cristóbal, quien girará las correspondientes facturas. En diciembre de 2008, la empresa demandada notificó al actor comunicación escrita por la que se le comunicaba su decisión de rescindir el contrato de arrendamiento de servicios por no haber iniciado la ejecución del plan estratégico, ni haber desarrollado la red comercial, entre otros motivos. También se recoge como hecho probado de relevancia que el actor fue presentado en el Consejo de Administración como persona contratada como nuevo Director General de la compañía, que tenía móvil de empresa y utilizaba su sistema informático como medio para comunicarse con el personal de los distintos departamentos. Ante la comunicación de rescisión, Don Cristóbal demandó por despido, demanda que fue desestimada en primera instancia, acto contra el cual se presentó el presente recurso de suplicación.

2. En los Fundamentos de Derecho la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja introduce alguna modificación de interés en la relación de los hechos probados y repasa de forma pormenorizada la doctrina del TS por la que se perfila la noción de alta dirección recogida en el artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula esta relación laboral de carácter especial. El concepto de alto directivo viene dado por la necesidad de que se ejerzan poderes inherentes a la titularidad de la empresa, siempre que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento. Asimismo, los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que debe suponer que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, deben referirse normalmente a su íntegra actividad de o a aspectos fundamentales de sus objetivos. Además, se exige que el alto directivo intervenga con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad. Pues bien, según el criterio de la Sala, el supuesto enjuiciado no encaja en la noción descrita, por lo que no cabe declarar la existencia de relación laboral ni ordinaria ni especial. El argumento central para alcanzar esta conclusión es que el objeto del contrato mercantil firmado no coincide con las tareas propias de un alto directivo, sino que tienen más que ver con las actividades a realizar por

un profesional externo. Igualmente, se valora el hecho de que el demandante no tenía plena dedicación, que no le fueron conferidos poderes inherentes a la titularidad de la compañía demandada y que carecía de capacidad decisoria y ejecutiva. Por todos estos motivos, se desestima el recurso interpuesto por Don Cristóbal.

3. Es habitual en el tráfico jurídico la prestación de servicios entre sociedades. Ahora bien, la presencia de personalidades jurídicas no debe hacer obviar la posibilidad de que se emplee la vestidura de una entidad societaria para encubrir lo que constituye una relación personal de prestación de trabajo. Tal puede ser el caso enjuiciado por el TSJ. Sin embargo, no ha sido ésta la perspectiva desde la que se ha valorado el supuesto de hecho. Se trata de un supuesto fronterizo, en el que concurren indicios de una dependencia mínima como es la que caracteriza a la relación laboral especial de alta dirección, junto a indicios de autonomía típicos de la prestación de servicios profesionales ajenos a lo laboral. Sopesados todos ellos, han pesado más aquellos que conducían a concluir la inexistencia de rasgos laborales. En mi opinión, lo definitorio es si las funciones asumidas por Don Cristóbal suponen el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa y con la Sala entiendo que no, pues se limita a actividades de supervisión y dirección comercial, así como de gestión y asesoramiento de recursos humanos, labores de asesoramiento y no decisorios que, en efecto, se corresponden más con la prestación de servicios externos de apoyo a la empresa demandada.

STSJ de Extremadura de 23 de noviembre de 2010 (Recurso de Suplicación 469/2010), IL J 296/2011.

1. El demandante, Don Ernesto, ha fundado diversas empresas a lo largo del tiempo para las que además desarrollaba diversas actividades. Fundó la mercantil «Seguridad Integral Secoex SA» de la que mantenía en su poder el 27,67% del capital social y de la que ostentó la condición de Consejero y Vicepresidente hasta el 21 de diciembre de 2009; fue socio fundador de la empresa «Prestación de Servicios Auxiliares Concretos y Específicos a Empresas SL» con un 26% del capital social, siendo además administrador solidario hasta el 23 de octubre de 2008; Finalmente el actor fundó la mercantil «Servicios y Contratas de Seguridad de Extremadura SL» de la que dispone del 33% del capital social y de la que formó parte del Consejo de Administración con cargo de Presidente hasta que fue apartado del Consejo en octubre de 2008.

Además, al margen de las anteriores labores directivas el actor ha desempeñado las labores de jefe de seguridad para la empresa Seguridad Integral Secoex y labores de Jefe de Personal para las tres mercantiles hasta que se le impidió el acceso a las instalaciones de las empresas el 21 de enero de 2010.

Ante la imposibilidad de desarrollar su actividad profesional Don Ernesto presentó demanda ante el Juzgado de lo Social por entender que dicha acción era constitutiva de un despido improcedente. La demanda fue desestimada al estimarse la falta de competencia de la jurisdicción social.

2. El actor presentó recurso de suplicación frente a la demanda de instancia. La Sala del TSJ de Extremadura debe analizar si los socios de una mercantil que desempeñan otras funciones además de las propias derivadas de su condición de socios mantienen o no una relación de naturaleza laboral con la sociedad. Esta tarea al ser una cuestión de orden público procesal debe ser llevada a cabo por el Tribunal con plena libertad de criterio sin sujetarse siquiera a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia.

La Sala recuerda que la exclusión de la laboralidad del socio que desarrolla otras funciones al margen de las propias de su condición de socio, como el caso sometido al análisis del Tribunal, puede venir por la falta de la nota de ajenidad cuando el socio «trabajador» posee la titularidad de una cuota societaria determinante. El Tribunal Supremo ha fijado a partir del 50% de participación en el capital social la ausencia de ajenidad. Por tanto, el caso enjuiciado no adolece de falta de ajenidad.

La otra gran posibilidad para excluir el carácter laboral de la relación entre las partes es la falta de la nota de dependencia. En el caso de los miembros del máximo órgano de dirección de una empresa en principio queda excluido el carácter de dependencia salvo para la compatibilidad de trabajos comunes u ordinarios. Para determinar si hay o no dependencia en la relación que unía a las partes la Sala debe recurrir a una serie de hechos indiciarios que le permitan determinar si hay dependencia, rasgo que en las relaciones laborales modernas puede encontrarse sumamente atenuada. Los rasgos más característicos son la asistencia al centro de trabajo, el sometimiento a un horario y en general el sometimiento del trabajador dentro del círculo de organización y dirección del empleador. En el presente caso si bien las funciones de jefe de seguridad y de personal eran desarrolladas.

3. Aunque la sentencia que nos ocupa parece resolver un caso recurrente en la jurisprudencia como es la compatibilidad de la condición de socio y trabajador de una misma empresa lo cierto es que no se produce tal supuesto. El actor en el momento en que se le impide su acceso a los locales de las empresas no forma parte ya de ninguno de los Consejos de Administración. Solamente mantiene parte del capital social y desarrolla una actividad común u ordinaria dentro de la propia empresa. Por tanto, es imposible no identificar en la relación que unía a las partes la nota de dependencia típica de las relaciones laborales.

El otro requisito que podría plantear problemas sería la ajenidad. Problemas que son superados al no tener el actor una participación determinante en el capital social de la empresa.

En conclusión, una decisión acertada por el TSJ de Extremadura que viene a corregir el fallo del Tribunal de lo Social que equivocadamente no reconoció la laboralidad de una relación que en el momento de producirse los hechos que se denuncian, el veto al acceso del actor a los locales de las empresas, cumplía con todos los requisitos prescritos por el artículo 1 ET.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

Es elocuente el número de sentencias dictadas sobre la cuestión del personal contratado bajo la apariencia de un contrato administrativo, ello no hace sino poner de manifiesto, como desde hace mucho tiempo se viene destacando en estas crónicas, que las administraciones públicas recurren a este tipo de contratación para obtener una mayor flexibilidad en el reclutamiento de personal no permanente. Se da la circunstancia de que algunas de estas sentencias ya aplican la nueva regulación que sobre la materia contiene la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, demostrándose con ello que ninguno de los sucesivos cambios legislativos han aportado claridad y seguridad jurídica. Se trata de relaciones laborales encubiertas bajo la forma de contratación administrativa (o arrendamiento de servicios en uno de los supuestos).

STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 2010 (Recurso de Suplicación 596/2010), IL J 118/2010.

1. Los dos demandantes en la instancia han prestado sus servicios profesionales de forma ininterrumpida por cuenta de la Consejería de Agricultura y Agua de la Comunidad Autónoma de Murcia bajo contrataciones administrativas sucesivas concertadas bajo la modalidad de contratos menores: Diversos contratos de asistencia técnica para la realización de actividades variadas tales como revisión de informes y certificaciones, adaptación de instrucciones técnicas, comprobación y control del cumplimiento de las instrucciones por parte de las entidades colaboradoras o contratos de servicios para normalización de instrucciones, revisión de certificados. Para la otra demandante se suscribieron este mismo tipo de contratos para la realización de actividades tales como apoyo administrativo

para la tramitación de expedientes, para la elaboración de instrucciones, para la ejecución de procedimientos.

Ambos demandantes se encuentran dados de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Igualmente está probado que la prestación de sus servicios se viene dando de forma ininterrumpida desde 2006-2007. Además se especifican las funciones habitualmente desarrolladas. Realizaba sus tareas bajo la supervisión del Jefe de Servicio, tales tareas eran, entre otras, emisión de requerimientos, emisión de informes y revisión de éstos, actualización de bases.

Estaban sometidos a régimen de horario, con jornada diaria de 8 a 15. Firmaban partes de control de entradas y salidas supervisados por una funcionaria. Disfrutaban de vacaciones anuales y de días para asuntos propios. Disponían de mesa de trabajo, teléfono y ordenador con acceso a la red y a las diferentes aplicaciones informáticas específicas necesarias para el desempeño de su trabajo, disponiendo de una clave de acceso a la red interna de la Administración Regional. Además, figuraban en los organigramas y directorios de la Dirección General de Planificación, Evaluación y Calificación Ambiental junto con el resto de empleados adscritos a ella.

Los dos empleados interpusieron demanda contra la Administración regional en la que postulaban su declaración como personal laboral indefinido, aunque no fijo, de la Comunidad Autónoma. Así se interpusieron sendas reclamaciones previas que fueron inadmitidas mediante resolución. Una de los reclamantes, según consta en el relato de hechos probados pues nada se refleja sobre el otro, interpuso demanda contra la Consejería con la pretensión de que se declarase su condición de personal laboral indefinido no fijo, con la categoría de Administrativa y reconocimiento de antigüedad. El Juzgado de lo Social de Murcia dictó sentencia en febrero de 2010 estimando las pretensiones de la demandante pero contra dicha sentencia se anunció de contrario recurso de suplicación por parte de la Comunidad Autónoma.

Durante este proceso, otros 16 trabajadores que prestaban servicios en la Dirección General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental formularon reclamación previa y demandaron posteriormente su condición de personal laboral frente a la Consejería correspondiente que tuvo conocimiento de los señalamientos de juicio en noviembre de 2009. En diciembre, el Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental reunió a todas las personas que trabajaban mediante contratos menores de servicios, entre ellos a los demandantes en el caso de autos, y les informó de que en el siguiente año 2010 ya no se iban a realizar nuevos contratos de este tipo sino que se contratarían interinos y «se recabaría personal a través de contratas con empresas». Los dos demandantes continuaron prestando servicios hasta principios de enero de 2010, fecha en la cual se les comunicó que, habiendo finalizado el plazo de su contrato administrativo en diciembre de 2009, debían abandonar las dependencias donde trabajaban. Los demandantes presentaron demanda impugnando su cese y solicitando que se declarara como nulo o improcedente.

El Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia dictó sentencia estimatoria de sus pretensiones y, estimando las demandas acumuladas de los dos trabajadores contra la Consejería, estimó que la extinción era constitutiva de despido nulo por entender que se había producido con lesión de derechos fundamentales (garantía de indemnidad). Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por parte de la Comunidad Autónoma ante el TSJ de Murcia cuya sentencia ahora comentamos.

2. En su sentencia, el Tribunal estima que la relación es laboral bajo la apariencia de contratación administrativa y que la no renovación constituye un despido, si bien, lo califica como improcedente y no nulo como se calificó en la instancia. La sentencia de la Sala rechaza la revisión de varios hechos probados y entra a conocer sobre la principal cuestión que se plantea que es la de determinar la naturaleza de la relación de servicios que ha vinculado a los actores con la Comunidad Autónoma demandada. El juzgador de instancia entendió que la relación era laboral porque concurren la notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido que establece el artículo 1.1 del ET; la administración

demandada, por el contrario, entiende que ésta es de tipo administrativo pues se concertó como consecuencia de contratos administrativos otorgados de conformidad con la legislación vigente, a la que no cabe aplicar las normas reguladoras de la relación laboral, de acuerdo con las previsiones del apartado 3.a) del artículo 1 del ET.

La Sala no acepta la argumentación de la Administración en coherencia con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS, que, resolviendo recursos para la unificación de doctrina en los que se planteaba cuestión similar a la presente, ha venido manteniendo que el carácter materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, cuando presenta las notas típicas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido, no puede ceder como consecuencia de la calificación formal del contrato como un contrato administrativo, pues la procedencia de tal contratación queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita.

La jurisprudencia de la Sala Cuarta Tribunal Supremo, con el fin de diferenciar los servicios que las personas físicas pueden desempeñar en virtud de contratación administrativa de los de naturaleza laboral, ha interpretado el artículo 196 del RDLeg 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en su redacción previa a su derogación por la Ley 30/2007) que regulaba los contratos de consultoría y asistencia técnica, y ha establecido que la contratación administrativa que contempla el artículo 196 del citado RDLeg «no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí mismas consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido». Aunque la redacción del apartado 2 del artículo 196 del RDLeg 2/2000, al regular los contratos de «consultoría y asistencia» admite la posibilidad de concertar por esta vía «los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica», la redacción del artículo 197, en cuanto regula las características de las personas adjudicatarias, con independencia de que sean personas físicas o jurídicas, «está eliminando la posibilidad de contratar personas para llevar a cabo trabajos continuados en régimen de dependencia, de modo que "la adaptación a una organización, la reiteración en la prestación de unos servicios, la sumisión a un horario y la percepción de una retribución fijada por el contratante no son condiciones propias de unos trabajos de consultoría o asistencia"».

La Sala de lo Social del TSJ de Murcia estima que la citada interpretación jurisprudencial, acerca de la posibilidad de las administraciones para contratar en régimen administrativo los servicios de personas físicas, debe mantenerse pese a la derogación de los artículos 196 a 202 del RDLeg 2/2000 y su sustitución por la nueva regulación legal que se contiene en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pues en la nueva regulación desaparecen los contratos de consultaría y asistencia técnica y se mantienen los de servicios, en la que se refunden las anteriores categorías, con una definición más amplia.

Esta Sala estima, asimismo, que tanto los actuales contratos de servicios, como las anteriores figuras de los de consultoría, asistencia técnica y servicios, en consonancia con su característica principal de que sus objetos se concretan en el resultado de una actividad, son de carácter temporal por lo que los servicios objeto de contratación no pueden ser coincidentes con las necesidades de carácter normal y permanente propias de las administraciones contratantes, las cuales se satisfacen a través de la actividad desarrollada por los funcionarios o por los contratados en régimen laboral.

Por ello, en el presente caso, con aplicación de tal interpretación jurisprudencial, la Sala debe confirmar el criterio del juzgador de instancia, y estimar que los contratos de asistencia técnica y de servicios otorgados a los actores no son válidos para dar cobertura legal a los servicios prestados por ellos, pues éstos no se han ajustado a las previsiones contenidas en cada uno de los contratos, sino también porque la actividad por ellos desarrollada, que se describe en el apartado tercero de los hechos declarados probados, corresponde a la que es objeto de la suma de los contratos administrativos otorgados y se corresponde a la actividad que con carácter permanente se desarrolla en el Servicio de Calidad Ambiental en el que los actores fueron encuadrados.

De forma contundente, la sentencia destaca cómo los objetos diferenciados de los contratos administrativos otorgados «no son otra cosa que una artificial descomposición de las actividades que los actores han venido desarrollando con normalidad durante todo el tiempo en el que han trabajado para la administración demandada, siguiendo las órdenes e instrucciones de sus superiores sin que quepa circunscribirlas al período concreto de tiempo que en cada contrato se especifica». Para la Sala, esta sucesión de contratos administrativos encadenados pone de manifiesto que se trata de satisfacer necesidades permanentes de personal del servicio en el que los actores han prestado servicios, ante la insuficiencia de su plantilla. En particular, en el caso de una de las demandantes, la sentencia afirma que la vulneración de las normas que regulan la contratación administrativa es «flagrante», pues los servicios prestados por ella no han sido de carácter intelectual, técnico o que exija titilación especializada, sino que han sido los propios de un auxiliar administrativo.

Por último el Tribunal se centra en la cuestión relativa a la calificación del acto extintivo llevado a cabo por la Comunidad Autónoma demandada. Ésta discrepa del criterio del juzgador de instancia que declaró la nulidad del acto extintivo, calificado como de despido, por entender que existían indicios suficientes de que éste se producía como represalia a las demandas planteadas por los actores y otras personas que se encontraban en su misma situación, reclamando el reconocimiento de una relación laboral de duración indefinida, lo cual supone la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad.

Para responder a esta cuestión, la Sala, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, recuerda que «la garantía de indemnidad, en la esfera laboral, se traduce, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de su derecho, con la lógica consecuencia de que una actuación empresarial basada en el hecho de haber ejercitado una acción en defensa de sus derechos laborales habría de calificarse de nula». La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si la presentación de las demandas es indicio suficiente de que la no renovación de sus contratos fue una represalia por esa reclamación judicial.

A este respecto, la Sala en su sentencia reconoce que los trabajos que han venido desarrollando los actores se corresponden a actividades normales y permanentes del Servicio de Calidad Ambiental en el que fueron encuadrados, su contratación obedece a la insuficiencia de la plantilla asignada a dicho centro de trabajo y la utilización indebida de la contratación administrativa es consecuencia de las limitaciones existentes, tanto para la creación de nuevas plazas de funcionario, como para la contratación en régimen laboral, ambas sujetas a un riguroso procedimiento de selección que garantice a todos los aspirantes el ingreso en la Administración Pública en condiciones de igualdad, y con respeto a los principios de merito y capacidad.

Pero, el TSJ entiende en el presente caso que, el mero hecho de que los actores presentaran en abril de 2009 reclamación previa, solicitando el reconocimiento del carácter laboral indefinido de su relación de servicios y a continuación presentaran demanda en el mes de julio del mismo año, «no es un dato suficiente para estimar indicios de vulneración de la garantía de indemnidad», porque no se produjo una reacción inmediata de la administración demandada dando lugar a la extinción de la relación, sino que esperó a la llegada de la fecha que los contratos suscritos por aquellos establecía como fecha de terminación, dato que es de carácter relevante (STC 171/2005). Por otro lado, el TSJ expresa en su sentencia que la administración demandada no despidió a los demandantes sino que se limito a no volver a otorgarles un nuevo contrato administrativo, «actitud esta que ponía de manifiesto que, de hecho, la Comunidad demandada reconocía la inviabilidad de la contratación administrativa, y era consecuente con el fundamento de la pretensión de los actores, la cual se fundamentaba en la ilegalidad de los contratos administrativos de servicios o de asistencia otorgados».

Para terminar, el TSJ entiende que la Comunidad Autónoma demandada no podía seguir incurriendo en tal irregular práctica pero tampoco podía proceder a reconocerles la condición de personal

laboral o la de funcionario, pues ello suponía conculcar la legislación vigente, tanto para el acceso a la función pública como para la contratación laboral por parte de las administraciones públicas, de ahí que la falta de otorgamiento de un nuevo contrato administrativo, en este caso de servicios, no pueda ser calificado como indicio de una represalia por el ejercicio de acciones judiciales, sino, tan sólo, la única medida al alcance de la Comunidad Autónoma demandada para respetar el marco legal existente; máxime si, como explícitamente establece el artículo 277.4 de la Ley 30/2007, «a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante».

Por todo lo expuesto, el TSJ de Murcia estima parcialmente el recurso de la Comunidad Autónoma de manera que procede la revocación de la sentencia dictada en la instancia, para, en su lugar, dictar otra que declare la improcedencia de los despidos.

3. La presente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia deja una sensación ambigua pues, por un lado, reconoce abiertamente que la práctica llevada a cabo por la administración ha consistido en una irregular y artificial fragmentación de las tareas para poder cubrir necesidades permanentes de personal por medio de contratos administrativos, pero, por otro lado, la tutela ofrecida a los trabajadores afectados es insuficiente. La sentencia reconoce la naturaleza de despido que reviste el acto extintivo de no renovación de la contratación administrativa que se mantenía vigente con los dos trabajadores; sin embargo, al estimar que se trata de un despido improcedente y no nulo conduce en todo caso a la extinción de la relación, con abono de la indemnización correspondiente, eso sí.

En todo caso, ciertamente no podría ser de otro modo teniendo en cuenta las peculiaridades del ámbito en el que esta situación se produce. Lo primero porque, en todo caso, las relaciones laborales reconocidas serían las propias de un trabajador indefinido pero no fijo de plantilla y, por otro, por la doctrina dictada en materia de indemnidad (STC 171/2005) porque no se produjo una reacción inmediata de la administración demandada dando lugar a la extinción de los contratos, sino que esperó a la llegada de la fecha que los contratos suscritos por aquéllos establecía como fecha de terminación.

STSJ de Murcia de 1 de diciembre de 2010 (Recurso de Suplicación 721/2010), IL J 325/2011.

1. La actora ha venido prestando servicios como administrativa de forma ininterrumpida para la Consejería de Agricultura de la Región de Murcia, mediante cuatro sucesivos contratos administrativos menores, temporales y retribuidos: a) Contrato de asistencia técnica de apoyo para la tramitación de expedientes de evaluación de impacto ambiental para el sector porcino. b) Contrato de servicios para control, seguimiento y elaboración de instrucciones tipo para la ejecución del procedimiento de autorización ambiental integrada. c) Contrato de servicios para determinar en la base de datos de evaluación de impacto ambiental. d) Contrato de servicios para actualización de la base de datos de evaluación de impacto ambiental. Realizaba las siguientes tareas bajo la supervisión de la Jefatura del Servicio: a) Preparación y envío de las convocatorias de la Comisión Técnica de Evaluación de Impacto Ambiental por fax, correo electrónico y correo ordinario (con su correspondiente registro). b) Preparación de «DÍA» o informe según acuerdos de la Comisión Técnica de Evaluación de Impacto Ambiental. c) Elaboración de consultas a los órganos competentes según petición de los técnicos de evaluación. d) Gestionar el registro de salida. e) Atención por teléfono a ciudadanos, empresas y profesionales; dándoles información, según consta en la base de datos del servicio. f) Realizar una base de datos en «Excel» de los expedientes caducados o pendientes de caducar para la realización de su correspondiente oficio de caducidad o resolución de caducidad. g) Elaboración y envío de faxes. La actora desarrollaba tales labores en las dependencias de los servicios medioambientales de la Comunidad Autónoma, y estaba sometida a régimen de horario, con jornada de 35 horas semanales y diaria desde las 8:00 a las 15:00 horas de lunes a viernes y ampliación de media hora diaria restante en horario flexible. Firmaba unos partes diarios de control de entradas y salidas,

supervisados por una funcionaria. Disfrutaba de vacaciones anuales y hasta de 6 días de asuntos propios, al igual que el resto del personal del Servicio, para lo que debía realizar una comunicación previa a una funcionaria. Las personas que realizaban tareas bajo la cobertura de contratos de asistencia técnica, como la demandante, tenían instrucciones para comunicar de un cierto modo al servicio las bajas por enfermedad, maternidad o accidente de trabajo. Para la ejecución de su trabajo se puso a su disposición una mesa de trabajo, teléfono y ordenador y dispone de una clave de acceso a la red interna de la Administración Regional.

2. No cabe aceptar una presunción de validez de la contratación administrativa de la demandante, contrato de asistencia técnica según RDLeg 2/2000 y 3 contratos de servicios, según Ley 30/2007, porque el artículo 196 del RDLeg 2/2000, de 16 de junio, no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí mismas consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido y está eliminando la posibilidad de contratar personas para llevar a cabo trabajos continuados en régimen de dependencia, de modo que la adaptación a una organización, la reiteración en la prestación de unos servicios, la sumisión a un horario y la percepción de una retribución fijada por el contratante no son condiciones propias de unos trabajos de consultoría o asistencia. Se apoya la sentencia en la DA 4.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que prohibía contratos administrativos de colaboración temporal. La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, suprimió la posibilidad de celebración de contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, lo que se mantiene en el RDLeg 2/2000, de 16 de junio. Ello concuerda con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en la que desaparecen los contratos de consultoría y asistencia técnica y se mantienen los de servicios, cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (artículo 5). Los contratos de la demandante no son validos, pues los servicios se han desarrollado en el centro de trabajo de la comunidad autónoma demandada, según criterios de ajenidad, dependencia y retribución característicos de la relación laboral (artículo 1.1 LET) y porque la actividad por ella desarrollada, corresponde a la que es objeto de la suma de los contratos administrativos otorgados y se corresponde a la actividad que con carácter permanente se desarrolla en el Servicio de Calidad Ambiental en el que la actora fue encuadrada.

3. En efecto, la referida sentencia del TSJ de Murcia se acomoda y desarrolla la doctrina jurisprudencial que estimó relevante la D A 4.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y el RD 1465/1985, de 17 de julio, de modo que en la normativa administrativa se prevé la contratación administrativa para un trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final; por lo que la naturaleza laboral de la prestación de servicios realizada, cuando concurren las notas de ajenidad, retribución y dependencia, no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo en virtud del artículo 1.3.a) LET en relación con la DA 4.ª2 de la Ley 30/1984 y con los RRDD 1465/1985 y 2357/1985. La procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto de que se refiera a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, lo que exige que lo contratado sea un producto delimitado de la actividad humana. El contrato regulado en estas normas pertenece al tipo de contrato de obra, que no concurre cuando lo que se contrata no es un producto específico que pueda ser individualizado de la prestación de trabajo que lo produce —un estudio, un proyecto, un dictamen profesional—, sino una actividad en sí misma.

Desde la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, la contratación administrativa ya no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí mismas consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido. Cuando se trata de una prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, consistentes en la actividad constante y habitual de ésta, y concurren las notas de dependencia y ajenidad,

el trabajo realizado en relación con la obra o servicio objeto de los mismos, se trata de unas relaciones laborales existentes entre las partes (SSTS de 2 de febrero de 1998, 13 de julio de 1998, 15 de septiembre de 1998, 9 de octubre de 1998, 4 de diciembre de 1998, 21 de enero de 1999, 18 de febrero de 1999, 3 de junio de 1999, 29 de septiembre de 1999, 14 de mayo de 2005, 30 de abril de 2007, 25 de octubre de 2007, 14 de octubre de 2008 y 17 de junio de 2009).

STSJ de Asturias de 1 de diciembre de 2010 (Recurso de Suplicación 2260/2010), IL J 326/2011

1. El demandante prestó servicios de Experto Docente por cuenta de la Administración del Principado de Asturias, desde el año 2000 hasta el año 2008, en el Centro de Formación para el Empleo perteneciente a la Dirección General de Formación Profesional, para impartir cursos de Ayudante de Cocina y de Cocinero, desarrollados dentro de los planes públicos de formación para el empleo, bajo la modalidad de contratos de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, suscritos primero con la Consejería de Trabajo, después con la Consejería de Educación, mediante 20 contratos temporales. Estos cursos tenían lugar en las fechas y con las condiciones que establecía la Administración a través de la Dirección del Centro de Formación, en cuanto a selección de alumnos, matrículas, horarios, material y local. El 3 de agosto de 2009 la Subdirección del Centro de Formación Profesional para el Empleo de Langreo propuso al Servicio de empleo del Principado de Asturias, la realización de contratos de servicios a cuatro empresas, para la impartición de la acción formativa; una de ellas correspondía a Fernando, para el curso de operaciones básicas de cocina, a impartir en horario de mañana. La propuesta incluía relación de trabajos mínimos. Con 10 días de antelación al inicio del curso, deberá revisar el estado de los equipos, maquinaria y materiales existentes en el Centro necesarios para el desarrollo teórico-práctico, facilitando al equipo de dirección del centro la relación de consumo necesario a adquirir así como cualquier reparación o mantenimiento que precisen los equipos y/o maquinaria. Colaborará en el proceso de selección del alumnado del curso, estudiando la experiencia profesional y formación previa de éstos antes del inicio del curso. Elaborará toda la documentación técnica que considere necesaria para impartir la acción formativa, en base al programa del curso y entregará una copia al equipo de Dirección del Centro para su reproducción y posterior entrega a los alumnos. Elaborará, con carácter excepcional, cualquier informe relacionado con la acción formativa que imparta a requerimiento de la Dirección del centro. Impartirá la acción descrita conforme a la metodología e indicaciones del Centro. Realizará la evaluación docente teórico-práctica del alumnado participante, al término de cada módulo. Dicha documentación estará a disposición del equipo de dirección del centro. Al término de todos los módulos, entregará la relación de calificaciones obtenidas por los alumnos conforme al modelo que le será facilitado. Al final de la acción formativa entregará al equipo de dirección del centro informe con el estado de todos los elementos (maquinaria, equipos, etc.) que hayan sido utilizados con las necesidades de mantenimiento, revisión y/o reparación. Asimismo, entregará una relación con el material de consumo sobrante. El 6 de agosto de 2009 la Sección de Régimen Jurídico y Contratación del Servicio Público de Empleo adjudicaba a Fernando el contrato del servicio de impartición de la especialidad formativa «Operaciones básicas de Cocina» en el Centro de Formación de Langreo, dentro de la programación de cursos de Formación Profesional para el Empleo-segundo semestre 2009, por 12.474 euros. El Servicio Público de Empleo fijaba el plazo para la prestación del servicio de 14 de septiembre a 30 de noviembre de 2009; el horario de 15:30 a 20:30 horas, y la finalización para antes del 7 de diciembre de 2009. En 2009, el demandante prestó la actividad en régimen de trabajador autónomo, en idénticas condiciones a las que había experimentado en años anteriores, con contratos de trabajo. Cada mes, Fernando emitía factura por el número de horas impartidas.

2. Es relevante para el TSJ de Asturias que el demandante ha impartido un total de 20 cursos como experto docente en el Centro de Formación Ocupacional de Langreo desde el año 2000 hasta el año 2008. Todos los contratos se concertaron bajo la cobertura formal de contrato por obra o servicio determinado a tiempo parcial y todos los cursos versaban sobre cocina, variando la denominación

concreta. El desarrollo de éstos se realizaba bajo las directrices del coordinador del centro que decidía las fechas y horarios así como la selección de alumnos y el material a utilizar. Cada uno de los contratos respondía a un concreto programa de formación ocupacional, que a su vez se correspondía con las convocatorias anuales de las programaciones de cursos del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional. En la programación de los cursos para el año 2009, se incluyó la realización de un curso en Langreo sobre las materias que venía impartiendo el accionante que resultó adjudicatario de un contrato administrativo menor para impartir el curso de «operaciones básicas de cocina» durante el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 30 de noviembre de 2009 a cambio de 12.474 euros. La Administración del Principado de Asturias decidió no utilizar la contratación laboral a partir del 1 de enero de 2009, sino que se llevara a cabo la contratación bajo el régimen administrativo y no laboral y en febrero de 2009 se publicó en la página web de la Administración del Principado de Asturias el anuncio de la convocatoria de los cursos antedichos estableciendo que la docencia se impartiría, mediante el sistema de concierto, por empresas o trabajadores autónomos.

De ello se ha de obtener que la formación profesional impartida es una actividad permanente y ordinaria de la Administración —aunque desarrollada de forma intermitente o cíclica— con sucesión de las contrataciones del accionante, que ha venido impartiendo la misma función docente sobre la misma materia desde 2000, lo que permite atribuirle la condición de trabajador indefinido discontinuo al haber estado vinculado laboralmente —no para cubrir una necesidad puntual— sino para una necesidad de trabajo de carácter cíclico.

El criterio relevante para la diferenciación entre estos contratos se encuentra en la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados. Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando ésta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir, cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario, existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. Y la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa —de ahí la condición de fijeza— que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de lo jornada anual. Se trata, por tanto, hasta 2008, de un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

En cuanto a lo relativo a 2009, es relevante que el accionante imparte dicho curso en idénticas condiciones a aquellas en las que había venido prestando sus servicios laborales en un centro de la Administración que es quien pone a su disposición las instalaciones, talleres, maquinaria y cuantos elementos son precisos para el desarrollo del curso con inclusión de material didáctico. Se observa que lo contratado por la Administración no es una obra o resultado que pueda objetivarse, sino la actividad del accionante como experto docente para impartir una actividad docente a desempleados —propia de dicha Administración— concurriendo las notas de voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia (artículo 1.1 LET) caracterizadoras de una relación jurídica de naturaleza laboral, con lo que la suscripción de un contrato administrativo únicamente tenía el fin de encubrir la laboralidad de una relación que venía vinculando a las partes desde hace ya varios años con carácter discontinuo.

3. Al margen de la nula diferenciación que se detecta en la sentencia de Asturias, entre el contrato de trabajo fijo discontinuo y el contrato a tiempo parcial, y de las más complejas diferencias entre estos contratos y el de eventualidad que las que se identifican en la sentencia, es lo cierto que el contrato entre la Administración y el demandante no era administrativo sino laboral, pero no porque hubiera venido impartiendo desde 2000 la misma actividad y ésta sea propia de la Administración, sino porque desde la Ley 53/1999, de 28 de diciembre y el RDLeg 2/2000, de 16 de junio, la contratación administrativa ya no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en

sí mismas consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido. Cuando se trata de una prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, consistentes en la actividad constante y habitual de ésta, y concurren las notas de dependencia y ajenidad, el trabajo realizado en relación con la obra o servicio objeto de los mismos, se trata de unas relaciones laborales existentes entre las partes (SSTS de 14 de mayo de 2005, 30 de abril de 2007, 25 de octubre de 2007, 14 de octubre de 2008 y 17 de junio de 2009).

STSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2010 (Recurso de Suplicación 1518/2010), IL J 146/2011.

1. El 2 de enero de 2005, el Ayuntamiento de Valdefresno y Don Juan María suscribieron un contrato de Arrendamiento de Servicios con el objeto de que este último prestara asesoramiento técnico en materia de urbanismo a favor del citado ayuntamiento. El contrato tenía una duración de un año, si bien dicho plazo se renovaba automáticamente por igual período, a menos que cualquiera de las partes notificara a la otra, con quince días de antelación a la conclusión de plazo vigente, su intención de no continuar. Los trabajos a realizar por el arquitecto eran concretados en cada caso mediante instrucciones verbales o escritas poniendo a disposición de aquél la documentación e información precisa y se llevaban a cabo mediante la presencia personal del Arquitecto en las instalaciones del Ayuntamiento dos días a la semana. Como contraprestación percibía una cantidad fija mensual de 780,68 euros, IVA incluido, que eran ingresados por el Ayuntamiento mensualmente.

El 9 de diciembre de 2009, el Ayuntamiento demandado notificó la decisión de rescindir la relación contractual que hasta la fecha vinculaba a ambas partes. La Sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de León, de 26 de mayo de 2010, declaró la incompetencia del Orden Social de la jurisdicción para conocer de la demanda de despido deducida por Don Juan María frente al Ayuntamiento de Valdefresno, al considerar que no fue jurídico-laboral la relación de prestación de servicios habida entre las partes. Y es contra esa sentencia contra la que se recurre en suplicación frente al TSJ cuya sentencia ahora se comenta.

2. En su sentencia el Tribunal Superior de Justicia entiende que del relato de los hechos probados el estado de los hechos concurrente en el litigio no tiene encaje ni en la contratación administrativa —tesis del Ayuntamiento ahora recurrido— ni tampoco en el arrendamiento de servicios contemplado en el artículo 1544 del Código Civil —tesis de la sentencia de instancia—, puesto que la relación de prestación de servicios retribuidos que hubo entre el Ayuntamiento de Valdefresno y el arquitecto superior fue la laboral que se define o caracteriza en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la imposible inserción de la relación en el ámbito de la contratación administrativa, la Sala recorre, una vez más, tanto el itinerario legal experimentado por la figura de la contratación administrativa con personas físicas como la doctrina jurisprudencial dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Así, señala que el elemento nuclear de la distinción entre lo administrativo y lo laboral radica en la naturaleza de la actividad que es objeto de contratación, sólo se estará en el primero de los ámbitos jurídicos citados cuando esa actividad se constriña a la realización de un producto o resultado específico —un dictamen, un estudio, un proyecto, entendido en cualquier caso como aquello que integra el objeto material de un contrato de obra—, formando parte por el contrario de lo jurídico-laboral la contratación que se proyecta sobre la ejecución de una actividad en sí misma considerada y con independencia de su fruto o resultado. Y es esto último lo que acaece en el caso presente, puesto que lo que fue objeto de contratación en enero de 2005 por el Ayuntamiento de Valdefresno no radicó en un producto, una obra o un resultado determinado, sino en la actividad de asesoramiento urbanístico a la corporación y a la comunidad municipal, quehacer ese de naturaleza ordinaria y habitual, al formar parte del servicio público de ordenación y de disciplina urbanística, y quehacer que ha venido siendo desempeñado por el Sr. Juan María, cuanto menos, desde enero de 2005. Por todo ello,

la Sala declara la estimación del recurso y de la demanda rectora de autos, y entiende que la decisión extintiva del vínculo laboral adoptada por el Ayuntamiento de Valdefresno, constituyó un acto de despido laboral [artículo 49.1.k) del Estatuto], despido que ha de calificarse como improcedente por lo acabado de indicar, anudando a esa calificación las consecuencias tasadas en el artículo 56.1 de la Ley. Ahora bien, aquella estimación sólo puede ser parcial, puesto que a efectos indemnizatorios no cabe reconocer otra antigüedad que la de 1 de enero de 2005, esto es, la coincidente con la vida del contrato que se rubricara en aquella fecha.

3. Una vez más nos hallamos ante una irregular utilización de la contratación por parte de la administración pública, si bien en este supuesto se realiza un contrato de arrendamiento de servicios que no puede ser reconocido como tal sino que debe, y así es declarado por la Sala, encuadrarse y caracterizarse como una relación laboral según una ya consolidada doctrina jurisprudencial, evocada por el TSJ en su sentencia. Es ilustrativa la fundamentación que se efectúa sobre el particular al tiempo que resulta altamente pedagógico el recorrido que realiza la Sala de esa jurisprudencia. En primer lugar, recuerda que la denominación de los contratos no sirve para identificar su auténtica naturaleza jurídica, puesto que ésta depende de la configuración de las prestaciones y obligaciones que integran su objeto. En segundo lugar, si bien las prestaciones y obligaciones del contrato de trabajo y del contrato de arrendamiento de servicios presentan una configuración común, al estarse en ambos casos ante un genérico intercambio de trabajo o actividad por su precio o remuneración, esa configuración se connota sin embargo en el contrato de trabajo por las categorías de estabilidad de ese intercambio y retribución garantizada, mediante la inserción de la prestación laboral en un régimen o sistema de ajenidad y dependencia. En tercer término, destaca de la argumentación jurídica de la sentencia comentada, cómo esas dos específicas y decisivas características de lo laboral, esto es, la traslación a otro de los frutos del trabajo y su materialización en la organización de ese otro y bajo la dirección de ese otro, presentan sin embargo un alto nivel de abstracción y se manifiestan de manera y con intensidad distintas en función de la actividad de que se trate o del modelo productivo en el que se inserte la actividad de trabajo, siendo por ello en ocasiones necesario acudir a hechos o circunstancias indiciarias de su concurso o no. En cuarto lugar, los indicios más comunes de la existencia de dependencia se han identificado como sigue: prestación de los servicios en el centro de trabajo del empleador o en el lugar por él mismo designado; sometimiento a horario; materialización personal del trabajo; e inserción del trabajador en la organización del empleador y correlativa carencia de organización empresarial del trabajador. Por su parte, en quinto término, son indicios comunes de la prestación de servicios en términos de ajenidad los siguientes: puesta a disposición del empleador de los productos elaborados o de los servicios realizados; asunción por el empleador de las decisiones atinentes a las relaciones de mercado y con el público; el carácter fijo y/o periódico de la retribución, y cálculo de ésta en proporción a parámetros comunes o característicos de lo laboral. En fin, no cabe excluir el concurso cierto de lo jurídico-laboral por el solo dato de la alta cualificación del trabajador y por su autonomía en el desempeño de una actividad esencialmente sometida a la *lex artis* propia del quehacer de que se trate, puesto que lo decisivo al respecto en ese tipo de actividades sigue siendo su ejecución con sumisión o no a las notas de dependencia y ajenidad.

STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2010 (Recurso de Suplicación 3829/2010), IL J 308/2011.

1. Don Miguel Ángel suscribió un contrato de trabajo de duración determinada con el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, para prestar servicios como psicólogo, en sustitución de la titular, en situación de baja por enfermedad y hasta el momento en que ésta se reincorporara. A continuación fue contratado mediante contratación laboral interina para ocupar una plaza de psicólogo del Programa de Familia y Convivencia de la Sección de Servicios Sociales, a rescindir en el momento en que la titular se reincorporara a su puesto. Después se formaliza documento administrativo de contrato de «servicio de mediación familiar y prevención de la violencia», según adjudicación auto-

rizada por la Junta de Gobierno local. Dicho contrato, de carácter administrativo, había de regirse, en lo no previsto, por el Pliego correspondiente. A esta contratación administrativa siguieron otras similares hasta que el día 22 de octubre de 2009 finalizó el último de los contratos a los que nos hemos referido, lo que le fue comunicado a Don Miguel Ángel mediante carta emitida por la Jefa de la Sección de Servicios Sociales.

Contra dicha extinción se presentó demanda frente al Juzgado de lo Social que, estimando la excepción de incompetencia de la jurisdicción laboral articulada por el demandado Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, desestimó la demanda. Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante frente al TSJ de Madrid cuya sentencia ahora se comenta.

2. La Sala, después de analizar y ponderar todos los hechos probados, considera que la versión judicial de los hechos, más las adiciones acogidas en revisión, reflejan fielmente las circunstancias fácticas que concurren en el supuesto enjuiciado, sin que sea menester introducir ningún otro dato, ni tampoco prescindir de cualesquiera de los que ya figuran reflejados en ella. Sentado lo anterior, resulta evidente que tanto la contratación administrativa del actor por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes como «psicólogo para el desarrollo del Programa de Mediación Familiar y Prevención de la Violencia» que dimana de la resolución del entonces Teniente de Alcalde y Concejal Delegado del área de Administración datada en 27 de septiembre de 2002, cuanto los dos contratos calificados formalmente como administrativos para la ejecución del «servicio de mediación familiar y prevención de la violencia» suscritos en 2 de septiembre de 2004 y 26 de julio de 2006, contrarían flagrantemente la normativa legal que, a la sazón, estaba en vigor, pues su objeto no fue otro que el desempeño de una actividad perfectamente definida de las que son propias y permanentes de la Corporación demandada.

Una vez más, se invoca la jurisprudencia dictada en unificación de doctrina por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (que no reiteraremos aquí por entender que ésta se halla suficientemente recordada en estas mismas líneas) y la aplicación de dicha jurisprudencia al presente caso en que las tareas profesionales realizadas por el recurrente en su prestación del servicio de mediación familiar que dispensa el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes se realizaron dentro del ámbito de organización y dirección de esta Entidad local, conduce a declarar la existencia de una relación de carácter laboral común.

En efecto, haciendo abstracción del carácter personal (*intuitu personae*) y, sin duda, retribuido de la mencionada prestación, su materialización valiéndose de las propias instalaciones del Ayuntamiento, con sujeción a un horario predeterminado y teniendo que atender, en todo caso, a las personas que los trabajadores sociales le derivaban, se une a que, en cuanto al trabajo contratado, era la Jefa de Sección de Servicios Sociales quien lo dirigía. Al concurrir cuantas notas configuran tal nexo contractual, o sea, el carácter personal y remunerado de la prestación de servicios, que, además, se efectuaba por cuenta de otro, que era quien hacía suyos los frutos del trabajo del demandante, y bajo su dependencia, la Sala declara «que el orden social de la jurisdicción es el competente por razón de la materia para conocer lo que implica la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, con retroacción de actuaciones al momento en que la misma se dictó para que se dicte otra nueva, en la que con absoluta libertad de criterio, mas partiendo de la competencia material de este orden social, entre a enjuiciar la cuestión de fondo suscitada».

3. Dejando a un lado las consabidas consideraciones acerca de la celebración reiterada de contratos administrativos por parte de las administraciones locales para la realización de tareas permanentes de la entidad, lo más destacable de la presente sentencia es la argumentación que en ella se contiene acerca del efecto que sobre esta práctica tiene la nueva regulación de la Ley 30/2007 de contratos del sector público. En este sentido, se reconoce que el último contrato administrativo que las partes concertaron para la ejecución del servicio de mediación familiar que presta el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, se firmó cuando ya estaba en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Con-

tratos del Sector Público. Esta norma, entre sus diversas tipologías, admite los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración (artículo 5.1), definiendo el 10 como contratos de servicios aquéllos «cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». Parece insinuar el Tribunal que bajo dicha normativa podría tener cabida la actividad desarrollada por el demandante pero como la contratación administrativa anterior iniciada en 27 de septiembre de 2002 fue ilegal por carecer de título habilitante no puede entenderse subsanada por la suscripción de un nuevo contrato, también administrativo, en 22 de octubre de 2008. La Sala entiende que si ya desde aquel entonces el actor era personal laboral con contrato de duración indefinida al servicio de la Entidad demandada, que no fijo de plantilla, mal podía celebrar en octubre de 2008 un contrato de naturaleza administrativa para continuar desempeñando iguales labores profesionales que hasta ese momento.

En cualquier caso, más allá del supuesto concreto que ahora nos ocupa, lo que en mi opinión constituye el foco del problema es que un mismo trabajo pueda ser considerado administrativo o laboral dependiendo de las circunstancias. La propia Sala también lo pone de manifiesto: «Así, un trabajo contratado por la Administración con una persona física que no se ejecuta en régimen de dependencia se pudo calificar, no obstante, como laboral al amparo de la Ley 13/1995 cuando esa persona física carecía de los medios requeridos para ejecutar el trabajo encomendado. Por el contrario, en estas mismas circunstancias (trabajo no dependiente de una persona física y sin medios productivos) será administrativo de acuerdo con la regulación vigente a partir de la Ley 30/2007».

Todo parece indicar que seguiremos encontrando abundantes sentencias resolviendo controversias parecidas a ésta y que la contratación administrativa con personas físicas continuará situándose entre las zonas grises del concepto de trabajador al servicio de las administraciones públicas.

D) Profesiones liberales

STSJ de La Rioja de 2 de noviembre de 2010 (Recurso de Suplicación 250/2010), IL J 219/ 2010.

1. Según los hechos probados de la sentencia de instancia, el demandante, R, de profesión abogado, estuvo vinculado laboralmente con la demandada hasta el 31 de diciembre de 1980. Posteriormente las partes novaron el contrato, de modo que al acortamiento de la jornada se unió el pacto de retribución anual, el alta en el régimen de autónomos y la facturación con IVA por el asesoramiento jurídico prestado. El abogado acudía intermitentemente al centro de trabajo de la empresa, junto con tres abogados más, laboralistas todos ellos, que se sustituían entre sí en los servicios encomendados para los clientes de la demandada, servicios compatibles a los personales que prestaban a esos mismos clientes, o a otros propios de cada abogado. En todo caso la empresa tenía un cierto control sobre el horario, facilitaba libros de consulta y medios informáticos a los letrados, aunque el actor hacía escaso uso de ellos. Tenían aquéllos, en el ejercicio de su función, plena libertad de criterio en orden a la respuesta u orientación de las consultas, que se llevaban a cabo conforme sus conocimientos sobre la materia laboral, bien que la empresa demandada controlaba también el grado de satisfacción de los clientes asociados a ella.

Hasta el año 2008, los letrados se beneficiaban de un seguro colectivo de la empresa para todos sus empleados y colaboradores de cuantía no evaluada, recibían, todos los años una cesta de navidad, desconociéndose su importe y eran invitados junto con los demás empleados de la demandada a la cena de Navidad. En ese mismo año todos ellos firmaron un contrato de «prestación de servicios» con la demandada, de duración anual —prorrogable por períodos anuales, como en la práctica ocurrió— en los que se establecía un horario fijo de invierno y de verano, con posibilidad de alteración previo acuerdo de las partes, pero fijándose la duración de las citas con los clientes y su distribución, esta-

bleciéndose asimismo la obligación de atender con la mayor rapidez posible las consultas urgentes de aquéllos. Expresamente se disponía en los contratos que los letrados seguirían en todo momento las órdenes e instrucciones impartidas por la demandada, bien destinadas a todos ellos o a cada uno en particular. También se establecía un sistema especial de turnos y sustituciones entre los propios letrados durante agosto, pero sin fijar la liberación de la prestación de servicios en ese mes. En cuanto a la retribución, los letrados tenían asignada una fija mensual de 673,57 euros, realizada mediante transferencia bancaria. También se establecían reglas de incompatibilidad, de modo que los letrados no podrían prestar servicios a otros organismos y entidades de ámbito autonómico que pudieran considerarse incompatibles con los objetivos y funcionamiento de la entidad demandada, sin la previa autorización de esta última, hasta el punto de que la inobservancia de esa limitación sería causa de resolución de los contratos, a voluntad de la empresa. Del mismo modo se añadía la prohibición de atender durante las horas de consulta establecidas a clientes no socios de la demandada, sin la autorización de ésta, con la misma posibilidad resolutoria a su criterio. Respecto de la sustitución entre los letrados, el contrato imponía fuertes limitaciones y exigía, de presentarse casos excepcionales, la previa autorización de la demandada. Además de lo anterior, los contratos incluían prolijas y muy estrictas reglas en materia de confidencialidad y protección de los datos de carácter personal.

La resolución del contrato del demandante, en la que la empresa calificaba expresamente el contrato como de arrendamiento de servicios, se basó en la pérdida de confianza, obligándose la empresa al pago de los honorarios pendientes en el ejercicio anual en curso. Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción y lo mismo hizo la Sala al resolver el recurso de suplicación.

2. La Sala, tras rechazar los tres motivos articulados por el recurrente para la modificación del relato de los hechos probados de la sentencia de instancia, y reproduciendo con sus propias palabras lo fundamental de tal relato fáctico, basa su sentencia desestimatoria del recurso de suplicación en el supuesto resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986, cuyos hechos probados reitera casi literalmente de nuevo. A partir de ahí, consigna que en ese antecedente jurisprudencial destacaba «... la nota de arrendamiento de los servicios profesionales del actor, pues sin encontrarse bajo el ámbito de organización y de dirección de la Asociación demandada, atendía las consultas jurídicas que le hacían sus afiliados, en horas por él señaladas, cobrando por este servicio un tanto alzado al mes; y con independencia de estas consultas, en su condición de Abogado en ejercicio libre, percibía de los asociados los honorarios que por cualquier gestión distinta a ellas llevara a cabo. De ahí que esta relación deba enmarcarse entre las de orden civil, al no tener encuadre en la esfera de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, ya que el poder que la Asociación le otorgó es análogo al que usualmente se hace a un Letrado en ejercicio libre».

Esa referencia se completa, en la sentencia ahora comentada, por otra que se lleva a cabo de la sentencia núm. 264/2003, dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de febrero de 2003 (recurso 52/2003), a tenor de la cual «... hay, en efecto, zonas grises entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios, no en vano procede aquél de éste y deben de alumbrarse sobre los hechos, sin que sea posible atender al *nomen iuris* que las partes den a su relación. En el caso que nos ocupa queda probado lo siguiente: a) que las partes formalizaron un contrato de arrendamiento de servicios (hecho primero.2 y folios 220 y 221); b) que la actora no cobraba salario sino que emitía minutas con IVA; c) no tenía horario preestablecido; d) que estaba dada de alta en el Colegio de Abogados y a veces Letrada de oficio y realizaba funciones de árbitro. De estas características se extraen unas consecuencias lógicas y es que: 1) la actora firma un contrato de arrendamiento de servicios que, como letrada, sabe qué tipo de contrato es y que, durante la relación mantenida no consta que lo impugnara de forma que si se hubiera tratado de otra persona no letrada se podría invocar la ignorancia de su relación, pero no así en una persona abogada y que conocía perfectamente la diferencia entre arrendamiento de servicios y contrato de trabajo; 2) la misma actora no pidió en ningún momento que se le remunerase a través de una nómina sino que era ella la que emitía las correspondientes facturas

como minuta profesional de abogada (folios 71 y siguientes) y que dependía si eran por estudios, conferencias, etc. (hecho probado primero.2); 3) el hecho de que asistiera a los locales de las codemandadas no ofrece, por sí solo, una relación laboral, aunque, como en todo arrendamiento de servicios para este tipo de trabajos se reciban órdenes de actuación y las correspondientes rendiciones de cuentas (hecho probado cuarto) concluyendo la inexistencia de relación laboral entre las partes».

3. Desde el punto de vista valorativo, las sentencias que se comentan no parecen satisfactorias en términos jurídicos, fundamentalmente porque no contienen propiamente una argumentación relativa a los hechos específicos que el supuesto enjuiciado presenta, sino que acogen el más cómodo procedimiento de remitir a otras sentencias, recaídas lógicamente en supuestos con características propias. Incluso esas dos sentencias son excesivamente lejanas en el tiempo, sobre todo la del Tribunal Supremo, siendo así que entre 1986, fecha de su dictado, y la fecha en la que la sentencia comentada se dicta, han transcurrido casi veinticinco años, durante los cuales la Sala casacional ha dictado muchas otras resoluciones plagadas de matices diversos, a la hora de proceder a la delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios. Y nada se diga de la amplísima variedad de sentencias dictadas por todas las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia entre las que la citada no es más que una más, sin particular relevancia diferencial.

Dicho lo cual, del relato de los hechos probados de la sentencia del Juzgado de Logroño, a la postre incombatido, lo que se desprende es la existencia de un contrato de trabajo paradigmático, en el que concurren los cuatro presupuestos sustantivos de laboralidad (actividad concurrentemente voluntaria, retribuida, dependiente y por cuenta ajena) y, en particular, el de la dependencia con una intensidad desusada en casos similares —y hasta en los casos de prestaciones a cargo de trabajadores no titulados— con una pródiga serie de controles ejercidos por la empresa demandada sobre el qué, el cuándo, el cómo y el dónde de las prestaciones de los letrados a su servicio y, en el caso que aquí importa, sobre la prestación del actor recurrente.

La única circunstancia que podría servir para valorar excepcionalmente la autonomía de la voluntad manifestada en el contrato novatorio que convirtió una relación indiscutiblemente laboral en una relación contractual de arrendamiento de servicios civiles, sería la calidad de los prestadores de los servicios, anteriormente trabajadores explícitos en régimen laboral, puesto que todos ellos eran abogados en ejercicio y, además de ello, especializados en materia laboral, lo que hacía necesariamente presumible su buen conocimiento de las leyes laborales y, por tanto, del concepto de contrato de trabajo y de trabajador. De ese conocimiento se desprendería la dificultad de hacer verosímil su ignorancia del paso que daban al aceptar la novación contractual, quedando entonces sólo en pie el argumento de la presión, y hasta de la coacción ejercidas por la empresa sobre sus voluntades, para obligarles a aceptar un pacto novatorio tan perjudicial para sus intereses. Situadas las cosas en ese plano, es cierto que la carga probatoria acerca de tales presiones o coacciones corría de quien las alegara y, aparentemente, esa prueba no fue llevada a cabo de manera suficiente.

E) Socios empleados

STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2010 (Recurso de Suplicación 6682/2010), IL J 144/2011.

1. Se resuelve recurso de suplicación planteado por Doña Natividad contra la sentencia de instancia que estimaba parcialmente la demanda sobre despido disciplinario planteada por la hoy recurrente contra Consum S. Coop. Valenciana, y que vino a confirmar la expulsión de la demandante como socio de trabajo de la cooperativa, si bien condenó a ésta a reintegrar determinadas cantidades detraídas de su aportación al capital social. Los hechos de los que se parte son los siguientes: Doña Natividad prestó servicios para la cooperativa demandada en condición de trabajadora por cuenta ajena con la categoría profesional de cajera reponedora desde julio de 2001. En enero de 2003, empresa y traba-

jadora firmaron un contrato societario de manera que la demandante adquiría la condición de socio de trabajo, suscribiendo el capital social mínimo establecido en los estatutos sociales y conservando las funciones asignadas previamente como trabajadora. El 15 de julio de 2009 la cooperativa entregó a Natividad una carta por la que se le anunciaba la incoación de un expediente disciplinario basado en hechos que se calificaban como faltas muy graves por transgresión de la buena fe contractual, fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas, tal y como aparecía previsto en el Reglamento de Régimen interno de la Cooperativa y en los Estatutos Sociales, cuya sanción a aplicar era la expulsión. Siguiendo el procedimiento establecido por la Ley, la demandante remitió al Consejo Rector de la cooperativa pliego de descargos, a cuyas alegaciones se respondió confirmando la sanción de expulsión. Asimismo, consta como hecho probado que la demandante hizo uso irregular de la tarjeta Cliente Consumo de la que es titular. También consta que la demandante, al igual que el resto de cajeros de la cooperativa, ha sido advertida por la empresa de que no debe hacerse un uso irregular de dicha tarjeta. Por Acuerdo del Consejo Rector se procedió a detraer el 30% del capital social de Natividad en función de los graves perjuicios ocasionados por su incorrecto proceder. Igualmente, se acordó la retención del 30% sobre el concepto de retorno cooperativo incorporado a capital social que le pudiera corresponder durante ese ejercicio.

2. En su resolución el TSJ de Cataluña tiene que abordar como primera cuestión la referida a su competencia para entender del reintegro del capital social al que se refiere la sentencia de instancia. Subsidiariamente se denuncia la aplicación errónea al supuesto de hecho de la normativa referida a las retenciones del capital social y del retorno cooperativo realizadas por la cooperativa. Ambos motivos son desestimados con base en el artículo 2.ñ) LPL y de acuerdo con una sólida jurisprudencia referenciada en la sentencia que se comenta (SSTSJ de Cataluña de 29 de julio de 1991, 10 de enero de 2000 y 29 de junio de 2001) que concluyen la competencia del orden social en estas materias sin que la modificación de la legislación aplicable haya supuesto una variación de criterio. Una vez dilucidada la competencia del orden social la Sala del TSJ desestima igualmente la segunda cuestión planteada en recurso. En este sentido argumenta que la legislación cooperativa aplicable al supuesto permite al Consejo Rector acordar el descuento siempre que se ocasionen graves perjuicios a la cooperativa. Como de la prueba practicada no cabe derivar la existencia de estos graves perjuicios, no cabe tal descuento, motivo por el cual se viene a confirmar la sentencia de instancia respecto a la devolución por la cooperativa de las cantidades detraídas.

3. Una vez más la ubicación de las figuras del socio trabajador y de socios de trabajo en las fronteras del Derecho del Trabajo da lugar a una jurisprudencia que reitera la competencia del orden social para resolver los conflictos generados dentro de una relación societaria. La fuente de la confusión es clara, una relación societaria en la que se desenvuelve una prestación de servicios que, de no ser por la exclusión constitutiva contenida en la Ley 27/2009, de Cooperativas, podría declararse como plenamente laboral una vez superado el test de laboralidad a cada concreta relación. Ahora bien, la LPL también es contundente, y tal y como se argumenta con gran solidez por parte de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, su artículo 2.ñ) reconduce este conflicto al ámbito de la jurisdicción social, ámbito regido por el mejor criterio para resolver los conflictos de intereses de dos partes enfrentadas, aunque su nexo de unión sea un contrato societario que, sólo formalmente, sublima este conflicto de intereses.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

STJUE de 10 de marzo de 2011, IL J 448/2011.

1. Mediante esta resolución el Alto Tribunal europeo da respuesta a una petición de decisión prejudicial cuyo objeto es la interpretación del concepto de trabajador por cuenta ajena del artículo 1.a)

del Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Dicha petición se presenta en el marco del litigio entre la Sra. Borger y la Tiroler Gebietskrankenkasse en relación con la negativa de esta última a concederle la prestación por cuidado de hijos durante los seis meses adicionales de excedencia sin sueldo a que se acogió al finalizar el período legal de dos años tras el nacimiento de su hijo. Los hechos que concurren en este caso son los siguientes: la Sra. Borger es nacional austríaca y residente en Austria. En 2006 tiene un hijo y durante dos años se acogió a una excedencia sin sueldo. Seguidamente, y de común acuerdo con su empleador, prorrogó seis meses dicha excedencia. Durante este período, en particular, desde marzo de 2007, la Sra. Borger se trasladó con su hijo a Suiza, donde su marido desempeñaba una actividad profesional desde 2006. Desde marzo de 2006 y hasta febrero de 2007, la Tiroler Gebietskrankenkasse abonó a la Sra. Borger una prestación por cuidado de hijos y desde marzo de 2007 hasta enero de 2008 un pago compensatorio. Sin embargo, denegó la solicitud de la Sra. Borger de que se le abonase la prestación por cuidado de hijos y se mantuviese la cobertura de la seguridad social durante los seis meses de prórroga de su excedencia. El argumento en el que se basa la institución es que en ese momento no existe un vínculo laboral efectivo en Austria, de modo que la competencia para el pago de la prestación correspondía a la Confederación Suiza. Se refuerza este argumento con el hecho de que la relación laboral de la Sra. Borger con el empresario austíaco finalizó transcurridos los seis meses adicionales de excedencia sin sueldo. Por el contrario, la Sra. Borger argumentó la pervivencia de su relación laboral, argumento que prevaleció en primera instancia donde se condenó a la Tiroler Gebietskrankenkasse al abono de la prestación. Esta decisión fue sucesivamente recurrida hasta llegar al Oberster Gerichtshof que suspendió el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia las correspondientes cuestiones prejudiciales.

2. Conforme a la jurisprudencia del propio TJUE una persona tiene la condición de trabajador en el sentido del Reglamento 1408/1971, por estar asegurada, aunque sea contra una única contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo, en el marco de un régimen general o especial de seguridad social, con independencia de la existencia o no de relación laboral. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente señala que a la Sra. Borger se le aplica un régimen de seguridad social con independencia de que exista una actividad profesional anterior o actual y que, además, parece que la Sra. Borger prorrogó deliberadamente la excedencia sin sueldo, de común acuerdo con su empresario, con el único objetivo de continuar percibiendo la prestación por cuidado de hijos. La conclusión del Tribunal es que ninguno de estos datos altera la existencia de un trabajador a los efectos de aplicación del Reglamento citado, en la medida en que existe una persona asegurada y que resulta irrelevante los motivos personales que movieron a esta persona a prorrogar su excedencia sin sueldo.

3. El objetivo del Reglamento 1408/1971 es favorecer la libre circulación de trabajadores entre los Estados de la Unión Europea. Los parámetros por los que se define el concepto de trabajador por cuenta ajena europeo a estos efectos no responden más que a esa vocación, de ahí que resulten tan contundentes y flexibles. Esta función de la Seguridad Social dirigida a promover un concepto de ciudadano europeo a través de la definición del trabajador europeo es la que justifica que el único elemento relevante en el caso enjuiciado sea la existencia de un aseguramiento y no la vigencia de una relación laboral.

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. GRUPO DE EMPRESAS.

   A) Requisitos necesarios para determinar la existencia de un grupo ilegal de empresas a efectos de la responsabilidad solidaria de todas ellas; despido objetivo por causas productivas y organizativas y grupo de empresas.

3. CONTRATAS.

   A) Diferencias con la cesión ilegal.
   B) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.
   C) Responsabilidad en materia de pago de prestaciones de la Seguridad Social.
   D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa.

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

   A) Existencia de cesión ilegal de trabajadores en los casos de contratos de puesta a disposición de carácter fraudulento; alcance de la responsabilidad de la empresa usuaria en tales supuestos.

5. CESIÓN ILEGAL.

   A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.
   B) Efectos de la cesión: ejercicio del derecho de opción sólo mientras subsista la cesión; otros efectos sí son posibles más allá de la subsistencia de la cesión.
   C) Efectos de la cesión: ejercicio del derecho de opción y del de elección entre indemnización y readmisión en supuestos de despidos improcedentes.
   D) Efectos de la cesión: condiciones económicas de la integración en la empresa cesionaria.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.

   A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho.
   B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa.
   C) Jubilación parcial, contrato de relevo y sucesión de empresa.
   D) Personal de alta dirección y sucesión de empresa.
   E) Socio trabajador de cooperativa y sucesión de empresa.
   F) Convenio colectivo aplicable.
   G) Efectos de la subrogación.
   H) Subrogación contractual y subrogación convencional.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2011 de la Revista de *Información Laboral* que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para determinar la existencia de un grupo de empresas ficticio a efectos de la responsabilidad solidaria de todas ellas; despido objetivo por causas productivas y organizativas y grupo de empresas

La reproducción de los criterios jurisprudenciales acerca de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un grupo de empresas ficticio y, por ende, poder afirmar la responsabilidad solidaria de las empresas que lo componen, sirve a la **STSJ de Castilla y León de 5 de noviembre de 2010,** IL J 229/2011, para rechazar que en el caso de autos se esté en presencia de una figura de tales características. En esta ocasión, la presencia o no del grupo de empresas ficticio tenía relevancia a los efectos de valorar o no la situación del grupo como única empresa real al objeto de justificar la existencia de razones técnicas, organizativas o de producción suficientes para llevar a cabo un despido objetivo. Inicia su argumentación la Sala de suplicación destacando que, en los supuestos de existencia de varias sociedades que colaboran en el tráfico económico, la independencia y limitación de responsabilidad de cada sociedad es mandato legal, de tal manera que, para entender que existe un único empresario, el grupo de empresas, se requiere la concurrencia de elementos que denoten el fraude de ley o el abuso de derecho. En sustancia, como precisa el pronunciamiento en examen, se exige «la utilización torticera de la personalidad independiente de la sociedad para hacerla funcionar de forma integrada o colectiva con otras en una unidad, que es el empresario real del trabajador, por adoptar su posición de forma unitaria en la relación laboral, al dar trabajo o recibir los frutos, abonar el salario o en definitiva asumir la posición del empresario de forma única frente al trabajador». Ese abuso de la independencia de la sociedad, según ha puesto de manifiesto la doctrina del Tribunal Supremo y recuerda la sentencia que comentamos, no deriva del simple hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, de tal forma que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, siendo preciso, para lograr tal efecto, un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Teniendo en cuenta que en el caso de autos ha quedado probado que no existe unidad de caja ni confusión de elementos patrimoniales (las empresas tenían contabilidades separadas e independientes y realizaban facturaciones separadas) ni de medios de producción (sin que a ello obste que los

socios y el administrador sean los mismos), la Sala concluye en la existencia de grupo de empresa efectivo y real, con las consecuencias a ello anejas (y ya apuntadas) en relación al modo de apreciar la existencia de una situación económica negativa a efectos de un despido objetivo o colectivo.

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

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

En muchas de nuestra crónicas precedentes hemos aludido (véanse, por ejemplo, crónicas n.º 37, 39, 42, 43, 44) 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, el artículo 123.2 LGSS hace recaer esa responsabilidad en el «empresario infractor», expresión genérica pero precisa que, para el supuesto de las contratas de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. A esta cuestión aluden tres pronunciamientos judiciales de los recaídos en el período examinado: la **STSJ de Valencia de 5 de noviembre de 2001,** IL J 526/2011, la **STSJ de Valencia de 14 de septiembre de 2010,** IL J 95/2011 y la **STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2010,** IL J 629/2011. Como ya hemos apuntado en otras ocasiones, el fundamento de la imputación de la responsabilidad del recargo descansa en la presencia de concretas obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del sujeto al que se hace responsable, de cuyo incumplimiento deriva el accidente o daño producido al trabajador. En otras palabras, y por lo que a los fenómenos de descentralización productiva respecta, el dato de que la actividad contratada corresponda a la denominada «propia actividad» de la empresa comitente no es esencial ni determinante a la hora de concluir en la responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por el recargo de prestaciones. A estos efectos, resulta especialmente significativa la **STSJ de Valencia de 5 de noviembre de 2001,** IL J 526/2011, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa promotora y la empresa contratista frente a la sentencia de instancia que las hacía responsables del recargo de prestaciones derivado del accidente sufrido por un trabajador de la empresa subcontratista. En concreto, el accidente se había producido en una obra de construcción de un edificio de viviendas, siendo el promotor Ediserjo S.L. y contratista principal la empresa Bor-Tec Valencia S.L., quien, a su vez, para la fase de estructura, había subcontratado los trabajos a J.B. Building S.L. y a Patricio. Fue justamente realizando trabajos de forjado con otros operarios de J.B. Building S.L cuando Hugo, trabajador de Patricio, sufrió un accidente al caer desde el forjado tercero al nivel de la calle. La Sala de suplicación, tras un breve repaso a la normativa reguladora del recargo de prestaciones y a la reiterada doctrina jurisprudencial acerca de los requisitos determinantes de la responsabilidad empresarial en casos de accidentes de trabajo (comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial; que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador; que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso), señalará que, teniendo en cuenta los hechos probados, «resulta patente que la ausencia de la más mínima actividad preventiva, lo que supone una infracción tanto de un precepto genérico cual es el artículo 14 LPRL como del artículo 11 del RD 1627/1997, de 24 de octubre, así como la ausencia de una persona que dirigiese los trabajos que se estaban realizando, lo que a su vez vulnera un mandato específico igualmente contenido en el artículo 11 del referido reglamento, determinaron el resultado lesivo que se causó al trabajador que estaba

operando con los mandos de la grúa, y debiendo responder de los mismos tanto la empresa promotora, como la constructora, que, como se razona en la sentencia recurrida y aquí damos por reproducida, tenían la obligación de haber realizado un estudio y evaluación de riesgos de aquellas tareas que se desarrollaban y que no estaban contempladas en el proyecto inicial».

Con similar argumentación y apoyo normativo, la **STSJ de Valencia de 14 de septiembre de 2010,** IL J 95/2011, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social, declarará la responsabilidad solidaria de la empresa principal por el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, dado, entre otras consideraciones, que el accidente tuvo lugar cuando el trabajador prestaba servicios en su centro de trabajo. Razona la Sala, que de los hechos probados «se aprecia sin duda la ausencia total de medidas de seguridad al tiempo de situarse el trabajador para arreglar una gotera en el tejado de uralita de la empresa, pues no había andamio, ni se colocó una red para evitar caídas ni el trabajador llevaba cinturón de seguridad amarrado a puntos fijos para realizar esa labor, lo que motivó se precipitara al vacío al ceder el tejado. Pero no se comparte la absolución de la empresa principal, pues la intervención de ésta no se puede entender situada fuera de la esfera de su actividad ordinaria, ya que la reparación en el tejado de la nave de aquélla no es una obra que se contrata por, siguiendo la terminología legal, "un amo de casa" o fuera de la estricta actividad empresarial, dado que no es de recibo señalar que la actividad de la mercantil demandada es de fabricación de productos plásticos y eso implica que no tenga que velar por la seguridad de los trabajadores que desarrollan su actividad en el propio seno de la empresa, como es el caso de la reparación contratada al tercero a que se hizo mención, que igualmente obliga a que la principal vele por la seguridad y salud de éstos, como beneficiaria directa de la actividad que allí se desarrollaba en ese momento».

Por su parte, la **STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2010**, IL J 629/2011, reiterando igualmente los criterios jurisprudenciales ya apuntados sobre los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad empresarial por infracción de las medidas de prevención de riesgos laborales, y recordando que es «el empresario el que tiene la posición de garante ("empresario garante") del cumplimiento de las normas de prevención (artículos 19 ET y 14 LPRL)», declarará la responsabilidad empresarial, por falta de medidas de seguridad, en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador demandante, imponiendo de forma solidaria a las empresas Geotunel S.L., Corsan Corviam Construcción S.A. y Copasa S.A. de obras y servicios el recargo de las prestaciones de Seguridad Social causadas por el accidentado. La relación de hechos probados es la siguiente: el trabajador demandante, contratado por la empresa Geotunel S.L., a la que la UTE formada por las empresas Corsan Corviam Construcción S.A. y Copasa S.A. de obras y servicios y encargada de la obra del tramo Ordes-Queixas del tren de alta velocidad, había subcontratado los trabajos de excavación de los túneles de A Modorra y Vilartarreo, resultó lesionado mientras realizaba labores como artillero destruyendo explosivos sobrantes de las voladuras del día. La empresa Geotunel S.L. había subcontratado, a su vez, a Prosenorsa S.L. los trabajos de seguridad y vigilancia de explosivos. La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta por el trabajador contra Geotunel S.L., Corsan Corviam Construcción S.A., Copasa S.A. de obras y servicios, Prosernosa, S.L., el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, mientras que la Sala de Suplicación, sobre la base de esa posición de garante comentada que asume el empresario del trabajador y de la obligación de vigilancia que corresponde a la empresa principal responsable de la obra en cuya ejecución acontece el accidente, declarará la responsabilidad de la empresas principal y contratista, en los términos ya apuntados, y absolverá a la empresa Prosenorsa, S.L., al INSS y a la TGSS. Argumenta la sentencia examinada que «al lado de la responsabilidad de la empresa Geotunel S.L., empleadora del recurrente, surge la de las empresas codemandadas que formaban la UTE. El accidente sucedió en la obra que realizaba la unión temporal de empresas, a la que incumbía la vigilancia del cumplimiento por la empresa subcontratada, Geotunel, de la normativa de prevención de riesgos laborales. Las alegaciones exculpatorias de la UTE, a través de la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 5 de noviembre de 2008, carecen de

consistencia. Su actividad consistía en hacer la obra del tramo ferroviario Ordes-Queixas, de la que forma parte, necesaria e inseparable, la construcción de los túneles A Medorra y Vilartarreo, para los cuales resulta imprescindible la utilización de explosivos.

Las diferentes labores de la construcción de los túneles y los actos que originan o conllevan, entre ellos la destrucción del explosivo sobrante, no puede considerarse una actividad ajena a la propia de la UTE, cuya responsabilidad solidaria en el accidente no puede eludir, por aplicación de los artículos 24.3 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, 42.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, y de la jurisprudencia, tal y como razona la Juzgadora de instancia en el fundamento de derecho tercero de la sentencia».

C) Responsabilidad en materia de pago de prestaciones de la Seguridad Social

El juego combinado de los artículos 42.2 ET y 127.1 LGSS determina el alcance de la responsabilidad de la empresa principal en relación a las eventuales obligaciones que el empresario contratista haya podido contraer en materia de prestaciones de Seguridad Social a la que puedan tener derecho sus trabajadores. Los presupuestos y el grado de responsabilidad consagrados en uno y otro precepto son diversos; así, mientras que el artículo 42.2 ET hace responsable solidario al empresario principal, en los casos de contratas y contratas referidas a la propia actividad, de las obligaciones de Seguridad Social contraídas por sus contratistas durante el período de vigencia de la contrata, el artículo 127.1 LGSS determina que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación,... si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente». A uno de estos casos alude la **STS de 9 de diciembre de 2010,** u.d., IL J 16/2011, si bien referido en particular a las concretas relaciones entre empresa contratista y subcontratista, sin entrar a discutir si la responsabilidad a examen alcanzaría también a la empresa principal o comitente, que está por encima de ambas. La cuestión de fondo se centra en determinar si, como sostiene la sentencia aportada como contradictoria, en supuestos donde la actividad de la contratista no corresponde con la propia actividad de la empresa principal, no existiría responsabilidad alguna, ni solidaria *ex* artículo 42 ET, ni subsidiaria *ex* artículo 127.1 LGSS, interpretándose así que el fundamento de la responsabilidad consagrada en ambos preceptos es el mismo, de tal forma que sólo la imponen cuando concurre el presupuesto de la propia actividad. Tal tesis será calificada de errónea por el Tribunal Supremo, que, reiterando pronunciamientos previos, señalará que los artículos 42.2 ET y 127.1 LGSS

> «establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista. La conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción "sin perjuicio" que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del artículo 42.2 ET: si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la "propia actividad" de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el artículo 127.1 LGSS, y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista fuese declarado insolvente».

Tales consideraciones llevan al Alto Tribunal a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirmar la sentencia recurrida, que, partiendo de la hipótesis de que la empresa contratista (recurrente) y la subcontratista no tenían la misma actividad, había concluido que existía

responsabilidad subsidiaria de la primera *ex* artículo 127.1 LGSS, sin que de este precepto se derivara exclusión de responsabilidad más que en el supuesto de que la obra contratada se refiriera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.

D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Existencia de cesión ilegal de trabajadores en los casos de contratos de puesta a disposición de carácter fraudulento; alcance de la responsabilidad de la empresa usuaria en tales supuestos

La reproducción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de la responsabilidad de la empresa usuaria en supuestos de uso fraudulento del contrato de puesta a disposición sirve a la **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2010,** IL J 238/2011, para extender solidariamente a la empresa usuaria la responsabilidad frente a los efectos económicos del despido improcedente del trabajador puesto a disposición. Nos recuerda así la Sala, reiterando pronunciamientos previos del Alto Tribunal, que la «provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro Derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta. Y que resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en "los términos que legalmente se establezcan"; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del artículo 43 ET». Teniendo presente que «el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal», la expresión legal anteriormente recogida («los términos que legalmente se establezcan»), «no comprendería, como integrante de cesión ilegal, determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el artículo 43 ET únicamente alcanza a los contratos de puesta a disposición en supuestos no previstos en la formulación positiva del artículo 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el artículo 8 LETT, pudiendo hacerse la afirmación general de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del artículo 6.4 CC». La conclusión de cuanto antecede, termina argumentando la sentencia en examen, no puede ser otra que la de que en supuestos de contratos de puesta a disposición fraudulentos, por ir dirigidos a atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, la responsabilidad derivada de la calificación del cese del trabajador ha de atribuirse solidariamente a la ETT y a la empresa usuaria, en recta interpretación del artículo 16.3 LETT y con aplicación del artículo 43.2 ET, por imponerlo así el mandato del artículo 6.4 CC.

5. CESIÓN ILEGAL

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

En anteriores ocasiones ya tuvimos ocasión de apuntar que la modificación normativa operada en el artículo 43.2 ET por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del

empleo en orden a recoger positivamente parte de los ya consolidados criterios jurisprudenciales delimitadores de la diferenciación entre la lícita contrata de servicios y la prohibida cesión ilegal de trabajadores, amén de resolver puntuales supuestos conflictivos y dotar de mayor seguridad jurídica la labor interpretativa, difícilmente serviría para disminuir la abundante litigiosidad existente en relación a esta cuestión. El tiempo nos va dando la razón, pues es habitual que en cada crónica tengamos que dedicar una especial atención a los numerosos pronunciamientos judiciales recaídos en el período temporal examinado acerca del deslinde entre los fenómenos ilegales del tráfico de mano de obra y los propios de la descentralización productiva. Ello obedece principalmente al hecho de que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, incluso consagrados hoy normativamente, indicativos y determinantes de la presencia de la figura prohibida, la verdadera dificultad reside en su proyección al caso concreto. La decisión sobre el particular está dotada de una alta dosis de casuismo, pues debe venir presidida por un análisis preciso de las circunstancias que rodean la concreta prestación de servicios del trabajador, de las relaciones efectivamente establecidas entre él y las empresas que figuran como comitente y contratista y de los derechos y obligaciones derivados del nexo contractual existente entre estas últimas (**STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 323/2011). A todo ello se une que, en muchas ocasiones, especialmente en el ámbito de la Administración Pública, donde la contratación directa de trabajadores está revestida de singulares requisitos y garantías, el recurso a la eventual contrata es una vía rápida y aparentemente más inocua de dotación de personal. En esta crónica tendremos un buen ejemplo de ello.

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

— La premisa general es que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (**STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 323/2011).

— Lo que contempla la prohibición legal es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (artículo 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1.º) Un acuerdo entre los dos empresarios, el real y el formal, para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. 2.º) Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3.º) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (**STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 233/2011; **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2010,** IL J 140/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 230/2011; **STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 323/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2020,** IL J 231/2011).

— Ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores. En el Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y, entre ellos, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas

de patrimonio y estructura productiva propios (**STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 233/2011; **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2010,** IL J 140/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 230/2011; **STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 323/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2020,** IL J 231/2011).

— Como en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio se dificulta notablemente diferenciarla de la cesión ilegal. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios; el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc. (**STS de 17 de diciembre de 2010,** IL J 21/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 233/2011; **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2010,** IL J 140/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 230/2011; **STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 323/2011; **STSJ de La Rioja de 11 de noviembre de 2010,** IL J 259/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2020,** IL J 231/2011).

— Lo anterior no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial (**STS de 17 de diciembre de 2010,** IL J 21/2011).

— Por ello, con mayor precisión, se ha sostenido que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de seudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita. La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal (**STS de 17 de diciembre de 2010,** IL J 21/2011; **STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 323/2011).

— La finalidad del artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le correspondan, evitando que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET (**STS de 17 de diciembre de 2010,** u.d., IL J 21/2011).

— Se podrá afirmar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar a otra empresa mano de obra, sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, debiendo aseverarse que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesarias para el desarrollo

de tal servicio (**STSJ de La Rioja de 11 de noviembre de 2010,** IL J 259/2011; **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2020,** IL J 231/2011).

— En consecuencia, cuando sin tratarse de empresa de trabajo temporal, *ex* artículo 43.1 ET, el objeto real de la obra o servicio es la mano de obra, el hecho de que la contratista sea empresa solvente, con patrimonio, actividad, infraestructura productiva y personal, no obsta a que pueda darse la cesión (**STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2010,** IL J 167/2011).

La proyección de los anteriores criterios al caso de autos lleva a los diversos pronunciamientos analizados a los siguientes resultados: La **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 233/2011, rechaza la pretensión de existencia de cesión ilegal entre la Empresa Pública de Servicios Agrarios Galegos, S.A. —SEAGA—, con quien el trabajador había suscrito varios contratos de trabajo, y la Xunta de Galicia, argumentando que del inalterado relato fáctico se desprende que:

> «a) Para el desarrollo de los trabajos de SEAGA, existen Agentes Facultativos Forestales, que son personal de la Xunta de Galicia, que coordinan, organizan, y disponen los servicios contra incendios. Este personal se pone en contacto con los Técnicos Forestales y los Jefes de Obra de SEAGA y en su caso con los jefes de brigada de SEAGA y les transmiten las órdenes oportunas en lo relativo a las acciones a abordar, ubicaciones, etc., lo que no son más que relaciones normales y de coordinación de las órdenes y encomiendas de gestión. b) SEAGA era quien controlaba la asistencia de sus trabajadores, y gestionaba y autorizaba los permisos, licencias y vacaciones de sus empleados y en consecuencia del actor. c) SEAGA actuó siempre como empresario no sólo formal sino real, estableciendo los turnos de trabajo de todo su operativo, gestionando todos los cometidos. c) SEAGA era quien facilitaba a los actores todos los medios materiales, tales como uniforme y todo el material de protección personal, así como los medios de transporte utilizados, d) SEAGA actuó siempre como empresario no sólo formal sino real, estableciendo los turnos de trabajo de todo su operativo, siendo técnicos de SEAGA quien acompañaba a los actores en cada servicio, con independencia de que la coordinación del servicio de vigilancia y control de la extinción la asumiera la Consellería por motivos de Seguridad».

Muy similares consideraciones conducen igualmente a la **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2010,** IL J 140/2011 y a la **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 230/2011, a negar la presencia de la figura prohibida en supuestos de hecho muy parecidos al recién comentado y que afectaban también a las mismas entidades, Empresa Pública de Servicios Agrarios Galegos, S.A. —SEAGA— y Xunta de Galicia.

Por el contrario, a una conclusión diversa llega la **STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 323/2011, que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia y confirmando la sentencia de instancia que declaró la existencia de cesión ilegal entre TRAGSEGA y la trabajadora, argumentará que

> «la demandante prestaba servicios continuados en las dependencias y sede de la demandada Xunta de Galicia, utilizando los medios y materiales tales como locales, soporte informático, etc., sin ninguna distinción que la diferenciase de los demás funcionarios del departamento. Presta sus servicios junto con los funcionarios, con su mismo horario de trabajo. Las vacaciones y permisos, su control y autorización dependen del director del laboratorio. El trabajo se realiza bajo la organización y dependencia técnica del mismo. No se ha acreditado que ningún mando superior o intermedio de la empresa a la que perteneció le impartiese instrucciones técnicas o incluso organizativas. Estaba inmersa en el círculo organizativo del organismo técnico de la Xunta de Galicia. Y en la ejecución de esos servicios no se han puesto en juego la organización y los medios propios de la empresa, a la que estuvo ligada por su contrato de trabajo, limitándose ésta a la puesta a disposición del trabajador a la Xunta de Galicia; y la empresa codemandada se

> limita a gestionar la nómina de la actora, todo lo que nos lleva a entender concurrente la figura de la cesión ilegal de trabajadores».

También la **STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2010,** IL J 231/2011, concluirá que las contratas celebradas entre la Xunta de Galicia y el Grupo Clave Consultres, S.A. esconden un mero fenómeno interpositorio contrario a los derechos de los trabajadores, pues partiendo de los hechos declarados probados puede evidenciarse que

> «a) las actoras prestaron siempre servicios en las dependencias de la Xunta —de la Consellería de Sanidade— conjuntamente con otros funcionarios de dicha Consellería, b) todos los medios materiales de trabajo eran proporcionados por la Xunta de Galicia, sin que la empresa Grupo Clave Consultores les proporcionase material alguno, c) el trabajo de las actoras era controlado directamente por un jefe de servicio de la Consellería demandada, de quien dimanaban también las órdenes de trabajo, d) sus vacaciones y permisos eran concedidas por la Consellería, y sustituidas durante su disfrute por personal de la propia Xunta de Galicia ... las trabajadoras demandantes han permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la Consellería de Sanidade, que en todo momento ha actuado como su verdadera y real empleadora, limitándose el Grupo Clave Consultores a ejercer como empresaria meramente formal, al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de la actora, dejando de ejercer la condición de empresas en sus aspectos propios y definitorios».

En similar línea, también la **STSJ de Extremadura de 5 de octubre de 2010,** IL J 126/2011, aprecia la existencia de cesión ilegal entre el Ayuntamiento de Cabezuela del Valle y la Junta de Extremadura por cuanto queda probado que los trabajadores

> «dependen funcionalmente del Coordinador del Centro de Salud (personal de la Junta), la jornada laboral viene fijada por la normativa aplicable al personal de la Junta, es la Consejería la que delimita las funciones que van a desarrollar los trabajadores, pudiendo ser éstas alteradas por la Gerencia del SES..., se exige la exclusividad de los trabajadores en esas funciones, los medios y equipos de trabajo a utilizar son facilitados por la Consejería. En definitiva,... el actor ha estado bajo las órdenes y dirección del personal de la Consejería, utilizando los medios de trabajo de la Consejería, en un centro de trabajo de la Consejería y sometido a la jornada laboral impuesta por la Consejería. El Ayuntamiento no ha intervenido en el desarrollo de la relación laboral, no ha impartido orden ni suministrado medio de trabajo alguno, únicamente se ha limitado a firmar el contrato de trabajo y abonar la nómina con dinero procedente de la Consejería».

Finalmente, la existencia de cesión ilegal del trabajador por parte de la empresa Perfaler Canarias, S.L. al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana será igualmente la conclusión alcanzada por la **STS de 17 de diciembre de 2010,** u.d., IL J 21/2011, argumentando que en el caso enjuiciado

> «es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el artículo 42 ET en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por el actor como "Auxiliar de redacción" se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, 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. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real —el Ayuntamiento— en el contrato de trabajo suscrito».

En el período examinado existen muchos pronunciamientos judiciales que analizan supuestos similares a los enjuiciados en el sentencia recién apuntada y en los que también se llega a la misma conclusión de la existencia del fenómeno interpositorio entre la empresa Perfaler Canarias, S.L. y el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana (**SSTS de 17 de diciembre de 2010,** u.d., IL J 22/2011; **de 17 de diciembre de 2010,** u.d., IL J 23/2011; **de 17 de diciembre de 2010,** u.d., IL J 63/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 76/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 77/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 79/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 80/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 81/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 82/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 84/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 86/2011; **de 20 de enero de 2011,** u.d., IL J 87/2011; **de 24 de enero de 2011,** u.d., IL J 88/2011; **de 25 de enero de 2011,** u.d., IL J 89/2011; **de 26 de enero de 2011,** u.d., IL J 90/2011; **de 17 de enero de 2011,** u.d., IL J 364/2011; **de 17 de enero de 2011,** u.d., IL J 365/2011; **de 18 de enero de 2011,** u.d., IL J 366/2011; **de 19 de enero de 2011,** u.d., IL J 370/2011; **de 19 de enero de 2011,** u.d., IL J 371/2011; **de 20 de enero de 2011,** u.d., IL J 375/2011; **de 24 de enero de 2011,** u.d., IL J 383/2011; **de 26 de enero de 2011,** u.d., IL J 394/2011; **de 27 de enero de 2011,** u.d., IL J 396/2011; **de 14 de febrero de 2011,** u.d., IL J 417/2011; **de 15 de febrero de 2011,** u.d., IL J 419/2011; **de 15 de febrero de 2011,** u.d., IL J 420/2011; **de 16 de febrero de 2011,** u.d., IL J 424/2011; **de 21 de febrero de 2011,** u.d., IL J 429/2011; **de 21 de febrero de 2011,** u.d., IL J 430/2011; **de 21 de febrero de 2011,** u.d., IL J 431/2011; **de 24 de enero de 2011,** u.d., IL J 465/2011; **de 16 de febrero de 2011,** u.d., IL J 480/2011; **de 17 de febrero de 2011,** u.d., IL J 481/2011; **de 17 de febrero de 2011,** u.d., IL J 482/2011; **de 22 de febrero de 2011,** u.d., IL J 484/2011; **de 22 de febrero de 2011,** u.d., IL J 485/2011; **de 22 de febrero de 2011,** u.d., IL J 486/2011; **de 28 de febrero de 2011,** u.d., IL J 491/2011; **de 2 de marzo de 2011,** u.d., IL J 493/2011; **de 3 de marzo de 2011,** u.d., IL J 494/2011; **de 3 de marzo de 2011,** u.d., IL J 495/2011; **de 4 de marzo de 2011,** u.d., IL J 496/2011; **de 9 de marzo de 2011,** u.d., IL J 499/2011).

B) Efectos de la cesión: ejercicio del derecho de opción sólo mientras subsista la cesión; otros efectos sí son posibles más allá de la subsistencia de la cesión

El artículo 43.4 ET reconoce al trabajador sometido a cesión ilegal el derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Las condiciones y requisitos en que tal derecho debe ejercitarse han sido perfilados por la jurisprudencia, cuya doctrina nos recuerda la **STSJ de La Rioja de 11 de noviembre de 2010,** IL J 259/2011, al señalar que «la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"... De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal, y si bien es cierto que ello no supone obstáculo alguno para reclamar las consecuencias derivadas de una cesión ilegal cuando se produce un despido, no es menos cierto que sólo podrá alcanzarse esta meta si la cesión ilegal subsiste en el momento de producirse el referido despido». Ahora bien, las limitaciones apuntadas en el alcance de los efectos derivados de la constatación de la existencia del fenómeno prohibido no impiden, según razona la sentencia en examen, que éste deba considerarse a otros efectos, como puedan ser al del cómputo de la antigüedad en relación a la cuantía de la indemnización por despido o al de la validez misma de futuras contrataciones. En el supuesto enjuiciado resultan acreditados los siguientes hechos: los trabajadores demandantes, contratados por el Instituto de la Vivienda de La Rioja (IRVI) mediante contratos eventuales por circunstancias de la producción, ven extinguidos sus contratos por causas objetivas al amparo del artículo 52.e) ET. Previamente a su contratación directa por el IRVI, los trabajadores habían prestados servicios para dicha entidad en virtud del Convenio de colaboración suscrito entre la Asociación Provivienda, con quien habían celebrado el correspondiente contrato de trabajo, y el citado Instituto de la Vivienda de

La Rioja. En tales circunstancias, la cuestión a dilucidar en la sentencia que analizamos es la de si la situación de cesión ilegal que soportaron los ahora demandantes cuando prestaron servicios contratados por la Asociación Provivienda pero cedidas al IRVI debe ser tenida en consideración a la hora de enjuiciar la extinción de sus relaciones laborales efectuada por el IRVI. Recordando la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que «la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa o "prejudicial interna"... sobre la que es necesario decidir, por mandato del artículo 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET», el pronunciamiento que comentamos indicará que la previa cesión ilícita debe ser examinada y tenida en consideración a la hora de determinar la validez del contrato eventual suscrito entre las demandantes y el IRVI, así como para establecer la antigüedad que debe ser tenida en consideración a efectos indemnizatorios, sin que a tales efectos resulte de aplicación la doctrina referente a la necesidad de la subsistencia de la cesión para posibilitar el ejercicio de la acción, pues

> «tal requisito —cesión ilegal vigente— debe entenderse referido a los supuestos en que se ejercita la acción de fijeza electiva que el artículo 43.3 ET reconoce al trabajador ilegalmente cedido, o cuando la acción de despido se dirige a ambas empresas, cedente y cesionaria, intervinientes en la cesión para exigir su responsabilidad solidaria como consecuencia misma de la cesión, o cuando el despido fundado en la cesión ilegal, se produzca por la empresa cedente (que no cesionaria) una vez concluida la cesión, circunstancias que no concurren en el supuesto analizado ya que aquí ni se ejercita la acción electiva del artículo 43, ni se solicita responsabilidad solidaria alguna sobre la base de ese artículo, sino que se impugna una decisión extintiva de la empresa, en este caso el IRVI, para la que trabajaban las demandantes, en la que como elemento prejudicial y a los efectos de determinar la validez de los contratos extinguidos, así como la antigüedad, se cuestiona la existencia de una cesión ilegal previa... De este modo, aunque la empresa Provivienda (empresa cedente) extinguió sus contratos con las demandantes con anterioridad al despido llevado a cabo por el IRVI..., ello no es obstáculo para que pueda considerarse la existencia de la cesión ilegal a los efectos de establecer y computar los períodos de tiempo de prestación para la cedente dada la continuidad en la prestación de servicios posterior para la cesionaria».

Así pues, acreditada la existencia de cesión legal entre la empresa Provivienda y el IRVI, «el tiempo de prestación de servicios de las demandantes para la empresa Provivienda,... debe ser tenido en consideración al objeto, no sólo de establecer la antigüedad computable a los efectos de determinar la indemnización a la que pudieran tener derecho tras el despido en el IRVI, sino también al objeto de analizar la validez de la contratación llevada a cabo con ese Instituto, sin que a ello sea obstáculo alguno el que, en fecha 31 de diciembre de 2008, las demandantes vieran extinguidos sus contratos con Provivienda por causas objetivas y firmaran los correspondientes recibos de finiquito, ya que aquella extinción sin reclamación posterior frente a la misma impedirá el ejercicio de la acción de fijeza electiva pero no otras basadas en el hecho de la cesión, y la firma del finiquito produce efectos liquidatorios que no impiden el ejercicio de una acción como la que ahora se ejercita, máxime cuando sin solución de continuidad y tras la extinción por causas objetivas, las demandantes continuaron realizando las mismas funciones que desempeñaban para Provivienda, pero para el IRVI».

Sentado lo anterior, a la hora de decidir si la extinción de los contratos por parte del IRVI constituye un despido o se trata, por el contrario, de una decisión que responde a la válida concreción de la causa de temporalidad establecida en el contrato, la Sala, teniendo presente las consideraciones precedentes acerca de la situación de ilícita cesión sufrida por los trabajadores, llegará a la conclusión de que

> «el contrato eventual por circunstancias de la producción formalizado entre los litigantes no es válido, pues a este respecto debió ser tenido en consideración el tiempo de prestación de servi-

> cios para Provivienda por existir entonces una situación de cesión ilegal de trabajadores que ... determinó el carácter indefinido de la relación, lo que hace que la decisión de cese sólo pueda ser considerado como un despido improcedente. Así pues, en el caso enjuiciado la cesión ilegal no es la causa determinante de la improcedencia del despido, lo determinante de tal declaración es que el contrato eventual carece de validez al suscribirse sin tener en consideración los efectos de una cesión previa que a los efectos enjuiciados debieron ser tenidos en cuenta y que determinó por ello la indefinición de la relación».

C) Efectos de la cesión: ejercicio del derecho de opción y del de elección entre indemnización y readmisión en supuestos de despidos improcedentes

La relación entre cesión y despido, y, más en concreto, la correcta adecuación entre el ejercicio del derecho de opción que se reconoce al trabajador sometido al tráfico prohibido y el correspondiente derecho de elección entre readmisión e indemnización del empresario en los supuestos despidos declarados improcedentes, es objeto de análisis en la **STSJ de Extremadura de 5 de octubre de 2010,** IL J 126/2011, a la que ya nos hemos referido más arriba. En el caso de autos, la sentencia de instancia, habiendo apreciado la existencia de cesión ilegal entre el Ayuntamiento de Cabezuela del Valle y la Junta de Extremadura, había obviado la opción que le correspondía al trabajador para elegir la empresa demandada en la quería continuar prestando servicios, condenando de forma exclusiva al Ayuntamiento a readmitir al trabajador o abonarle la indemnización legal y declarando responsable solidaria a la Administración Autonómica del pago de la indemnización y salarios de tramitación. La Sala de suplicación, recordando la doctrina del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 3 de noviembre de 2008 y 5 de febrero de 2008, indicará que el artículo 43 ET no contiene ninguna disposición relacionada con el despido, sino que, tras definir la cesión ilegal de trabajadores, señala las consecuencias que se derivan de la existencia de esa actuación empresarial ilícita, una de las cuales consiste en la facultad que se confiere a los trabajadores cedidos de elegir entre formar parte de la plantilla como trabajadores fijos (en el supuesto de Administraciones Públicas, como es el sometido a enjuiciamiento, sería como trabajador por tiempo indefinido no fijo) bien de la empresa cedente o bien de la cesionaria, sin otras previsiones. Es decir, se prescriben unos efectos desconectados de la situación de despido, y que pueden tener lugar sin que tal decisión empresarial exista. Por el contrario, si existe un despido, para conocer sus consecuencias habría que acudir a las previsiones sobre el particular recogidas en el ET, que para el despido improcedente se contienen en el artículo 56 ET. Así las cosas, de la combinación de ambos preceptos se deriva que

> «efectuada la elección por el trabajador que le confiere el artículo 43.4 ET para permanecer en una de las dos empresas solidariamente condenadas, y una vez que haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del artículo 43 ET, corresponde a la empresa que elija la opción entre la readmisión o indemnización en los términos previstos en el artículo 56.1 ET».

D) Efectos de la cesión: condiciones económicas de la integración en la empresa cesionaria

Entre las garantías previstas por la legislación laboral para proteger al trabajador sometido al tráfico ilegal de mano de obra, el artículo 43.4 ET, amén de reconocerle el ya comentado derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, establece que, una vez realizada la opción a favor de la empresa cesionaria, los derechos y obligaciones del trabajador cedido serán los que correspondan 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. Sin embargo, nada dice el precepto acerca del eventual alcance retroactivo de los derechos retributivos del trabajador incorporado a la empresa cesionaria. Ante el silencio legal, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha dado

respuesta a la cuestión. Como recuerda la **STS de 24 de noviembre de 2010,** u.d., IL J 47/2011, una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo resolvía el problema distinguiendo, dentro de las cesiones ilegales, dos supuestos: aquel en el que la empresa cedente era una entidad ficticia, y, por tanto, el trabajador cedido tendría derecho, desde el primer momento de la relación laboral, a los salarios vigentes en la única empresa real, la cesionaria, teniendo la sentencia que declaraba la cesión ilegal un carácter meramente declarativo; y las cesiones ilegales entre empresas reales, en las cuales la declaración judicial era constitutiva y, por tanto, sólo a partir de ésta, y siempre que el trabajador cedido hubiere optado por insertarse en la empresa cesionaria, podrían reclamarse diferencias salariales. Sin embargo, continúa el pronunciamiento en examen, sentencias posteriores del Alto Tribunal han considerado que no procede realizar tal distinción, «pues, en cualquier caso, los efectos son los mismos, es decir, los determinados por el artículo 43, incluyendo los discutidos efectos salariales con carácter retroactivo porque "el silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de efectos de lo silenciado, si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes"». Y si bien la evolución de la interpretación jurisprudencial sobre el tema puede inducir a equívocos, como razona y argumenta la sentencia que comentamos, hoy día, continúa la Sala, la doctrina correcta es la que fijó la STS de 30 de noviembre de 2005, en la que se argumentaba que

> «la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. Desde esta nueva perspectiva, la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado 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. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión».

Probablemente debido a esos indicados «equívocos» a los que puede inducir la evolución jurisprudencial en este tema, la doctrina judicial acoge en ocasiones una posición aparentemente diferente a la recién expuesta. Así acontece con la **STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2010,** IL J 251/2011, que, justamente tras recordar la doctrina jurisprudencial que señala que «la opción tiene el sentido de proteger el interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente aunque eliminando el efecto de la cesión. Y si se opta por la relación real las consecuencias serán deshacer las apariencias creadas por la cesión. Sin embargo, estas consecuencias nunca podrán ser la aplicación del convenio de la cesionaria cuando era de aplicación el de la cedente o a la inversa, el de la cedente cuando es de aplicación el de la cesionaria», dejará sentado que en el supuesto de integración del trabajador en la empresa cesionaria «sólo la antigüedad se reconoce desde el inicio de la cesión pero no el salario ni las condiciones, que sólo son efectivas desde la opción de integración». En el supuesto examinado, los trabajadores sometidos a la cesión ilegal reclamaban diferencias salariales derivadas de la aplicación durante el período correspondiente al tráfico prohibido de las previsiones del Convenio Colectivo de empresas de Telemarketing (empresa cedente) en lugar de las retribuciones, superiores, fijadas en el Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid

(empresa cesionaria). Mientras que la sentencia de instancia estimó la demanda de los trabajadores, la Sala de suplicación revocará la citada resolución, argumentando que

> «si las dos sentencias a que se alude en los hechos probados segundo y tercero quedaron firmes, la referida a la cesión ilegal en mayo de 2008 y la del despido en febrero de 2008, la integración no pudo producirse antes ni afectar al período reclamado desde el mes de octubre de 2004 a noviembre de 2008 máxime cuando los actores suscribieron un documento por el que se adhirieron a las condiciones pactadas entre la CAM y los sindicatos CCOO y CSIT-UP el 19 de mayo de 2009, en virtud del cual las condiciones salariales se retrotraerían al 1 de diciembre de 2008, firmando cada uno de ellos consecuentemente con tal declaración respectivos documentos por los que declaraban tener percibidas todas las cantidades que pudieran corresponderles con motivo de su relación laboral por parte de la CAM sin tener nada que reclamar al respecto. Lógica consecuencia de lo anterior es que los efectos económicos de la integración datan del 1 de diciembre de 2008, fecha desde la que perciben los salarios de la categoría de titulados Superiores del grupo 9, y no de ninguna fecha anterior y ello no sólo porque la sentencia de declaración de cesión ilegal sólo produce sus efectos, en relación con la cesionaria, cuando se produce la opción por la integración en su plantilla, sino también porque de común acuerdo las partes decidieron cuál era esa fecha, la antes indicada, frente a lo que no es obstáculo las sentencias firmes dictadas, por un lado, por la existencia de los respectivos finiquitos declarando estar al día en cualquier cantidad adeudada por la CAM, consecuencia de la adhesión a un pacto en el que, precisamente, se establecen las condiciones para ejecutar las sentencias firmes, pacto que no contradice lo establecido en los artículos 245 LPL y 3.5 ET y que, desde luego, no deja vacío de contenido a las sentencias firmes, sino que, antes al contrario, las dotó de contenido efectivo por voluntad conforme de las partes a las que afectaba».

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

Ya hemos indicado en anteriores crónicas que la delimitación del supuesto de hecho del artículo 44 ET, en particular en lo que concierne al denominado jurisprudencialmente elemento objetivo de la transmisión, condensa gran parte del debate judicial en relación a la figura de la sucesión de empresa. En los últimos años el foco de atención se ha centrado en la aplicación en nuestro ordenamiento de la tesis o doctrina, nacida de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la «asunción de plantilla»; doctrina, en principio de tortuosa y difícil recepción por nuestro Tribunal Supremo, y ahora, proyectada en toda su extensión y alcance por los Tribunales Superiores de Justicia, como en esta crónica tendremos oportunidad de constatar. Los problemas más singulares sobre el particular se han suscitado en el contexto de la sucesión de contratas y concesiones administrativas, al que nos referiremos en el apartado siguiente, pero la consolidación judicial de la tesis de la asunción de plantilla va ocasionando que cada vez sean más abundantes los ejemplos de transmisiones de actividad en el sector servicios que en atención a ella producen como resultado la presencia de la figura recogida en el artículo 44 ET. A uno de estos casos se refiere la **STSJ de Aragón de 29 de septiembre de 2010,** IL J 117/2011, que, tras una detallada exposición de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los requisitos legales necesarios para declarar la existencia de una sucesión empresarial, con reproducción literal de la doctrina contenida en la STS de 23 de octubre de 2009, llega a la conclusión de que en el caso de autos entre las empresas Aupper y Alba se había producido una transmisión subsumible en el supuesto de hecho del artículo 44 ET. Lo más reseñable del caso es que se trataba de dos empresas dedicadas a la actividad de distribución de publicaciones; actividad que, a juicio de la Sala, se caracteriza por descansar fundamentalmente en la mano de obra, por lo que, en virtud de la jurisprudencia de la Unión Europea, un conjunto de trabajadores que ejerce de

forma duradera tal actividad puede constituir una entidad económica, de tal manera que, si tras una eventual trasmisión mantiene su identidad, estaríamos en presencia de una sucesión de empresas con los efectos subrogatorios a ella anejos. Así las cosas, razona la Sala que

> «se trata de dos empresas dedicadas a la misma actividad, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, en la que una pluralidad de comerciales y delegados de Aupper han sido contratados por Alba, la cual distribuye publicaciones que anteriormente distribuía Aupper. A juicio de esta Sala, Alba no sólo continúa con la actividad que realizaba Aupper en Zaragoza, la cual se ha quedado sin comerciales en esta sucursal, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario, debiendo hacer hincapié en la importancia que tiene el personal en esta actividad económica de distribución de publicaciones, por lo que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial antes citada, forzoso es concluir que se ha producido la sucesión empresarial prevista en el artículo 44 ET».

Con similar apoyo argumental en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre los presupuestos aplicativos del artículo 44 ET, la **STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2010,** IL J 598/2011, concluirá que se ha producido una sucesión de empresa de las previstas en el citado precepto cuando la empresa Gas Doméstico e Industrial traspasó su actividad, clientes y parte de sus trabajadores a Gas Badalona S.A., «no quedando ello desvirtuado por la no transmisión de medios materiales, pues queda probado la continuidad empresarial, en cuanto de la actividad que llevaban a cabo ambas empresas».

Por el contrario, niegan la existencia del fenómeno subrogatorio en los supuestos de hechos examinados los siguientes pronunciamientos judiciales: la **STSJ de Valencia de 19 de noviembre de 2010,** IL J 588/2011, considera que el rescate por la Consejería de Sanidad de la Generalitat Valenciana del servicio de cocina del Hospital Militar de Valencia, que con anterioridad tenía contratado con la empresa Eulen, S.A., para su prestación por medio de personal propio, no se encuadra en el supuesto del artículo 44 ET, razonando la Sala que

> «teniendo en cuenta que la empresa codemandada Consejería de Sanidad ha rescatado el servicio, pero que no se encuentra en el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no existiendo sucesión de empresa, que a la prestación del servicio ha destinado personal propio pero no de nueva contratación, no ha quedado obligada a incorporar a la actora en su plantilla, y en este sentido se pronuncia el artículo 10 del Acuerdo Marco Estatal del Sector de Limpieza de Edificios y Locales, que incide en excluir la obligación de asumir al personal de la plantilla de la precedente contrata cuando lo realiza con personal propio pero no de nueva contratación y así lo ha entendido la sentencia impugnada, sin que la parte recurrente haya conseguido desvirtuar esta conclusión por lo que ha sido absuelta la Consejería de Sanidad».

Por su parte, la **STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2010,** IL J 347/2011, sostiene que la asunción de la gestión de tributos que antes venía realizando la Sociedad Regional de Recaudación por parte del Principado de Asturias no es un supuesto encuadrable en el artículo 44 ET, al no existir transmisión de una entidad económica. Reiterando pronunciamientos precedentes de la Sala sobre idéntico asunto, y tras recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre los dos requisitos esenciales exigidos por el artículo 44 ET para que exista sucesión de empresa, a saber, un cambio de titularidad y que los elementos patrimoniales cedidos constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, el pronunciamiento judicial que comentamos concluirá que «el incombatido relato fáctico de la sentencia pone de manifiesto que la asunción por parte del Principado de Asturias de las labores de recaudación de tributos que venía siendo ejercida por la Sociedad Regional de Recaudación, no cumple los requisitos establecidos por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ni por el artículo 1 de la Directiva 77/187 Comunidad Económica Europea, pues no ha ido

acompañada de la transmisión de una entidad económica, concepto que remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (Sentencia del Tribunal de Justicia CE de 10 de diciembre de 1998)», sin que, por otro lado, precisa la Sala, resulte de aplicación la doctrina de la subrogación especial fijada por el Tribunal Supremo en relación al supuesto del personal que venía prestando servicios para la Recaudación de Zona de Tributos del Estado y se integró en la Tesorería General de la Seguridad Social en virtud del Real Decreto 1327/1986, pues en el caso enjuiciado no existe norma de integración alguna.

Y, en similar sentido, la **STSJ de Baleares de 30 de noviembre de 2010,** IL J 639/2011, relativa a un supuesto de venta judicial de inmueble, mantendrá que de la relación del artículo 51.11 ET con el artículo 44 ET se desprende que si lo adquirido en venta judicial no es una empresa, centro de trabajo o una unidad productiva sino un inmueble, no hay sucesión de empresa. Por ello, dado que en el caso enjuiciado lo que ha quedado claro es que «a Baleares International School Mallorca, S.L. se le adjudica el inmueble en el que prestaban servicios los recurrentes, con lo que pasó a ser propietario del mismo pero no de los otros bienes muebles necesarios para el desarrollo de su actividad docente, resultando por lo tanto nula aquella transmisión para continuar llevando a cabo la actividad productiva de la citada empresa. La adquisición tan sólo del inmueble sobre el que se asentaba la explotación anterior llevada a cabo por Escal Magalluf, S.A., sin otros enseres necesarios para su continuidad, no constituye en modo alguno una transmisión de un conjunto organizado de elementos que reúna las características de una explotación autónoma, porque lo transmitido fue como se ha dicho un inmueble y nada más»; tal conclusión se refuerza, continúa la Sala, «con el dato de que la empresa adquiriente del inmueble para poder llevar a cabo su actividad productiva requiere de autorización administrativa. Resulta palmario, por consiguiente, que los dos colegios son empresas diferentes dedicadas a actividades diferenciadas que ocupan el mismo inmueble sucesivamente».

La **STS de 4 de diciembre de 2010,** u.d., IL J 1920/2010, debe resolver la cuestión de si en la externalización de los servicios de limpieza por parte de un Colegio Mayor, empleador originario, a una empresa de servicios, que ya realizaba el servicio de comedor para el citado Colegio, acordando ambas partes que la empresa de servicios se subrogaría, entre otros, en el contrato de trabajo de la limpiadora demandante, se ha producido o no una sucesión de empresas de las que prevé y regula el artículo 44 ET. Si bien la inexistencia del presupuesto de contradicción impide al Alto Tribunal entrar a conocer sobre el fondo del asunto debatido, ello no es obstáculo para que la Sala ponga de manifiesto que la doctrina correcta en el caso enjuiciado sería la doctrina recogida en la sentencia recurrida, coincidente con la del propio del Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 29 de mayo de 2008, al resolver un supuesto similar indicó que «la ya lejana Sentencia de 22 de enero de 1990, que abordó un caso igual al de autos relativo a la cesión por la empresa principal del servicio de limpieza que ella venía desarrollando en sus locales, a una empresa contratista,... explica muy claramente que "en el presente caso no ha sido objeto de transmisión un conjunto de elementos patrimoniales de la empresa que como unidad organizada pueda servir de soporte a una actividad independiente, sino que, por el contrario, la cesión se limita únicamente a unos contratos de trabajo que pertenecen a la plantilla normal de la empresa y que no sólo carecen de cualquier sustantividad como sustrato productivo de una actividad autónoma, sino que, incluso, desde el momento inicial de la pretendida transmisión aparecen funcionalmente ligados a la continuación de la actividad en la misma empresa", añadiéndose que "En conclusión, por tanto, es claro que no puede afirmarse que se haya transmitido una entidad organizada, en cuanto que lo que se ha hecho es proceder a la cesión de un grupo de personas dedicadas a una determinada actividad dentro de una empresa, lo que por sí solo y en defecto de elementos probatorios que lo hubieran acreditado, no puede calificarse como tal, para decidir que lo transmitido constituye una entidad en el sentido en que viene requerido tanto por las Directivas comunitarias como por el artículo 44 ET"».

Las **SSAN de 22 de septiembre de 2010,** IL J 1875/2010, y **de 27 de septiembre de 2010,** IL J 1879/2010, analizan un supuesto de hecho idéntico, en el que los problemas de delimitación de la

presencia o no de figura de la sucesión de empresa derivan de la forma en que se produce la cesión de la unidad productiva autónoma, pues ello tiene lugar a través de *renting*. En concreto, en el caso de la SAN de 22 de septiembre de 2010, IL J 1875/2010, se trataba de dictaminar si la externalización de la unidad productiva denominada Dirección de la Tecnología de la Información (DTI) por parte de la empresa Distribuidora de Televisión Digital S.A. (DTS) en favor de INDRA configura o no un supuesto de sucesión empresarial de los previstos en el artículo 44 ET. La Sala de la Audiencia Nacional rechazará la pretensión de los demandantes de que se declarara la inexistencia de sucesión en el caso enjuiciado, argumentando la SAN de 22 de septiembre de 2010, IL J 1875/2010, entre otras razones, y respecto a la transferencia a CSI Renting, por indicación de INDRA, de todos los activos de DTS, suscribiendo INDRA un contrato de arrendamiento y utilizando estos activos para el desarrollo de su actividad, que

> «Lo importante, en este campo, es —desde un punto de vista finalista— si INDRA gestiona o no una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo la actividad que desarrollaba la DTI, de DTS. El *renting* con tercero interpuesto no es determinante porque en el contrato se pactó la transmisión directa a INDRA, o indirecta a la empresa que INDRA designase. El artículo 44 no exige que la transmisión se instrumente mediante un solo negocio jurídico, sino que se produzca un resultado final en el que se garantiza a los trabajadores la continuidad laboral en todo caso, lo que no es impedido por la operación de *renting,* que permite la renovación ágil y financieramente eficiente de herramientas en constante evolución. Para concluir, es evidente que la operación llevada a cabo no ha producido quebranto alguno a los trabajadores, ni el artículo 44.2 ET establece una forma negocial concreta para llevar a cabo la cesión de trabajadores de una empresa a otra cuando las necesidades de mercado lo exigen para que en definitiva la empresa pueda seguir su desarrollo económico, en momentos que pudieran ser de incertidumbre».

A igual conclusión llegará la **SAN de 27 de septiembre de 2010,** IL J 1879/2010, mencionada, que, citando el pronunciamiento anterior, considerará acreditado, entre otros extremos, la transmisión de activos «si bien por medio de una sucesión de contratos de compraventa y posterior arrendamiento a una tercera empresa de *renting* que se justifica en las ventajas del tratamiento financiero del sistema de arrendamiento sobre el de propiedad (los asientos se realizan en el pasivo en vez de en el activo) y la habitualidad de la utilización de este sistema por INDRA (así lo ha aceptado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 17 de diciembre de 1987 por todas y la reciente del TS de 28 de abril de 2004, en la que se dice: "ya que lo relevante, a efectos de la sucesión de empresa, no es ser propietario de los activos necesarios para la explotación del negocio mediante su posesión, sin que la inexistencia de vínculo contractual directo entre el cedente o el concesionario revista importancia decisiva al respecto")».

Y, tras recordar la ya reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los requisitos delimitadores de la sucesión de empresa y dejar sentado que la «externalización de servicios públicos no queda fuera del ámbito de la sucesión», la **STSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2010,** IL J 625/2011, concluirá que la adjudicación por parte del Ayuntamiento de Corvera de Asturias a la empresa Aquagest de la gestión del complejo deportivo de la Piscina Cubierta se enmarca dentro del supuesto de hecho del artículo 44 ET, pues

> «La concesión administrativa ha comportado, llevando consigo, la entrega al contratista o concesionario de la infraestructura y organización empresarial básica para la ejecución de la actividad —"la gestión integral" reza el pliego de condiciones administrativas—, con el conjunto de elementos, materiales y patrimoniales fundamentales de la explotación (una piscina climatiza y cubierta, el gimnasio, y demás instalaciones anejas del complejo deportivo municipal), y también de los elementos personales que hasta entonces venían cubriendo el servicio (en el

> caso, los conserjes limpiadores de la piscina); lo que..., constituye la condición necesaria para la actuación del deber impuesto por el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que la unidad productiva que se trasmite aparece completamente delimitada y definida en todos sus elementos, y además el pliego de condiciones de la concesión da un específico tratamiento jurídico laboral al problema, imponiendo expresamente el respeto a las condiciones de trabajo vigentes al tiempo de la transmisión. La entrega al concesionario de la infraestructura y organización empresarial básica para la explotación, con cesión entre la Corporación y empresa codemandada de los elementos esenciales o significativos del activo material o inmaterial con los que el Ayuntamiento realizaba el servicio municipal determina que nos encontramos ante un supuesto de "transmisión de una unidad productora autónoma", y obliga a entrar en juego en el caso de autos al mecanismo de la subrogación empresarial el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, de suerte que la relación existente entre la actora y el Ayuntamiento codemandado no quedó extinguida, comenzando una nueva con la empleadora —Aquagest—, sino que tuvo lugar una novación subjetiva de la relación cuya naturaleza no dimana de un nuevo contrato sino de aquel que la trabajadora ya tenía con el Ayuntamiento».

Una situación peculiar en lo que al presupuesto de hecho del artículo 44 ET se refiere, se plantea en los casos de reorganización administrativa de las autoridades públicas, donde, por lo demás, las previsiones de la norma del Derecho de la Unión Europea no coinciden exactamente con lo dispuesto en nuestro ordenamiento. Así, mientras que el artículo 1.c) de la Directiva 2001/23/CE establece que «la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva», el artículo 44 ET guarda silencio sobre la cuestión. A esta problemática se enfrenta la **STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2010,** IL J 177/2011, que debe decidir si la encomienda de gestión del servicio de oficinas de turismo realizada por el Ayuntamiento de Alcalá a favor de Alcalá Desarrollo constituye o no un supuesto de sucesión de empresa. La sentencia de instancia, estimando la existencia de sucesión de empresas, declaró la responsabilidad solidaria de ambas en cuanto a los efectos derivados del despido del trabajador demandante. La Sala de suplicación, tras declarar probada la transmisión de elementos patrimoniales requerida por el artículo 44 ET, argumenta que a ello no cabe oponer lo dispuesto en el mencionado artículo 1.c) de la Directiva 2001/23/CE por dos razones: «Primera, porque ese precepto habla de "traspaso de funciones entre autoridades públicas administrativas", lo que no es el caso presente, porque nadie pone en duda que "Alcalá Desarrollo" no tiene la consideración de autoridad administrativa; se trata de una entidad de carácter privado, aun cuando su capital sea público. Segunda, porque, aun cuando realmente este Ente hubiese sido una autoridad administrativa, el hecho de que el traspaso de funciones operado entre él y el Ayuntamiento de Alcalá no pudiera considerarse una sucesión de empresa de acuerdo con la normativa comunitaria, ello no impediría que sí lo fuera desde el punto de vista del ordenamiento español, tal como dice con toda claridad el artículo 8 de la norma comunitaria de referencia, porque la Directiva 2001/23/CE lo que hace es fijar unos mínimos de garantía a favor de los trabajadores y tales mínimos pueden ser reforzados por los ordenamientos internos, de manera que, puesto que en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores el elemento determinante de la sucesión empresarial es el traspaso de elementos patrimoniales y tal elemento se da en este caso, la sucesión se ha producido». Eso sí, en lógica consecuencia con tal afirmación, concluye la sentencia en examen señalando que «lo coherente hubiera sido declarar que es la empresa sucesora quien tenía que haber adquirido la condición de empleadora e integrar en su plantilla al actor, dejando al margen a la empresa sucedida. No se comprende, por tanto, que se haya formulado una condena solidaria para las dos empresas afectadas».

De singular interés resulta la **STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de noviembre de 2010,** IL J 288/2011, tanto por el supuesto de hecho enjuiciado como, sobre todo, por los razonamientos que incorpora. Los datos fácticos son los siguientes: Los trabajadores demandantes habían prestado sus servicios en los Consejos Reguladores de Denominación de Origen (CRDO), órganos no

administrativos dotados de plena autonomía y competencias. Tras la Ley 8/2003, que modifica el régimen jurídico de los CRDO, pasan a prestar servicios en los nuevos órganos gestores del vino, configurados por la Ley como entidades privadas. La sentencia de instancia rechaza la pretensión de los demandantes de que se les considerara jurídicamente como trabajadores públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se declarara no ajustada a derecho la subrogación por parte de las mercantiles sucesoras de los CRDO. La Sala de suplicación desestimará el recurso de suplicación, tras realizar un particular examen de la evolución y cambios producidos en la doctrina jurisprudencial sobre la sucesión de empresa. Examen, en el que parece olvidarse, en ocasiones, que lo determinante para que estemos en presencia de la figura regulada en el artículo 44 ET es que, desde el punto de vista del elemento objetivo, se transmita una entidad económica que mantenga su identidad. Cuestión diversa serán los factores y criterios a considerar en la labor de decidir si en el caso concreto se ha producido o no esa cesión de una entidad económica que ha mantenido su identidad. Argumenta la sentencia que comentamos que

> «en materia de sucesión de empresas se ha producido, pues, un importante cambio en la doctrina jurisprudencial en una materia de difícil conceptuación y a la vez de una gran trascendencia práctica tanto para empresarios como para trabajadores; pero dicho cambio debe interpretarse en su justo sentido y no con apreciaciones sesgadas o parciales como ya se está empezando a hacer por algún sector de la doctrina científica. En efecto, de dicho cambio doctrinal no se puede deducir que donde antes la apreciación de sucesión dependía de que hubiera habido "transmisión de elementos patrimoniales" dependa ahora de que exista o no "sucesión de plantilla"; pues el tema es mucho más complejo y lo que realmente procede afirmar, si se trata de seguir la doctrina del TJCE es que donde antes el elemento determinante de la existencia de sucesión se centraba en la transmisión de elementos patrimoniales, en la actualidad el elemento determinante se centra en el hecho de que el adquirente continúe con la misma actividad que el anterior siempre que concurra alguna circunstancia que demuestre la permanencia en la misma por parte del adquiriente, lo que puede deducirse, por encima de formalismos o simplificaciones, tanto de que se hayan transmitido los elementos patrimoniales como de otros elementos no tan visibles como pueden serlo la clientela, los directivos, la organización del trabajo, los métodos o en su caso los medios de explotación transmitidos como se ha dicho. Por lo tanto, puede ocurrir que se transmitan elementos patrimoniales y sin embargo no haya sucesión (pues puede ocurrir que lo producido sea una mera compraventa de mercancías), como puede ocurrir que se haya transmitido el personal y tampoco pueda hablarse de sucesión (cesiones de contratos que serían fraudulentas) e incluso puede ocurrir que no se transmita patrimonio empresarial y personal pero pueda apreciarse sucesión por haberse producido a pesar de todo la sustitución en la misma actividad por otras razones. En definitiva, ya no se puede decir que la transmisión de elementos patrimoniales determine la apreciación de sucesión en los cambios que se produzcan en las contratas o concesiones de servicios, pero tampoco se puede afirmar sin más que el elemento actualmente determinante de aquella apreciación sea la cesión en la plantilla; sin embargo sí que es más aproximado a la realidad afirmar que lo ahora determinante de la existencia de sucesión es la sucesión en la misma actividad, si bien para apreciar si esa circunstancia se ha producido o no hay que valorar las peculiaridades de cada caso y la concurrencia de algunos otros de los factores de identificación indicados».

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

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

Como acabamos de indicar más arriba, las principales dudas en torno a la existencia o no del fenómeno regulado en el artículo 44 ET se han suscitado en los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas que tenían por objeto actividades en cuya ejecución el elemento patrimonial, la infraestructura material necesaria para llevarla a cabo, era insignificante, pues lo relevante

era el trabajo personal de quienes prestaban la concreta actividad. La abundantísima cantidad de pronunciamientos judiciales que en el período examinado abordan esta cuestión (**STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010,** IL J 575/2011; **STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010,** IL J 576/2011; **STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010,** IL J 579/2011; **STSJ de Castilla y León de 23 de noviembre de 2010,** IL J 594/2011; **STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 2010,** IL J 616/2011; **STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2010,** IL J 623/2011; **STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2010,** IL J 641/2011; **STSJ de Castilla y León de 3 de diciembre de 2010,** IL J 611/2011; **STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 2010,** IL J 617/2011; **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2010,** IL J 114/2011; **STSJ de Castilla y León de 1 de diciembre de 2010,** IL J 327/2011; **STSJ de Castilla y León de 1 de diciembre de 2010,** IL J 328/2011; **STSJ de Castilla y León de 3 de diciembre de 2010,** IL J 610/2011; **STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2010,** IL J 177/2011; **STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2010,** IL J 264/2011; **STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2010,** IL J 311/2011; **STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2010,** IL J 217/2011; **STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2010,** IL J 514/2011) pone de manifiesto que, pese a la incorporación literal en el artículo 44 ET de la delimitación del objeto de la transmisión realizada por la norma de la Unión Europea y la asunción por nuestra jurisprudencia de las tesis del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los requisitos necesarios para que se produzca el fenómeno subrogatorio, los conflictos prácticos no cesan, pues la riqueza y variedad de matices en los hechos enjuiciados escapan en muchas ocasiones a los esfuerzos teóricos de delimitación de la figura. Sin poder realizar un análisis detenido de todas las sentencias que han recaído sobre el tema, sí nos gustaría apuntar unas observaciones generales acerca de cuáles son ahora los términos del debate. Ya hace algunos años, al inicio de la recepción por nuestros tribunales de la doctrina de la jurisprudencia de la Unión Europea sobre la asunción de plantilla, indicamos que uno de los principales problemas aplicativos de tal tesis se iba a presentar a la hora de valorar su correcto alcance en la relación ley-convenio colectivo. En nuestro ordenamiento, la inicial inaplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de transmisiones de actividad que no iban acompañadas de la cesión de una infraestructura patrimonial determinada, había dado lugar a que la negociación colectiva complementara las garantías legales en aquellos sectores de actividad en los que, al descansar fundamentalmente en la mano de obra, la transmisión productiva no se enmarcaba en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET. Ley y convenio representaban dos fórmulas diversas, y de aplicación a supuestos de hechos diferentes, a través de las cuales el fenómeno subrogatorio podía producirse; eso sí, cada uno con el alcance y los efectos que sus respectivas fuentes de creación fijaban. Ahora bien, al acogerse la tesis de que en determinados sectores de actividad, aquellos que descansan fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad si, en supuestos como los de la sucesión de contratas, el nuevo contratista se hace cargo de una parte significativa del personal que el anterior destinaba a tal actividad, las previsiones convencionales que imponían la subrogación en casos antes no cubiertos por la norma legal, terminan por proyectar sus efectos más allá del marco negocial propio de la autonomía colectiva. En otras palabras, la prescripción convencional de la asunción del personal de la anterior contratista en los supuestos de sucesión de contratas, se convierte, en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la asunción de plantilla, en factor determinante del cumplimiento de los requisitos legales exigidos para que entre en juego el artículo 44 ET, de tal manera que los efectos subrogatorios se producirán, no ya por imperativo convencional, sino por imposición legal, y lo que es más trascendente, con el alcance y efectos previstos en el precepto estatutario, en ocasiones más amplios y diversos a los que las partes buscaban al negociar el convenio. De esta realidad y consecuencias se está haciendo eco la doctrina judicial, si bien, a nuestro juicio, aún quedan algunos perfiles que definir en la aplicación práctica de la tesis de la asunción de plantilla.

Así, la **STSJ de Castilla y León de diciembre de 2010,** IL J 327/2011, en un supuesto de sucesión de contratas de seguridad, después de un detenido repaso al proceso de admisión por el Tribunal Supremo del criterio de «sucesión de plantilla», afirmará:

> «Por tanto hay que admitir en nuestro ordenamiento la figura de la sucesión determinada por la identidad de plantillas en los supuestos en los que la actividad descansa de forma sustancial en la mano de obra, de manera que es la plantilla, considerada en su conjunto, la que caracteriza la organización productiva que entra en juego, de manera que la pervivencia de la misma plantilla supone identidad de la organización productiva asumida. Se trata de una cuestión de hecho, que no exige de un acuerdo de transferencia entre el primero y el segundo contratista. Basta con que se produzca la asunción de la organización productiva por el nuevo empresario para que exista sucesión. Y esto es lo que ocurre en este caso, por lo cual no puede analizarse la cuestión a la luz del convenio colectivo que se denuncia como infringido, sino en función de la regulación descrita de la sucesión de empresas derivada de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (siendo fundamental su interpretación jurisprudencial descrita), que establece una regulación mínima inderogable por la negociación colectiva. Al margen y como complemento de la regulación legal el convenio colectivo puede imponer como obligatoria la subrogación de manera que, si como consecuencia de dicha subrogación se produce en el caso concreto una sucesión de plantilla (como ocurrirá normalmente en el ámbito de actividades como las de limpieza o vigilancia, caracterizadas por basarse esencialmente en la mano de obra), entonces habrán de aplicarse la Directiva 2001/23/CE y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, muy especialmente el artículo 4 de la Directiva, antes transcrito, que determina la nulidad o improcedencia de las extinciones contractuales que se produzcan por el mero hecho de la sucesión. Por el contrario puede que la asunción de la plantilla no sea obligatoria en virtud del convenio colectivo y en ese caso, cuando la identidad de la empresa o actividad productiva se establezca en función de dicha plantilla, como sucede en el caso de actividades caracterizadas esencialmente por la mano de obra y no por elementos materiales e instalaciones, el empresario podrá optar entre asumirla o no. Si no lo hace no habrá sucesión..., pero si lo hace, aunque no sea obligatorio, existirá sucesión... El convenio colectivo puede obligar a la asunción de la plantilla de la contratista anterior o no, pero, a efectos legales, cuando dicha asunción se produce (de forma obligatoria o voluntaria), en las actividades caracterizadas por depender esencialmente de la aportación de mano de obra, existe sucesión de empresas a efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, en estos sectores basados esencialmente en mano de obra, es frecuente que, como ocurre en este caso, no se asuma la totalidad de la plantilla, lo que exige determinar si existe una "identidad" sustancial de la misma para establecer la aplicación de las normas sobre la sucesión de empresas. Si tales normas son aplicables resultará que la extinción de los contratos de los miembros de la plantilla no asumidos por la empresa cesionaria constituirá un despido, improcedente o nulo, imputable a dicha empresa cesionaria, puesto que la sucesión de empresas, una vez acaecido el hecho causante de la misma, produce efectos *ope legis* en virtud de dicho título y no requiere de un modo, *traditio* o asunción de la plantilla por la empresa cesionaria. Pues bien, a efectos de decidir si existe o no identidad entre la plantilla antigua y la nueva, esta Sala se decantó inicialmente por un criterio puramente numérico, exigiendo que una mayoría de los trabajadores fuesen asumidos por la cesionaria... Sin embargo con posterioridad la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estableció que para que se produzca "sucesión de plantillas" el número de los trabajadores que pasan a la nueva empresa no ha de ser mayoritario, sino que basta con que sea "significativo", entendiendo que era "significativo", sin necesidad de ningún otro dato añadido, el que la nueva empresa asumiera dos trabajadores sobre un total de seis..., por lo que esta Sala hubo de corregir su criterio, de manera que estableció que para determinar la "identidad" de plantillas determinante de la existencia de sucesión han de compaginarse los datos referidos a la actividad de la misma (tipo, lugares y modos de la prestación), el número y porcentaje de los trabajadores que prestaban servicios en la antigua plantilla y que lo siguen haciendo en la nueva y también los elementos cualitativos relativos a la identidad de aquellos trabajadores con facultades directivas o de mando o con cualificaciones profesionales específicas...».

Dado que en el caso enjuiciado «la nueva adjudicataria, obligada o no, ha asumido la mayor parte de la plantilla adscrita a la ejecución de la contrata y la organización productiva se caracterizaba esencialmente por la mano de obra e incluso los medios materiales accesorios a la prestación han sido adscritos a la nueva contrata. Por otro lado, existe identidad entre la plantilla anterior y la actual, dado que la subrogación ha afectado a más de la mitad de los trabajadores, para la prestación de servicios de la misma índole, en la misma zona geográfica, para la misma empresa principal y no aparece tampoco acreditado que se produzca una ruptura en el ámbito de la dirección o mando ni en el de las cualificaciones», la Sala concluye que se ha producido una sucesión de empresa a efectos legales.

En el mismo sentido que este pronunciamiento y respecto a un supuesto de hecho idéntico se pronuncian las **SSTSJ de Castilla y León de 3 de diciembre de 2010,** IL J 610/2011, **de 3 de diciembre de 2010,** IL J 611/2011 y **de 10 de diciembre de 2010,** IL J 617/2011.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2010,** IL J 264/2011, en un caso donde la asunción de personal se produce en parte por aplicación del convenio y en parte porque la nueva adjudicataria, previo proceso de selección, contrata a un determinado número de trabajadores de la anterior contratista, tras realizar un interesante y exhaustivo análisis de los presupuestos aplicativos del artículo 44 ET, de la evolución de nuestra jurisprudencia y de la de la Unión Europea sobre la figura de la sucesión y de la relación ley-convenio colectivo en lo que a la configuración del fenómeno sucesorio respecta, recogerá argumentos como los siguientes:

> «En el sector de servicios resulta habitual que los convenios colectivos que los regulan establezcan reglas expresivas de un deber de subrogación empresarial, como garantía por cambio del empresario contratista del servicio, generalmente debido a una finalidad de estabilidad en el empleo de los trabajadores de esas empresas empleados en esos servicios. El alcance de tal deber va a depender de los términos pactados en el convenio, que puede mejorar pero no alterar a la baja el contendido imperativo del artículo 44 ET, sin perjuicio de la relevancia que pueda tener tal circunstancia en orden a determinar si concurre o no el supuesto de sucesión de empresas previsto en el artículo 44 ET y al que esta norma también vincula efectos subrogatorios. Es decir, en la medida en que el cambio de contratista reúna los rasgos propios de la sucesión de empresas, la regulación convencional deberá ser respetuosa con los mínimos establecidos en ese precepto estatutario...
>
> Así tenemos ... que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes: A) Artículo 44 ET, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva. B) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos. C) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos... D) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del artículo 44 ET, supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de *handling*... E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del artículo 44 ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo... como cualitativo... Aquí, la organización

> productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su Sentencia de 27 de octubre de 2004, (aun suscitando en la misma ciertas "reservas",...), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece...
>
> A la vista de los datos fácticos de los que parte la sentencia de instancia ... hemos de concluir que estamos ante el supuesto de la asunción de plantillas que da lugar a la subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente. En efecto, la subrogación empresarial no se da solamente cuando concurren los requisitos del artículo 44 ET, inexistentes en el caso enjuiciado, al no hacer entrega la empresa saliente del aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva, sino que es también perfectamente posible en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, de manera que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, susceptible de mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Lo que ha sucedido en el caso enjuiciado es que la empresa recurrente ha asumido o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo, haciendo un total de 36 sobre los 46 que tenía la UTE saliente, y aun cuando es verdad que en aplicación del pliego de condiciones técnicas LICUAS S.A. ha venido obligada a aportar algunos elementos materiales no es menos cierto que su actividad productiva descansa fundamentalmente en la mano de obra, que se erige en una organización productiva, y, en fin, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica, la que ha sido objeto de transmisión».

Pero, como se vislumbra del pronunciamiento recién analizado, la imposición convencional de la subrogación contractual no agota el alcance de la doctrina de la asunción de plantilla. Como indica la **STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010,** IL J 575/2011, reiterando un pronunciamiento anterior, «no puede confundirse el que el convenio colectivo no haga obligatoria la subrogación en los contratos de los trabajadores, con que la misma quede prohibida y se excluya por ello la sucesión de empresa. El convenio puede obligar a la asunción de la plantilla de la contratista anterior o no, pero, a efectos legales, cuando dicha asunción se produce (de forma obligatoria o voluntaria), en las actividades caracterizadas por depender esencialmente de la aportación de mano de obra, existe sucesión de empresas a efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores... Puede ocurrir que con motivo de una transferencia de funciones se adopte la decisión de transferir también la organización productiva que venía desarrollando las mismas (organización que puede consistir exclusivamente, en el caso de actividades realizadas esencialmente mediante el trabajo humano, en un conjunto organizado de trabajadores), en cuyo caso habrá sucesión a efectos laborales, lo que producirá la subrogación de un nuevo empleador en lugar del anterior en relación con todos los trabajadores que formaban parte de la organización productiva traspasada, pero también puede ocurrir que se adopte la decisión contraria, en cuyo caso, si la transferencia de tareas o funciones no viene acompañada de la transmisión de una organización productiva no existirá sucesión. Como quiera que en este caso la nueva adjudicataria, aun sin estar obligada, decidió asumir la plantilla adscrita a la ejecución de la contrata y la organización productiva se caracterizaba esencialmente por la composición de dicha plantilla, no constando la adscripción de medios materiales relevantes, se ha producido la indicada sucesión y el período de contratación anterior con Eulen S.A. ha de computarse a efectos de antigüedad». Idéntico criterio se recoge en las **SSTSJ de Castilla y León**

de 17 de noviembre de 2010, IL J 576/2011; **de 17 de noviembre de 2010,** IL J 579/2011; **de 23 de noviembre de 2010,** IL J 594/2011; **de 1 de diciembre de 2010,** IL J 328/2011; **de 10 de diciembre de 2010,** IL J 616/2011; **de 15 de diciembre de 2010,** IL J 623/2011.

Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2010,** IL J 114/2011, tras recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de considerar que existe una sucesión en la actividad, a los efectos prevenidos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, «no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente», apreciará también la existencia de sucesión de empresa en un supuesto de sucesión de contratas para la prestación de los servicios de información y atención al cliente del Centro Comercial Albacenter entre las empresas Servicios Securitas, S.A. y Eulen S.A.

En sentido contrario y con similar argumentación, tratándose de supuestos de sucesión de contratas en los que «pese al cambio de contratista del servicio..., no existe... el menor atisbo de una eventual transmisión de activos patrimoniales entre la empresa saliente y la entrante... [y], además,... tampoco consta debidamente demostrado que la adjudicataria del servicio..., esto es, Falcon Mantenimiento y Control, S.A. hubiese llegado a asumir una parte relevante o, si se quiere, significativa de la plantilla de la contratista anterior», nada justificaría la sucesión empresarial (**STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2010,** IL J 311/2011).

Sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información y entrega de documentación impuestas habitualmente en los convenios colectivos que prevén el efecto subrogatorio cuando no se dan los presupuestos de hecho del artículo 44 ET, puede consultarse la **STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2010,** IL J 514/2011. Y a diversos supuestos de existencia de sucesión empresarial en aplicación de las previsiones convencionales sobre el particular se refieren la **STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2010,** IL J 217/2011 y la **STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2010,** IL J 641/2011.

C) Jubilación parcial, contrato de relevo y sucesión de empresa

La Disposición Adicional Segunda del RD 1131/2001 establece, entre otras disposiciones, lo siguiente: «1. Si durante la vigencia del contrato de relevo antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada... 3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo. En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquél en que se haya producido el cese... 4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado en la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada». La aplicación de tales prescripciones a un supuesto de sucesión parcial de empresa, en el que el trabajador relevista pasa a prestar servicios en la nueva empresa adquirente que se subroga en la posición de su anterior empresario, es objeto de análisis por la **STS de 9 de febrero de 2001,** u.d., IL J 476/2011. Los hechos enjuiciados eran los siguientes: la empresa demandante (Transportes Colectivos, S.A.) se dedica al transporte de viajeros en autobús y mientras era adjudicataria del transporte urbano de la ciudad de Bilbao tuvo lugar la jubilación parcial de un trabajador a su servicio y la contratación correspondiente de un trabajador

relevista; con posterioridad se produce la terminación de la citada concesión de transporte urbano, que fue adjudicada a otra empresa de autobuses (Veolia Transportes Bilbao), dándose la circunstancia de que mientras el trabajador en situación de jubilación parcial mantuvo su contrato a tiempo parcial con la empresa demandante, el trabajador relevista, en virtud de la subrogación legal prevista en los casos de sucesión de empresa, pasó a prestar servicios para la nueva adjudicataria. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSS frente a la sentencia de instancia, y declaró conforme a derecho la reclamación efectuada por el INSS a la empresa demandante en concepto de responsabilidad por el abono de prestaciones por jubilación parcial. El Alto Tribunal estimará el recurso de casación interpuesto por la empresa Transportes Colectivos S.A. y, recogiendo su doctrina ya unificada sobre la cuestión, argumentará que

> «en el supuesto particular de sucesión parcial de empresa en el que el trabajador relevista ha dejado de prestar servicios para la "empresa originaria" pero por subrogación legal "ha consolidado su empleo en la nueva empresa" no cabe entender que exista una "conducta fraudulenta" por parte de aquélla, que justifique la aplicación de la responsabilidad punitiva o sancionadora de la DA 2.ª4 RD 1131/2002; y además, en este supuesto particular de subrogación en el contrato de trabajo del trabajador relevista, se cumplen los propósitos de la normativa de jubilación parcial, ya que dicho trabajador relevista, a diferencia de lo que sucede en los casos de excedencia voluntaria resueltos en SSTS de 8 de julio de 2009 y 9 de julio de 2009..., mantiene vivo y en actividad el puesto de trabajo».

D) Personal de alta dirección y sucesión de empresa

Probablemente, si tuviéramos que destacar alguna característica común a todas las denominadas relaciones laborales de carácter especial, ésa sería la de contar con una regulación propia y expresa que, amén de prever y regular las singularidades de cada relación, marca muy directamente el espacio que corresponde a la legislación laboral en general, y al Estatuto de los Trabajadores muy en particular, en lo que a su disciplina respecta. En otras palabras, la regulación específica de cada relación especial es la que diseña y marca el espacio aplicativo que corresponde a las disposiciones generales del Estatuto de los Trabajadores en cada una de ellas. Y en esa delimitación, cuando se trata de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, los términos del artículo 3 de la RD 1382/1985, de 1 de agosto, son claros: «Uno. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación. Dos. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar especialmente en el contrato. Tres. En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales». Por ello, no compartimos del todo la argumentación contenida en la **STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2010,** IL J 173/2011, en lo que a la proyección del artículo 44 ET sobre la relación laboral de alta dirección concierne, aunque el fallo, probablemente, tuviera que ser el mismo al que llega la sentencia que comentamos. Entiende la Sala de suplicación que en caso de sucesión de empresas, la sucesora se subroga en la totalidad de derechos y obligaciones de la empresa sucedida con respecto a los contratos de alta dirección que ésta pudiera haber suscrito, y ello sobre la base de una triple razón:

> «Cuando el artículo 3.1 RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, establece que los derechos y obligaciones de este personal se regulan por esa norma reglamentaria, mientras las normas de la legislación laboral común sólo son aplicables cuando haya remisión expresa, normativa o contractual, a las mismas, es obvio que no podemos admitir que por esta vía queden excluidas las normas de carácter laboral común, entendiendo por tales, por ejemplo, las que definen el concepto de empresario, el con-

cepto de salario o jornada laboral, la sucesión de empresas, el derecho de negociación colectiva, los derechos sindicales, etc. Sería absurdo entenderlo así, pues el sentido del citado artículo 3.1 es ahormar la regulación del contrato de trabajo de alta dirección a las especialidades propias de esta figura consecutivas a su singularidad (ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y responsabilidad sólo limitada por el titular de la empresa), pero no desvirtuar el contrato de alta dirección hasta el punto de entender que su regulación queda ceñida exclusivamente a los 16 preceptos de esa norma reglamentaria, porque, como hemos dicho, ello supondría que ni siquiera fuese aplicable el concepto de empresa, concepto que, evidente, sí rige en esta clase de relación laboral, como también la regulación que en torno a la sucesión de empresas mantiene el artículo 44 ET, al igual que la regulación de las garantías a favor del trabajador en caso de subcontratación empresarial y el concepto de grupo de empresas... El que artículo 10.3.d) RD 1382/1985 permita que en caso de sucesión de empresas el trabajador pueda extinguir su contrato sólo supone el reconocimiento de una posibilidad no prevista en la normativa laboral común, razón que hace necesario su expresa mención, sin que ello implique la desaparición de las garantías generales del artículo 44 ET en cuanto al respeto por parte de las empresas sucesoras afectadas por este precepto de las garantías establecidas en favor de todos los trabajadores, cualquiera que sea su vínculo o modalidad contractual, puesto que no contiene ninguna exclusión».

A nuestro juicio, la aplicación de los efectos subrogatorios en este supuesto no derivaría de esta forzadísima interpretación del alcance general del artículo 3.1 RD 1382/1985 sino, más indirectamente, de una lectura de éste en concordancia con las prescripciones del Derecho de la Unión Europea. La Directiva 2001/23/CE incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores sin más, entendiendo por trabajador a «cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate». Teniendo en cuenta dichos términos y los precedentes de la jurisprudencia de la Unión Europea en supuestos similares de discusión acerca de la afectación de sus Directivas sociales a relaciones laborales de carácter especial, particularmente lo indicado respecto al alcance de la protección de la Directiva sobre insolvencia del empresario a los altos cargos (STJCE de 16 de diciembre de 1993, asunto C-334/92, caso T. Wagner contra el FOGASA «procede responder a las dos primeras cuestiones que los miembros del personal de alta dirección no pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario en su versión modificada por la Directiva 87/164/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1987, ya que el Derecho nacional los califica de trabajadores asalariados y no figuran en la Sección I del Anexo de la Directiva»), probablemente habría que concluir que, en supuestos de sucesión de empresa, la subrogación también alcanza a los trabajadores con relación laboral especial de alta dirección.

E) Socio trabajador de cooperativa y sucesión de empresa

La **STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2010,** IL J 1951/2010 y la **STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010,** IL J 273/2011, abordan un supuesto de hecho de idénticas características, en el que los demandantes, socios trabajadores de la Cooperativa Infantil Río Vena, solicitan que Arasti Barca SC, nueva adjudicataria del servicio de gestión y administración de las Escuelas Infantiles de Burgos que antes tenía adjudicado la Cooperativa Infantil Río Vena, les reconozca su derecho a disfrutar de unas vacaciones de 45 días de duración, tal como se determina en el artículo 18 de los Estatutos de esta última Cooperativa. Las sentencias citadas, reiterando pronunciamientos precedentes, estimarán los recursos planteados y reconocerán a los trabajadores su derecho a disfrutar de los 45 días de vacaciones. Los razonamientos que llevan a las Salas a tal conclusión se resumen de la siguiente manera: —se recuerda la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que

de la normativa reguladora de las Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio, y la norma autonómica correspondiente) «resulta, con toda evidencia que la relación obligacional tiene carácter societario, debiendo descartarse todo atisbo acerca de que estemos en presencia de una relación laboral, ni siquiera como concurrente con la societaria o de naturaleza híbrida, porque en caso contrario, no habría existido esa fijación por el legislador, en el sentido que las percepciones periódicas de los socios trabajadores no tienen la consideración de salario»; —se precisa que la citada Ley 27/1999 distingue entre trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores de la cooperativa, señalando en relación a éstos una serie de normas referidas a jornada, descanso semanal, fiestas y vacaciones, baja obligatoria por causas económicas, y sucesión de empresas, contratas y concesiones, de regulación muy parecida a la que se tiene en el ET pero sin que en ningún momento se haga remisión a dicho cuerpo normativo; —se añade que la propia Ley 27/1999 señala que las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores, por su condición de tales, se resolverán aplicando, con carácter preferente la ley, los Estatutos de la cooperativa y el reglamento de régimen interno de las cooperativas, los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y los principios cooperativos, sin hacer mención alguna a los principios de derecho laboral. Es decir, la normativa laboral sólo será aplicable si están específicamente contempladas en la normativa reguladora del régimen jurídico de dicha cooperativa; —se razone que, no tratándose, por tanto, de una relación sometida a la legislación laboral común ni especial, sino siendo una relación singular, habrá de acudirse al contenido de la normativa singular que regula la relación de dicho socio con la entidad cooperativa. Dicha normativa señala que «cuando una cooperativa cese en la contrata de servicios y el nuevo empresario se hiciera cargo de éstas, los socios trabajadores tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondido de acuerdo con la normativa vigente, como si hubieran prestado su trabajo en la cooperativa como trabajadores por cuenta ajena». Sentado todo lo anterior, y tras recordar que los Estatutos establecían que el socio trabajador tendría derecho a 45 días de vacaciones, mientras que los restantes trabajadores por cuenta ajena de dicha cooperativa tendrían derecho exclusivamente a 30 días, los pronunciamientos en examen concluirán argumentando que

> «Evidentemente el artículo 86 de la Ley de Cooperativas antes citada tiene un objetivo claro. Que en caso de subrogación, los socios trabajadores tendrán los mismos derechos y obligaciones, de manera tal, que el hecho que hubiera tenido lugar la subrogación no implica que hayan de cesar en la prestación de sus servicios, de modo que a estos efectos se les equipara con los trabajadores por cuenta ajena. Pero lógicamente esa equiparación lo ha de ser en el sentido explicitado por la norma, es decir, manteniendo sus derechos y asumiendo sus respectivas obligaciones, no disminuyendo los derechos que antes poseían. Y si con anterioridad, de acuerdo con el contenido de los Estatutos de la Cooperativa tendrían derecho a 45 días de vacaciones este derecho ha de ser mantenido. Pues no es lógico que, como consecuencia de una subrogación empresarial, se haga de peor derecho a un socio trabajador —equiparado en tal sentido con los trabajadores por cuenta ajena— en relación con las condiciones que antes disfrutaba. Entre otras cosas porque si dicha normativa le equipara a un trabajador por cuenta ajena de dicha cooperativa, sería de plena aplicación en este caso, y a partir de dicho momento, del contenido del artículo 44 ET, donde señala con carácter general que "la sucesión de empresas determinaría la obligación del empresario subrogado de mantener los derechos y obligaciones del anterior —incluyendo el derecho del actor a los 45 días de vacaciones—, incluyendo los compromisos en materia de pensiones". Pero es que, además, de acuerdo con el contenido de la STS citada, con remisión expresa a la ley de cooperativas, a los Estatutos de éstas, debemos entender que tras la subrogación se equipara al socio trabajador con el trabajador por cuenta ajena de dicha cooperativa. Y que tras la subrogación sería aplicable el Convenio Colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil, que sería la norma colectiva que regularía las relaciones laborales entre la nueva entidad subrogada y los trabajadores por cuenta ajena de ésta. Pues bien en dicha Disposición Final 2.ª, se establece que "dichos trabajadores por cuenta ajena, que a la entrada en

vigor de dicho convenio vinieran disfrutando de más vacaciones, dichos derechos serán respetados como condición más beneficiosa". En suma, de dicho texto negociado se viene a inferir que aquellos que tuvieran más vacaciones en virtud de lo establecido en pacto singular —como es el caso del actor— dichas vacaciones de más —45 días en vez de 30— habrán de ser respetadas como condición más beneficiosa».

F) Convenio colectivo aplicable

Los fenómenos de sucesión de empresa dan lugar a problemas de delimitación del convenio colectivo aplicable una vez producida la subrogación cuando las empresas transmitente y adquirente están sujetas a normas convencionales diversas. La modificación del ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, incorporó previsiones expresas sobre la cuestión, que, pese a todo, no han evitado los conflictos en sede judicial. A uno de ellos alude justamente la **STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2010,** IL J 293/2011, que resuelve el recurso de suplicación planteado por las actoras frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que desestimó sus demandas. En ellas las trabajadoras alegan que con la empresa INESE, posteriormente absorbida por RBI, ostentaban la categoría de Titulados Superiores, que tenían reconocida de conformidad con el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos. Tras la absorción, la empresa RBI les aplica su convenio colectivo, el de Artes Gráficas y, por lo tanto, su sistema de clasificación profesional. Los demandantes consideran que como en Artes Gráficas figura la categoría de Titulado Superior, ésta es la categoría que deben seguir ostentado y no la nueva asignada por la empresa conforme a las funciones realizadas. La Sala de suplicación desestimará el recurso pues, tras recordar lo dispuesto en el artículo 44.4 ET en materia de vigencia del convenio colectivo de la empresa cedente y lo dispuesto sobre el particular en la Directiva de la Unión Europea, razonará señalando que

«De ambos preceptos se colige, sin necesidad de especiales razonamientos, que incluso una vez producida la subrogación, en tanto no se produjese la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte aplicable a la empresa cesionaria, deben mantenerse la vigencia del anterior y de las condiciones que en virtud del mismo se aplicaban... Por otro lado, el Convenio de Oficinas y despachos vio expirada su vigencia a fecha de 1 de enero de 2008, momento en el que, de conformidad con el precepto transcrito, debe aplicarse el Convenio Colectivo de la nueva empresa, que es el de Artes Gráficas. A lo anterior cabe añadir que las condiciones de trabajo que deben ser respetadas, sin perjuicio de la aplicación de los mecanismos que establezca el convenio, entre los que se encuentran los de absorción y compensación, son las relativas a jornada, funciones y retribución pero no, como se pretende, el sistema de clasificación profesional que goza de un carácter de afectación general dentro de la regulación convencional. Ello es así porque en la sucesión de normas convencionales rige el principio de la modernidad, si bien como en este caso no nos encontramos ante el supuesto del artículo 82.2 ET, el segundo Convenio no puede disponer de los derechos reconocidos en el primero, sino que el segundo habrá de respetar, por la entrada en juego de las condiciones más beneficiosas, aquellas condiciones que los trabajadores tenían. Éstas serán las relativas a jornada, retribución y funciones, sin que la variación de la categoría, por el simple acoplamiento a la nueva estructura del sistema de clasificación profesional de afectación general, pueda entenderse como una variación de condiciones de trabajo, tal y como las mismas aparecen en el artículo 41 ET. En definitiva, y como recuerda la recurrida, siendo de aplicación el Convenio Colectivo de Artes Gráficas, deben también aplicarse, tanto el sistema de clasificación profesional, como las tablas salariales, en él previstas; y una vez descartada la aplicación del Convenio de Oficinas y Despachos, no se ha acreditado que en razón a las funciones efectivamente desarrolladas, que no han sufrido modificación trascendente, se deba mantener al actor en la anterior categoría de "Titulado Superior", aun con base al nuevo Convenio, por cuanto el nuevo sistema de clasificación posibilita el encuadramiento, en la categoría de "redactor", hecho por la empresa, y esta última también se adecua, por lo ya expuesto, a los cometidos

> desarrollados por el trabajador, consistentes en la redacción de artículos para su edición —hecho 7.º—, pero sin trascender su responsabilidad de dichas funciones. Y aunque es cierto que con ocasión de la absorción empresarial habida entre ambas empresas no pueden los trabajadores afectados sufrir merma en sus retribuciones, esto último, sin embargo, aparece descartado en la resolución de instancia, al afirmar que el salario abonado al actor como "Redactor" se ha visto incrementado en relación al que anteriormente había venido percibiendo como "Titulado Superior" en la empresa absorbida».

A la determinación del alcance y efectos del artículo 44.4 ET se refiere también la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de septiembre de 2010,** IL J 108/2011. En esta ocasión el problema se centra en establecer qué significa exactamente la expresión recogida en el mencionado precepto estatutario que prescribe que el convenio colectivo de origen se aplicará hasta su fecha de expiración o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo. La Sala reiterará la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, recordando que «la palabra extinción significa, en su acepción literal, la acción o efecto de extinguir o extinguirse; y extinguir es "hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente". Por su parte, expiración, significa acción y efecto de expirar; y expirar es "acabar la vida". Y es evidente que, mientras se mantiene la vigencia de las cláusulas normativas de un Convenio Colectivo, éste estará, en todo caso, en trance de desaparición paulatina, pero no podrá decirse de él, que ha cesado en todos sus efectos o que ha acabado su vida». Y, en consecuencia: «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 aquélla y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria». De la aplicación de tal jurisprudencia al caso enjuiciado (venta de Nestlé España, S.A. a Lactalis de toda la rama de actividad dedicada a la producción y comercialización de productos lácteos refrigerados, pasando los trabajadores a la nueva empresa, si bien por acuerdo entre la representación de la empresa y los representantes de los trabajadores, se continuó aplicando el originario convenio colectivo del centro de trabajo de Nestlé España, S.A., en Marchamalo (Guadalajara), concluye que

> «el convenio colectivo del centro de trabajo de Nestlé España, S.A., en Marchamalo (Guadalajara), sucesivamente prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2008, mantuvo la vigencia de sus cláusulas normativas (ultraactividad) hasta que fue publicado el convenio colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE de 22 de enero de 2009), al quedar afectada la empresa cesionaria Lactalis por el ámbito funcional de aplicación de este nuevo y posterior convenio (artículo 2 del mismo). Por lo tanto, con independencia de la falta de validez de la denuncia del convenio anterior realizada por Lactalis, lo cierto es que tal convenio en fase de ultraactividad ha sido sustituido por otro publicado posteriormente y de aplicación a la empresa codemandada, por lo que la decisión de aplicar su contenido es ajustada a derecho».

Finalmente, reseñar la **STSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2010,** IL J 625/2011, ya mencionada en apartados precedentes, que nos recuerda la doctrina jurisprudencial acerca del alcance de la subrogación empresarial, señalando que ésta «sólo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras (SSTS de 5 de diciembre de 1992 y 20 de enero de 1997) y el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, ni obliga a la empresa a su mantenimiento indefinido, (STS de 13 de febrero de 1997), sí obliga a respetar las condiciones

de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitente aplicaba en el momento de la transferencia, tal como expresa el artículo 44.4 Estatuto de los Trabajadores, salvo que se haya acordado otra cosa entre la empresa concesionaria y los representantes de los trabajadores una vez la sucesión mediante un «acuerdo de empresa», lo que al presente no aparece acreditado y, por tanto, aunque por razones diversas a las esgrimidas en la sentencia de instancia, el motivo ha de ser desestimado»; y la **SAN de 28 de febrero de 2011,** IL J 438/2011, que acepta la validez de los denominados acuerdos de armonización u homogenización de condiciones de trabajo en supuestos de subrogación empresarial que dan lugar a la existencia de dos colectivos de trabajadores con diversos convenios aplicables.

G) Efectos de la subrogación

Una vez alcanzada la conclusión de la existencia del fenómeno subrogatorio en el supuesto de hecho enjuiciado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2010,** IL J 114/2011, que ya hemos citado en apartados anteriores, abordará la cuestión de precisar el alcance de sus efectos. Y en tal sentido señalará que la subrogación supone la obligación de la empresa cesionaria de asumir la posición que ocupaba la cedente como empleadora, especialmente la obligación de asumir la relación laboral que mantenían los trabajadores con aquélla en las mismas condiciones existentes antes de la transmisión; por tanto, «dado que el contrato que vinculaba a las trabajadoras con la empresa Servicios Securitas, S.A. [cedente] era de carácter indefinido, así debieron ser asumidas por Eulen, S.A., [cesionaria] por lo que la celebración de sendos contratos de trabajo temporales con las actoras, en la misma fecha de la transmisión (13 de diciembre de 2009) es absolutamente contrario a derecho, por cuanto significa una vulneración directa de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores».

H) Subrogación contractual y subrogación convencional

Ya nos hemos referido en bastantes ocasiones a la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, planteó el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La doctrina unificada del Tribunal Supremo ya dejó sentado que el traspaso de funciones operado entre Iberia e Ineuropa como consecuencia de aquella operación liberalizadora no constituía un supuesto de transmisión de empresa de los previstos en el artículo 44 ET, dado que no hubo entrega de infraestructura empresarial de un concesionario a otro, sino una subrogación impuesta por el pliego de condiciones de la concesión administrativa. Y es en este marco y contexto donde se sitúa la **STS de 26 de enero de 2011,** u.d., IL J 393/2011, en la que el Alto Tribunal debe decidir acerca de la pretensión de unos trabajadores que, habiendo prestado servicios para Iberia Aéreas de España, son posteriormente subrogados por la empresa UTE Ineuropa Handling Mallorca, S.A. Anulada judicialmente la subrogación, los trabajadores vuelven a reintegrarse en Iberia, reclamando en ese momento su derecho a percibir no sólo el salario correspondiente a la categoría sino también el que les correspondería por progresión salarial dentro de ésta de conformidad con lo establecido en el Convenio Colectivo. La Sala rechazará la pretensión de los trabajadores señalando que «la progresión no se produce por el simple hecho de tener una concreta antigüedad o permanencia en una determinada categoría, que a los demandantes nadie les niega, sino por el hecho de que con independencia de esa antigüedad la progresión necesita superar unas pruebas de evaluación y haber realizado y superado los cursos o pruebas a las que hayan podido someterse; y esta exigencia no puede estimarse superada por los trabajadores que pasaron a otra empresa y volvieron a Iberia, por lo mismo que no puede presumirse tampoco que todos los que permanecieron al servicio de la misma hayan superado su nivel original. Por lo que, del hecho de que fuera anulada aquella subrogación no puede derivarse de forma automática que les corresponda el nuevo nivel salarial que

reclaman. Sólo en el caso de que se demostrara que a otros en su misma categoría o a todos se les estuviera reconociendo esa progresión automática, lo que no puede desprenderse de la mera lectura del precepto antes transcrito, cabría reconocérseles también a ellos, pero no siendo así, y nada de eso se ha dicho en el presente proceso, a lo más a lo que tienen derecho es a que se les someta a esa evaluación como requisito para la progresión en cuanto que ésta no está concebida en el Convenio como un derecho sino como una expectativa de derecho».

Más significativa resulta, en lo que a la presencia de la figura contenida en el artículo 44 ET respecta, la **STS de 25 de octubre de 2010,** IL J 1871/2010, que resuelve el recurso de casación interpuesto por los sindicatos CCOO y USO frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimaba la pretensión de que se declarase el derecho de los trabajadores al percibo de la ayuda o reducción en el coste de los precios de los billetes de transporte aéreo en las condiciones que tenían antes de 15 de mayo de 2007, fecha en que se produjo la decisión empresarial de reducir o modificar la mejora o condición más beneficiosa, que de forma inveterada venían disfrutando. Se daba la circunstancia que los trabajadores afectados por el conflicto fueron subrogados por Globalia procedentes de Air Europa, SAU. Pero lo verdaderamente relevante al objeto de nuestro estudio no es el razonamiento seguido por los pronunciamientos judiciales citados en relación al derecho o no de los trabajadores al mantenimiento de la citada condición más beneficiosa sino, como indica el Alto Tribunal, el hecho de que en el recurso se insista en que «los aproximadamente 700 trabajadores afectados por el conflicto, antes de su integración en las empresas demandadas, venían disfrutando, como condición más beneficiosa, el derecho reclamado. Pero no dedica esfuerzo argumental alguno a combatir la primera de las razones empleadas por la sentencia de instancia para desestimar la demanda; esto es: que no ha habido auténtica "sucesión empresarial" del artículo 44.2 ET sino una subrogación convencional consecuencia de lo regulado en el Convenio Sectorial de Hanling que, como sostiene con acierto la empresa en su escrito de impugnación, "se produce en los términos y con el alcance establecido en el convenio colectivo", y que el derecho reclamado no debe ser asumido por las empresas actualmente cesionarias porque las mismas, en virtud de lo regulado en la Sección II del Capítulo XI de dicho Convenio, sólo estaban obligadas a mantener las condiciones establecidas en el convenio colectivo de la cedente y el derecho postulado no figuraba en esta última norma convencional». Y ello es así, porque, como hemos expuesto más arriba, el verdadero debate en este caso era el de concretar si esa asunción de plantilla por la empresa Globalia, derivada de las previsiones convencionales aplicables, según razona la Sala de la Audiencia Nacional, no termina sino por configurar una sucesión de empresa de las amparadas en el artículo 44 ET, y, si es así, con los consiguientes efectos en tal precepto establecidos.

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

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
   - **A) Período de prueba.**
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.
   - **A) Supuestos.**
     - a) Contrato para obra o servicio determinado.
     - b) Contrato eventual.
     - c) Contrato de interinidad.
     - d) Contrato de inserción.
   - **B) Reglas generales.**
     - a) Conversión en indefinido.
     - b) Tratamiento de la extinción contractual.
4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
   - **A) Contrato a tiempo parcial.**
   - **B) Contrato fijo discontinuo.**
   - **C) Contrato de relevo.**
5. CONTRATOS FORMATIVOS.
6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
   - **A) Contratos laborales y contratos administrativos.**
   - **B) Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 1 a 4 de 2011 de la revista *Información Laboral*) merece la pena destacar diversas sentencias del Tribunal Supremo en punto al cese de interinos por cobertura de la plaza analizando la incidencia de una normativa autonómica donde se preveía un futuro proceso de consolidación como indefinidas de plazas ocupadas por interinos [*infra* ap. 3.A.c)]; y, también en relación con la inadecuación del contrato para obra

o servicio para la realización de tareas de traducción en misiones militares de larga duración [*infra* ap. 3.A.a)]. También cabe remarcar diversas sentencias sobre la aplicación de premios de jubilación a jubilados parciales, salvo previsión expresa del convenio [*infra* ap. 4.C)].

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

Sobre el período de prueba y, de modo más concreto, sobre la extinción del contrato vigente éste, se pronuncian la **STSJ de Andalucía de 19 de octubre de 2010,** IL J 189/2011 y la **STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2010,** IL J 350/2011. La primera en un supuesto en que se produce el desistimiento empresarial vigente el período de prueba en relación con una trabajadora embarazada que reclama la declaración de nulidad del despido. Sin embargo, la sentencia desestima la demanda por considerar que la empresa prueba de modo fehaciente que el motivo de la extinción contractual ha sido la falta de formación de la trabajadora; extremo que acredita mediante una amplia actividad probatoria:

> «Ha de insistirse en que si el empresario dispone de una causa justa para despedir o desistir ninguna circunstancia puede impedir que su intención extintiva llegue a buen puerto; por el contrario, si el despido está mal operado, algo que únicamente cabe imputar al empresario, el favor de la norma y su correspondiente interpretación ha de dirigirse a proteger a quien puede estar sufriendo una restricción sobre su patrimonio cívico, una vez que éste ha dispuesto ante el juez todo el bagaje probatorio a que alcanzan sus posibilidades. Pues bien, en nuestro caso consta en el relato histórico que "../...la actora no estaba preparada, ni formada suficientemente para el puesto para el que había sido contratada.../..." [...] "Un día se la encontró el jefe de servicios, Coordinador de RRHH de la zona Sur, Segismundo, en su puesto de trabajo mal sentada, diciendo que la gestión de nóminas que estaba haciendo no le interesaba nada, delante de varias personas. A finales de octubre de 2008 se les hizo un examen a varios trabajadores, la actora y otra trabajadora obtuvieron mal resultado y tuvieron que repetirlo. Este segundo examen la actora tampoco lo hizo bien. Normalmente el período de formación dura un mes y medio, la actora estuvo más de tres". [...] "La actora no tenía conocimientos suficientes sobre nóminas. Cuando la administrativa que trabajaba con ella, Fátima, le consultaba, no le sabía responder y le dio orden que para esas dudas llamase al centro de Dos Hermanas o a Madrid. En las reuniones con jefe de servicios, Coordinador de RRHH de la zona Sur, Segismundo, la actora no sabía responder a cuestiones relativas a las nóminas, aunque Fátima se lo hubiese explicado el día anterior y era ésta la que tenía que contestar. La actora le entregó a Fátima sanciones que había dejado prescribir, y le indicó que debía subir la calificación de la falta o dejarlas prescritas. Fátima hubo de encargarse de revisar la actualización salarial del Convenio Colectivo, siendo competencia de la actora. Para las elecciones el jefe de servicios, Coordinador de RRHH de la zona Sur, Segismundo le revisó el censo electoral, se lo envió a la actora por correo electrónico, coincidió con ella en el AVE y se lo explicó. A pesar de ello la actora cometió errores y hubo reclamaciones por la antigüedad de algunos trabajadores en el censo. La actora no supo gestionar los pluses de aquellos trabajadores trasladados desde el centro de Dos Hermanas al Puerto de Santa M.ª, lo resolvieron el jefe de personal de Dos Hermanas Martin y la auxiliar Fátima"; la conclusión que alcanzamos es que el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable para su desistimiento en el período de prueba y que había causas suficientes, reales y serias —falta de capacidad y aptitud para el desempeño del puesto de trabajo— que permiten eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias en relación con la norma discriminatoria positiva que amparaba a la actora».

En relación con la segunda de las resoluciones citadas el supuesto es más claro dado que la extinción del contrato se produce vigente el período de prueba por lo que se declara ajustado a derecho.

Únicamente se cuestiona el convenio aplicable a efectos de determinar su duración, pero tampoco este extremo es aceptado por el Tribunal que confirma que «no ha existido el despido contra el que se reclama en la demanda, sino resolución válida del contrato de trabajo dentro del período de prueba válidamente pactado, según permite el art. 14 ET».

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 Galicia de 18 de octubre de 2010,** IL J 140/2011, que viene a reiterar la doctrina jurisprudencial en la materia en los supuestos en que el contrato se concierta para llevar a cabo el «servicio de extinción de incendios»:

> «Y es que con independencia del carácter más o menos permanente que la actividad de prevención y extinción de incendios tenga para la Xunta de Galicia, existe para Seaga una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Comunidad Autónoma le ordene la ejecución de ese servicio, y esa limitación temporal dependiente de que se haga el encargo y mientras se mantenga, constituye una limitación conocida por las partes en el momento de contratar».

Resulta muy interesante en relación con esta modalidad contractual la **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2010,** IL J 239/2011, que declara que no cabe admitir que es posible utilizarla en el supuesto en que la actividad desempeñada por el trabajador es la atención telefónica al ciudadano ofrecida por el Ayuntamiento —«010» del Ayuntamiento de Madrid—. Actividad que no puede considerarse como autónoma sino de carácter permanente, máxime cuando se produce una sucesión de empresas adjudicatarias de ella:

> «Así acaece en el presente supuesto en el que, de acuerdo a lo argumentado en la instancia, no se ha infringido el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores ni el art. 14 del Convenio de aplicación por parte de la Sentencia. Ésta ha reconocido el carácter indefinido de la relación laboral basándose en la existencia de 2 contratos diferentes, ininterrumpidos, el primero desde el 9 de agosto hasta el 3 de noviembre de 1999, el segundo desde el 4 de noviembre de 1999, hasta el 31 de enero de 2009, todo ello deducido de los hechos probados de la sentencia, y de la documentación adjunta a la misma, no siendo comunicado a la trabajadora, en ningún caso los diferentes cambios de contratos mercantiles, firmados por la empleadora y teóricamente vinculados a la relación laboral que nos ocupa. La empresa tan sólo comunica por carta una supuesta subrogación por sucesivas adjudicaciones de la campaña de atención telefónica del "010" del Ayuntamiento de Madrid. Las subrogaciones, como así señala la sentencia sólo suceden en el caso de que exista un contrato temporal de cobertura vigente. De no existir estamos ante un contrato de carácter indefinido. La demanda no asume que el problema, además de la falta de lógica de mantener un contrato temporal por más de 10 años en un servicio habitual tanto de la contratista como del propio Ayuntamiento de Madrid, es el hecho de que las empresas sucesivas no han cumplido con los requisitos en una sucesión de empresas relacionados con la trabajadora y sus derechos. No han comunicado convenientemente la sucesión de empresas, por lo que la trabajadora no ha tenido la posibilidad de continuar o no con ese tipo de contrato. El fraude de ley se produce al considerar el contrato como "Hasta fin de campaña" cuando la campaña finaliza el 30 de abril de 2001, es decir 8 años antes de cuando se comunica el despido de la misma, en enero de 2009. Estamos ante una actividad sin autonomía propia, pues se trata de una actividad normal tanto para la Empresa como

> para el Ayuntamiento, no es una actividad limitada en el tiempo sino un servicio indefinido que carece de autonomía y sustantividad propia. Por todo ello el fraude es doble, la finalización de la campaña se produjo 8 años antes de que se hiciera efectivo el despido. Por otro lado, el objeto del mismo no se puede ser considerado único y autónomo pues es una actividad continua y existente. Y para finalizar nos encontramos ante dos contratos sucesivos en menos de 2 años».

b) Contrato eventual

La **STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2010,** IL J 1953/2010, se detiene en el análisis de un contrato pactado como eventual sin concreción alguna de la causa de su temporalidad, por lo que se concluye en la falta de cumplimiento del requisito formal y, asimismo, en la falta de acreditación de la causa de temporalidad:

> «En el presente supuesto ni se han especificado la causa o circunstancia de la contratación, pues no es causa que lo justifique el señalar que prestara sus servicios como "Guía Intérprete", ni tampoco se ha probado la existencia de una causa de temporalidad que justifique tal contratación como pudiera ser el aumento de actividad. El hecho de que la empresa se viera en la necesidad de contratar trabajadores temporales, porque algunos de sus trabajadores indefinidos se encuentren en situación de excedencia o con reducciones de jornada cuando menos se debería haber hecho constar en el contrato tal extremo y probar en todo caso que el trabajador fue contratado para sustituir a aquéllos lo que no se ha probado pues no consta que el actor hubiera sido contratado para sustituir a un trabajador con reducción de jornada o en excedencia. En el caso enjuiciado es obvio que el contrato no cumple con la exigencia del art. 3.2.ºa), del precitado Real Decreto, que establece que ha de consignarse con precisión y claridad la causa o circunstancia que justifique el contrato, lo que no se cumple con la mera repetición del tenor literal del art. 15.1.ºb), Estatuto de los Trabajadores, o con el empleo de fórmulas vagas, genéricas y poco expresivas, en las que no conste una relación suficiente de las circunstancias concretas que implican un incremento extraordinario de la actividad empresarial».

En el mismo sentido, se pronuncian, de un lado, la **STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2010,** IL J 1953/2010, que concluye que tampoco se ajusta a derecho el contrato eventual pactado con un trabajador para prestar servicios descritos como «vigilancia y mantenimiento del camping», dado que

> «[...] es claro que dicha labor a desarrollar tiene un carácter evidente de "generalidad", que excluiría la temporalidad que debería ser aplicable o atribuible a todo contrato por aplicación del contenido del art. 3.2.a) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre. Sin que tampoco conste en el relato fáctico de la sentencia un incremento de trabajo que justifique la modalidad contractual empleada. Siendo la labor realizada por el trabajador la de atender necesidades permanentes de la empresa, es más, dicha aseveración viene acreditada por el hecho que tras la extinción de su relación laboral ha sido contratada otra persona para hacer exactamente lo mismo».

De otro lado, la **STS de 25 de enero de 2011,** IL J 466/2011, resuelve en unificación de doctrina que la causalidad del contrato eventual ha de probarse de modo fehaciente como exige la normativa legal y reglamentaria, lo que no ocurre en un supuesto en el que «ni se expresó adecuadamente las labores que eran objeto de un incremento que necesitara de una provisión temporal, ni los servicios prestados lo fueron para atender una necesidad superior a la normal de la empresa, como lo evidencia que durante siete meses el actor fue el único técnico en la ciudad de Huelva».

c) Contrato de interinidad

En relación con los contratos temporales de interinidad por sustitución cabe hacer referencia, en primer lugar, a la **STSJ de Aragón de 1 de diciembre de 2010,** IL J 331/2011, que enjuicia un su-

puesto donde se produjo una primera contratación de interinidad por sustitución por la incapacidad temporal de una trabajadora, y finalizado dicho contrato sin impugnación, se pactó un contrato de relevo fijando como fecha de cese el cumplimiento de los 65 años del trabajador relevado. La sentencia estima válido el cese por el plazo pactado y corrige la sentencia de instancia que había reputado fraudulento el primer contrato por no haber probado la empresa la reincorporación de la trabajadora sustituida. En segundo lugar, la **STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2010,** IL J 249/2011, declara la ilegalidad del cese de un interino por sustitución cuando el trabajador sustituido continúa en la misma situación a la fecha del cese del interino.

En punto a la extinción de los contratos de interinidad por vacante, la **STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010,** IL J 321/2010, admite la licitud de la terminación por adscripción temporal de una trabajadora a dicha plaza por razones de salud. Asimismo, las **SSTS de 1, 2 y 3 y 28 de febrero de 2011,** IL J 404, 470, 471, 472, 473, 657, 658 y 661/2011, aplican la doctrina de que la cobertura de plaza del interino por ocupación de la plaza por quien superó el proceso selectivo convocado provoca la licitud del cese. Las sentencias analizan 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.

d) Contrato de inserción

La **STSJ de Asturias de 12 de noviembre de 2010,** IL J 557/2011, examina las características y finalidad de estos contratos. A este respecto, se señala que no se trata de un contrato de obra o servicio donde el objeto del contrato deba tener autonomía y sustantividad propia, sino de un programa de interés social. Por tanto, la conclusión del contrato dependía no de la finalización de esa obra o servicio, sino de la conclusión del programa subvencionado y su financiación.

B) Reglas generales

a) Conversión en indefinido

Respecto de la conversión del contrato temporal en indefinido, cabe destacar la **STS de 25 de enero de 2011,** IL J 479/2011, que aborda la cuestión de la aplicación del mandato del art. 15 ET en un supuesto concreto en el que se suscribieron «cinco contratos por obra o servicio determinados siguientes: de 1 de noviembre de 2004 hasta 30 de abril de 2005; desde 1 de mayo de 2005 hasta el 31 de octubre de dicho año; de 1 de diciembre de 2005 hasta 31 de mayo de 2006; de 1 de junio hasta 30 de noviembre de 2006 y de 1 de diciembre de 2006 hasta 30 de noviembre de 2008. El objeto del contrato era la prestación de servicios del actor como monitor de pintura para la realización de los proyectos de Escuela Taller/Casa de Oficios de Coslada».

En el mismo sentido y en relación con la misma cuestión se pronuncia la **STSJ de Valencia de 24 de noviembre de 2010,** IL J 648/2011, en un supuesto en el que el trabajador ha prestado servicios durante todo el tiempo para la misma Administración, bajo la vigencia de varios contratos «realizando su trabajo en la finca "Mestalla", desempeñando, bajo la supervisión del técnico especialista Carlos Jesús, funciones de peón de campo-agricultor consistentes en lo esencial en plantar y trabajar —en viveros y al aire libre— las nuevas variedades de semillas, así como otras para, tras los posteriores análisis y pruebas, la concesión de patentes varietales. Actividad esta, la del cultivo de semilleros para la comprobación de que las nuevas semillas que se remiten al registro correspondiente a efectos de patente realmente responden a las nuevas variedades que se anuncian, que constituye la actividad habitual del Centro de Ensayos de Evaluación de Variedades de Valencia del INIA»:

> «[...] por lo que consideramos que ni los proyectos eran individualizables entre sí dentro de la actividad habitual del Centro de Ensayos de Evaluación de Variedades de Valencia del INIA (el objeto de los contratos era amplísimo y se confundía con la actividad habitual del Centro por lo que no se podían considerar individualizados), ni por hipótesis comprendieron exclusivamente tareas encuadrables en los mismos sino también otras correspondientes a la actividad permanente y habitual del indicado Centro del INIA, haciéndose de aplicación por consiguiente la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1999, y lo expresamente instituido en el art. 15.5 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

b) Tratamiento de la extinción contractual

En relación con el alcance de la extinción contractual ha de hacerse referencia, en primer lugar, a las **SSTS de 20 de octubre de 2010 y de 20 de enero de 2011,** IL J 1826/2010 y 36/2011, en las que se determina que «no se ajusta a derecho el contrato por obra pactado cuando el objeto del mismo es la prestación de servicios como intérprete y traductor» en Afganistán y Kosovo respectivamente, tratándose en ambos casos de misiones militares de largo alcance. En relación con ello el TS considera en la primera de las resoluciones citadas —lo que repite en la segunda de ellas— que la extinción contractual acordada constituye un despido, en cuanto no era válida la causa extintiva de finalización del contrato temporal aducida por la Administración demandada, puesto que la relación debía considerarse como indefinida, al haberse vulnerado a través de la contratación irregular celebrada en fraude de ley el principio de no temporalidad, lo que le ha conducido acertadamente a la declaración de la improcedencia del despido, con las consecuencias legales inherentes a ésta:

> «[...] si la función desempeñada por el demandante, de nacionalidad española, ha sido siempre la misma en todos y cada uno de los contratos, en concreto, la de Auxiliar de Interpretación y Traducción para prestar su trabajo en todo el territorio de Afganistán, así como a cualquiera de las unidades militares españolas que se relacionan en los contratos desplazadas de modo temporal a dicho País en cumplimiento de la misión encomendada, pero no sólo para ellas, pues como también consta en los contratos (cláusula segunda) por "fuerzas españolas" se entenderá la totalidad de las unidades militares presentes en Afganistán, y en la cláusula primera que el trabajo se realizará según precisen "las unidades militares integrantes de las fuerzas españolas", no parece que se puede atribuir una autonomía y sustantividad propias —característica del contrato para obra o servicio determinado— a cada una de las estancias de las diversas unidades militares, que se van relevando sin solución de continuidad, y para las que el demandante ha venido prestando sus servicios de traducción e interpretación de forma continuada. En definitiva, como destaca el Ministerio Fiscal, no está justificada la temporalidad de los contratos sucesivos suscritos por el demandante con el Ministerio de Defensa, para la realización siempre de las mismas funciones, en el marco de una misión militar de largo alcance y duración (aún no concluida) aprobada por el Parlamento Español, y que únicamente se divide en función de la estancia de diversas unidades militares, pero que sin duda son parte de la misma misión, para la que de forma continuada ha venido prestando servicios el trabajador demandante, no enervando dicha conclusión el que se denomine de forma diferenciada la concreta unidad militar a la que en cada tramo temporal, va a prestar dicha función, consecuencia del regreso a territorio español de la anterior a la que la siguiente unidad viene a sustituir».

En segundo lugar, en relación con el tema del tratamiento de la extinción ha de reseñarse la **STSJ de Asturias de 24 de noviembre de 2010,** IL J 596/2011, que declara la improcedencia del despido de un trabajador contratado mediante un contrato para obra o servicio sin concreción alguna del objeto del contrato que se declara extinguido por finalización de la obra:

> «[...] la naturaleza causal de esta modalidad contractual determina que no pueda celebrarse por cualquier motivo sino únicamente cuando exista causa justificativa de su temporalidad y la mis-

ma se haya plasmado con el detalle indicado en el contrato, no cumpliéndose esta obligación normativa con el empleo de fórmulas vagas, genéricas y poco expresivas en las que no conste una relación suficiente de las circunstancias concretas que conforman la obra o servicio pues impiden conocer, como en el caso que nos ocupa, si tales contrataciones han obedecido realmente a la causa limitativa de temporalidad que las caracteriza esencialmente. Esa falta de concreción o bien implica una irregularidad relevante y comporta la inobservancia del correcto cumplimiento de la forma escrita requerida en los arts. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores y 6.1 del referido Real Decreto, haciendo entrar en juego la presunción *iuris tantum* de indefinido que respectivamente recogen aquel primer precepto y el 9.1 del segundo cuerpo normativo, o bien genera la nulidad de las cláusulas de temporalidad incorporadas a los contratos, conservando validez el resto de sus estipulaciones (precepto 9.1 del Estatuto de los Trabajadores), debiendo ser los mismos completados con la normativa jurídica oportuna».

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

A) Contrato a tiempo parcial

En punto a este contrato, la **STJUE de 22 de abril de 2010,** IL J 1/2011, resuelve una cuestión prejudicial relativa a la oposición de una normativa de un *Lander* austríaco en relación con el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997. En síntesis se declara que la disminución de la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial no puede reducir *ex post* el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador ya ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo completo. También contradice la normativa anteriormente mencionada y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, una disposición nacional que sólo se aplica a trabajadores a tiempo completo así como a los empleados por un período de más de seis meses o que trabajen a tiempo parcial una jornada inferior al 30% de la jornada a tiempo completo. Y ello por cuanto implicaba unas condiciones menos favorables que los empleados comparables con jornada completa, en cuanto a retribución, categoría, reconocimiento de antigüedad, vacaciones, pagas extraordinarias, horas extraordinarias, etc.

En otro orden de cosas, las **SSTSJ de Castilla y León de 3 y 17 de noviembre de 2010,** IL J 221/2011 y 574/2011, resuelven un conflicto sobre el III Convenio Colectivo de Tele marketing, en relación a si los trabajadores contratados a tiempo parcial para prestar servicios los fines de semana (viernes, sábado y domingo) tienen derecho a percibir el recargo por trabajo en domingos y el correspondiente a trabajo en festivos. Se estima que dicho precio ha de ser pagado independientemente de que el trabajador esté contratado expresamente para esos días o para prestar servicios en otros días de la semana, de que sea fijo o temporal, a jornada completa o a tiempo parcial.

En punto a la protección social de los contratados a tiempo parcial, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de noviembre de 2010,** IL J 278/2011, aplica las reglas para el cálculo del período de cotización necesario a efectos de devengar la protección por desempleo. La sentencia diferencia entre los trabajadores con contrato a tiempo parcial que desempeñan su actividad laboral durante todos los días que dura la relación laboral, pero con un porcentaje de parcialidad (en el caso de autos del 85% de la jornada ordinaria), y aquellos otros contratados a tiempo parcial con trabajo concentrado, que han pactado que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente han de realizar se presten en determinados períodos de ese año. Para los primeros, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

B) Contrato fijo discontinuo

En relación con el contrato de fijo discontinuo, diversas y de variada temática son las resoluciones que merecen nuestra atención en el período analizado. En primer lugar, la **STSJ de Madrid de 8 de**

octubre de 2010, IL J 134/2011, determina el carácter fijo discontinuo de la relación de unos socorristas contratados formalmente al amparo de contratos temporales de interinidad por vacante con una Administración pública. El interés del pronunciamiento radica sobre todo en que no se admite el cese procedente por amortización de plazas fundamentado en la privatización del servicio y su adjudicación a una empresa privada. En este sentido se señala:

> «si bien la Administración puede privatizar su actividad y adjudicar a una empresa la actividad de socorrismo, lo que no puede es ignorar el derecho de los empleados que con anterioridad a la adjudicación prestaban servicios para la misma y equiparar a una amortización de las plazas, el desplazamiento de la actividad a una empresa que va a continuar con la misma».

La sentencia también analiza el pago de salarios de tramitación a estos trabajadores fijos discontinuos despedidos improcedentemente, en particular cuando habían prestado servicios para otra empresa.

En segundo lugar, la **STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2010,** IL J 116/2011, delimita este tipo de contratación respecto a la del contrato indefinido a tiempo parcial para trabajos fijos y periódicos, entendiendo que esta última es la aplicable a una profesora de música contratada en un Concejo durante el curso escolar. A continuación, determina la irregularidad del cese por cobertura de su plaza mediante un contrato de interinidad y califica dicho despido como improcedente, y no nulo por haber transcurrido más de seis años respecto a un despido anterior de esta misma trabajadora.

En cuanto a la delimitación del contrato fijo discontinuo respecto a otros contratos temporales, las **SSTS de 4, 29 y 30 de noviembre de 2010,** IL J 1918/2010, 1942/2010 y 50/2011 **y de 31 de enero de 2011,** IL J 398/2011, abundan en doctrina jurisprudencial ya reseñada en anteriores crónicas y establecen 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.

En fin, en punto al derecho al disfrute de las vacaciones de los trabajadores fijos discontinuos que sufren un proceso de incapacidad temporal antes de la fecha predeterminada para el descanso anual, la **STS de 15 de noviembre de 2010**, IL J 1932/2010, reconoce el derecho a que no les sea descontado día alguno del período de vacaciones que tengan señalado siempre y cuando, antes de su disfrute, incidan en la situación de incapacidad temporal y continúen en esa situación ya dentro de las vacaciones inicialmente señaladas.

C) Contrato de relevo

Respecto a este contrato, en primer lugar, las **SSTS de 4 de octubre y 7 de diciembre de 2010,** IL J 1978/2010 y 14/2011, declaran la responsabilidad empresarial en el pago de una prestación de jubilación parcial durante el período en el que no se contrató a un trabajador para sustituir a un contratado como relevista que pasó a excedencia para el cuidado de hijos. En estos supuestos, existe pues una obligación de la empresa de contratar a otro trabajador relevista, pues ha de mantenerse el volumen de empleo hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada total. Esta obligación de sustitución por otro en un plazo máximo de 15 días siguientes al cese, rige aunque la empresa haya contratado a un nuevo relevista y éste haya cesado también voluntariamente (**STS de 27 de diciembre de 2010,** IL J 68/2011). Una solución discrepante de fecha anterior a los antepuestos pronunciamientos puede verse en la **STSJ de Extremadura de 22 de noviembre de 2010,** IL J 290/2011.

Igualmente, cabe reseñar la doctrina ya referida en anteriores crónicas de la **STS de 9 de febrero de 2011,** IL J 476/2011, que examina la posible responsabilidad empresarial por cese de un trabajador relevista derivado de la transmisión parcial de una empresa de transporte en supuestos

de sucesión de contratas, manteniendo su relación laboral en la nueva empresa, sin que la empresa originaria contrate a un nuevo relevista. El Tribunal Supremo señala que no existía una conducta fraudulenta por parte de la empresa originaria que justificase la aplicación de la responsabilidad empresarial establecida en la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002.

En doctrina judicial de suplicación, abordando el cumplimiento de los condicionantes para acceder a la jubilación parcial existen diversos pronunciamientos. De entrada, en cuanto a la correlación entre el contrato de relevo y el del jubilado parcialmente, la **STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2010,** IL J 148/2011, interpreta lo dispuesto en el art. 12.6 ET y el art. 166.2 LGSS entendiendo que desde el 1 de enero de 2008 sigue vigente la regla general de que el relevista debe ocupar el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial u otro similar, concibiéndose por tal el que implique «el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente». Sólo cuando el puesto de trabajo que ocupe el relevista no sea el mismo o uno similar se exige una correspondencia entre las bases de cotización no inferior al 65%. En el caso de autos el trabajador jubilado parcialmente y el relevista no pertenecían al mismo grupo profesional, pero sí que tenían bases de cotización similares por lo que la sentencia entiende cumplida la exigencia de correspondencia entre el contrato de relevo y el del jubilado parcialmente. En la misma línea, las **SSTSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2010,** IL J 94/2011 y **de Castilla y León de 9 de diciembre de 2010,** IL J 614/2011, aplican esta regla, pero en supuestos donde el relevista y relevado pertenecían al mismo grupo profesional, aunque con distinta retribución. En relación con este requisito, la **STSJ de Castilla y León de 23 de noviembre de 2010,** IL J 592/2011, precisa que a estos efectos ha de estarse a la definición de grupos profesionales en el convenio colectivo, salvo que se discutiese la legalidad de la definición convencional, por no acomodarse a las previsiones del art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores. Si no existe definición de grupos profesionales en el convenio colectivo o la definición contenida en él no se acomoda a las previsiones del art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores, ha de utilizarse como delimitación el mismo sistema de límites a la movilidad funcional resultante de los arts. 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores.

En punto a otros requisitos, la **STSJ de Madrid de 14 de octubre de 2010,** IL J 139/2010, establece que despedido el trabajador relevista, el plazo de quince días para contratar otro relevista comienza el día de la efectividad del despido, no el día de la firmeza de la sentencia declarando el despido procedente. En tercer lugar, se establece que no es necesario que el relevista sea un desempleado, puede ser un trabajador vinculado a la empresa con contrato temporal, aunque sea con dos días de antelación a su contratación como relevista y mantenga la situación de pluriactividad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (**STSJ de Aragón de 29 de noviembre de 2010,** IL J 640/2011).

En otro orden de cosas, se reitera doctrina en el sentido de que no puede imponerse a un empresario (en este caso una Administración pública) la obligación de novar un contrato para permitir el acceso de un empleado a la jubilación parcial y la consiguiente obligación de contratar a un relevista (**STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2010,** IL J 206/2011). El Tribunal estima que dicha obligación no se deriva de la normativa general reguladora de la jubilación parcial, ni de un acuerdo entre las partes, ni de previsiones en el convenio colectivo de aplicación (Convenio colectivo único para la Administración General del Estado), ni de la posibilidad *ex* art. 67 EBEP de efectuar una planificación u ordenación por la Administración pública de sus recursos humanos.

La **STSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2010,** IL J 581/2011, analiza un supuesto de ERE suspensivo aplicado a trabajadores con jubilación parcial con una reducción de jornada entre el 15 y el 18%. La controversia litigiosa radicaba en determinar si la suspensión de sus contratos de trabajo debía computarse en función del porcentaje de reducción de jornada pactado en sus contratos de trabajo a tiempo parcial o sobre ocho horas de trabajo por cada jornada suspendida (al considerar los trabajadores que existía un pacto que permitía la realización de su jornada en esta modalidad acumulada de ocho horas de trabajo). La sentencia no estima probado dicho pacto y en cualquier

caso establece que si el contrato de trabajo está suspendido sólo debe computarse el porcentaje de jornada que le corresponde realizar al trabajador.

La **SAN de 26 de enero de 2011,** IL J 653/2011, resuelve un conflicto colectivo en el sentido de que los trabajadores con contrato de relevo tienen un contrato temporal y se les puede aplicar una cláusula convencional, según la cual ostentan el derecho a ser contratados con otro contrato temporal, aunque esté vigente el precedente, siempre que no sea incompatible con la jornada del primero.

Finalmente, la **STSJ de Asturias de 11 de noviembre de 2010,** IL J 551/2011, establece que en el caso concreto no se cumplen los requisitos para incrementar al cien por cien la base reguladora de la pensión de jubilación.

Finalmente, existen diversos pronunciamientos que examinan la aplicación de mejoras voluntarias a los jubilados parcialmente. En primer lugar, la **STS de 20 de diciembre de 2010,** IL J 25/2011, interpreta un convenio colectivo que establece un premio o una indemnización para los empleados públicos fijos que soliciten la jubilación anticipada, entendiendo que aquél no es de aplicación a los empleados que soliciten la jubilación parcial antes de cumplir los 65 años de edad, pues no es propiamente una jubilación anticipada. En la misma línea, las **STS de 20 de diciembre de 2010,** IL J 27/2011 y **SSTS de 26 de enero de 2011,** IL J 390/2011 y 467/2011, rechazan la aplicación de un complemento de pensión por jubilación anticipada parcial, entendiendo que éste no procede si el convenio expresamente no concreta la situación o el derecho al devengo por jubilación parcial.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

En punto a los contratos para la formación, cabe reseñar la **STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2010,** IL J 220/2011, que establece el carácter fraudulento de sendos contratos para la formación suscritos por unas trabajadoras en tiendas de golosinas o helados, donde no se realizaba ningún tipo de formación teórica.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

La **STJUE de 22 de diciembre de 2010,** IL J 2/2011, determina la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, a un funcionario interino de una Comunidad Autónoma española. La aplicación de esta normativa implica que la negativa a reconocer trienios a este personal resulta contraria al Derecho comunitario, y además, como el principio de igualdad de tratamiento en ellas contenido tiene efectos directos, pueden ser reconocidos los trienios controvertidos en el litigio principal, correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado miembro.

En otro orden de cosas, la **STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2010,** IL J 308/2011, determina la existencia de relación laboral bajo la forma de contratación administrativa.

B) Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la figura del indefinido no fijo existen diversos pronunciamientos. En primer lugar, la **STS de 22 de febrero de 2011,** IL J 487/2011, determina que el contrato suscrito como eventual

por circunstancias de la producción en el Instituto Nacional de Estadística es de naturaleza indefinido discontinuo porque tiene como objeto cubrir una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico.

En segundo lugar, la **STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2010,** IL J 283/2011, determina que cubierta la plaza reglamentariamente ocupada por una trabajadora indefinida no fija, y no habiendo concurrido la trabajadora al proceso selectivo, su cese era lícito.

En tercer lugar, la **STSJ de Asturias de 10 de noviembre de 2010,** IL J 248/2011, declara la ilegalidad de la negativa empresarial a la reincorporación de una trabajadora indefinida no fija, tras agotar la situación de excedencia voluntaria, y, en consecuencia, la improcedencia de su despido. Y ello por cuanto la naturaleza de la relación indefinida discontinua que le une a la Administración determina que su duración deba extenderse hasta la provisión de la vacante con personal fijo, o hasta la amortización del puesto de trabajo.

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) Relación laboral extinguida con RTVE. Cómputo de las pagas extraordinarias para su devengo, dos de ellas semestrales, y otras dos anuales.
b) Horas extraordinarias por exceso de jornada por falta de descanso. Prescripción.
c) Ministerio de Defensa. Mejora salarial unilateral. Vulneración del derecho de igualdad.
d) Cesión ilegal de trabajadores. Derecho al salario superior de la empresa cesionaria con efectos retroactivos.
e) No cabe la modificación unilateral por la empresa del devengo y pago de las pagas extraordinarias.
f) Horas extraordinarias. Su valor no puede ser inferior al de la hora ordinaria. No cabe absorción y compensación.
g) Complemento de residencia. Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros. La Caixa. No cabe absorción y compensación.
h) Revisión Salarial por el IPC real. Descuentos. No cabe por no estar expresamente pactado.
i) Reclamación de cantidad. Pacto de no concurrencia. Nulidad. Devolución de cantidades.

B) Fondo de Garantía Salarial.

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: no procede. El aplazamiento del pago de la deuda acordado entre las partes no afecta al FOGASA.
b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso por reclamación de cantidad.
c) Responsabilidad directa: no procede. Para que proceda el pago del 40% de la indemnización por parte del FOGASA, la empresa debe tener menos de 25 trabajadores en la fecha de la extinción de los contratos de trabajo.

2. JORNADA DE TRABAJO.

A) Descansos: Derecho al disfrute de descanso diario y semanal.

B) Horas extras: Prescripción de todas las cantidades devengadas por este concepto en el período del año previo a la interposición de demanda de impugnación de convenio colectivo.

C) Permisos y licencias: Denegación a empleados públicos laborales de los 6 días de licencia por asuntos propios regulados en el EBEP, cuando se rigen por norma colectiva propia.

D) Turno: Elección de turno fijo nocturno por cuidado de familiar sin reducción de jornada. Procede.

E) Vacaciones: Período de disfrute impedido por Incapacidad Temporal del afectado previa al inicio del descanso vacacional. Procede.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA.

A) No cabe la abstracción en unificación de doctrina sobre la existencia o no de una concurrencia objetiva entre empresas.

B) Pacto de no competencia poscontractual. El *dies a quo* es aquel en que el empresario pudo ejercitar la acción.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.

A) Clasificación profesional e imposibilidad de adscripción de trabajadores a categorías contempladas en el convenio colectivo para un subsector distinto al de la empleadora.

B) Garantía de indemnidad del representante de los trabajadores y conciliación con el derecho al ascenso.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL.

A) Movilidad funcional, evolución legal y ensanchamiento del *ius variandi* empresarial.

B) Discriminación indirecta, representación y movilidad funcional ordinaria.

6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA.

A) Traslado por cierres de sucursales.

B) Movilidad geográfica sin cambio de residencia.

7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

A) Proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin seguir los requisitos formales.

B) Modificación de jornada sin acuerdo de los trabajadores. Causas organizativas. No es de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*.

C) Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sentencia no susceptible de recurso.

D) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Modificación funcional.

E) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Cambio de horario.

F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sistema retributivo. Causas económicas acreditadas.

G) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad.

H) *Ius variandi* empresarial. Condición más beneficiosa.

I) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Nulidad.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en el Repertorio Analítico de Jurisprudencia de los números 1 a 4 de 2011 de la *Revista de Información Laboral* (enero-abril 2011).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Relación laboral extinguida con RTVE. Cómputo de las pagas extraordinarias para su devengo, dos de ellas semestrales, y otras dos anuales

SSTS de 7 de diciembre de 2010 (recurso de casación 1051/2010), IL J 2365/2010; **5 de noviembre de 2010** (recurso de casación 3210/2009), IL J 1923/2010, y **25 de octubre de 2010** (recurso de casación 1052/2010), IL J 1872/2010.

1. Como consecuencia de la adhesión a un ERE y la liquidación de haberes que se realiza a los trabajadores, se centra la cuestión controvertida en la fijación del período durante el cual se devengan las cuatro pagas extraordinarias que los trabajadores han venido percibiendo durante su relación laboral. La reclamación de cantidad por las diferencias en la liquidación de las pagas extras se realiza, aduciendo la irregularidad en cuanto a que dos de ellas las han abonado como generadas anualmente y otras dos semestralmente.

2. Dos cuestiones se dilucidan en el presente caso, infracción del art. 66 del XVII Convenio Colectivo de RTVE, por la forma de pago y cálculo del devengo de las pagas extraordinarias según, y en segundo lugar, valora de forma concluyente que ha de tenerse en cuenta el sistema histórico de la empresa en su pago, para evitar el posible perjuicio económico o enriquecimiento injusto a la hora de realizar la liquidación por finalización de la relación laboral; y el valor liberatorio del finiquito,

Nuevamente se resuelve siguiendo el criterio mayoritario establecido en la Jurisprudencia de la Sala, reflejado en Sentencias de fechas 21 y 24 de abril de 2009, 4 de febrero de 2009 y 17 de marzo de 2009, criterio que se mantiene y que no altera el sistema concebido en el art. 31 de ET, ni la doctrina del TS, «que son salario diferido devengado día a día cuyo vencimiento tiene lugar salvo pacto en contrario en festividades o épocas señaladas, ...».

No es incongruente ni contradictoria la afirmación recogida en la sentencia, donde se señala que no hay obstáculo formal en una u otra interpretación de las normas del convenio colectivo, pues es la aplicación desde siempre en la empresa y la que se postula *ex novo* a raíz de la extinción del contrato por la adhesión al ERE. Sobre la liquidación de las pagas extras, y su abono, se considera un dato fundamental como prueba el incuestionado sistema histórico de abono llevado a cabo por la empresa, pues si el cálculo utilizado hubiera perjudicado a la plantilla dada su magnitud y amplitud hubiera generado sin duda algún conflicto. Y ello porque el conflicto planteado al admitirse como válido y no contrario a los preceptos del ET y al art. 37.1 de la CE, que en caso que el cese del trabajador se produzca antes del vencimiento del tiempo en que han de ser abonadas las pagas, el cálculo para el devengo de las pagas de septiembre y productividad sea anual y para julio y Navidad sea semestral.

3. La Sala reitera su criterio mayoritario ya expuesto y comentado en esta revista entre otras en STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2009 (recurso 1279/2009), IL J 1986; STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2009 (recurso 320/2009), IL J 2163; STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2009 (recurso 316/2009), IL J 2164; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2009 (recurso 3563/2009), IL J 74; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2009 (recurso 3978/2009), IL J 258, donde la interpretación del ET, del art. 37.1 de la CE y del art. 66 del Convenio Colectivo en relación con los criterios de interpretación de las normas que recoge el Código Civil, se realiza sobre la diferencia salarial en el abono de las pagas extras, afirmando nuevamente que el sistema utilizado por la empresa no altera el sistema concebido por la norma imperativa del art. 31 del ET, y aun recogiendo expresamente la doctrina del TS, puesto que la particular forma de aplicación del incuestionado sistema regular e histórico seguido por la empresa respecto a las pagas extraordinarias y de productividad, ha venido siendo admitida pacíficamente por los trabajadores, y no se ha probado el perjuicio económico para los trabajadores

ni cuando la relación estaba viva ni en el momento de practicar la liquidación final de haberes, pues de otro modo con alteración del sistema seguido, se daría un resultado eventualmente beneficioso injustificado y desprovisto de razón para los demandantes. Es difícilmente concebible pensar que si realmente se hubiera dado una situación perjudicial año tras año en el devengo de estas pagas extraordinarias no se hubieran desplegado acciones judiciales para exigir el devengo ahora solicitado.

b) Horas extraordinarias por exceso de jornada por falta de descanso. Prescripción

STS de 9 de diciembre de 2010 (recurso de casación 1458/2010), IL J 56/2011.

1. Se reclama en la demanda horas extraordinarias por el exceso de jornada a consecuencia de no haber disfrutado los 30 minutos diarios. Por Sentencia del TS de 1 de marzo de 2005, dilucidando una demanda de conflicto colectivo, se declara la nulidad de parte del art. 11 del Convenio Colectivo aplicable, concretamente el párrafo «excepto en aquellas en que se encuentre de servicio un solo cobrador por turno, en cuyo caso y para no interrumpir la atención al usuario, se llevará a efecto en cabina». Estimada parcialmente es recurrida por ambas partes ante la Sala de Social del TSJ de Galicia, que confirma la sentencia de instancia, y en consecuencia entiende al igual que en instancia que no se ha producido la prescripción de ninguna de las cantidades reclamadas porque se interpusieron dos conflictos colectivos, que si bien tenían objetos diferentes y finalidades distintas, en referencia al objeto de este proceso, reúnen las suficientes semejanzas para aplicar la doctrina de los efectos interruptivos de la prescripción del primero de ellos. Así estimó parcialmente la reclamación de horas extras del actor del año 2001 a 2005 por los descansos no disfrutados, por entender que la demanda en impugnación de convenio colectivo efectuada el día 6 de abril de 2004 interrumpe el plazo de prescripción desde abril de 2003.

2. La empresa recurre ante la estimación parcial de instancia, denuncia la infracción del art. 59.2 del ET, alegando que solamente se puede entender interrumpida la prescripción desde el 6 de abril de 2003, el resto ha de ser declarado prescrito. Fundamenta la estimación del recurso la Sala del TS, en doctrina ya establecida por ella, en Sentencias de 16 de febrero de 2010 (recurso 1734/2009), 29 de julio de 2010 (recurso 4009/2009), que tienen que tienen su origen en otras, 20 de septiembre de 1994 (recurso 1047/1993), que concluye: «... la interposición del conflicto colectivo el 4 de noviembre de 1992 sólo puede interrumpir, de acuerdo con nuestra doctrina, la prescripción de la acción para reclamar la antigüedad que se debió percibir a partir de noviembre de 1991, pero no la correspondiente a mensualidades anteriores, ya que estaban definitivamente prescritas...».

3. La sentencia de instancia y de la Sala del TSJ entendieron que la interposición de la demanda de impugnación de convenio colectivo interrumpió las acciones individuales; el Tribunal Supremo reduce los efectos de la prescripción solamente a las cantidades devengadas un año antes desde la fecha de la interposición de la demanda de impugnación de convenio, cuestión que, si bien está fundada en una doctrina consolidada del TS, no deja de crear controversia si tenemos en cuenta que la norma por la que se reclaman las cantidades fue declarada nula y, por lo tanto, nunca debió tener efectos jurídicos.

c) Ministerio de Defensa. Mejora salarial unilateral. Vulneración del derecho de igualdad

STS de 8 de noviembre de 2010 (recurso de casación 4032/2009), IL J 41/2011.

1. Los actores prestan servicios en el Ministerio de Defensa, en el Hospital Gómez Ulla de Madrid, con una categoría profesional de Titulado Superior de Actividades Técnicas y Profesionales, correspondiente al Grupo Profesional 1, Área funcional 2, del vigente convenio colectivo del personal laboral de la Administración General del Estado. Que los actores son licenciados en farmacia, biología, químicas o física y prestan sus servicios de análisis clínicos, microbiología clínica,

medicina nuclear, radioterapia o anatomía patológica. Con ocasión de la entrada en vigor del III Convenio Colectivo para el personal de la Administración General del Estado, los actores fueron clasificados dentro del grupo profesional 1, área funcional. Que, por acuerdo de la Comisión Interministerial de retribuciones de fecha 27 de julio de 2007, se aprobó una mejora unilateral para el área funcional de actividades específicas de la Red hospitalaria de defensa, en la que se incluye el Hospital Gómez Ulla. Cada uno de los demandantes reclama por este concepto la cantidad de 6.427,80 euros.

2. Se desestima la demanda por el TSJ de Madrid, fundamentando éste que se pretende la aplicación de unos acuerdos de la Comisión Ejecutiva Interministerial de retribuciones a los trabajadores de un área funcional distinta de aquella para la que están previstos realizar los trabajadores, y no estiman que exista un elemento discriminatorio al de uno y otro grupo profesional distintas funciones, independientemente de su importancia. Interpuesto el recurso por los actores, estima el recurso de casación la Sala del TS, porque entiende que se da el requisito de contradicción entre sentencias, pues ante situaciones iguales la respuesta judicial ha sido diferente, sin que sea obstáculo que los trabajadores realicen funciones distintas, centra la cuestión a dilucidar en si las actividades específicas se incluyen a todos los niveles de responsabilidad y cualificación (gerencial, técnica, operativa o puramente instrumental), y que en la relación de actividades propias del área funcional 2.ª (técnica y profesional) no se detalla ninguna que tenga que ver con la Salud. Concluye considerando como profesionales sanitarios a los actores que prestan sus servicios en un Hospital Público según sus licenciaturas y especialidades, y en definitiva quedan encuadrados en el área funcional tres denominada «de actividades específicas» y con derecho a percibir las mejoras salariales, pues sus funciones están conectadas dentro del servicio de urgencias o laboratorio central, que obviamente está dentro de la organización empresarial como una parte del establecimiento y realizando actividades imprescindibles con el objetivo de la atención a la salud de sus pacientes. Entiende que existen indicios suficientes sobre el trato desigual por parte de la empleadora, y que ésta no ha justificado las razones de tal diferenciación. Posteriormente a la sentencia los actores fueron encuadrados en el Área funcional de actividades específicas, hecho no discutido por la Abogacía del Estado.

3. Prima nuevamente para el Tribunal Supremo, en la aplicación e interpretación del contenido del convenio colectivo aplicable, las finalidades que persigue en sí misma «la mejora salarial» reclamada, y no el encuadramiento profesional en el texto a aplicar de quien las reclama; es decir, busca la realidad de los fines que persigue incentivar la citada mejora salarial, para evitar con ello un trato desigual y consecuentemente discriminatorio del personal (principio de igualdad), al no ser retribuido en función de las tareas que realmente realiza, con independencia del encuadre y calificación teórica que les hayan dado por el texto legal.

d) Cesión ilegal de trabajadores. Derecho al salario superior de la empresa cesionaria con efectos retroactivos

STS de 24 de noviembre de 2010 (recurso de casación 150/2010), IL J 47/2011.

1. La cuestión central es si, una vez declarada judicialmente la cesión ilegal del trabajador y la integración de la trabajadora en plantilla de la empresa cesionaria, éste tiene derecho a solicitar de forma retroactiva las diferencias salariales.

2. La sentencia recurrida entiende que no procede el abono de atrasos, y lo hace sobre la base de una Jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS, en principio ya superada, que distinguía entre dos tipos de cesión ilegal para entender si existía el derecho a las diferencias salariales de forma retroactiva, y ello ocurría cuando la empresa cedente era una empresa ficticia, y la única empresa real era la cesionaria, pero cuando ambas empresas eran reales se entendía que el derecho al abono del salario real de la empresa cesionaria solamente correspondía a partir de la declaración de la cesión

ilegal de trabajadores. Esta doctrina es superada por una nueva interpretación de la Sala Cuarta del TS, de 30 de noviembre de 2005 (recurso de casación para unificación de doctrina 3630/2004), 14 de mayo de 2007 (recurso de casación para unificación de doctrina 489/2007), que entiende que no procede hacer tal distinción aunque el art. 43 del ET guarde silencio sobre esta cuestión concreta, pues «el silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de efectos de lo silenciado, si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes». Esta doctrina que ha ido evolucionando desde el año 1993 hasta la citada del año 2005, y apoyada posteriormente por otras de fecha 5 de diciembre de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 4927/2005), lo que implica que desde este nuevo punto de vista se protege la opción del trabajador de permanecer en la empresa cedente, pero si éste ejercita la opción por la relación laboral real, no tiene esta opción una naturaleza propiamente constitutiva, es decir, no se crea una relación laboral nueva, sino que se declara la que ya existía en realidad.

3. Para la aplicación de los efectos retributivos de declaración de cesión ilegal de trabajadores, en la actualidad la doctrina no distingue entre las distintas clases de empresas en que pueda producirse la ilegalidad, marcando un carácter «no constitutivo» de una nueva situación, o lo que es lo mismo, no considerar el inicio de una nueva relación laboral, la declaración de cesión ilegal, sino el reconocimiento de una situación *de facto*, lo que implica que los efectos económicos de esta realidad puedan solicitarse desde su inicio.

e) No cabe la modificación unilateral por la empresa del devengo y pago de las pagas extraordinarias

STS de 22 de noviembre de 2010 (recurso de casación 57/2010), IL J 45/2011.

1. Se interpone conflicto colectivo, en una subrogación de empresas encuadradas en el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias, para que se declare el derecho a que los trabajadores sigan percibiendo las pagas extraordinarias de la forma y con el sistema de cálculo que venían percibiéndolas. La empresa se opone porque entiende que tiene opción de variarlo por ser una cuestión que está dentro de las potestades de la empresa y no perjudica a los trabajadores.

2. Se estima la demanda de conflicto colectivo declarando el derecho de los trabajadores a que sigan percibiendo las pagas de julio y Navidad de la forma como venían haciéndolo con la anterior adjudicataria. Recurre la empresa invocando la infracción de los arts. 44 del ET y 18 del Convenio Colectivo. Se desestima el recurso porque queda acreditado en el procedimiento que el cambio en la forma de abonar las pagas extraordinarias perjudica en ese momento a los trabajadores, y ello debido a que perciben en menor cuantía en el momento de la percepción de éstas, aunque a la larga, como argumenta la empresa, las cantidades quedarán compensadas, pues lo cierto es que el trabajador sufre un perjuicio real con la modificación efectuada por la empresa y que sin duda supone una modificación de las condiciones existentes. La modificación en el abono de las pagas extraordinarias que no sea su pago en su devengo diario, implica que la empresa pasa a ser depositaria de unas cantidades que no le pertenecen, y por lo tanto es un perjuicio para los trabajadores. Por ello cualquier cambio deber se mediante acuerdo entre las partes, no pudiendo la empresa realizar su modificación de forma unilateral.

3. Es una cuestión no controvertida que las pagas extraordinarias son parte del salario de los trabajadores, que compensan el trabajo realizado por éstos, y por ello se fija anualmente su cuantía en los convenios colectivos y su devengo es diario, aunque la forma de pago se pacte entre las partes implicadas.

f) Horas extraordinarias. Su valor no puede ser inferior al de la hora ordinaria. No cabe absorción y compensación

STS de 5 de octubre de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 21/2010), IL J 1865/2010.

1. Se fijan los hechos dentro del marco de la negociación colectiva de ferrocarriles de Cataluña para los años 2005-2010, y en su art. 31 las partes acuerdan fijar el valor de la hora extraordinaria por categorías profesionales, recogiendo que, debido a la especial naturaleza de la actividad, todas las horas extras tienen la consideración de estructurales, y fija su importe de los diferentes tipos de horas por grupos profesionales; el convenio colectivo bajo el epígrafe «jornada laboral» y «como desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto 1561/1995, integra como computables, dentro de la jornada efectiva, el tiempo de reserva y espera en el que el personal del turno correspondiente estará a plena disposición del servicio. Se estima parcialmente la demanda declarando su derecho a que las horas extraordinarias le sean retribuidas en el valor de la hora ordinaria calculada con los conceptos salariales fijos, pero con exclusión de los personales o variables, es decir, por el tiempo trabajado integrando el salario convenio, complemento salarial y complemento de homogeneización salarial, en aplicación del criterio doctrinal mayoritario. Aplicando esta fórmula y sobre una alegada como voluntaria compensación por un inexigible pago de horas de presencia, reserva y espera a precio de hora ordinaria, la empresa ha abonado la hora extraordinaria a un precio inferior al retribuido por la hora ordinaria.

2. La base del recurrente se centra en que las horas de presencia se han abonado al mismo precio que la hora ordinaria, cuando se hubiera podido pactar un precio inferior, que compensa que se abone la hora extraordinaria en inferior cuantía que la ordinaria. Citan ambas partes la misma Sentencia del TS de fecha 24 de julio de 2006, llegando a la conclusión la Sala que de ésta la única interpretación que cabe es que las horas extraordinarias no son compensables ni absorbibles con otras remuneraciones diferentes del trabajador. Pues 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 es posible ni la absorción ni la compensación, lo que no implica que no sean perfectamente válidos los pactos individuales o colectivos, en los que se fije una compensación económica global de importe igual o similar cada mes, que compense el exceso de jornada que el trabajador se compromete a realizar, siempre que el pacto respete los límites que legalmente se establecen, en referencia a la jornada máxima a realizar. Ahora bien, la existencia de estos pactos debe quedar acreditada con total claridad y sin dudas al respecto. Sigue fundamentando la Sala que en el caso de autos no queda acreditado el pacto global, y por lo tanto siendo un hecho indiscutido que se ha abonado la hora extraordinaria por cuantía inferior que la hora ordinaria no cabe la compensación.

3. Es constante en la doctrina al respecto que si bien los pactos individuales o colectivos no se hayan recogido por escrito, por las pruebas válidas en derecho no quepa duda, del contenido exacto que compensa el complemento o mejora salarial, que se invoque como compensación del exceso de jornada, y así queda nuevamente reflejada la doctrina también unificada y pacífica, sobre la homogeneidad que debe existir entre los conceptos que se pretenden compensar y absorber, pero mas aun cuando son horas extraordinarias, que como se ha referido se considera concepto autónomo e independiente a cualquier otro complemento salarial.

g) Complemento de residencia. Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros. La Caixa. No cabe absorción y compensación

STS de 30 de septiembre de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 186/2009), IL J 1852/2010.

1. Se interpone demanda en reclamación del complemento de residencia (CR), por entender que es un complemento por el que no cabe la absorción y compensación. La Caixa se rige por el

Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros, en cuyo art. 49 (cuyo texto se mantiene desde 1982), establece que el personal que preste sus servicios en Ceuta, Melilla, Canarias y Baleares, percibirá un complemento de residencia equivalente por lo menos al 100% en las dos primeras, del 50% y 30% en las otras dos respectivamente, del salario base, sin que a ningún efecto se considere, no obstante, como tal. El plus extrasalarial incorporado al salario base no afectará en cuanto a su cómputo se refiere al complemento de residencia. El 19 de diciembre de 1989, se aprueba la llamada «normativa de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona», para acomodar las relaciones laborales en cada una de las Cajas fusionadas. Por ello se dispone en su art. 6.5 que «el presente complemento de residencia se considera compensado con las condiciones económicas superiores de sueldo que goza el personal de la entidad. Si a resultas de la aplicación del presente plus algún empleado percibiese en concepto anual una cantidad inferior a la que por el salario anual le correspondiera de acuerdo con los arts. 44 y siguientes del "Estatuto de Empleados de Cajas de Ahorros", se reconocerá la diferencia hasta alcanzar esta óptima cantidad», este Acuerdo tiene una clara vocación de permanencia, que se pone de manifiesto porque en la 8.ª de sus exposiciones preliminares señala que «la presente normativa laboral sólo podrá ser modificada por acuerdo entre partes». El convenio que inicia vigencia en el año 2003, dispone sustituir en su totalidad lo dispuesto en convenios anteriores y, en texto reproducido del Acuerdo de 9 de diciembre de 2004, dispone que el convenio mejora globalmente el cómputo anual de las relaciones laborales existentes en las cajas de ahorros, por lo que las condiciones de trabajo establecidas tendrán las condiciones de mínimas y que se mantendrán las condiciones, pactos o acuerdos colectivos en lo que no sean incompatibles con el convenio.

2. Estima la Sala del TS el recurso de casación interpuesto por las partes demandantes y revoca la sentencia de la Audiencia Nacional, que avaló su fallo, en que el pacto del CR por las superiores condiciones económicas que goza el personal de la entidad y el abono por ésta de la diferencia económica que en algunos casos existe, y que el propio art. 6.5 dispone como cláusula de garantía. Estima el TS que tras afirmar que el pacto mediante el cual se estableció el CR está vigente porque «sólo podrá ser modificado por acuerdo de las partes», y hasta el momento no se ha pactado lo contrario, centra la cuestión en determinar si tras la publicación del Convenio Colectivo de 2003, y el Acuerdo adaptativo suscrito en 9 de diciembre de 2004, el CR previsto en el art. 49 del convenio puede válidamente compensarse con la «mejora salarial caixa» referida en el apartado 4.1 del citado Acuerdo, sentada la vigencia (que no su eficacia jurídica) de la previsión compensatoria llevada a cabo por el art. 6.5 de la Normativa Laboral de 1989, y por lo tanto determinar si son conceptos homogéneos. Razona la Sala del TS que el salario es la suma de la totalidad de las percepciones económicas (art. 26.1 del ET), pero esta definición únicamente concluye la cuantificación matemática de la retribución, pero la compensación únicamente es viable entre conceptos salariales homogéneos por lo que en consecuencia ha de estarse a su naturaleza jurídica . Llegados a este punto afirma que la «mejora salarial caixa» está ligada a los resultados económicos de la entidad y se concede a toda la plantilla, y el CR es un concepto de carácter mínimo necesario ligado a unas determinadas zonas, es decir, al lugar de residencia de algunos trabajadores.

3. Refiere la sentencia numerosa doctrina sobre la aplicación del art. 26 del ET, debido al carácter casuístico sobre la figura de la compensación, Para ratificar nuevamente esta doctrina del TS, que establece la necesidad de la homogeneidad de los conceptos para que sea aplicable la compensación y absorción (STCT de 17 de junio de 1987, Ar. 13484; STCT de 13 de julio de 1987, Ar. 15831). Determinada la vigencia del pacto del CR, es obvia en este caso la distinta naturaleza y finalidad del complemento de residencia y de la «mejora salarial caixa», desde el momento en que esta última es concedida sin distinción para toda la plantilla, con independencia de donde residan cada uno de los trabajadores.

h) Revisión salarial por el IPC real. Descuentos. No cabe por no estar expresamente pactado

STS de 9 de diciembre de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 36/2009), IL J 57/2011.

1. Se interpone conflicto colectivo para reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados por el convenio colectivo, a que no se les revise la subida salarial de 2008, una vez conocido que el incremento del IPC real fue un 1,4%, en lugar del 2% previsto por el Gobierno.

2. Si bien la Audiencia Nacional desestima las pretensiones de los demandantes y acoge la tesis de la empresa, y entiende que el pacto del incremento para el año 2008 llevaba incluida la posibilidad de liquidar las diferencias producidas entre el IPC previsto y el IPC real resultante, tanto para el supuesto que la diferencia fuera más o menos positiva, la Sala del TS revoca la sentencia, y ello sobre la base histórica de la concepción que de forma unánime, larga y reiterada, nunca se pactó la revisión a la baja, porque nunca desde que se implantó la negociación colectiva la inflación real había sido inferior a la prevista, por ello, para cambiar ese uso general y sin excepciones, debe estar pactado expresamente. Por ello debe primar sobre la interpretación aislada del párrafo del convenio la realidad y el uso tradicional en la materia (art. 1285 del CC).

3. En la interpretación que realiza la sentencia del TS prima la voluntad e intención de las partes contratantes en la negociación colectiva, sobre la interpretación literal y aislada de un párrafo del artículo donde se regula el incremento salarial sobre el IPC; sin duda se busca el espíritu real que tuvieron las partes, y ello no puede abstraerse de la historia y uso general del concepto interpretado desde el inicio de su aplicación.

i) Reclamación de cantidad. Pacto de no concurrencia. Nulidad. Devolución de cantidades

STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2010 (recurso de suplicación 8084/2010), IL J 622/2011.

1. Interpone la empresa demanda en reclamación de cantidades frente al trabajador que inició la prestación de servicios en la citada empresa, con la categoría profesional de vendedor y un salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 2.791,99 euros. Como cláusula adicional a dicho contrato las partes pactaron que «el salario bruto mínimo anual de 26.817,96 euros pactado está formado por una retribución salarial normal de 23.083,96 euros y en virtud del art. 21 del Estatuto de los Trabajadores y teniendo en cuenta la complejidad e incidencia en los resultados del sistema de comercialización implantado para nuestros productos, el trabajador no podrá prestar sus servicios en ninguna otra empresa del sector en cualquier territorio, una vez extinguido el presente contrato, cualquiera que sea la causa, durante un plazo de 2 años. En compensación por el presente pacto de no competencia durante la vigencia del presente contrato el trabajador percibirá la cantidad de 311,166 euros al mes, actualizables con las revisiones salariales anuales, que ambas partes consideran adecuada teniendo en cuenta el salario del trabajador y la duración del pacto. Ambas partes acuerdan para el caso de incumplimiento por el trabajador del compromiso de no concurrencia que la indemnización que se obliga a satisfacer a la empresa será la equivalente a devolver la cláusula abonada y 0,5% de su presupuesto de ventas en concepto de "daños y perjuicios". Este porcentaje se determina en función de las pérdidas que pudiera generar a la empresa al utilizar el conocimiento de la cartera de clientes de la misma y del canal comercial, estimado dicho efecto en el citado porcentaje sobre las ventas del grupo en su zona». Queda acreditado que la empresa demandante tiene un interés comercial e industrial en el pacto realizado, y que el trabajador tras su baja voluntaria inicia su relación laboral en un empresa del mismo sector y dentro del ámbito geográfico que venía teniendo (Alemania). Desestimada la sentencia en instancia se recurre por la empresa sobre la base

de que la suma abonada de 350,34 euros mensuales para retribuir el pacto de no concurrencia se ha convertido en una contraprestación sin causa y que el trabajador tiene la obligación de devolverlo.

2. Resuelve la Sala del TSJ de Cataluña, la cuestión controvertida, ya resuelta de forma reiterada y unánime por la misma Sala y el TS, así en el contrato de trabajo queda abierta la posibilidad de que la voluntad de las partes actúe en el sentido de delimitar los contornos del objeto de la relación laboral, por ello nada impide que se añada en el mismo una cláusula para asegurar el cumplimiento de ciertos deberes laborales, como, por ejemplo, el pacto de no competencia para después de extinguida la relación laboral, cuya finalidad lícita es que el trabajador no aproveche la formación, conocimiento, experiencia y trato con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicios para la misma, y utilice en beneficio propio o de un tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa aquélla en el sector del mercado y de la economía en que se mueve, siempre respetando el art. 21.2 del ET que regula la duración del pacto y no podrá ser superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores. Ahora bien, este pacto solamente será válido si concurren dos requisitos, uno, que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, sí acreditado en este caso, y dos, que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada, cuestión que en esta litis no puede considerarse como tal, pues la cantidad mensual abonada no compensa convenientemente el hecho de que la trabajadora no pueda desempeñar durante dos años una actividad laboral en ese sector económico, en consecuencia es nulo, lo que implica que la percepción que se le abonaba, se ha convertido en una contraprestación sin causa, y la trabajadora tiene la obligación de reintegrar las cantidades percibidas en tal concepto para que no exista un enriquecimiento injusto. Y ello porque si bien es cierto que el art. 26.1 del ET presume que todas las percepciones económicas del trabajador tienen su causa en la prestación de los servicios, no lo es menos que tal presunción es *iuris tantum*, y, en el presente caso, es claro que las cantidades percibidas por la trabajadora eran una compensación (aunque no suficiente) por el compromiso de no concurrir.

3. Se aplica en esta sentencia la Jurisprudencia pacífica y clara al respecto, pues cuando el pacto de no concurrencia es declarado nulo las cantidades «de carácter indemnizatorio» han de ser devueltas, pues de otra manera existiría un enriquecimiento injusto del trabajador, cuestión diferente hubiera sido que se hubiera demostrado que las cantidades abonadas, en este caso mensualmente, lo fueron *de facto* por otro concepto, ante lo cual y en aplicación del art. 26.1 del ET no deberían reintegrarse por el trabajador, pero con causa en un fraude de ley en el abono del pacto de no concurrencia, en cuyo caso no serían cantidades abonadas con carácter indemnizatorio por no poder trabajar durante un tiempo determinado en el sector que venía desarrollando el trabajador su actividad laboral.

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: no procede. El aplazamiento del pago de la deuda acordado entre las partes no afecta al FOGASA

STSJ de Navarra de 19 de julio de 2010 (recurso de suplicación 76/2010), IL J 1969/2010.

1. El trabajador fue despedido por motivos disciplinarios con fecha 22 de abril de 2008. En la carta de despido se reconocía su improcedencia y se ofrecía al trabajador la correspondiente indemnización. Esta cantidad no fue puesta a disposición del trabajador ni depositada en el Juzgado de lo Social. Ese mismo día los dos socios y administradores solidarios de la empresa suscribieron un documento por el que se comprometían ante el trabajador a abonarle la indemnización por despido una vez que obtuvieran ingresos por la venta de determinadas viviendas. La empresa vendió las viviendas mencionadas en abril de 2009, pero no abonó al trabajador la correspondiente indemnización. El Administrador Concursal expidió certificado en el que se reconocía que la empresa debía al trabajador determinada cantidad en concepto de indemnización. El día 29 de mayo de 2009 se

celebró el acto de conciliación que concluyó con el resultado de intentado y sin efecto. La demanda de conciliación se presentó el día 19 de mayo de 2009. Alega el FOGASA que entre el cese de actividad, el día 22 de abril de 2008, y la fecha en que se presenta la demanda de conciliación, el día 19 de mayo de 2009, ha transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 59 del ET, lo que implica, en su opinión, la prescripción de la acción para la reclamación planteada.

2. Se cuestiona de nuevo si el FOGASA puede verse perjudicado por la interrupción de la prescripción contra la empresa a consecuencia de actos privados en los que no intervino.

El TSJ de Navarra responde negativamente a esta cuestión señalando, en síntesis, que no sólo la naturaleza autónoma de la responsabilidad del FOGASA impide que los actos interruptivos de la prescripción frente al empresario deudor principal produzcan el mismo efecto de la obligación sustitutoria y legalmente impuesta al FOGASA, sino que además, y conforme lo dispuesto en el art. 1975 del Código Civil, en su condición de fiador responsable por sustitución del empleador declarado insolvente, no producen efecto frente al FOGASA ni pueden perjudicarle las interrupciones prescriptivas que se produzcan por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados del deudor. En dicho precepto se establece que «la interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efecto también contra su fiador; pero no perjudicará a éste la que se produzca por reclamaciones extrajudiciales del acreedor o reconocimientos privados del deudor».

3. En STS de 19 de febrero de 2007, IL J 298, se analiza la interrupción de la prescripción para reclamar contra el FOGASA por la reclamación extrajudicial contra el deudor, y se reitera la doctrina de la Sala —STS de 24 de abril de 2001, IL J 790— en donde se señala que el acuerdo privado, eficaz para interrumpir la prescripción frente al empresario, no perjudica al FOGASA cuando su responsabilidad es la subsidiaria del art. 33.1 y 33.2 del ET, porque en estos casos, en tanto que su situación es parecida a la de un fiador, habrá de aplicarse la regla que establece el art. 1975 del Código Civil.

En los mismos términos la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006, I L J 1072, referida al reconocimiento privado de la deuda por el empresario, en donde se señala que si bien el pacto privado interrumpe la prescripción de las acciones frente al deudor principal, ello no implica necesariamente que dicha interrupción afecte al FOGASA cuando su responsabilidad es la subsidiaria del art. 33.1 y 33.2 del ET teniendo en cuenta que en estos casos su situación jurídica es más parecida a la de un fiador, y que debe aplicarse, por lo tanto, el régimen jurídico previsto a tal efecto en el art. 1975 del Código Civil y no el que dispone el art. 1973 del mismo texto legal.

b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso por reclamación de cantidad

STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2010 (recurso de suplicación 74/2010), IL J 603/2011.

1. Se reclama del FOGASA el abono de las prestaciones de garantía derivadas de la insolvencia empresarial. La empresa extinguió los contratos de trabajo de la totalidad de sus 7 trabajadores el día 12 de enero de 2007, cerrando totalmente ésta, y sin seguir los trámites previstos en el art. 51 del ET para el despido colectivo. El 26 de marzo de 2008 se dictó sentencia en el proceso por reclamación de cantidad. La demanda pedía la condena al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización por el despido por causas objetivas, y determinada cantidad en concepto de salarios debidos al trabajador. La sentencia estimó la pretensión de la demanda y condenó a la empresa al abono de las cantidades reclamadas, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pueda derivarse hacia el FOGASA, en los supuestos y con los límites establecidos en el art. 33 del ET. La empresa fue declarada insolvente por auto de 23 de mayo de 2008. El 10 de febrero de 2009, el FOGASA dictó

resolución por la que reconoce el derecho al cobro de la cantidad correspondiente a su garantía sobre el 60% de la indemnización y a los salarios impagados. Deniega el pago del 40% de la indemnización porque la extinción de los contratos de trabajo no cumple los requisitos exigidos en los arts. 51 y 52.c) del ET, puesto que se trata de un despido colectivo siendo obligada la tramitación del procedimiento de regulación de empleo.

2. El TSJ de Cataluña concreta que los actores, en la demanda de cantidad, no reclamaron nunca el pago de la indemnización prevista en el art. 33.8 del ET por responsabilidad directa del FOGASA sino el pago de la total indemnización derivada de la responsabilidad subsidiaria que asume el FOGASA de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33.2 del ET. Siendo así, se considera aplicable al caso la doctrina contenida en SSTS de 22 de enero de 2007 (recurso 3011/2005) y de 11 de noviembre de 2009 (recurso 449/2009), IL J 1806, y se concluye que como los actores poseían el correspondiente título habilitante otorgado por Sentencia del Juzgado de lo Social de 26 de marzo de 2008, el hecho de que la empresa no utilizara el expediente de regulación de empleo para la extinción de los contratos de trabajo como hubiera sido procedente de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 del ET, no es impedimento para que los reclamantes puedan percibir del FOGASA las cantidades reclamadas.

3. En las SSTS de 22 de enero de 2007 y de 11 de noviembre de 2009 citadas se hace referencia a la consideración de las sentencias recaídas en procesos ordinarios como títulos habilitantes idóneos para que proceda la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, de modo que no resulta necesario a tal efecto una sentencia específica de despido.

Se trata de una doctrina reiterada de la Sala. Así, entre otras, al respecto, SSTS de 3 de febrero, 4 de mayo y 6 y 27 de octubre de 2009 (recursos 2226/2008, 2062/2008, 358/2009 y 582/2009, respectivamente), IL J 125, IL J 539, IL J 1522 e IL J 1530, respectivamente.

c) Responsabilidad directa: no procede. Para que proceda el pago del 40% de la indemnización por parte del FOGASA, la empresa debe tener menos de 25 trabajadores en la fecha de la extinción de los contratos de trabajo

STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2010 (recurso de suplicación 525/2010), IL J 351/2011.

1. La empresa procedió al despido objetivo por causas económicas de 4 de sus trabajadores con fecha 1 de diciembre de 2008, abonándoles las indemnizaciones correspondientes, calculadas sobre 20 días de salario por año de servicio. El representante de la empresa solicita del FOGASA el reintegro del 40% de dichas indemnizaciones y la solicitud es denegada porque la empresa cuenta con una plantilla superior a 24 trabajadores. La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la empresa por considerar que, efectivamente, al tener la empleadora una plantilla superior a 24 trabajadores, no procede el reintegro por parte del FOGASA del 40% de las indemnizaciones abonadas a los trabajadores despedidos al amparo del art. 52.c) del ET.

2. El TSJ de Extremadura confirma el pronunciamiento de instancia. A tal efecto reitera lo dispuesto en el art. 33.8 del ET en el que expresamente se señala que «En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del art. 52... El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo». La Sentencia subraya que el Magistrado de instancia considera que la empresa no ha probado que tenía un número de trabajadores inferior a 25 y que tampoco se solicita revisión fáctica a tal efecto.

3. La respuesta al supuesto cuestionado no plantea dificultad alguna. La mera aplicación literal de lo dispuesto en el art. 33.8 del ET conduce a la desestimación de la demanda por parte de la sentencia de instancia y a la desestimación del recurso de suplicación planteado por parte del TSJ de Extremadura. En STS de 3 de julio de 2001, cuyo contenido reitera la posterior STS de 4 de diciembre de 2007, se señala que «la función de esta responsabilidad directa del FGS no es, en suma, la de garantía o aseguramiento de salarios o indemnizaciones a cargo del empresario, sino la de alivio o reducción del coste financiero para el empresario de los despidos económicos en determinadas empresas pequeñas (las que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores)».

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Descansos: Derecho al disfrute de descanso diario y semanal

STS de 20 de septiembre de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 220/2009), IL J 1856/2010.

1. La Federación de Sanidad y Servicios Sociosanitarios de CCOO interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional, en la que solicitaba se declarase el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal a disfrutar en todo caso, de manera real y efectiva, diferenciada e independiente de los descansos semanales (Treinta y seis horas ininterrumpidas) y diarios (12 horas), sin solución de continuidad entre ambos, sin que en ningún caso el tiempo de descanso diario pueda quedar solapado por el tiempo de descanso semanal o subsumido, computado o mixtificado dentro de éste.

2. La demanda objeto de esta crónica fue estimada por la Audiencia Nacional. Frente a ella interponen recurso de casación para unificación de doctrina las patronales del sector, Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores (LARES) y Federación Nacional de Atención a la Dependencia (FNM).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto al entender que ninguna norma sobre descanso diario o semanal infringió la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida. Para el Alto Tribunal no es posible solapar el descanso diario de doce horas posterior al trabajo en sábado con las 36 horas de descanso semanal, de forma y manera que computando ambos descansos por horas, y trabajada la jornada del sábado, debiera el trabajador incorporarse el lunes en horario de mañana.

En palabras del Alto Tribunal, no puede desconocerse el mandato legal que exige el cumplimiento de un día y medio de descanso semanal y ese medio día ha de detraerse de lo que constituye la jornada ordinaria.

3. Reitera con esta Sentencia el Tribunal Supremo el criterio que ya mantuviera anteriormente en relación a otros sectores distintos, en concreto el de Grandes Almacenes. En este sentido pueden verse las SSTS de 10 de octubre de 2005, 25 de septiembre de 2008, 23 de octubre de 2008 y 27 de noviembre de 2008.

B) Horas extras: Prescripción de todas las cantidades devengadas por este concepto en el período del año previo a la interposición de demanda de impugnación de convenio colectivo

STS de 9 de diciembre de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 1458/2010), IL J 56/2011.

1. Una empresa dedicada a la explotación de autopistas de peaje se regía por convenio colectivo propio. Citada norma colectiva fue anulada parcialmente en la parte que obligaba a los trabajadores a realizar el descanso intrajornada en la propia cabina de peaje cuando existía un solo cobrador por turno. La anulación de esta norma colectiva tuvo lugar por Sentencia de 1 de marzo de 2005 de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en virtud de demanda presentada el 6 de abril de 2004.

Tras esta anulación, un trabajador afectado que no pudo disfrutar de sus descansos intrajornadas por la vigencia de citada norma colectiva, reclama los descansos no disfrutados desde el año 2001.

2. La demanda objeto de esta crónica fue estimada parcialmente por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra. Interpuesto recurso de suplicación por ambas partes el TSJ desestima ambos recursos. El recurso de la empresa pretendía se declarara la prescripción de las cantidades devengadas en el año inmediatamente anterior a la interposición de la demanda de conflicto colectivo, aspecto que no se apreció por la STSJ de Galicia recurrida.

Entiende la Sala que, efectivamente, concurre prescripción en los términos interesados por la empresa, por lo que se habría vulnerado el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores.

La recta interpretación del art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores exigiría para el Alto Tribunal entender que el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción para exigir percepciones económicas, como son las salariales, comienza a contar a partir del día en que la acción pueda ejercitarse. Es por ello que el conflicto colectivo tiene eficacia para interrumpir la prescripción en curso de una acción viva, pero en modo alguno para reavivar o reactivar una acción ya extinguida.

3. Como antecedente de esta Sentencia puede consultarse la STS de 13 de abril de 2010 (recurso 1730/2007).

C) Permisos y licencias: Denegación a empleados públicos laborales de los 6 días de licencia por asuntos propios regulados en el EBEP, cuando se rigen por norma colectiva propia

SSTS de 17, 20, 26 de enero y 1 de febrero de 2011 (recursos de casación para unificación de doctrina 1679/2010, 378/2011, 678/2010 y 164/2011), IL J 33/2011, 378/2011, 91/2011 y 164/2011.

1. La totalidad de las Sentencias referenciadas tratan de supuestos muy similares. Se trata de trabajadores de una Administración Autonómica vinculados a ella por relación laboral que se regula por convenio colectivo propio. En citada norma colectiva, no se contempla como licencia o permiso los 6 días de asuntos propios recogidos en el art. 48.1.K) del Estatuto Básico del Empleado Público, entendiendo los recurrentes que les pertenece el disfrute de citada licencia en interpretación de lo dispuesto en los arts. 7, 48.1 y 51 del EBEP.

2. Las demandas objeto de estas crónicas fueron estimadas inicialmente en la Instancia por sendos Juzgados de lo Social y confirmada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Interpuesto recurso de casación por la Administración condenada, éste es estimado por el Tribunal Supremo, casando y anulando las Sentencias precedentes.

Razona el TS que la norma en cuestión, art. 48.1.K) del EBEP, no constituye una norma de derecho necesario e indisponible para los negociadores de un convenio que fuera posterior a la entrada en vigor de citada norma. Es por ello que no cabe interpretar que el precepto en cuestión que regula 6 días de licencia por asuntos propios deba ser aplicado en todo caso y con preferencia absoluta a la normativa convencional en materia de permisos.

3. Aplica la Sala para la resolución de este procedimiento la doctrina sobre la ilicitud de la técnica del espigueo que concurre cuando se pretende extraer lo más favorable de varias disposiciones aplicables, utilizando la denominada técnica del espigueo.

D) Turno: Elección de turno fijo nocturno por cuidado de familiar sin reducción de jornada. Procede

STC 26/2011, de 14 de marzo, IL J 456/2011.

1. Un trabajador con relación laboral para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León presta servicios en una residencia de educación especial de Palencia. En citado centro de trabajo existen turnos rotativos de mañana, tarde y noche. El recurrente solicita realizar toda la jornada de un curso escolar en horario nocturno con el fin de conciliar la vida laboral y familiar.

2. La demanda objeto de esta crónica fue desestimada inicialmente por el Juzgado de lo Social, y también posteriormente por el TSJ de Castilla y León. Posteriormente formalizaría recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que inadmitió su recurso mediante Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 por falta de contenido casacional.

Estima el Tribunal Constitucional el recurso planteado, entendiendo que la negativa a reconocer al trabajador recurrente la concreta asignación de horario nocturno solicitada sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr su efectiva participación en el cuidado de sus hijos, ni qué dificultades organizativas podría causar al centro de trabajo en el que presta servicios el reconocimiento del horario solicitado, supone infringir el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 de la CE) relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad.

Por esta razón ordena la retroacción de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia del Juzgado de lo Social a fin de que por este órgano judicial se dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

3. La Sentencia del Tribunal Constitucional desautoriza la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008, en las que desestimaba sendas peticiones de cambios de turno al entender que carecían de apoyo positivo. Para el Tribunal Supremo, el derecho de fijar la concreción horaria se haya positivamente ligado a la reducción de jornada, sin que quepa solicitar adscripción de turno fijo fuera del contexto de una reducción de jornada.

El Tribunal Constitucional reprocha que la Sentencia del Tribunal Supremo atienda a circunstancias de estricta legalidad. Para el Alto Tribunal «no es tanto ni sólo que se haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental sino que ni siquiera se ha tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado».

E) Vacaciones: Período de disfrute impedido por Incapacidad Temporal del afectado previa al inicio del descanso vacacional. Procede

STS de 15 de noviembre de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 3990/2010), IL J 1932.

1. El sindicato Unión General de Trabajadores y el Comité de Empresa interponen demanda de conflicto colectivo frente a una empresa aceitunera. La causa que motiva el conflicto consiste en la práctica empresarial de computar como días de vacaciones los días de Incapacidad Temporal sufridos por un trabajador en la fecha previamente pactada como período vacacional.

2. La demanda objeto de esta crónica fue desestimada inicialmente por el Juzgado de lo Social de Sevilla, en Sentencia posteriormente confirmada por el TSJ de Andalucía. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste será estimado revocando ambas Sentencias previas.

Recuerda el Tribunal que el pleno derecho al disfrute de las vacaciones sólo puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de Incapacidad Temporal pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones.

La existencia de un pacto previo sobre la fecha de disfrute de la vacación no sería obstáculo para el Alto Tribunal, toda vez que la regla general conforme la cual los pactos son para cumplirlos, *pacta sunt servanda,* admitiría una excepción a su observancia al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus,* operando la enfermedad del trabajador como un acontecimiento inesperado e imprevisto que hace extremadamente oneroso para una de las partes mantener los términos del convenio individual o colectivo.

3. Como antecedente de esta Sentencia pueden citarse las precedentes del TS sobre la misma cuestión; Entre otras, la STS de 24 de junio de 2009 (recurso 1542/2008), que modifica la doctrina existente hasta entonces sobre la materia, a la luz de lo dispuesto en la jurisprudencia comunitaria y, más en concreto, en la STJCE de 20 de enero de 2009, que extendía a la baja por enfermedad común la doctrina sentada para supuesto de maternidad por la STJCE de 18 de marzo de 2004.

Importa destacar que el Tribunal Supremo cuida de distinguir la situación en la que la Incapacidad Temporal precede al inicio del disfrute del período vacacional, de aquel supuesto donde comenzado el período de disfrute el trabajador incurre en Incapacidad Temporal. Para el Alto Tribunal, en este último supuesto, supone un riesgo que en tal situación ha de asumir el propio trabajador.

Período de disfrute dentro del año impedido por Incapacidad Temporal del afectado. Procede su descanso fuera del año natural.

STS de 8 de febrero de 2011 (recurso de casación para unificación de doctrina 2289/2010), IL J 411/2011.

1. Un trabajador del Ministerio de Defensa no pudo disfrutar las vacaciones en el período establecido por encontrarse en situación de Incapacidad Temporal. Reincorporado, solicita dentro del año natural siguiente el período de citado período vacacional que le es denegado alegando lo dispuesto en el art. 45.6 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, conforme el cual, las vacaciones deben ser disfrutadas dentro del año natural y hasta el 15 de enero del año siguiente.

2. La demanda objeto de esta crónica fue estimada inicialmente por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Granada, en Sentencia posteriormente revocada por el TSJ de Andalucía. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste será estimado revocando la Sentencia previa.

Recuerda el Tribunal que el pleno derecho al disfrute de las vacaciones sólo puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de Incapacidad Temporal pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones.

3. Como antecedente de esta Sentencia cita el Alto Tribunal la precedente de 24 de junio de 2009 (recurso 1542/2008), que modifica la doctrina existente hasta entonces sobre la materia, a la luz de lo dispuesto en la jurisprudencia comunitaria y, más en concreto, en la STJCE de 20 de enero de 2009, que extendía a la baja por enfermedad común la doctrina sentada para supuesto de maternidad por la STJCE de 18 de marzo de 2004.

Importa destacar que el Tribunal Supremo cuida de distinguir la situación en la que la Incapacidad Temporal precede al inicio del disfrute del período vacacional, de aquel supuesto donde comenzado el período de disfrute el trabajador incurre en Incapacidad Temporal. Para el Alto Tribunal, en este último supuesto, supone un riesgo que en tal situación ha de asumir el propio trabajador.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) No cabe la abstracción en unificación de doctrina sobre la existencia o no de una concurrencia objetiva entre empresas

STS de 19 de enero de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1207/2010).

1. La actora ha prestado sus servicios para la empresa demandada con categoría profesional de Directora Médica y con un salario de 69.054,72 euros brutos anuales. Entre sus funciones se encuentran la de gestión y control de las prestaciones sanitarias y de las económicas con base sanitaria, el control y seguimiento de la actividad asistencial en los hospitales y clínicas de los pacientes hospitalizados y el seguimiento y control de la actividad ambulatoria, la gestión de la red asistencial en su zona, la selección de proveedores, la relación con éstos con seguimiento y control de la calidad, negociación de tarifas y baremos, valoración y aceptación de uso de medios, entre otras. La empleadora tiene por objeto el negocio y actividad de toda clase de seguros y, en general, cuanto directa o indirectamente se relaciona con este objeto social; la actividad es especialmente significativa en el campo de los seguros de salud toda vez que se trata de centros de gestión directa o concertada con la presencia de una red de 52 clínicas y hospitales de dermatología. La actora era socia de una sociedad cuyo objeto era la actividad médica especializada en medicina general, dietética, dermatología y cirugía estética, siendo ésta proveedora de servicios sanitarios para la anterior. Con fecha 19 de noviembre de 2007, la empresa comunica a la actora su despido por fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas al desarrollar una actividad, por cuenta propia o ajena, que está en concurrencia desleal con la empresa, al mismo tiempo que se le imputa la trasgresión grave de la buena fe contractual.

2. La Sentencia de instancia, tras rechazar la excepción de prescripción alegada por la actora, estima la demanda y declara la improcedencia del despido. Considera que no consta que la actora percibiera dividendo o beneficio alguno de la empresa de la que es socia, ni que hubiera reuniones de todos los socios, sólo de las socias fundadoras, ni se acredita cuál es la participación de la actora en dicha empresa. Tampoco consta que la actora fiscalizara los datos o la facturación o que fijara precios de valor superior al real. Es práctica habitual autorizar los actos médicos a posteriores; la derivación de los clientes a la empresa rival lo era por conocimiento del personal de la profesionalidad de ésta y no porque tuvieran orden de enviar allí a los pacientes. No se demuestra que la actora efectuara facturaciones irregulares o que las admitiera en relación a la empresa rival. Estima, además, la resolución de instancia que no existe concurrencia desleal pues ambas empresas tienen un objeto social diferente: la actividad médica y los contratos de seguro. La actora no participó en la actividad de la empresa y se considera que sólo pone dinero en un momento determinado resultando que la empresa rival es un proveedor autorizado desde el año 2002. No queda, pues, probado ni el fraude ni el abuso de confianza ni la competencia desleal.

Por su parte, el fallo en suplicación declara procedente el despido. Se fundamenta éste en que, aunque el negocio de la recurrente es la comercialización de seguros de salud, no puede obviarse que en dicha actividad se incluye la atención sanitaria directa a sus asegurados, entre la cual se halla la consulta dermatológica, por lo que se trata de actividades concurrentes, lo que implica vulneración del deber de no concurrencia previsto en el art. 5.d) de la LET.

El Tribunal Supremo no admite el recurso por entender que la casación para unificación de doctrina «no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación». En el presente caso,

se trata de «un despido disciplinario y de la calificación de una conducta. Esa calificación es muy compleja y no puede reducirse a una abstracción sobre la existencia o no de una concurrencia objetiva entre empresas. Aun en la hipótesis de que no se diera relevancia a esa concurrencia desde una perspectiva general de mercado, como hace la sentencia de contraste, el problema de calificación disciplinaria de la conducta de la actora subsistiría en orden a las obligaciones de incompatibilidad derivadas del conflicto de intereses y subsistiría también, aun en término de riesgo, un problema de calificación disciplinaria que por su posición en la empresa sería distinto de los que aborda la sentencia de contraste».

3. Pese a que existe entidad suficiente tanto en la sentencia de instancia como en la de suplicación para evaluar si se ha producido una conducta desleal o no, el Tribunal Supremo incide en su firme doctrina sobre la no inclusión en este tipo de recursos de los problemas de calificación del despido disciplinario. En efecto. Son numerosas las sentencias de este Tribunal (sirvan de ejemplo las SSTS de 24 de mayo de 2005, 8 de junio de 2006 o 18 de diciembre de 2007) en las que se excluyen del contenido casacional para la unificación de doctrina la calificación de la conducta que provoca el despido disciplinario ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales. En estos casos, y a diferencia de los que sí son objeto de consideración en este recurso, la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico, tal y como expone el Tribunal Supremo en esta sentencia. De hecho, la sentencia que sirve de contraste en este caso analiza el despido de quien ejercía únicamente funciones de director comercial en la empresa sin desarrollar actividad médica alguna, circunstancia que pudiera suponer una sustancial diferenciación *a priori,* en el supuesto de haber analizado el Tribunal las dos actividades sometidas a unificación.

B) Pacto de no competencia poscontractual. El *dies a quo* es aquel en que el empresario pudo ejercitar la acción

STS de 25 de octubre de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3325/2009) IL J 38/2011.

1. Los tres trabajadores demandados suscribieron una cláusula adicional en sus contratos sobre pacto de no competencia poscontractual en virtud del cual, y como consecuencia del interés industrial de la empresa, se comprometieron durante los doce meses siguientes a la finalización de su relación laboral a no prestar sus servicios, ya fuese directa o indirectamente, por sí mismos o por persona interpuesta, para su beneficio o para el de cualquier otra persona, en empresas que realizasen una actividad igual o similar a la desempeñada por ella dentro del ámbito geográfico de la Comunidad de Madrid. Los tres trabajadores solicitan baja voluntaria en la empresa percibiendo las liquidaciones legales correspondientes como consecuencia de la extinción laboral. Adicionalmente, y con motivo de las citadas bajas, la empresa les hace entrega a cada uno de los trabajadores de una carta de apercibimiento de la vigencia del pacto de no competencia poscontractual. Los trabajadores abandonaron conjuntamente la empresa con la intención de iniciar un nuevo proyecto empresarial en común, vinculándose a una nueva compañía en calidad de socios propietarios y administradores solidarios de la misma. Esta última mantiene acuerdos comerciales con los clientes de la empresa en la que causaron baja los tres trabajadores.

2. Considera el Tribunal Supremo que la razón de la reclamación de la empresa de devolución del importe de las cantidades percibidas durante la vigencia del contrato como compensación por el pacto de no competencia poscontractual se funda en el incumplimiento por parte de los trabajadores del referido pacto, lo cual en este momento es indiscutido. «Siendo esto así es evidente que, siendo poscontractual el pacto de no competencia, el empresario no podrá ejercitar acción alguna tendente a la devolución de lo entregado por tal concepto hasta que dicho incumplimiento poscontractual se

produzca y tenga conocimiento de él y sólo desde este día (art. 1969 del Código Civil) empezará a correr el plazo de prescripción anual que señala el art. 59.1 de la LET de tal manera que si se deja transcurrir estérilmente prescribirán no las cantidades que correspondan al período de un año anterior a la fecha del ejercicio de la acción, sino la reclamación completa que el empresario tendría derecho a ejercitar —y no haya ejercitado— desde que conoció el incumplimiento del pacto por parte del trabajador». Cualquier otra interpretación, entiende el Tribunal, «conduciría al absurdo de que, en los casos en que el empresario tuviese conocimiento tardío de dicho incumplimiento, o bien éste se produjese después del primer año de período poscontractual —cuando el pacto abarque más tiempo— quedase cerrada toda posibilidad de recuperar lo abonado durante la vigencia del contrato, colocando al empresario en una situación material de indefensión ante el enriquecimiento injusto del trabajador que incumple lo pactado».

3. Una interpretación favorable a la empresa que no sólo marca el inicio del *dies a quo* admitiendo como tal el momento en que el empresario tiene conocimiento de la actividad que compite con la propia sino los efectos de la misma. Así, a juicio del Tribunal Supremo, en el momento en que el empresario conozca tal actividad podrá reclamar no sólo el importe de la cantidad del año anterior, como parece deducirse de la prescripción anual consignada en el art. 59.1 de la LET, sino del total de la cantidad adeudada como consecuencia de la firma del pacto, independientemente de a qué plazo correspondan dichas cantidades. Con esta interpretación se matiza, de algún modo, la tesis general del Tribunal sobre la prescripción en virtud de la cual constituye ésta «una institución en la que, en virtud del tiempo transcurrido, se hace prevalecer la seguridad sobre la justicia, para así obtener un mínimo de certeza en las relaciones jurídicas por encima de cualquier consideración. De aquí que deba aplicarse de forma restrictiva, conforme a doctrina jurisprudencial reiterada, admita interrupción y suspensiones, y exija la correspondiente alegación de la parte a quien beneficia al estar concebida, no así la caducidad, como una presunción de abandono de quien titulariza el derecho» (STS de 11 de abril de 1988).

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Clasificación profesional e imposibilidad de adscripción de trabajadores a categorías contempladas en el convenio colectivo para un subsector distinto al de la empleadora

STS de 18 de enero de 2011 (recurso de casación 20/2009), IL J 369/2011.

1. La STS de 18 de enero de 2011 conoce en casación de la pretensión de un conjunto de trabajadores encuadrados como «limpiadores» consistente en ser clasificados superiormente como «auxiliares de colectividades», grupo profesional XII y nivel salarial 8, y consiguientes efectos.

2. La Sentencia de instancia, STSJ de Asturias de 14 enero de 2010, rechaza la excepción procesal de inadecuación de procedimiento opuesta por la demandada y estima, en cuanto al fondo, la demanda.

3. Encierra el pronunciamiento judicial del Alto Tribunal dos cuestiones de nuestro especial interés, tras afrontar una tercera sobre la alegada concurrencia de convenios en la que pone de manifiesto que tanto el Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería y similares del Principado de Asturias (BOPA de 11 de febrero de 2009) y el III Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de hostelería incluyen una regulación compatible en lo que a la materia objeto de conflicto se refiere.

En primer lugar, sigue la propia jurisprudencia de la Sala, con amplia cita, en orden al cauce procesal adecuado para dirimir este tipo de conflictos, el proceso de conflicto colectivo «pues no se está ante un conflicto plural indeterminado que afecte a trabajadores concretos y en el que deban contemplarse las funciones realizadas por cada uno, sino que la pretensión de la parte instante del

conflicto colectivo no se dirige a un reconocimiento individualizado de categorías en función de la falta de equivalencia entre las funciones desempeñadas y las categorías asignadas, ni tampoco se impugna directamente un convenio colectivo sino que se propone una interpretación integradora del mismo; consistiendo la pretensión un encuadramiento general que entra dentro de la noción de interés colectivo, lo que constituye el objeto propio de la modalidad procesal de conflicto colectivo, conforme establece el art. 151.1 de la LPL».

En segundo lugar, afirma el TS que las funciones desempeñadas por los trabajadores se corresponden con «las descritas en el convenio provincial para los "auxiliares de colectividades" (sección 9.ª dedicada a "colectividades" y dentro de ella el área funcional tercera, en la que constan las categorías de "supervisor de colectividades", "auxiliar de colectividades" y "monitor de colectividades"); sin que pueda aceptarse la pretensión de la empresa recurrente de encuadrarlos como "ayudante de cocina" que están encuadrados en el área funcional segunda (cocina economato), pues además de no encajar sus funciones en las realizadas por el colectivo de trabajadores afectado, tal categoría no está prevista en el Convenio colectivo para la sección o tipo de empresa de colectividades, aunque pueda estarlo para otros sectores, no pudiendo elegir la recurrente la adscripción de sus trabajadores a categorías que pertenecen a sector distinto al que corresponde la concreta actividad empresarial que desarrolla».

B) Garantía de indemnidad del representante de los trabajadores y conciliación con el derecho al ascenso

STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2010 (recurso de suplicación 4683/2010), IL J 287/2011.

1. El supuesto de hecho del que trae causa la controversia judicial resuelta en la STSJ Madrid núm. 964/2010, de 19 de noviembre, IL J 287/2011 (recurso 4683/2010), parte de la negativa empresarial a computar a efectos de experiencia profesional el tiempo que un trabajador ha permanecido como liberado sindical —desde el año 1994 hasta el año 2008—, lo que impide el ascenso del trabajador a la categoría de jefe de máquinas. Cuestión, pues, concerniente al sistema de clasificación profesional.

Alega el trabajador la vulneración del derecho de libertad sindical (art. 28.1 de la CE en relación con el art. 14) por considerar que su condición ha motivado un perjuicio en su promoción profesional y económica. Recuerda la Sala que «cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 de la CE), las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad (art. 14 de la CE) quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las discriminaciones explícitamente proscritas por el art. 14 de la CE (por todas, SSTC 308/2000, 44/2001, 44/2004, 17/2005)». Recuerda también manida doctrina constitucional de la prueba indiciaria, reflejando el trabajador hechos o circunstancias de los que resulte la apariencia de la violación denunciada o hagan verosímil su imputación, atribuyéndose entonces al empleador la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión (SSTC 114/1989, 21/1992, 266/1993, 140 y 144/1999, 27/2000 y 136/2001).

2. La Sentencia de instancia considera aportados los citados indicios pero acoge los argumentos de la empresa y, en concreto, la práctica de la empresa, que se corresponde con lo previsto en el Convenio colectivo y Estatuto de los Trabajadores en su art. 39, de «proceder al ascenso de los trabajadores que además de contar con el título de Jefe de Máquina han realizado funciones de dicha categoría durante un tiempo suficiente que debe ser al menos de seis meses en un año», práctica materializada con los trabajadores en este caso ascendidos. Considera la resolución judicial que el trabajador no sólo no realizó tales funciones de Jefe de Máquina, sino que ni tan siquiera se embarcó durante el dilatado tiempo de ejercicio, y la especial importancia que a efectos de la seguridad del pasaje y tripulación tiene dicho puesto de trabajo, considerada ésta en las SSTS de 3 de octubre de 200 y TSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2008.

Confirma la Sala el pronunciamiento y argumentación jurídica de instancia recordando además que la regulación de los ascensos se contiene en los arts. 19 y 20 del Convenio aplicable, considerando el citado art. 20 mérito computable a efectos del ascenso el desempeño de trabajos en categoría superior. Además, este artículo se remite al 39 del ET, que «contempla un mecanismo de consolidación de categoría superior que funciona de modo paralelo a eventuales sistemas de ascenso: indica el citado precepto que, habiéndose desempeñado funciones de grupo profesional superior en virtud de la movilidad funcional durante al menos 6 meses en un período de referencia de un año, u 8 en dos, se tiene derecho a solicitar el ascenso si a ello no obsta lo dispuesto en Convenio colectivo (que en el caso de autos no obsta, al contrario)». Es decir, la propia legislación estatal otorga carta de naturaleza en cierto modo al valor del desempeño efectivo, bien es cierto que el supuesto de hecho es bien distinto. Valora igualmente la Sala que los dos trabajadores ascendidos lo fueron por esta vía; vía que exige unos requisitos que el recurrente no cumplía.

3. No desconoce el Tribunal la garantía de indemnidad (SSTC 38/1981, 74/1998, 173/2001 y 79/2004), la prohibición de sufrir menoscabo alguno en su situación profesional y/o económica en la empresa (STC 73/1998), y que dicha condición le lleva a entrar «en una espiral por la que nunca podría solicitar el ascenso por esta vía del art. 39 del ET», lo que en todo caso resultaría pues el actor no cumple las funciones causa de la puesta en marcha de la garantía legal, pero recuerda su interpretación sistemática con el art. 39.4 efectuada por la propia Sala. Sala que en Sentencia de 21 de mayo de 2007 declaró que «un trabajador que había estado desempeñando funciones de grupo profesional superior y percibiendo, por tanto, el salario correspondiente a dichas funciones (art. 39 del ET), al pasar a situación de liberado sindical perdía el derecho a seguir percibiendo la superior retribución» siempre y cuando «las funciones de la categoría superior no se realizan de forma efectiva».

Es decir, «que la retribución superior prevista en el art. 39.4 del ET se anuda al efectivo ejercicio de las funciones de la que deriva, y esta regla no se exceptúa en caso de falta de desempeño de dichas funciones por dedicarse a la acción sindical, como ya se entiende que sucede con otros derechos como los derivados de complementos de calidad o cantidad que remuneran más esfuerzo o dedicación (STSJ de Cantabria de 27 de enero de 1993), horas extraordinarias (STC de 12 de marzo de 1982), indemnizaciones por razón de servicios, desplazamientos o transportes (STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 1995)».

En coherencia con lo cual, en identidad de criterio, la Sala desestima la pretensión formulada.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad funcional, evolución legal y ensanchamiento del *ius variandi* empresarial

STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2010 (recurso de suplicación 273/2010), IL J 141/2011.

1. La STSJ de Navarra 273/2010, de 15 de octubre, conoce en suplicación y a través del proceso de conflicto colectivo de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por el cambio de horarios y régimen de trabajo a turnos de 29 trabajadores, integrados en diversos colectivos de la empresa Cementos Portland Valderribas SA.

La Sentencia de primera instancia desestima la demanda y considera justificado, en lo que nos interesa, el cambio de funciones de ciertos trabajadores —un trabajador administrativo pasa a barredor, que un almacenero pasa a tareas de limpieza y un operador pasa a ser oficial electricista—. Cambio que además sigue el procedimiento abierto en la legislación vigente, negando a la interpretación de la comisión paritaria el carácter de dictamen preceptivo en una materia regulada por ley, no tratándose de interpretación y aplicación del convenio colectivo.

2. La Sentencia de la Sala pone en tela de juicio el valor de convenio colectivo de la interpretación de la comisión paritaria. Y lo hace sustentándose en el criterio de la STS de 6 de octubre de 2009 que según el órgano judicial atribuye al acuerdo de la comisión paritaria carácter de pacto de empresa. Y niega la aplicación de una concreta resolución de esta comisión también por rechazar la existencia de un cambio de sistema de clasificación profesional, cambio que constituye presupuesto de la resolución, limitándose en realidad el empleador a modificar el puesto de trabajo de 26 trabajadores.

3. Evidencia la Sala la evolución legislativa marcada por la Ley 11/1994 que modificó la regulación del art. 39 del ET sustituyendo «un sistema que marcaba unas tareas específicas para cada nivel (...) por el de grupos profesionales en los que se encuentran incluidos los trabajadores de la misma actividad, pudiendo realizar ellos las diferentes tareas con la única limitación de los casos en que se requiera titulación académica para labores específicas, admitiéndose la polivalencia funcional y la movilidad funcional entre categorías equivalentes». Facultad que, comparándola con la precedente, significa «un "ensanchamiento" del *ius variandi* empresarial» que en este caso se reconoce constituye una modificación sustancial que no obstante sigue las exigencias del art. 39.5 del ET, sin atentar contra la dignidad de los trabajadores, respetando su trabajo de origen y llevándose a cabo por «necesidades perentorias de la producción exhaustivamente acreditadas».

B) Discriminación indirecta, representación y movilidad funcional ordinaria

STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2010 (recurso de suplicación 2395/2010), IL J 197/2011.

1. La STSJ de Madrid 821/2010, de 21 de octubre (recurso 2395/2010), IL J 197/2011, se desenvuelve igualmente en este ámbito en el que se entrecruzan las garantías de la representación unitaria de los derechos de los trabajadores, las propias de la protección de los derechos fundamentales y la movilidad funcional.

Se trata de un supuesto en el que la actora esgrime que el reconocimiento de una reducción de jornada de 1/3 por cuidado de dos hijos menores de edad conjuntamente con la consideración de su pretérita condición de miembro del comité de empresa, fueron los hechos determinantes de su traslado, y consiguiente cambio de funciones, desde el Departamento de Venta de Billetes de KLM Real Compañía Holandesa de Aviación en el Aeropuerto de Madrid-Barajas al Departamento de Facturación sito en idéntico Aeropuerto.

2. La Sentencia dictada en la instancia desestimó íntegramente la demanda al considerar que el citado cambio de Departamento no atentaba contra los límites del art. 39 del ET en materia de movilidad funcional interna (dentro del mismo grupo profesional o categoría profesional equivalente), correspondiendo, por tanto, al empleador la decisión de dicho cambio dentro del ejercicio normal y acorde a Derecho de su facultad de organización y dirección del trabajo (*ius variandi*). Considerando además la inexistencia de indicio mínimo de posible vulneración de derechos fundamentales, en concreto discriminatorios y que la actuación de la entidad demandada es objetiva, razonable, con medidas absolutamente proporcionadas.

3. La Sala confirma y reproduce la argumentación de instancia esgrimiendo la doctrina constitucional y ordinaria relativa a la vulneración de derechos fundamentales, la inexistencia de relación alguna causa-efecto entre su elección como representante de los trabajadores y su adscripción al departamento de facturación, considerando la sucesión temporal habida.

Manifiesta además la Sala, en lo que ahora más nos interesa, que se trata de una movilidad funcional ordinaria del art. 39.1 del ET, dentro del mismo grupo profesional, sin otras limitaciones que «las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales y por la pertenencia al grupo profesional». Y cita a tales efectos doctrina de suplicación de entre la que merece especial mención la STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2008 por afirmar que «la circunstancia de que el anterior puesto

fuese "más cómodo" o "menos estresante", no significa desde el punto de vista jurídico laboral que el nuevo suponga la atribución a la trabajadora de un trabajo de menor consideración que menoscabe su dignidad o su derecho a la promoción profesional, pues ningún precepto legal o convencional permite sacar semejante conclusión».

No olvida, por último, argumentar que tanto en uno como en otro departamento de la empresa la actora ostenta la categoría profesional de oficial administrativa grupo S5. Y que atendiendo a la clasificación profesional establecida en el aplicable Anexo VI del Convenio colectivo de la empresa KLM el nivel S5 incluye «el agente de servicios/multifuncional nivel 5» y según el *job profile* de la empresa demandada figuran como funciones del puesto de trabajo de «agente de servicios Nivel 5» tanto la Venta de billetes como la Facturación, constando que en este último departamento existen también otros trabajadores, amén de la demandante, de idéntico nivel S5.

6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Traslados por cierres de sucursales

STS de 17 de enero de 2011 (recurso de casación 40/2010), IL J 173/2011.

1. Ante la situación de crisis la empresa convocó reunión con las secciones sindicales de los sindicatos a fin de explicar la grave situación de la empresa y medidas a tomar, llegando a un preacuerdo con medidas de recolocación y medidas extintivas voluntarias. En concreto, la empresa notificó a siete trabajadores el traslado. Por otro lado, el Convenio Colectivo de Establecimientos financieros de crédito se publicó en el BOE de 30 de abril de 2009, al regular los traslados, dice siguiente: «d) Sólo podrán ser trasladados los trabajadores con una antigüedad inferior a diez años y por una sola vez, salvo caso de traslado colectivo del centro de trabajo o cierre del mismo». El sindicato recurrió la decisión a través de procedimiento de conflicto colectivo lo que fue resuelto por la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, desestimado la pretensión de la nulidad de los traslados.

2. El Tribunal Supremo examina el traslado colectivo y destaca que, conforme al art. 40 del ET, tratándose de 140 prejubilaciones y de 7 exclusivos traslados, ninguno de ellos afectante a centro de trabajo con más de cinco trabajadores en nada supone la infracción normativa, sin necesidad de examinar si la unidad de cómputo para los indicados parámetros del art. 40 del ET ha de ser el centro de trabajo, tal como la sentencia recurrida sostiene, o si —tal como argumenta la recurrente— lo ha de ser la empresa, conforme ha indicado la STS de 18 de marzo de 2009 —rcud. 1878/2008— respecto del despido colectivo regulado en el art. 51 del ET (que únicamente se refiere a la «empresa»; a diferencia del art. 40.2, que inicia su texto con referencia al «centro de trabajo»), puesto que se trataría de un innecesario *obiter dictum*, porque la respuesta a tal cuestión para nada afectaría a la solución del caso, al no haberse alcanzado los umbrales contemplados en el art. 40.2 del ET, tanto si se contempla el centro de trabajo como si se atiende a la empresa en su totalidad.

3. La cuestión que debate la Sala en el recurso de casación ordinario son los umbrales de lo colectivo en un traslado, resolviendo acertadamente que siendo siete traslados de distintos centros y que ninguno supera a centro de trabajo con más de 5 trabajadores es por ello que en nada supone traslado colectivo, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

B) Movilidad geográfica sin cambio de residencia

STSJ de Asturias de 2 de diciembre de 2010 (recurso de suplicación 2968/2010), IL J 337/2011.

1. La trabajadora venía prestando servicios como dependiente en la localidad de Avilés disponiendo como cláusula adicional del contrato que el trabajador pueda ser trasladado a otro centro de

trabajo de la empresa por necesidades del servicio cuando así sea requerido para ello. La empresa notificó a la trabajadora el traslado al centro de trabajo de Granda, manteniéndola en las mismas condiciones laborales. El centro donde prestaba servicios experimentó un descenso de pedidos. El Convenio Colectivo dispone respecto a la movilidad geográfica, después de remitirse a la regulación del ET, que sólo podrá realizarse cuando el trabajador desplazado tenga medios de locomoción, privados o públicos, que le permitan incorporarse a su nuevo puesto de trabajo en las horas establecidas para ello.

2. El Juzgado de lo Social desestimó la pretensión y la Sala de lo Social señala, recogiendo la doctrina jurisprudencial (STS de 26 de abril de 2006) el carácter de *numerus apertus* de la lista del art. 41 del ET, pero tampoco atribuye el carácter sustancial por estar en la lista. Respecto a los traslados, conforme el art. 39.5 del ET, se estará a las normas especificas del art. 40 del ET, por ello es de destacar que la movilidad geográfica tiene un régimen jurídico diferenciado y de obligada aplicación, y así se destaca que la movilidad geográfica denominada «débil o no sustancial», esto es, cuando no exige «el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores» con lo que tales supuestos de movilidad que no impliquen cambio de residencia, bien de forma permanente, en el traslado, bien de forma temporal, en el desplazamiento, están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores, no estando sujetos a procedimiento o justificación algunos.

En el supuesto presente no, en cuanto no conlleva un cambio de residencia, ni, por tanto, una modificación de la prestación de trabajo que pueda calificarse de «sustancial», sino de carácter accesorio, porque se mantienen en su integridad todas las condiciones de trabajo, a excepción del lugar de prestación de servicios, y la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria, máxime si se tiene en cuenta, conforme declara la sentencia de instancia, que el ejercicio del *ius variandi* empresarial obedece, de un lado, a un descenso de pedidos en el Centro de Avilés, y, de otro, a la necesidad de mantener los del Centro de Granda-Siero junto a la baja de una trabajadora de este último, lo que evidencia que la medida adoptada por la empresa es adecuada a los fines empresariales para mantener una adecuada prestación del servicio y atención a los clientes.

3. La sentencia dictada por la Sala de lo Social después de dejar claro que los supuestos de movilidad geográfica o traslados deben ser examinados a la luz de la regulación específica contenida en el art. 40 del ET, destaca la diferencia entre la propia movilidad geográfica con cambio de residencia y la débil o no sustancial sin cambio de residencia, esta última, la decisión empresarial está amparada en el *ius directionis* y no es necesario acreditar la causa como resulta en el cambio de residencia ni está amparado el trabajador para pedir la rescisión indemnizada.

7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin seguir los requisitos formales

STS de 14 de septiembre de 2010, I L J 1816.

1. Los trabajadores prestan sus servicios para la JCCM, como personal laboral, con la categoría profesional de Personal de Limpieza y Servicios Domésticos (en la que se incluyen limpiadores, camareros, lavandería, etc.), en la Residencia de Mayores «Los Olmos» de Guadalajara, dependiente de la Delegación Provincial de Bienestar Social. Por la directora del centro Los Olmos comunicó (al Departamento de Auxiliares Sanitarios, al Departamento de Personal de Servicios Domésticos, al

Secretario Provincial y al Comité de Empresa), en fecha 22 de abril de 2008, la siguiente nota: «Tras ser estudiado de forma conveniente por los responsables, se ha decidido elaborar la siguiente nota de régimen interior, que entrará en funcionamiento el próximo día 28 de este mes de abril. Trabajo en el comedor de las plantas de asistidos: El personal de Servicios Domésticos, cuando hayan comido los residentes, recogerá el servicio de menaje de las mesas, depositándolo en los carros y trasladándolo al lugar que proceda para su limpieza posterior. De esta modificación se informa al Secretario Provincial, como competente en estos temas, y al Comité de Empresa, a los efectos oportunos. Guadalajara a 22 de abril de 2008». Ante dicha decisión impugnan en vía jurisdiccional tal decisión en cuanto atribuirles a su expresada categoría profesional la función de recogida y traslado del servicio de menaje de las mesas de comedor, función que antes habían desempeñado los auxiliares de enfermería. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y la Sala de lo Social del TSJ inadmitió el recurso de suplicación al entender que se trataba de un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo y por tal no procedía recurso alguno.

2. La sentencia del TS analiza como cuestión previa la competencia funcional tanto del TSJ como de la propia Sala del TS al tratarse de cuestión de orden público. La citada sentencia reiterando la doctrina jurisprudencial señala que «el proceso especial regulado en el art. 138 de la LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de condiciones trabajo tal y como se conciben en el art. 41 del ET. De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto: apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales, "no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 del ET", siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art. 138 de la LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad». Por tanto, anula la sentencia del TSJ disponiendo la devolución de las actuaciones al TSJ para que con libertad de criterio resuelva entrando en el fondo de la litis.

3. La sentencia que examinamos reitera el criterio jurisprudencial en cuanto si el empresario sigue los trámites formales del art. 41 del ET el procedimiento es de impugnación y plazo es el establecido en el art. 138 de la LPL, si no lo lleva a cabo conforme tales requisitos en ese supuesto el procedimiento es el ordinario y el plazo de impugnación no es el del art. 138 de la LPL (20 días hábiles) sino el del año del art. 59 del ET.

B) Modificación de jornada sin acuerdo de los trabajadores. Causas organizativas. No es de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*

STS de 5 de octubre de 2010, IL J. 1864/2010.

1. Por la empresa, se impuso la jornada partida a 33 trabajadores (8% de la plantilla) que venían realizando jornada continua por razones organizativas, tras haber realizado las consultas legalmente previstas y en las que finalmente no hubo acuerdo. Por la empresa se comunicó a los trabajadores, mediante carta individual, que «por motivos organizativos y con el fin de obtener una adecuada distribución de los recursos, que favorezca nuestra posición competitiva en el mercado y se pueda proporcionar una mayor y mejor respuesta a las exigencias de la demanda de servicio, a partir del próximo día 16 de septiembre, quedará adscrito al horario de Jornada Partida, que con carácter general se realiza en Crédito y Caución».

2. La Sala de la AN estimó el recurso del Sindicato demandante en proceso de conflicto colectivo declarando la nulidad de la modificación. Por la empresa se interpuso recurso de casación invocando

la clausula *rebus sic stantibus* a la negociación colectiva. Ambas sentencias parten de la literalidad de la norma pactada en el Convenio Colectivo del sector de seguros (art. 52) en cuanto exige dos requisitos: la existencia de causas organizativas y el acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores, y, si bien, reconocen que concurre el primero de los requisitos, no se ha obtenido el legal y convencionalmente necesario concierto con la representación legal de los trabajadores. Y respecto a la alegada cláusula *rebus sic stantibus*, cuya aplicación obedece a cuando circunstancias sobrevenidas hacen extraordinariamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de lo acordado, no resulta pues el art. 52 del Convenio Colectivo de 2008 es reiterado del Convenio del año 1997, y, por tal «no se trata (...) de norma distante y circunstancia sobrevenida que agrava la onerosidad de la prestación. Se trata del cumplimiento de una norma de convenio colectivo de reciente publicación y situación contractual de los trabajadores afectados de largo precedente». No obstante, el TS señala que es posible reclamar «una alteración del convenio» en aquellos casos en los que se haya producido «un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus* (STC 11/1981, fundamento jurídico 14)». No obstante, los convenios colectivos tienen una duración determinada en el tiempo y su renovación exige el acuerdo de las partes y es en esa negociación donde la empresa puede obtener la modificación de las condiciones de los contratos, para adaptar la prestación a sus necesidades organizativas.

3. La sentencia que examinamos debate la modificación sustancial de condiciones de contrato de trabajo cuando exige el Convenio un doble requisito, la existencia de causas organizativas y el acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores. En el presente supuesto se da el primer requisito no el segundo, y pretende la empresa la inaplicación de la norma convenida colectivamente acudiendo a las cláusulas *rebus sic stantibus,* admitidas por la doctrina jurisprudencial cuando se produce un cambio absoluto y radical de las circunstancias, lo que no se da en el presente supuesto pues se trata de un convenio colectivo con vigencia temporal y sólo para su modificación y renovación exige acuerdo entre las partes.

C) Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sentencia no susceptible de recurso

STS de 25 de octubre de 2010, IL J 1873/2010.

1. La trabajadora venía realizando siempre la prestación de servicios en el centro de trabajo de la demandada sito en la C/ Costa Brava, n.° 2, con la categoría profesional de Auxiliar de Administración, grupo profesional 1, pasando al Grupo profesional de Coordinadores a partir de febrero de 2008. La empresa comunicó a la trabajadora que pasaría a prestar servicios en el puesto de Auxiliar de Cajas, manteniendo las mismas condiciones laborales que venía disfrutando, todo ello por causas organizativas. Entre la representación de empresa y el Comité Intercentros formalizaron un acuerdo para la reubicación del personal del Pool-Decoración-RRHH de distintos centros de trabajo, afectando al departamento de la trabajadora, entre otros, y por el que se procede a la reorganización de los trabajadores destinados en el Pool al ser asumidas las funciones por otros departamentos, fijándose los criterios y principios de actuación, realizando la evaluación de los trabajadores afectados, previéndose la posibilidad de variación de una hora en el horario de trabajo. La trabajadora, en el puesto de Auxiliar de cajas, debe desempeñar su función en horario de 10 a 15 horas y de 17 a 20 horas, de lunes a viernes, prestando servicios los sábados, domingos y festivos que la correspondan.

2. En primer lugar, debate la sentencia de la Sala la competencia funcional y recoge la reiterada doctrina en cuanto que el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo no está abierto a todas las modificaciones de trabajo, sino únicamente a aquellas en que la empresa, al acordar la modificación, se ha acogido al régimen del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, pues la decisión empresarial podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a

efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal. Sólo entonces estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado en el art. 59.4 del Estatuto de los Trabajadores y al procedimiento especial del art. 138 de la Ley de Procedimiento Laboral. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estarán sometidas a plazo de caducidad. En el presente supuesto, razona la Sala, como quiera que la trabajadora pasa a prestar servicios en el puesto de auxiliar de caja con las mismas condiciones laborales que disfrutaba, entiende que la decisión modificativa empresarial se presentó formal y materialmente como una decisión que pretendía acogerse al régimen del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, estuviera o no amparada dicha decisión por el mencionado artículo, es claro que la controversia suscitada en torno a su impugnación estaba incluida en el procedimiento especial que regula el art. 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, y contra la sentencia dictada en la instancia en ese proceso no cabía recurso y por tal desestima el recurso.

3. La sentencia de la Sala inadmitiendo el recurso diferencia aquellas decisiones que suponen una modificación sustancial no seguidas conforme al trámite previsto en el art. 41 del ET, y que, por tal, el procedimiento de impugnación es el ordinario (o en su caso el conflicto colectivo) con acceso al recurso de suplicación y las otras modificaciones en que la empresa ha seguido los trámites del art. 41 del ET, en cuyo caso el procedimiento es el contemplado en el art. 138 de la LPL, esto es, procedimiento especial que no accede al recurso de suplicación.

D) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Modificación funcional

STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2010 (recurso de suplicación 273/2010), IL J 141/2011.

1. Por la empresa, cuya actividad es la de fabricación del cemento, se entregó a la representación de los trabajadores comunicación escrita con el título «Modificación horario y régimen de trabajo a turnos. Apertura período de consultas», señalando que el cambio de funciones se llevaría a cabo conforme al art. 39.1 del ET, y que se hacían necesarias por razones económicas, organizativas y productivas que se explicaban en la comunicación escrita. Concluido el período de consultas la empresa demandada procedió a comunicar a 24 trabajadores la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, y a 2 trabajadores la modificación funcional. En concreto, los trabajadores afectados, que venían prestando sus servicios en régimen de trabajo a turnos, en horario de 6/14/22 horas, en unos casos, y de 7/15 horas y 14/22 horas, en otros, pasan a realizar una jornada diaria de lunes a viernes, de 7 a 15 horas, y a desempeñar las mismas funciones que se les comunican. Como consecuencia de este cambio decidido por la empresa los trabajadores afectados han dejado de percibir los complementos previstos en el Convenio Colectivo de la empresa referidos a plus de turno y rotación, plus de nocturnidad, plus domingo y festivos y plus de bocadillo, y el propio cambio decidido por la empresa afecta al régimen de plus retén, trabajos especiales, relevos y vacaciones. En la empresa se ha producido un descenso de la producción y ventas. La empresa, como consecuencia del descenso de producción de cemento por la caída significativa de ventas, tuvo que parar una línea productiva o un horno en noviembre de 2009, que se puso puntualmente en funcionamiento a primeros de marzo de 2010, y que se volvió a paralizar definitivamente el 30 de abril de 2010, situación en la que continúa. La empresa lo que ha decidido es reubicar al personal afectado por esa paralización del horno, encomendándoles otras tareas, incluyendo las que subcontrató con empresas auxiliares, rescindiendo los contratos que tenía con aquéllas. Consecuencia del cambio de funciones, cuatro trabajadores pasan del puesto de oficial mecánico en turno rotativo, con funciones de mantenimiento mecánico e instalaciones, al puesto de oficial mecánico, en turno central, con las funciones de mantenimiento mecánico de instalaciones. Un trabajador pasa del puesto de oficial mecánico, en turno rotativo, con funciones de mantenimiento mecánico e instalaciones, a jefe de equipo mecánico, en turno central, y con funciones de supervisión de oficiales mecánicos. —Cuatro trabajadores del puesto de operador de sala control,

con funciones de control y regulación de instalaciones, pasan al puesto laborante, efectuando como funciones la realización de ensayos y pruebas. Un operador de sala control, con funciones de control y regulación de instalaciones, pasa al puesto de jefe de equipo en servicios generales, con funciones de supervisión de oficiales de esos servicios generales. Dos gruistas, cuya función era el manejo de grúa puente, pasan al puesto de brigada y realización de funciones de limpieza y mantenimiento de instalaciones. Seis ayudantes de producción, con labores de vigilancia y limpieza de instalaciones, pasan también a brigada y a realizar tareas de limpieza y mantenimiento de instalaciones. Un palista, con tareas asignadas de manejo de pala cargadora, pasa a brigada de servicios generales, con asignación de las funciones de limpieza y mantenimiento de instalaciones. Dos oficiales de cantera, con asignación de tareas de producción y mantenimiento de cantera, pasan al puesto de oficial mecánico en turno central, y con la asignación de funciones de mantenimiento de mecánico de instalaciones. —Un trabajador administrativo de mantenimiento, que realizaba tareas administrativas varias, pasa al puesto de conductor barredora-aspiradora, y se le asignan las tareas de limpieza de instalaciones. Otro administrativo de mantenimiento, que también realizaba tareas administrativas varias, pasa al puesto de gestión de taller mecánico, y a realizar tareas administrativas varias. Un almacenero, con tareas asignadas de recepción, almacenamiento y expedición, pasa a brigadas de servicios generales, con asignación de tareas de limpieza y mantenimiento de instalaciones. Un oficial de expedición, que realizaba tareas de almacenamiento y expedición de productos, pasa también al puesto de brigada, y a realizar las funciones de limpieza y mantenimiento de instalaciones. Por último, un administrativo de administración, con asignación de funciones administrativas varias, pasa al puesto de oficial electricista, en turno central, y realizando funciones de mantenimiento eléctrico de instalaciones.

2. Por el Juzgado de instancia se desestimó la demanda de conflicto colectivo consecuente a la alegada existencia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por el cambio de horarios y régimen de trabajo a turnos, y ello por quedar plenamente justificadas las razones económicas, organizativas y de producción. Por lo que la representación de los trabajadores la recurren, alegando, en primer lugar, infracción de la Disposición Adicional del Convenio Colectivo en cuanto preceptiva exigencia de pasar previamente por la Comisión Paritaria, a ello se opone la Sala de lo Social del TSJ señalando que «no nos encontramos en el presente caso de un trámite de aplicación o interpretación del convenio colectivo, sino en un procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo, que tiene su propio régimen normativo, que prevé un trámite de consultas con la representación de los trabajadores, que la empresa ha cumplido escrupulosamente. No se trata por tanto de una medida que se haya adoptado de manera unilateral y autoritaria por parte de la empresa, sin haber escuchado a los representantes de los trabajadores, y sin seguir procedimiento, que sitúa a los afectados en situación de indefensión, sino de una medida que ha seguido el trámite preceptivo previsto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo».

Asimismo se aduce por los recurrentes que se requiere siempre un acuerdo negociado, pues la decisión empresarial desborda horario, turnos y remuneración y afecta a las funciones mismas de los trabajadores afectados tal como se definen en el convenio. La Sala después de analizar el art. 39 del ET en cuanto a la movilidad funcional dentro del grupo profesional y el citado artículo en su núm. 5, cuando se trata de tareas distintas, obliga al acuerdo o que la empresa acuda a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que se lleva a cabo por la empresa, amén de señalar que la empresa no aplica un nuevo sistema de clasificación profesional sino que cambia el puesto de trabajo de 26 trabajadores de acuerdo al ET.

Por último los recurrentes interesan la nulidad por no haberse seguido el preceptivo trámite negociador, ello es rechazado por la Sala al señalar que el derecho a la negociación de la modificación de las condiciones colectivas de trabajo de los trabajadores afectados no implica una exigencia de aceptación preceptiva. A tenor del art. 41.1.f) del ET el empresario puede cambiar por el procedimiento de la modificación sustancial a los trabajadores las funciones, esto es, el puesto de trabajo, siempre que ello contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada orga-

nización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda; y ello por sí mismo no supone una modificación del convenio porque necesariamente el cambio de puesto de trabajo debe traer como consecuencia que se cambien al trabajador horario, turno y funciones; todo ello sin perjuicio del derecho que les asiste a los trabajadores de pedir la rescisión de su contrato por modificación sustancial. Y, conforme al art. 41.4 del ET, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos; pero sólo se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pactos colectivos o disfrutados por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. «Éste es el régimen que parece se debe aplicar al presente supuesto referido al cambio de puestos de trabajo, respetándose las condiciones laborales básicas en cuanto a categoría, salario y clasificación profesional. Sin duda comporta un cambio de funciones y de régimen laboral, pero no produce la alteración de las condiciones estatutarias pactadas en el convenio de la empresa. Las modificaciones retributivas, de turno, horario, jornada, vacaciones, plus de nocturnidad, domingos y festivos, de bocadillo, de retén, trabajos especiales, pagas extras, llamada, y relevo, etc., no significan que se haya modificado el convenio colectivo de la empresa, sino que son consecuencia para cada uno de los trabajadores del cambio de funciones en un nuevo puesto de trabajo. Y como se ha dicho en el presente caso no puede concluirse que el convenio haya blindado la modificación de las condiciones de trabajo en la empresa. Dispone la STS de 28 de septiembre de 2009 que horario y jornada son materias sobre las que las alteraciones presentan mayor dificultad de definición desde la óptica de su calificación como modificaciones sustanciales, y por ello será el convenio colectivo el que habrá de determinar el campo de actuación en la modificación, de suerte que si el blindaje se ha llevado a cabo en la norma paccionada habrá de impedir la decisión unilateral, mientras que la falta de regulación del mismo, faculta al empresario a imponer la modificación tras acudir al proceso del art. 41 del ET y justificar la necesidad del cambio, e incluso plantea la consideración de que la medida es irrelevante, y no sustancial, doctrina perfectamente aplicable al presente conflicto. Finalmente tampoco se traiciona el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, pues el propio procedimiento del art. 41 del ET prevé un régimen específico de participación de la representación de los trabajadores que ha sido respetado por la empresa». En su consecuencia la Sala concluye en la desestimación del recurso.

3. La Sala, correctamente, como conclusión señala que «el poder de dirección del empresario no alcanza en el presente caso a modificar cláusulas negociadas y pactadas en convenio colectivo de eficacia normativa, no atenta contra el sistema de negociación colectiva, no restringe derechos estatutarios de los trabajadores. Y contradice el propio poder de dirección del empresario que ante exigencias ineludibles de reorganización empresarial por razones económicas, organizativas y de producción, para la productividad y competitividad de la empresa, la decisión pudiera ser pospuesta indefinidamente por la falta de acuerdo con la representación de los trabajadores, cuando tal cuestión no se ha blindado en el convenio». Por tanto, lo que hace el art. 41.4 del ET, en la restricción contenida por cuanto tutela el carácter normativo del Convenio Colectivo, no afecta ni restringe las facultades organizativas del empresario dentro del procedimiento de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Y si las razones económicas, organizativas y de producción dan derecho al empresario a rescindir el contrato de trabajo por razones objetivas, mucho más a modificar el puesto de trabajo, por supuesto respetando las condiciones básicas de legalidad y formalidad del cambio.

E) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Cambio de horario

STSJ de Navarra de 26 de octubre de 2010 (recurso de suplicación 295/2010), IL J 210/2011.

1. Los trabajadores de la empresa cuya actividad lo es de *contact center*, venían prestando servicios según turnos rotarios, dos semanas de mañana y una de tarde, y en la semana de tarde trabajaban

los sábados por la mañana conforme a un determinado horario. La empresa entregó el calendario laboral para el año 2009 alterando los horarios de los trabajadores de la sección de banca telefónica, resultando ser dos semanas de mañana y una de tarde y cada doce semanas una más de tarde, conforme a un determinado horario que cambia asimismo.

2. La sentencia de instancia declara la nulidad de la modificación empresarial, la que es recurrida por la empresa entendiendo que la modificación del calendario no tiene importancia cualitativa, sin que pueda catalogarse de sustancial, siendo por ello ejercicio del *ius variandi* empresarial.

La Sala de lo Social del TSJ recogiendo la doctrina jurisprudencial (STS de 9 de diciembre de 2003), destaca: «... La materia sobre la que versa la modificación en las horas de reajuste en litigio es el horario de trabajo, expresamente mencionado entre las calificables como sustanciales en la lista del art. 41.1 del ET. El horario de trabajo es la distribución en las horas del día de la jornada de trabajo o cantidad abstracta de horas de trabajo a realizar en unas u otras unidades temporales; y esta distribución comprende, en casos como el presente, la precisión o concreción de las libranzas del trabajador que permiten ajustar un horario general de trabajo en el que el número de horas excede de las cifradas en la jornada anual de trabajo o número de horas de trabajo al año.

No se trata, en fin, de una modificación de horario insignificante o de escasa importancia, sino de una modificación sustancial...». Así para la Sala de lo Social, confirmando la sentencia de instancia, el calendario de trabajo no puede suponer una modificación encubierta de las condiciones de trabajo, y que el art. 41 del ET indica que entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo está el horario. El cambio, pues, unilateral en el horario, no encuentra justificación en la posible acomodación a la jornada, y por tanto supera los ámbitos y umbrales específicos del calendario laboral y de las facultades de adecuación que permite el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, y supone una disponibilidad del tiempo del trabajador según conveniencia única y exclusiva de la empresa, sin haber realizado ningún tipo de negociación que normalmente ha de implicar cierta compensación a los trabajadores.

3. La Sala de lo Social de Navarra, ante el cambio de horario introducido en un calendario laboral puede suponer una modificación sustancial si se trata de un cambio no insignificante o de escasa importancia, por el contrario cuando, como el supuesto examinado supone alteraciones como las descritas en los hechos probados.

F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sistema retributivo. Causas económicas acreditadas

SAN de 23 de septiembre de 2010, IL J 501/201.

1. El sindicato demandante interesa a través del procedimiento de conflicto colectivo la nulidad o declaración injustificada de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, consistentes en reducir el salario fijo al 90%, haciendo depender el abono del 10% restante a que la empresa no tenga pérdidas e introduciendo un bonus dependiente de la obtención de determinados beneficios empresariales. Por la empresa se llevó a cabo una serie de reuniones-consultas a fin de dar soluciones a la crisis toda vez la pérdida de ventas de un 23%, habiendo tenido pérdidas la mercantil española no así la portuguesa que tuvo beneficios.

2. A través del procedimiento de conflicto colectivo el sindicato demandante alega la inexistencia de período de consultas, lo que es rechazado por la Sala a la luz de la prueba practicada en que se llevaron a cabo diversas reuniones y propuestas como alternativas, por ello se entiende cumplidos los requisitos del art. 41.4 del ET.

Respecto al fondo de la litis, esto es, si se da la causa económica-productiva alegada por la empresa, el presupuesto constitutivo, para que proceda dicha modificación sustancial de condiciones de trabajo, no es que concurra una situación económica negativa actual, sino que la medida contribuya a prevenir una evaluación negativa de la empresa, entendiéndose que concurre causa productiva, cuando la medida contribuya a mejorar la situación y perspectivas de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, siendo reiterada y pacífica la jurisprudencia que ha establecido que en las causas productivas no es obligatorio que concurra una situación económica negativa. «La interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la "crisis" empresarial sino la "mejora" de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas» (STS de 17 de mayo de 2005). La Sala siguiendo la doctrina jurisprudencial destaca que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que afectan, como en el supuesto debatido, al sistema de remuneración, no exigen acreditar la concurrencia de una situación económica negativa, entendiéndose como tal la emergencia de pérdidas suficientes, bastando que la medida contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa, o a mejorar la situación de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Respecto a las organizativas, que entiende la Sala, elemento de discusión en la presente litis, la no exigibilidad para extinguir contratos de trabajo por causas organizativas o de producción, que las empresas acrediten la concurrencia de una situación económica negativa, entendiéndose como tal la descrita más arriba, bastando acreditar de modo perceptible y objetivo, sin basarse en meras hipótesis, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en las que despliega su actividad. Para la Sala se prueba que los trabajadores, afectados por el conflicto, perciben retribuciones fijas superiores a las previstas en los convenios colectivos de aplicación, lo que permite descartar que la medida controvertida haya supuesto un descuelgue de las retribuciones del convenio de ámbito superior a la empresa, habiéndose probado, por otra parte, que el 10% de las retribuciones fijas, que venían percibiendo, se ha deducido de sus gratificaciones voluntarias, debiendo, descartarse, por tanto, que la medida empresarial haya incidido en los conceptos retributivos establecidos en los convenios aplicables, debiendo resaltarse, a estos efectos, que dicho extremo no se cuestionó, en ningún momento, por los actores, ello supone que la medida debatida incide directamente sobre su sistema de remuneración, que ha dejado de ser fijo al 100% para serlo solamente en el 90%, introduciéndose dos conceptos retributivos que se relacionan directamente con los resultados de la empresa, variándose, de este modo, su estructura salarial, a tenor con lo dispuesto en el art. 26.3 del ET. Por tanto estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que exige acreditar a la empresa la causa económica, y es lo cierto que ésta prueba la situación económica de pérdidas en dos ejercicios, así como una reducción significativa en el volumen de ventas, dándose, por ello, la existencia de cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, concurriendo, por tanto, causa productiva, pues la medida, tomada por la empresa, contribuirá a mejorar su situación y perspectivas a través de una mejor organización de sus recursos, que favorecerá su posición competitiva en el mercado, así como una mejor respuesta a los requerimientos de la demanda, tratándose de una medida proporcionada y razonable.

3. La Sala examina las causas económicas y productivas en relación con la modificación sustancial operada a la luz de la doctrina jurisprudencial para los despidos objetivos, concluyendo en la existencia de causas económicas y productivas en razón a las pérdidas y bajada de ventas, con lo que se desestima la demanda.

G) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad

SAN de 1 de abril de 2011, IL J 511/2011.

1. Por la empresa se llevó a cabo una modificación horaria, que supuso una modificación horaria colectiva de 15 minutos durante la mayor parte de los días laborables, lo que dio lugar a la interposición del conflicto colectivo de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por la empresa se entiende que no hay modificaciones en el calendario toda vez que los días y horas anuales se mantienen y que se ha hecho a iniciativa del comité de empresa.

2. La Sala de lo Social de la AN después rechaza las excepciones de incompetencia funcional pues no sólo afecta el conflicto a un solo centro de trabajo de una provincia sino a varias provincias y la decisión de la empresa se apoya en un artículo del Convenio con afectación a varios centros de varias provincias. Respecto al fondo de la litis considera la Sala que se ha producido una modificación sustancial, puesto que afecta a la mayor parte de los días de trabajo del año e incidirá, sin duda, en la organización de la vida diaria, así como en la conciliación de su vida personal y familiar, ya que dicha reducción horaria durante la mayor parte de los días laborables provocará necesariamente el incremento de la jornada en otros días para cumplir la jornada anual de 1.740 horas en el mismo número de días de trabajo. Pero además afecta al art. 17.3 del Convenio Colectivo, en el que se precisa que cualquier modificación de los cuadrantes y horarios que figuran en el Anexo I del convenio, motivada por necesidades productivas u organizativas de la empresa, exigirá el acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo cual no ha sucedido, convenio que se aplica a pesar de no referirse al centro de trabajo pero como condición más beneficiosa. Por tanto, habiéndose impuesto el horario señalado y no habiéndose negociado es por lo que se declara la nulidad de la modificación sustancial de condiciones.

3. La Sala acertadamente valora desde dos perspectivas la nulidad, por un lado, que pese a suponer el cambio de horario una pequeña incidencia —15 minutos—, entiende que supone tal una modificación sustancial pero, además, siendo aplicado el Convenio Colectivo respecto al horario, éste impone para la modificación de cuadrantes amparada en causas organizativas el acuerdo con la representación de los trabajadores, ello supone que al no llevarse tal negociación por la empresa la decisión es nula.

H) *Ius variandi* empresarial. Condición más beneficiosa

STSJ de Aragón de 15 de noviembre de 2010 (recurso de suplicación 810/2010), IL J 566/2011.

1. La trabajadora inició la relación laboral con la demandada en junio de 1990, y desde hace varios años se desplaza desde Zaragoza a Huesca, los días que había de efectuar desplazamiento fichaba primero en su puesto de trabajo antes de las 8:00 horas y después cogía el autobús, entre las 8:00 y las 8:10 horas, regresaba de Huesca en el autobús que partía a las 13:30 horas y finalizaba su jornada en su puesto de trabajo habitual. Percibía plus de comida por importe de 8,79 euros por cada desplazamiento y el anterior responsable permitía que pudiera tomar algún día de libre disposición al año. Por la empresa ante las quejas de un sindicato, la comunicó que los días que se desplaza a Huesca, sin necesidad de fichar en su puesto de trabajo, ha de tomar el autobús que sale de Zaragoza a las 7:30 horas —a las 7:40 en la parada que utiliza la actora— se desplaza directamente a Huesca, tomando, para regresar, el autobús que sale a las 13:00 horas con destino a Zaragoza, sin tener que finalizar la jornada en su puesto de trabajo. No percibe dieta alguna, ni le es concedido día alguno de libre disposición. El Juzgado de lo Social desestimó la pretensión de la demandante.

2. La Sala debate si se trata una condición ms beneficiosa, reiterando la doctrina jurisprudencial sobre dicha figura, esto es, para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que se pruebe la voluntad inequívoca empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales y convencionales de

regulación de la relación de trabajo, voluntad inequívoca que, a falta de una prueba documental que la manifieste, necesita la prueba de que la ventaja que se disfruta se ha consolidado en el tiempo ya que entonces por la habitualidad, regularidad y persistencia de su disfrute es cuando puede afirmarse que se incorpora al nexo contractual. Por la Sala se entiende a la luz de los hechos probados la falta de prueba de la condición más beneficiosa y ello por cuanto la alegada nota de habitualidad se produce únicamente en el ámbito reducido de una comisión de servicios, de escasa duración temporal en la jornada anual, y en la que la concesión de días de libre disposición no era decisión empresarial sino del anterior responsable. En su consecuencia la Sala no entiende modificación sustancial alguna causada por la empresa.

3. La sentencia de la Sala hace un exhaustivo examen de la doctrina de la condición más beneficiosa y entiende que no estamos ante ninguna modificación sustancial sino ante el ejercicio del *ius variandi* de la empresa.

I) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Nulidad

STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2010 (recurso de suplicación 3218/2010), IL J 521/2011.

1. Entre la dirección de la empresa y la representación legal de los trabajadores, para hacer frente a las necesidades derivadas de la minoración de la producción causada por la crisis económica general, acordaron la reorganización de los equipos de trabajo en el departamento de producción, en el que hasta entonces se trabajaba con 5 equipos de empleados que se relevan sucesivamente en turnos de mañana, tarde y noche, reduciendo un puesto de ayudante. En dicho acuerdo la empresa aceptó el «carácter circunstancial» de la medida en el centro «reincorporándose el ayudante a su turno original según cuadrantes una vez se vuelva a iniciar la recuperación de la producción, es decir, se sobrepasase los 24 hornos día». Interpuesto conflicto colectivo se declaró por el Juzgado de lo Social el derecho postulado de reincorporación de los ayudantes a su turno original. Por la empresa se dirigió al Comité Intercentros en la necesidad de modificar el actual régimen de trabajo de cinco ayudantes de la batería del centro de Sama basándose y fundamentándose en probadas razones técnicas derivadas de las mejoras resultantes de las inversiones consumadas en los últimos años en la «batería del centro de Ciaño», abriendo un período de consultas. Irreconciliables las posturas se concluyó el período de consultas y reuniones. La empresa convocó a la comisión paritaria y de conflictos declarando su intención de alcanzar un acuerdo sobre la modificación de trabajo, no llegándose a acuerdo. La empresa notificó a cinco ayudantes la modificación de régimen de trabajo en los turnos de mañana, tarde y noche, pasando a prestar servicios en el llamado turno L, manteniendo inalteradas el resto de sus condiciones laborales (funciones, puesto, retribución, etc.). A consecuencia de las inversiones se ha producido una sustancial reducción de las tareas que el ayudante debía realizar antes manualmente, minorándose la mitad el tiempo de ocupación dentro de cada secuencia de trabajo. Planteado conflicto colectivo se desestimó la demanda ante el Juzgado de lo Social.

2. A través del recurso el sindicato pretende se declare nula o injustificada la decisión empresarial y ello al entender que estamos ante una modificación sustancial pues se trata de una modificación del trabajo a turnos de los 5 trabajadores afectados, quienes pasaron a otro distinto turno y ello se contempla en el art. 41.1 del ET. La empresa se opone refiriendo que se trata de una medida en el ejercicio del *ius variandi* y de no entenderse tal estaríamos ante razones probadas técnicas, toda vez las innovaciones tecnológicas, siendo irrelevante que no exista una conexión temporal inmediata entre la fecha en que se adoptó y aquella en que se produjo.

Por tanto, el primer debate a responder por la Sala es si estamos ante modificaciones sustanciales o modificaciones no sustanciales o débiles. Así destaca la doctrina jurisprudencial, la cual señala, «por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otra distinta, de modo notorio». Por otro lado, recuerda la doctrina que son aquellas que afectan a materias

sobre las que el trabajador ostenta un auténtico derecho subjetivo y que comportan una alteración de la prestación laboral en aspectos esenciales a las condiciones inherentes a la misma, mientras el *ius variandi*, alegado por la empresa como facultad modificativa empresarial de condiciones de trabajo sustanciales, esto es, traspasando la frontera de tal prestación debida, entendida en sentido amplio carece en nuestro ordenamiento jurídico de un reconocimiento estatutario general, sino que el legislador lo contempla en situaciones concretas y con requisitos adicionales específicos de carácter temporal, en casos tales como la movilidad funcional extragrupo del art. 39.2 y 3, los desplazamientos del art. 40.4 y la realización de horas extraordinarias para prevenir y reparar siniestros del art. 35.3, todos ellos del ET. En definitiva conforme señala la STS de 22 de septiembre de 2003, «la doctrina científica entiende que para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados. Pues bien, estos criterios, de contornos difusos, pueden hacerse más precisos en la negociación colectiva, especialmente respecto a aquellas materias, como las referidas al horario, en las que son más frecuentes las situaciones conflictivas».

Por otro lado, analiza el Convenio Colectivo de empresa, señala que tiene consideración de modificación sustancial, entre otras, el «cambio de cuadrante del personal a turnos vigentes» y señalando que «cuando en la empresa se introduzcan nuevas tecnologías o procesos que puedan suponer para los trabajadores modificación sustancial de las condiciones de trabajo..., se establecerá el período de formación y adaptación técnica necesaria para el desarrollo de su nueva función, así como todo lo referente en materia de Seguridad y Salud Laboral». Por tanto el propio Convenio Colectivo considera una modificación sustancial aquella que afecte al cuadrante del personal a turnos vigente a la firma del Convenio; pero, también, porque no tiene carácter accesorio, pues no se trata de un mero ajuste de turnos, sino del cambio de un régimen regular de trabajo a turnos de mañana, tarde y noche, a uno de cubrebajas o de correturnos, ya que en el nuevo régimen el ayudante de ordinario trabajará en jornada de mañana, pero en cualquier caso, ésta resulta imprevisible, pues su función será cubrir las ausencias de otros trabajadores de la empresa en las situaciones de ausencias, permisos, bajas laborales, etc. Llegado a este punto y puesto en relación con el Convenio Colectivo en cuanto dispone la necesaria aquiescencia del Comité de empresa o, en su defecto, la aprobación de la Comisión Paritaria y de Conflictos y, al presente, ni una ni otra institución prestaron su conformidad a la modificación, es por ello que declara la modificación operada como nula.

3. La Sala analiza el conflicto sobre la base de lo que es una modificación sustancial de condiciones y lo que es no sustancial o modificación débil, llegando a la conclusión, no sólo por lo normativizado colectivamente sino por la propia naturaleza de la modificación operada, de que nos encontramos ante una modificación sustancial. Llegado a ese punto y con aplicación del Convenio Colectivo, norma paccionada donde señala como requisito previo el acuerdo del Comité de Empresa o la resolución de la Comisión Paritaria y de Conflictos lo que no se cumple por la empresa sino que se impone unilateralmente, llega a la nulidad de la modificación operada.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ
(COORDINADORA)
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA
MARTA CIMAS SOTO
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO
DAVID LANTARÓN BARQUÍN
MONTSERRAT RUIZ CUESTA
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
   - **A) Causas de extinción contractual.**
   - **B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica.**
3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN.
4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.
   - **A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET.**
   - **B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación.**
5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.
   - **A) La caducidad de la acción.**
   - **B) El procedimiento por despido.**
6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.
   - **A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.**
   - **B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización.**
     - a) La indemnización: cuantía y cálculo.
     - b) Salarios de tramitación**.**
8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.
   - **A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.**
   - **B) Distribución de la carga probatoria.**
   - **C) Cuestiones conexas.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia,* números 1 a 4 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 sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

Relativa a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (art. 50 ET), la **STSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 2010,** IL J 545 (recurso 1659/2010) y las **SSTSJ de Cataluña de 4 y 15 de noviembre y 2 y 1 de diciembre de 2010,** IL J 525, 561, 605 y 600 (recursos 2673/2010, 3917/2010, 3728/2010 y 3879/2010), respectivamente, niegan la existencia de dimisión de varios trabajadores, y por tanto esta última ante diversos supuestos de incumplimiento empresarial.

> La Sala argumenta en su FJ 2: «Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo puede producir desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo. Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción».

Se observan diversas resoluciones que realizan un análisis judicial del despido, valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para su existencia:

Relativa a la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** (art. 50 del ET), la **STS (Sala 4.ª) de 17 de enero de 2011,** IL J 362 (recurso de casación para unificación de doctrina 4023/2010), desestima la existencia de despido de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo y falla la extinción del contrato por incumplimiento empresarial por impago de salarios.

> La Sala señala al respecto: «No ofrece duda el hecho de que el incumplimiento empresarial que nos ocupa constituye causa bastante para que pueda prosperar la acción resolutoria ejercitada

al amparo del *art. 50.1.b) del ET*, pues como decíamos en nuestra Sentencia de 10 de junio de 2009 (recurso 246120/08), "... la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan la extinción causal del contrato *ex art. 50.1.b) ET*, aun sin mediar culpabilidad empresarial". Como esta Sala viene señalando con reiteración, salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario [así, SSTS 03/11/86 y 04/12/86], o en que más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente [STS 20/01/87], este Tribunal entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 —rcud 413/1991—; 29/12/94 —rcud 1169/1994—; 13/07/98 —rcud 4808/1997—; 28/09/98 —rcud 930/1998—; 25/01/99 —rcud 4275/1997—, y 22/12/08 —rcud 294/2008—). En esta línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado", es necesaria —exclusivamente— la concurrencia del requisito de "gravedad" en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal "gravedad" debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario *ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET*, partiendo de un criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTS 25/01/99 —rcud 4275/1997— y 26/06/08 —rcud 2196/2007—, en *obiter dicta)*».

En tal sentido, la **STS (Sala 4.ª) de 1 de julio de 2010,** IL J 1903 (recurso de casación para unificación de doctrina 3289/2009), falla la existencia de despido y desestima la dimisión de un trabajador, ante la retracción de éste durante el plazo de preaviso no admitida por el empresario.

La Sala argumenta: «1. La doctrina tradicional de la Sala, previa a la unificación de doctrina, ha sido la de que una vez comunicada, la dimisión del trabajador dotada de eficacia inmediata no es susceptible de retractación posterior, al haber causado estado como acto generador de derechos a terceros, por lo que la misma no puede redundar en perjuicio de éstos, salvo que se pruebe la existencia de alguna deficiencia en el consentimiento que conduzca a la anulación del negocio jurídico, de acuerdo con el *art. 1261 CC* (así, con anterioridad a la unificación de doctrina, las SSTS 07/11/89; 09/03/90; 21/06/90, y 11/12/90. Y también —ya en el ámbito de la unificación— la Sentencia de 06/02/07 —rcud 5479/2005—). Es más, la doctrina —inadmisoria de la retractación— se ha mantenido igualmente en los supuestos en que tal decisión se hubiese adoptado cumpliendo la exigencia de preaviso y antes de que venciese el mismo, argumentando que al ser la dimisión una declaración de voluntad de carácter receptivo, tal voluntad ha de entenderse irrevocable, salvo que medie aceptación de ella por el empresario; porque el *art. 49.4 ET* "dispone taxativamente que el contrato de trabajo se extinguirá por la dimisión del trabajador (...) decisión del mismo que es unilateral y que vincula al trabajador absolutamente desde el momento en que es comunicado a la empresa; el plazo de preaviso que establece sólo se da en beneficio de la empresa, para que puedan atender [si lo considera preciso] a su sustitución ... sólo la concurrencia acreditada de vicios que invaliden la voluntad que lleva a aquella unilateral decisión pueden ser operantes" (SSTS 26/02/90; 05/03/90, de la que procede el texto reproducido; 04/06/90; 18/07/90, y 25/07/90. Aparte de las anteriores que en ellas se citan)».

En sentido análogo, la **STS (Sala 4.ª) de 3 de febrero de 2011,** IL J 404 (recurso de casación para unificación de doctrina 1554/2010), la **STS (Sala 4.ª) de 28 de febrero de 2011,** IL J 661 (recurso de casación para unificación de doctrina 1691/2010), la **STS (Sala 4.ª) de 2 de febrero de**

2011, IL J 470 (recurso de casación para unificación de doctrina 339/2010), la **STS (Sala 4.ª) de 3 de febrero de 2011,** IL J 658 (recurso de casación para unificación de doctrina 591/2010) y, finalmente, la **STS (Sala 4.ª) de 9 de noviembre de 2010,** IL J 531 (recurso de casación para unificación de doctrina 3812/2010), desestiman la existencia de despido de varios trabajadores, fallando la válida extinción del contrato de trabajo temporal por la cobertura de la plaza interina.

> A tal efecto la Sala determina: «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 desempañaba 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 *arts. 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».

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de distintos despidos disciplinarios:

La **STSJ de Murcia de 22 de septiembre de 2010,** IL J 1967 (recurso 551/2010), falla la procedencia de un despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual, analizando el caso de un trabajador, delegado sindical de la empresa, que realiza un uso indebido, habitual y manifiesto del crédito horario.

La **STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2010,** IL J 218 (recurso 2941/2009), declara la procedencia de un despido disciplinario, basado en faltas de asistencia al trabajo injustificadas.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2010,** IL J 317 (recurso 1271/2010), declara la procedencia de un despido disciplinario, basado en la embriaguez habitual del trabajador afectado.

La **STSJ de Andalucía de 19 de octubre de 2010,** IL J 191 (recurso 1615/2010), falla la procedencia del despido basado en insultos a superior jerárquico.

La **STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2010,** IL J 185 (recurso 3512/2010), analiza el requisito de culpabilidad y gravedad contenido en el art. 54.2 del ET, ante un supuesto de despido disciplinario de un trabajador por posesión de drogas en el puesto de trabajo.

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) del ET

La **STS (Sala 4.ª) de 30 de septiembre de 2010,** IL J 1851 (recurso de casación para unificación de doctrina 2268/2009), determina las consecuencias de la indeterminación de la causa en la

carta de despido, debido a que en el despido objetivo el incumplimiento de esa formalidad por parte de la empresa comporta consecuencias diferenciadas según se trate de un despido objetivo o de un despido disciplinario. En la legislación vigente en la fecha del despido aquí enjuiciado (anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, que modificó los arts. 53.4 del ET y 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral) el que la extinción del contrato de trabajo se considerase un despido objetivo o disciplinario incidía en la calificación del despido cuando éste adoleciera de imprecisión respecto de la causa.

> Partiendo de ello, la Sala falla: «En consecuencia, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, declaramos la nulidad del despido con las consecuencias inherentes a tal declaración, condenando a la empresa a la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido y con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del mismo, sin perjuicio del reintegro de la indemnización percibida, con arreglo a lo dispuesto en el *art. 123.3 de la Ley de Procedimiento Laboral*».

De otro lado, las **SSTSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2010,** IL J 223 y 224 (recursos 2860/2010 y 3200/2010), fallan la procedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores por amortización de sus puestos de trabajo.

> Conforme al FJ segundo de la primera Sentencia: «Las causas económicas tienen por finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes».

La **STSJ de Asturias de 3 de diciembre de 2010,** IL J 341 (recurso 792/2010), revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido efectuado a un trabajador por ineptitud conocida por la empresa y no sobrevenida.

> La Sala argumenta: «El juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas (art. 54 ET) y para ello tiene que examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de las faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional aplicable al caso. Si ésta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificar la calificación impuesta, pues de acuerdo con el contenido del art. 58 del ET, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada».

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] se plantea en las **SSTSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2010,** IL J 255 (recurso 3246/2010); **TSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2010,** IL J 582 (recurso 762/2010); **TSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2010,** IL J 626 (recurso 2396/2010), y **TSJ de Castilla y León de 17 de noviembre y 13 de diciembre de 2010,** IL J 578 y 618 (recursos 1737/2010 y 1692/2010). Frente a las sentencias de instancia, que declararon la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores demandantes, fundados en causas objetivas, las Salas declaran la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo por tales causas.

> Para ello, la Sala, en su FJ 2, razona: «Deben entenderse que no han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el art. 52.c) ET

> como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de razonable pues (...) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión irrazonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...) Lo expuesto conduce a la desestimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo del trabajador demandante».

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS (Sala 4.ª) de 19 de octubre de 2010,** IL J 1868 (recurso de casación para unificación de doctrina 4453/2009), estima la excepción de caducidad en el cómputo del plazo, en el supuesto en el que fue interpuesta demanda dirigida en primer lugar frente al Ayuntamiento y, posteriormente, y fuera de plazo, ampliada frente al Instituto IMCE. La Sala estima la excepción de caducidad fundamentando el fallo en que «ya se había superado el plazo de 20 días hábiles que para la caducidad de la acción de despido se establece en el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores».

B) El procedimiento por despido

La **STS (Sala 4.ª) de 26 de noviembre de 2004,** IL J 2272 (recurso de casación para unificación de doctrina 4529/2003), con ocasión de la infracción de las normas esenciales del procedimiento de despido, analiza los requisitos necesarios de éste.

> La Sala, reiterando la doctrina judicial del Tribunal Supremo, argumenta: «Es preciso recordar que, como constante doctrina emanada del Tribunal Supremo ha establecido, para que pueda tener viabilidad el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: A) Que se haya infringido una norma procesal. B) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia. C) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto. D) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión. E) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida».

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de distintos despidos disciplinarios:

La **STSJ de Murcia de 22 de septiembre de 2010,** IL J 1967 (recurso 551/2010), falla la procedencia de un despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual, analizando el caso de un trabajador, delegado sindical de la empresa, que realiza un uso indebido, habitual y manifiesto del crédito horario.

La **STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2010,** IL J 218 (recurso 2941/2009) y la **STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2010,** IL J 534 (recurso 2395/2009), declaran la procedencia de dos despidos disciplinarios, basados en faltas de asistencia al trabajo injustificadas.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2010,** IL J 317 (recurso 1271/2010), declara la procedencia de un despido disciplinario, basado en la embriaguez habitual del trabajador afectado.

La **STSJ de Andalucía de 19 de octubre de 2010,** IL J 191 (recurso 1615/2010), falla la procedencia del despido basado en insultos a superior jerárquico.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Extremadura de 11 de octubre de 2010** IL J 1958 (recurso 383/2010), falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador debido a la prescripción de la falta.

Asimismo, diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante de éste y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente.

Así, la **STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2010** IL J 185 (recurso 3512/2010), analiza el requisito de culpabilidad y gravedad contenido en el art. 54.2 del ET, ante un supuesto de despido disciplinario de un trabajador por posesión de drogas en el puesto de trabajo.

> Según la Sala: «Para constituirse en causa de despido y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 54.2 del ET las infracciones a que se refiere dicho precepto deben, en todo caso, alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente. Suficiencia que, además no puede determinarse bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario un análisis individualizado de cada conducta».

En sentido análogo, la **STSJ de Madrid de 12 de enero de 2010,** IL J 454 (recurso 51231/2009), al fallar la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, cuya actuación se basa en el uso del ordenador de la empresa para fines particulares, analiza el requisito de gravedad contenido en el art. 54.2 del ET. La Sala determina que la actuación del trabajador no está revestida de la gravedad suficiente contenida en el art. 54.2.b) del ET como para ser merecedora de un despido disciplinario.

Asimismo, la **STSJ de Valencia de 16 de noviembre de 2010,** IL J 571 (recurso 2488/2009), tomando en consideración la escasa gravedad de la falta que se le imputa al trabajador, basada en acoso laboral, falla la improcedencia del despido efectuado.

Finalmente, las **SSTSJ de Madrid de 4 de octubre y 10, 12 y 19 de noviembre de 2010,** IL J 281 (recursos 2439/2010, 2715/2010, 3568/2010 y 3673/2010), en aplicación del principio de proporcionalidad fallan la improcedencia de diversos despidos disciplinarios basados, todos ellos, en transgresión de la buena fe contractual.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Abundante jurisprudencia del TC falla la nulidad de los despidos efectuados a numerosos trabajadores de una misma empresa por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, así como al derecho de huelga.

En este sentido, las **SSTC, todas ellas de fecha 16 de noviembre de 2010**, **núm. 98/2010, IL J 2296 (recurso de amparo 3569/2006), núm. 99/2010, IL J 2297 (recurso de amparo 3570/2006),**

núm. 100/2010, IL J 2298 (recurso de amparo 3571/2006), núm. 101/2010, IL J 2299 (recurso de amparo 3572/2006), núm. 102/2010, IL J 2300 (recurso de amparo 3573/2006), núm. 103/2010, IL J 2301, (recurso de amparo 3574/2006), núm. 104/2010, IL J 2302 (recurso de amparo 3575/2006), núm. 105/2010, IL J 2303 (recurso de amparo 3576/2006), núm. 106/2010, IL J 2304 (recurso de amparo 3577/2006), núm. 107/2010, IL J 2305, (recurso de amparo 3711/2006), núm. 108/2010, IL J 2306 (recurso de amparo 3713/2006), núm. 109/2010, IL J 2307 (recurso de amparo 3714/2006), núm. 110/2010, IL J 2308 (recurso de amparo 3715/2006), núm. 111/2010, IL J 2309, (recurso de amparo 4930/2006) y, finalmente, núm. 112/2010, IL J 2310 (recurso de amparo 4931/2006), declaran que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE) de los recurrentes.

Su especialidad radica en que, declarada la nulidad radical del despido de la recurrente, procedería el restablecimiento en la integridad de su derecho y exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa para la que venía prestando servicios. No obstante, delegan en los Juzgados de lo Social respectivos, determinar si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonarle entonces, así como los salarios de tramitación, y, en tal caso, la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada, debiendo recordarse (y así lo hicimos igualmente allí) que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación» (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2 y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3).

Asimismo, la **STSJ de La Rioja de 1 de octubre de 2010,** IL J 1964 (recurso 255/2010), falla la nulidad del despido efectuado a una trabajadora cuando solicita excedencia por cuidado de hijo. En sentido análogo, la **STSJ de Extremadura de 18 de noviembre de 2011,** IL J 279 (recurso 500/2010), haciéndose eco de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, en recientes sentencias, determina la nulidad objetiva y directa del despido efectuado a una trabajadora embarazada, a pesar de que su estado de gestación era desconocido por la empresa.

> La Sala fundamenta el fallo en los siguientes términos: «La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa a la interpretación que deba darse al art. 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y en particular se trata de determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario». (...) Finalmente y como argumento de refuerzo, se alude a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento. (Sentencias dictadas en Sala General de 19 de julio de 2006 (recursos 387/2005 y 1452/2005), reiteradas por la de 24 de julio de 2007 (recurso 2520/2006). Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en Sentencia de 17 de octubre de 2008 (recurso 1957/2007), en la cual se señala: «Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en Sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal».

Por el contrario, la **STS (Sala 4.ª) de 31 de enero de 2011,** IL J 400 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1532/2010), desestima la nulidad del despido efectuado a un trabajador en situación de incapacidad temporal, por coacciones empresariales para que solicite el alta médica.

Para ello la Sala argumenta: «En la mayoría de las sentencias de la Sala a las que se ha hecho referencia y en la más reciente de 29 de enero de 2009 lo que se debate es la consideración como discriminatorios a efectos del *art. 14 de la CE* de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. Las sentencias citadas excluyen la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del *inciso final del art. 14 CE*, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, según estas sentencias, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; se advierte también que en los despidos enjuiciados no opera un móvil de segregación, sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado. En algunas resoluciones se excluye la identificación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de lo dispuesto en los *arts. 4.2.c).2.ª y 17.1 del ET* y de la *Directiva 2000/78* en línea con lo establecido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de junio de 2006. En otras sentencias se precisa que el derecho a la salud, en cuanto principio rector de la política social y económica "no está comprendido en la categoría de los 'derechos fundamentales y libertades públicas' (Sección 1.ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales" del ET que establecen la nulidad del despido (Sentencias de 11 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008 y 27 de enero de 2009, entre otras). Sólo en las Sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del *art. 15 CE*, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, "al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento (...), lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto" decidido, "en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo —incluso en situaciones de infortunio físico—". Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", se precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el *art. 15 CE* cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum,* de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso. Procede, por tanto, la desestimación del recurso, lo que determina, conforme al *art. 226 de la Ley de Procedimiento Laboral*, la pérdida del depósito constituido para recurrir y el mantenimiento de la consignación realizada en garantía del cumplimiento de la condena».

La **STSJ de Extremadura de 18 de noviembre de 2010,** IL J 28 (recurso 468/2010), estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias y la vulneración de los derechos de igualdad y libertad sindical, en el caso de un trabajador afiliado a un sindicato.

> La Sala falla sobre la existencia de discriminación: «De lo antes expuesto, se desprende que en el supuesto de autos existen más que fundados indicios de que el móvil de la decisión extintiva empresarial es la militancia política del actor, pues no se entiende, en el caso contrario, las razones que han movido a la empresa a cesar al actor para nombrar inmediatamente después a otro trabajador para realizar las mismas funciones. En consecuencia, debe declararse el cese de la actora como despido nulo, por tener el mismo móviles discriminatorios (arts. 55.5 del ET y 108.2 de la LPL)».

M.ª CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

A) Contenido y alcance.

a) Derecho del sindicato a formar parte de determinadas comisiones.
b) Vulneración del derecho de libertad sindical. Desestimación. Exclusión de sección sindical en acuerdo extraestatutario.

B) Conducta antisindical.

a) Libertad sindical. Requisitos para el establecimiento de la RPT. Principios de jerarquía normativa.
b) Derecho de reunión y libertad sindical. Obligación de pedir permiso. No vulnera tal derecho.
c) Libertad sindical. Sección sindical. Asesor. Acceso a la empresa.

C) Secciones sindicales.

a) Delegado sindical. Crédito horario. Extinción de empresa. Sucesión. Desestimación del recurso.

D) Tutela del Derecho Fundamental.

a) Derechos y garantías de los representantes.

a') Despido nulo. Vulneración del derecho de libertad sindical. Delegado sindical.
b') Despido nulo. Candidato a elecciones sindicales. Indemnización.

b) Competencias materiales y principio de indemnidad económica.

a') Libertad sindical. Delegado sindical. Derecho de información. Productividad.
b') Crédito horario. Acumulación. Comité y delegados LOLS.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

A) Garantías de la representación unitaria.

a) Garantías frente al despido del representante antes de su presentación o proclamación.
b) Prioridad de permanencia: requisitos.

B) Competencias de la representación unitaria.

a) Derecho de información pasiva y despidos plurales.

3. CONFLICTO COLECTIVO.

A) El proceso de conflicto colectivo: objeto.

a) Conflicto jurídico y no de intereses. Interpretación de la Disposición Transitoria 5.ª del Convenio Colectivo para el Personal de la Administración y Servicios Laborales.

b) Existencia de práctica empresarial susceptible de control por el proceso de conflicto colectivo. Abono a determinados trabajadores de un complemento salarial, en base a determinadas Circulares empresariales, ya derogadas, y que no viene establecido en los convenios colectivos posteriores; «Gas Natural SDG, SA».

c) Inadecuación de procedimiento: promoción generalizada de elecciones sindicales reguladas en el art. 67.1 ET.

B) Concurrencia del elemento subjetivo para la calificación de conflicto colectivo.

4. HUELGA.

A) Vulneración del Derecho de Huelga. Dimensión «refleja» o «transferida» de la garantía de la indemnidad. Tutela constitucional de los trabajadores de la contrata.

B) Esquirolaje interno. Sustitución de huelguistas con trabajadores de la misma categoría y procedencia de la indemnización por el daño moral causado.

C) Huelga ilegal: definición de huelga e incumplimiento de los servicios mínimos.

CONSIDERACION PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2011 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Derecho del sindicato a formar parte de determinadas comisiones

Nuevamente se plantea la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva de un sindicato no firmante de un convenio estatutario de empresa en tanto que el propio texto pactado disciplina varias comisiones paritarias con funciones negociadores de las que queda excluido el sindicato demandante. Pues bien la **STS de 5 de octubre de 2010**, IL J 1853, reiterando la doctrina mantenida en la STS de 20 de mayo de 2010 (Rº 9/2009), recuerda que no puede excluirse a un sindicato con legitimación inicial de la participación en comisiones creadas en el propio convenio con funciones negociadoras y hasta de regulación de determinadas condiciones laborales. En aplicación de dicha doctrina deben considerarse nulas por violación del derecho a la negociación colectiva que forma parte del derecho de libertad sindical, según doctrina inconclusa del Tribunal Constitucional, varias disposiciones del convenio enjuiciado en cuanto excluyen al sindicato recurrente de participar en unas comisiones que tienen importantes funciones reguladoras de condiciones laborales.

b) Vulneración del derecho de libertad sindical. Desestimación. Exclusión de sección sindical en acuerdo extraestatutario

Un pronunciamiento en sentido inverso es el mantenido en la **STS 21 de octubre de 2010,** IL J 1870, en el que el TS dirime la posible vulneración de la libertad sindical derivada de la exclusión de un sindicato —en el caso una Sección Sindical— de la negociación de un pacto o acuerdo extraestatutario. Cuestión ésta, a la que la una pacífica doctrina jurisprudencial ha dado ya respuesta negativa en tanto que no toda limitación a la capacidad de actuación de un sindicato determina necesariamente una vulneración de la libertad sindical sino que la lesión sólo se producirá cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación, como sucede en el supuesto de las exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por convenios colectivos con facultades negociadoras, o en el caso de la utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio estatutario con exclusión del sindicato legitimado, o cuando la actuación unilateral del empresario, amparada en principio por las facultades directivas implícitamente reconocidas por la libertad de empresa (art. 38 CE) afecte a la posición negociadora del sindicato vaciando sustancialmente de contenido la negociación colectiva. Admitido por la propia Sección Sindical recurrente, que los pactos o acuerdos de los que ha sido excluida tienen el carácter de pactos extraestatutarios, la aplicación de la doctrina trascrita impone el rechazo del motivo, pues dicha exclusión, conforme a los razonamientos expuestos, no implica vulneración de los preceptos invocados como infringidos, ni por ende, de derecho de Libertad Sindical.

B) Conducta antisindical

a) Libertad sindical. Requisitos para el establecimiento de la RPT. Principios de jerarquía normativa

La sanción jurídica al incumplimiento del derecho a la negociación colectiva reconocido en el Estatuto Básico del Empleado Público es la nulidad del acto; dicha sanción merece la Orden JUS/3773/2007 sobre una relación de puestos de trabajo, ya que por su propio y singular contenido sustantivo y dentro los términos en que viene establecido por los artículos 15.1 b) Ley 30/1984, 74 Ley 7/2007 y 521 de la LOPJ, dicho acto hubiese exigido la negociación colectiva. Esta Orden afecta claramente a las condiciones de trabajo, entre otras, las retribuciones y criterios generales sobre la oferta de empleo público en tanto que la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público deben moverse dentro de los límites de la RPT, y por ello, la falta de negociación, cuando sea procedente y obligatoria como en el supuesto enjuiciado, supone la ausencia de un elemento esencial que vicia el procedimiento y hace nulo el acto (**STS CA 11 de noviembre de 2011,** IL J 651).

b) Derecho de reunión y libertad sindical. Obligación de pedir permiso. No vulnera tal derecho

Los límites al derecho de reunión son nuevamente reiterados en la **STS de 22 de noviembre de 2010,** IL J 1937, que reproduciendo la doctrina sentada por el TC declara que: «el derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites por no ser un derecho absoluto e ilimitado», lo que confirma la legalidad de la actuación de la Generalitat de Cataluña al considerar ajustada a Derecho la decisión adoptada en relación a los límites impuestos al derecho de reunión de los empleados públicos. En este sentido, la sentencia recuerda que la empresa no está obligada a aceptar que la reunión se celebre dentro de las horas de trabajo, sin que se deba olvidar que el ejercicio del mismo debe respetar el interés general existente en la prestación de todo servicio público.

c) Libertad sindical. Sección sindical. Asesor. Acceso a la empresa

Se considera contenido adicional del derecho de libertad sindical aquellos que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. El derecho fundamental se integra no sólo por

su contenido esencial, sino también por ese contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE, si bien estos derechos adicionales pueden ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical. Aplicando dicha interpretación, la **STSJ Andalucía de 14 de septiembre de 2010**, IL J 93, desestima el recurso planteado por una sección sindical tras la negativa de una empresa a facilitar el libre acceso de un asesor sindical a sus dependencias en tanto que esta actividad, aunque prevista en el convenio, debe ejercitarse conforme a la regulación contenida en el texto que reguló tal derecho y que el sindicato accionante no observó.

C) Secciones sindicales

a) Delegado sindical. Crédito horario. Extinción de empresa. Sucesión. Desestimación del recurso

Reitera la **STS de 16 de septiembre de 2010**, IL J 1870, la doctrina pacífica en relación a la exigencia de 250 trabajadores establecida por el art. 10.1 LOLS para tener derecho a la creación de sección sindical con las garantías que el propio precepto dispone. Este volumen de empleo ha de referirse, como es sabido, a cada centro de trabajo y no al conjunto de la empresa, y si ello es así, con mayor motivo habría de rechazarse la posibilidad de que pueda acudirse al módulo «empresa» para alcanzar el número de trabajadores exigido por la Ley como requisito de la constitución —con todos los derechos— de la sección sindical; y menos cuando se hace, como en la sentencia analizada, eligiendo las tres concretas empresas del grupo en las que no existen —en razón a carecer individualmente de 250 empleados— secciones sindicales propias.

D) Tutela del Derecho Fundamental

a) Derechos y garantías de los representantes

a') Despido nulo. Vulneración del derecho de libertad sindical. Delegado sindical

La **STSJ Castilla y León 1 de octubre de 2010,** IL J 119, confirma la nulidad del despido de un trabajador que ostentaba la cualidad de delegado sindical y como tal ejercitaba dentro de la empresa la actividad sindical acorde con el propio ser del sindicato de su pertenencia. A lo anterior no obsta que algunos delegados sindicales (*ex* art. 10 LOLS) disfruten de determinadas ventajas porque así lo ha querido el legislador, pero el hecho de que el demandante no se encontrase dentro de este artículo no es ni mucho menos impeditivo de que tengan el carácter de representación de la sección ante la empresa, entre otras razones porque es parte esencial de la libertad sindical y de la propia acción sindical; lo contrario dejaría sin contenido a la secciones de los sindicatos no amparados por el art. 10 LOLS. Así podemos decir que existen dos tipos de delegados: aquellos con atribuciones legales, mientras otros carentes de ellas, los delegados sin atribuciones legales, donde se sitúa el trabajador despedido. Este último inciso contiene el explícito reconocimiento de la doble tipología de delegados sindicales: los que tienen atribuciones legales, porque reúnen la doble condición de que su sindicato cuenta con presencia en la representación unitaria en la empresa y porque ésta supera el número de 250 trabajadores (art. 10.1 LOLS) y los que no tienen aquellas atribuciones legales, que la doctrina identifica como portavoces, representantes, delegados internos, delegados privados, etc., pero que sólo tienen atribuida la acción sindical que, en general, se reconoce a las secciones sindicales el art. 8 LOLS pero cuya protección contra el despido ha de tener la misma intensidad.

A pesar de lo anterior, la **STSJ Andalucía de 21 de octubre de 2010,** IL J 203, recuerda que la inversión de la carga de la prueba no surge ante la mera invocación de tratamiento discriminatorio o

vulnerador del derecho fundamental sino que es necesario que se acredite la presencia de circunstancias que constituyan indicios racionales de dicha vulneración y que una vez aportados tales indicios que provocan en el Juzgador la duda racional de que se ha podido producir algún tipo de conducta lesiva de los derechos fundamentales, la carga probatoria de la legalidad de la medida recae en plenitud sobre el empleador. En dicha sentencia, el trabajador no aporta indicio alguno de tal vulneración de tal derecho fundamental; ni de la que alegó en su demanda ni de la que extemporáneamente invocó con posterioridad, sin que por el mero hecho de ostentar la condición de delegado sindical deba tenerse por acreditada la discriminación alegada, referida a conductas que, lejos de haberse probado su ilegalidad, se mantienen con el conjunto de los trabajadores del departamento del demandante. Este mismo razonamiento se incluye en la **STSJ Madrid de 22 de noviembre de 2010,** IL J 294, en relación a un proceso de despido y en la **STSJ Madrid de 19 de noviembre de 2010,** IL J 964, que resuelve un recurso de suplicación en el que se enjuicia si un liberado sindical tiene derecho a un complemento retributivo específico por un trabajo de superior categoría que dicho trabajador no ha podido realizar, habida cuenta de su cualidad de representante legal.

b') Despido nulo. Candidato a elecciones sindicales. Indemnización.

Sí que se invierte esta carga de la prueba en la **STSJ Castilla La Mancha 9 de noviembre de 2010,** IL J 247, que enjuicia el despido de un trabajador que se había presentado como candidato a un proceso electoral, habiendo sido despedido pocos días después. La empresa reconoció la improcedencia en el mismo acto de comunicación del despido; desde dicha perspectiva, ninguna evidencia presenta la empresa demandada que venga a justificar mínimamente la existencia de una causa de despido que, independientemente de su legalidad o no, pudiese justificar el mismo. Falta pues de prueba alguna por parte de la empleadora que pueda alejar la efectividad de los indicios vulneradores del derecho de libertad sindical que determinan la necesidad de ratificar la nulidad de dicho acto extintivo. También concurre la prueba indiciaria a la que alude el Tribunal Constitucional en la **STSJ Extremadura de 18 de noviembre de 2010**, IL J 281, que enjuicia el despido declarado improcedente de un representante unitario, lo que sitúa al empresario en la obligación de acreditar que concurren motivos serios, extraños a la vulneración del derecho cuestionado, para adoptar la decisión de despedir. En otras palabras, el empresario tendrá que probar que existen causas que explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, y en el caso enjuiciado no lo hace, justo al contrario. Primeramente reconoce el despido improcedente, y ni en la sentencia de instancia ni tan siquiera en el escrito de impugnación presentado por la empresa, consta en modo alguno razón que justifique su decisión. La empresa no alega causa alguna que justifique el despido, aun cuando no pueda llegarse a acreditar su procedencia, que es la carga que incumbe al empresario, y en este punto nada ha quedado probado, es más, nada se ha intentado probar, lo que nos conduce a afirmar que el despido ha de ser declarado nulo por infracción del derecho a la garantía de indemnidad.

b) Competencias materiales y principio de indemnidad económica

a') Libertad sindical. Delegado sindical. Derecho de información. Productividad.

Nuevamente se plantea el alcance material del derecho de información de un sindicato minoritario, concretamente si este tiene derecho a la información relativa al escalafón o relación ordenada de trabajadores del centro de trabajo, ordenado por grupos laborales y por antigüedad, conforme a los derechos reconocidos en el convenio colectivo. El sindicato accionante sostenía que la negativa empresarial entrañaba una lesión del derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente del derecho a la información, al ser una decisión arbitraria, injustificada y contraria al convenio colectivo de aplicación. Desde una perspectiva funcional, el acceso del sindicato a esta información es un componente del derecho a la actividad sindical si bien podrían admitirse limitaciones en la entrega

de dicha información si el sindicato ya tiene conocimiento de las mismas (por ser parte integrante del Comité Intercentros). De no acreditarse tal extremo, la empresa está obligada al suministro de tal información. También se cuestiona el alcance del contenido de la información en relación a determinados complementos salariales en la **STSJ Andalucía 5 de octubre de 2010**, IL J 165. El Ente Local no había denegado al delegado sindical la información que solicitaba en relación con el complemento de productividad percibido por los trabajadores, sino que se lo proporcionó en los términos que creía adecuados conforme al requerimiento efectuado por la Agencia Española de Protección de Datos, que en resolución de 13 de julio de 2.009, exigía al Ayuntamiento que «se abstuviera de ceder a los representantes de los trabajadores y publicar la cuantías correspondientes al complemento de productividad percibidas por los trabajadores». Por ello entiende la STSJ que el ente local cumplió su obligación de poner en conocimiento del representante de los trabajadores los datos relativos al percibo del complemento de productividad sin especificar la cantidad abonada a cada trabajador, vistas las facultades sancionadoras de la Agencia Española de Protección de Datos, y por ello no puede considerarse vulneradora del derecho a la libertad sindical del trabajador, todo ello entendido sin perjuicio del derecho del representante sindical a obtener estos datos, siempre que acredite la existencia de un interés legítimo y un objetivo laboral.

En similar sentido, se pronuncia la **SAN de 26 de enero de 2011,** IL J 654, en la que confirma la legalidad de la actuación de una empresa que no remite una información sobre la capa directiva en tanto que no existe ninguna obligación legal conforme a lo preceptuado en el art. 64 ET que establezca tal contenido dentro de las materias objeto de la información.

b') Crédito horario. Acumulación. Comité y delegados LOLS

La posible acumulación del crédito horario otorgado a los representantes unitarios junto al reconocido a los representantes sindicales, práctica previamente tolerada por la empresa demandada es enjuiciada en la **STSJ Madrid 15 de noviembre de 2010,** IL J 265, que resuelve el recurso planteado por CGT en relación a la presunta vulneración del derecho a la libertad sindical de dicho sindicato tras la expresa prohibición de acumular el crédito horario correspondiente a los miembros del Comité de empresa y de los Delegados sindicales en una bolsa de horas, pudiendo cualquiera de los representantes hacer uso indistinto de la misma, o subsidiariamente acumular el crédito horario correspondiente a miembros del Comité de empresa y Delegados sindicales en diferentes bolsas de horas, y en todo caso, ceder o acumular el crédito horario sin necesidad de indicar explícitamente la fecha y hora en que se va a hacer uso de las mismas.

Alguna sentencia en suplicación había admitido tal acumulación de crédito horario entre representantes no homogéneos pero condicionaba dicha posibilidad a que el Convenio Colectivo expresamente contemplase la opción de acumular horas correspondientes a delegados sindicales y a miembros del comité de empresa pertenecientes al mismo sindicato, tal y como sucedía en el convenio de aplicación. Esta doctrina es aplicada en el supuesto enjuiciado, declarando ilegal la actuación empresarial.

2. REPRESENTACION UNITARIA

A) Garantías de la representación unitaria

a) Garantías frente al despido del representante antes de su presentación o proclamación

Entre las garantías con que cuentan los representantes de los trabajadores para el libre ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, destaca la prevista en el apartado cuarto del art. 56 ET, que

otorga la opción entre la readmisión y la indemnización, genéricamente atribuida a la empresa para el caso de despido improcedente, al representante legal de los trabajadores o al delegado sindical y para el mismo supuesto.

La dicción literal del precepto se queda precisamente ahí, en el «representante legal» o «delegado sindical». Sin embargo, pronto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional amplió su ámbito de actuación, pues declararon que también se aplica a aquellos representantes legales elegidos tras su cese en la empresa. Así, la STS de 22 de diciembre de 1989 declaró que «aunque el art. 56.3 del ET se refiere a la facultad de opción de los representantes legales de los trabajadores, tal garantía debe extenderse a los proclamados candidatos que fueron despedidos apresuradamente días antes de las elecciones, sin base alguna para ello, y siendo elegidos en dichas elecciones. Interpretando conforme a la realidad social (art. 3 del Código Civil) que la expresión "representantes legales de los trabajadores" debe comprender a los candidatos proclamados a las elecciones que fueron elegidos en nuestro caso, pues una interpretación restrictiva pudiera llevar a un fraude de ley tendente a evitar accesión a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas».

Por consiguiente, con el objetivo de evitar injerencias por parte de la empresa en las elecciones a representantes de los trabajadores, la opción por la readmisión o la indemnización se extiende a quien se hubiere presentado o hubiere sido proclamado como candidato a la elección o al nombramiento como representante de los trabajadores.

Pero, ¿qué ocurre cuando al tiempo del despido el trabajador no se hubiera presentado o no hubiera sido proclamado oficialmente como candidato? ¿Está cubierto por lo dispuesto en el art. 56.4 ET?

Éste es precisamente el supuesto que resuelve la **STS de 28 de diciembre de 2010,** IL J 69, que se refiere al supuesto del despido de un trabajador después de realizada la asamblea en la que el sindicato decide incluirle en su lista, pero antes de la presentación de su candidatura y su proclamación como candidato.

Pues bien, según el TS, sobre la base del mismo criterio, es decir, evitar injerencias por parte de la empresa en el proceso electoral, señala que «la protección que el art. 56.4 del E.T. da a los representantes de los trabajadores cubre también a aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral este iniciado, la empresa conozca su condición de candidato y haya resultado elegido tras el cese».

A este respecto, recuerda que esta doctrina es aplicable a los supuestos de declaración judicial de despido improcedente, esto es, cuando ya se ha descartado la existencia de un móvil sindical o discriminatorio, por lo que tendría un carácter subsidiario respecto de éste.

b) Prioridad de permanencia: requisitos

Otra de las garantías atribuidas por nuestro ordenamiento a los representantes de los trabajadores es la prioridad de permanencia en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, a que se refieren los arts. 52 c) y 68 b) ET. La finalidad de esta garantía busca impedir que las decisiones empresariales, aun estando plenamente justificadas, puedan redundar en una perturbación innecesaria y evitable de la función representativa al separar al representante de sus representados. A este respecto, la STS de 30 de noviembre de 2005 ha establecido que tal garantía debe extenderse a todas las secciones de la empresa (y no sólo a aquella en la que se produzcan las causas objetivas), pero que se exige que exista homogeneidad entre los puestos de trabajo que se conservan con los desempeñados por los representantes.

Esa falta de homogeneidad lleva a la **STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 2010,** IL J 92, a rechazar el recurso interpuesto por un representante de los trabajadores a quien se despidió por cau-

sas económicas ya que no puede aceptar que «la categoría de montador de grúas pueda ser en ningún caso, equivalente o intercambiable con la de conductor, en los términos establecidos en el artículo 22.3 del TRLET», pues «para considerar que existe equivalencia entre las categorías profesionales exige que la aptitud profesional propia de la primera, sea suficiente para desarrollar las funciones laborales básicas de la segunda, previa realización de cursos simples de adaptación o formación». La difícil situación económica de la empresa había llevado a una reducción de la plantilla al mínimo legal imprescindible para la supervivencia de aquélla (cuatro personas).

B) Competencias de la representación unitaria.

a) Derecho de información pasiva y despidos plurales

Dentro de los derechos que el ET reconoce al Comité de Empresa como forma de representación legal de los trabajadores destaca la de a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma (art. 64), lo que se concreta en el derecho del comité de empresa a conocer «los documentos relativos a la terminación de la relación laboral» [art. 64.4 b)]. Para el caso de despidos plurales, el Estatuto habla de la obligación de la empresa de entregar una copia del «escrito de preaviso» a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento [art. 53.1 c)].

La finalidad de esta última precisión es la de facilitar a los representantes de los trabajadores el control de las extinciones *ex* art. 52.c) del ET, evitando elusiones fraudulentas del procedimiento de regulación de empleo del art. 51 del ET. Por ello, la jurisprudencia ha interpretado que tal obligación se refiere a la propia carta de despido, ya que el preaviso no contiene en sí mismo información relevante para que los representantes de los trabajadores puedan controlar estas decisiones extintivas.

Por consiguiente, si existe una obligación legal por parte de la empresa de entregar copia de la carta a los miembros del comité, la pregunta surge si se cumple con tal obligación con la simple presencia de los representantes legales de los trabajadores en el momento de la entrega a los trabajadores despedidos. La **STSJ Baleares de 23 de septiembre de 2010,** IL J 109, responde a esta cuestión.

Se trata de un supuesto en el que dos representantes del Comité estuvieron presentes en la entrega de las cartas de despido de los trabajadores, momento en el que además la empresa explicó de palabra los motivos del despido, haciendo un breve resumen de las causas del despido objetivo, y dando lectura a las comunicaciones preparadas para entregar a los trabajadores.

La sentencia da por cumplida la obligación legal pues «resulta patente que los representantes de los trabajadores tuvieron conocimiento de las causas alegadas por la empresa para proceder a las extinciones contractuales y del número de trabajadores afectados por las mismas, dándose cumplimiento al objetivo legal perseguido por el art. 53.1.c) del ET. Y ello a pesar de que no dispusieran materialmente de una copia de las cartas de despido, pues los propios representantes reconocen y así queda probado que tuvieron acceso directo al su contenido de las cartas de despido en el momento mismo de su entrega a los trabajadores afectados por las extinciones objetivas».

No obstante, ésta no es la única cuestión controvertida del caso. La parte demandante alegaba igualmente el incumplimiento de la obligación a que nos venimos refiriendo por cuanto que los dos representantes del comité no ostentaban tal condición, pues eran suplentes de los titulares iniciales.

A este respecto, la Sala rechaza el argumento sobre la base de dos razonamientos principales. El primero, señala que, si bien el art. 67.5 del ET preceptúa que «las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones del mandato se comunicarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose asimismo en el tablón de anuncios», el eventual incumplimiento de este requisito formal no puede privar a estos últimos representantes legales de los trabajadores, que han adquirido dicha condición por disposición legal, del disfrute de sus garantías y facilidades

y del ejercicio de sus funciones. La ley resulta clara al respecto: la condición de representante se adquiere automáticamente al producirse la vacante por cualquier causa.

El segundo, se refiere a los actos coetáneos, pues del relato fáctico se desprendía que ambos sujetos venían desempeñando sus funciones como representantes, lo que había sido asumido sin oposición por parte de la empresa.

3. CONFLICTO COLECTIVO

Plantea cierta litigosidad la apreciación de los elementos que componen la definición de conflicto colectivo o controversia entre empresario y trabajadores que afecta a intereses generales de un grupo genérico de ellos y que versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa (art. 151 LPL). La concurrencia de estos elementos (objetivo, subjetivo y el finalista) que conforman la definición de conflicto colectivo tiene efectos importantes para las partes enfrentadas porque, por ejemplo, si no se trata de un conflicto jurídico sino de intereses o económico la competencia no es del orden jurisdiccional social. A continuación se analizan algunos ejemplos prácticos de conflicto colectivo.

A) El proceso de conflicto colectivo: objeto

a) Conflicto jurídico y no de intereses. Interpretación de la Disposición Transitoria 5.ª del Convenio Colectivo para el Personal de la Administración y Servicios Laborales

Se interpone recurso de casación por el Sindicato de la CCOO de Catalunya (CONC), contra la Sentencia del TSJ de Cataluña, de fecha 01-02-2010, dictada en autos promovidos por el recurrente contra la «Universitat Rovira i Virgili», en reclamación sobre conflicto colectivo. Se combate la apreciación judicial relativa a que no existe conflicto colectivo sino conflicto de intereses para lo cual la jurisdicción social no resulta competente, alegando el recurrente que concurren todos los requisitos para que la demanda se tramite y resuelva como conflicto colectivo: grupo genérico de trabajadores, interés general indivisible e interpretación de una norma jurídica, la Disposición Transitoria Quinta del Convenio Colectivo para el Personal de la Administración y servicios laborales, de aplicación a la demandada —DOGC núm. 5297 de 16 de enero de 2009, con vigencias de 2004 a 2009— que establece lo siguiente: «Plus de Peligrosidad. La Comisión Paritaria analizará las fórmulas o propuestas que, en el marco de la adecuación de los puestos de trabajo en términos de prevención y previa eliminación del riesgo, permita la supresión y/o transformación del plus de peligrosidad sin que en ningún caso comporte la disminución de las retribuciones de los trabajadores afectados». En concreto, la cuestión litigiosa de fondo consiste en la novación de los conceptos retributivos (plus de peligrosidad, toxicidad y dureza) del Convenio Colectivo decidida de forma unilateral por la Universitat Rovira i Virgili.

La **STS de 4 de noviembre de 2010**, IL J 11, señala que no puede compartir el criterio de la sentencia recurrida, pues aplicada la doctrina jurisprudencial dictada sobre el tema litigioso, ninguna duda cabe que nos encontramos ante un conflicto colectivo jurídico —y no de intereses o económico-, que se contrae a la interpretación la Disposición Transitoria Quinta del citado Convenio Colectivo de cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción social. Se trata en el mismo, y, esto es esencial a los efectos de determinar a quién corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional, de examinar y decidir sobre una pretensión formulada por un Sindicato relativa a un grupo genérico de trabajadores y promovida «dentro de la rama social del derecho», para lo cual es competente, conforme al art. 1 de la Ley de Procedimiento Laboral, la jurisdicción del orden social, tanto en los conflictos individuales como colectivos.

En definitiva, nos encontramos con un conflicto jurídico o de aplicación, tramitable con arreglo a las normas establecidas para el proceso de conflictos colectivos por la citada norma procesal, al versar, conforme exige en al art. 151.1 de la misma, sobre la interpretación o aplicación de normas. Y no, por el contrario, de un conflicto económico, de intereses o de regulación, pues no persigue la modificación o dar contenido a norma preexistente, sino el alcance o incidencia del precepto mencionado y de la intervención de la Comisión Paritaria en el análisis de las fórmulas o propuestas a que se refiere el precepto.

Todo los argumentos conducen, como se ha dicho, a la estimación del motivo, y, consiguientemente, a declarar la competencia de la jurisdicción del orden social, en aplicación de lo establecido en los arts. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1, 2 y 151 de la citada Ley de Procedimiento Laboral.

b) Existencia de práctica empresarial susceptible de control por el proceso de conflicto colectivo. Abono a determinados trabajadores de un complemento salarial, en base a determinadas Circulares empresariales, ya derogadas, y que no viene establecido en los convenios colectivos posteriores; «Gas Natural SDG, SA».

Por la representación de la Confederación Intersindical Galega y Federación de Industria de CCOO se plantearon demanda de Conflicto Colectivo para que se declare el derecho de todo el personal que presta servicios a las empresas demandadas en su Zona Norte (las cuatro provincias gallegas y la Central de Anllares en León) que para la realización de sus funciones deba conducir un vehículo de empresa, a percibir la gratificación por conducción en la cuantía y conforme a la escala mensual prevista en el Convenio Colectivo, por cada uno de los días en que lleven a cabo esta función.

El origen de la presente litis se encuentra en las Circulares 733/81 y 734/81 de la empresa demandada de las que se hizo eco y reiteró el Convenio Colectivo de 1990 para el personal de la Zona Norte, distinto del de la Zona Centro. En las citadas Circulares, se estableció un complemento retributivo para los electricistas conductores por día de trabajo efectivo, siempre que se les encomendase el mantenimiento del vehículo asignado, gratificación que suplía el abono de las horas extras realizadas en el mantenimiento del vehículo y que también se reconocía a los lectores— cobradores que simultanearan sus funciones con las de la conducción de un vehículo. En los convenios colectivos, posteriores, del Grupo de Empresas de Unión Fenosa, el II y el III, no se hace ninguna mención al citado complemento que desapareció del Convenio de la Zona Norte de 1995 a 1999, coincidiendo con el establecimiento de nuevas categorías profesionales y la desaparición de la de electricista-conductor. Sin embargo, la empresa ha continuado abonando el complemento por conducción a los trabajadores que, según ella, desempeñan funciones equivalentes a las de electricista conductor, complemento que revaloriza anualmente en el mismo porcentaje que el salario de convenio y que viene reconociendo con arreglo a los criterios establecidos por las Circulares 733 y 734 de 1981.

La sentencia recurrida ha estimado que el procedimiento de conflicto colectivo no es el adecuado para resolver la pretensión planteada. Su decisión la basa en que no existe ninguna norma convencional o legal que ampare la pretensión ejercitada, ni tampoco una práctica empresarial que la reconozca con carácter general. Reconoce la sentencia que ciertos trabajadores vienen cobrando esa gratificación y que la misma se revaloriza anualmente, pero sostiene que ello es simple manifestación del reconocimiento por la empresa de una condición más beneficiosa, en favor de los operarios que desempeñan ocupaciones de la extinta categoría de electricistas-conductores, razón por la que el derecho viene atribuido a los trabajadores que lo tienen reconocido, grupo concreto, sin que exista un interés general de los demás en obtenerlo.

La **STS 17 de enero de 2011**, IL J 72, estima el recurso porque aplicando la doctrina referida al conflicto colectivo al caso de autos concurren las notas definidoras del proceso de conflicto colectivo. En efecto, el conflicto afecta a un grupo genérico, homogéneo e indiferenciado de trabajadores: todos aquellos empleados que en el desempeño de sus funciones conduzcan un vehículo de la empresa, siempre que realicen determinadas funciones. Además, todos ellos tienen un interés general en la solución del conflicto: que se determinen las condiciones de acceso al complemento salarial controvertido. Elementos subjetivo y objetivo al que se une el finalista: se persigue que se interpreten las Circulares de la empresa 733 y 734 de 1981 y se determine su aplicación actual por la empresa, quien, pese a la supuesta desaparición del complemento controvertido, lo sigue abonando y revalorizando anualmente, práctica que sujeta a las Circulares citadas con arreglo a criterios interpretativos de las mismas sentados por ella.

La existencia de un colectivo de empleados que utiliza un vehículo de la empresa en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas y que, sin embargo, no cobran la gratificación por conductor plantea el que exista un interés general de los mismos en que se les reconozca el derecho a ese complemento retributivo, caso de reunir los requisitos necesarios al efecto. Es cierto, reconoce el Tribunal Supremo, que los más recientes convenios colectivos no regulan, ni contemplan, este complemento, pero no lo es menos que la patronal sigue abonando el mismo, incluso incrementa anualmente su cuantía en igual porcentaje que los salarios del Convenio, lo que constituye una práctica empresarial cuyo control judicial puede hacerse por la vía del proceso de conflicto colectivo.

Por otro lado, aunque es cierto que las Circulares que crearon el complemento han sido, tácitamente, derogadas, no lo es menos que la empresa las continúa aplicando, aunque con criterios que se desconocen en la forma de determinar los beneficiarios. En efecto, la cuantificación del complemento de conductor, los días de su devengo y los conceptos que compensan están claros por la aplicación de las Circulares reguladoras. No ocurre, sin embargo, lo mismo con la determinación de los trabajadores que tienen derecho a él, ya que la categoría profesional de electricista ha desaparecido. La empresa alega que el complemento lo viene reconociendo a quienes realizan funciones similares a las de electricista-conductor, pero no aclara los criterios seguidos al efecto, ni porque, cual muestra el ordinal cuarto de los hechos probados, los montadores y operarios de mantenimiento tienen derecho al complemento y los empleados de «apoyo de mantenimiento operativo» no causan ese derecho. En el control de esa práctica empresarial existe un interés general de los empleados que realizan labores similares y conducen vehículos, sin cobrar ese complemento, pese a que, seguramente, realizan labores que son propias de los electricistas en lenguaje popular. Conviene recordar, finalmente, que la sentencia recurrida habla de una condición más beneficiosa de carácter colectivo, al ser reconocida al colectivo que realiza funciones similares a las que antes desempeñaban los electricistas-conductores, porque ello nos muestra, al igual que otros hechos, que no se trata de una condición más beneficiosa reconocida «ad personam», esto es a los que venían cobrando el complemento, sino a todo el personal que realiza las funciones de electricista-conductor cualquiera que fuese su fecha de ingreso. Ello nos muestra que existe un colectivo indeterminado de trabajadores que tiene interés en cobrar ese complemento, bien porque realizan labores propias de la profesión de electricista y conducen un vehículo de la empresa, bien porque se consideran discriminados porque no cobran ese complemento, pese a conducir durante el trabajo un vehículo de la empresa, so pretexto de que no realizan labores de electricista, argumento que se utiliza olvidando que las Circulares citadas reconocían el complemento, también, a los lectores-cobradores.

c) Inadecuación de procedimiento: promoción generalizada de elecciones sindicales reguladas en el art. 67.1 ET

En la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 2011**, IL J 427, el Tribunal determina si es adecuado el procedimiento de conflicto colectivo para resolver la pretensión de UGT de

anular la promoción generalizada de elecciones realizadas por USO y CCOO. El Tribunal distingue entre el escrito del día 16 de septiembre de 2010 cuya nulidad se reclama porque se considera una promoción generalizada de elecciones no ajustada a derecho y la nulidad de los preavisos realizados el día 15 de septiembre puesto que produce efectos en más de una Comunidad Autónoma. Para establecer si es adecuado o no el procedimiento de conflicto colectivo hay que determinar si el escrito del 19 de septiembre constituyó una promoción generalizada de las elecciones reguladas en el art. 67 ET, siendo la conclusión que no se trata de una promoción generalizada ya que lo único que se recoge en tal documento es la comunicación de los preavisos realizados en fecha de 15 de septiembre en los centros de trabajo y provincias que conforman el Convenio colectivo de Unión Fenosa. Por lo tanto, el procedimiento de conflicto colectivo es inadecuado y se estima la excepción interpuesta por USO y CCOO.

B) Concurrencia del elemento subjetivo para la calificación de conflicto colectivo

El primero de los conflictos objeto de estudio analiza el elemento subjetivo del conflicto colectivo que versa sobre el derecho de los trabajadores afectados a incrementar la tabla salarial para el año 2009 con un incremento del 2% sobre la tabla salarial vigente a diciembre de 2008. Pese a que la empresa había alegado la excepción de inadecuación de procedimiento, la sentencia de instancia había desestimado aquélla excepción y había estimado la demanda de conflicto colectivo declarando el derecho de los trabajadores a los que este conflicto afecta (todos los mencionados en el artículo 16 del convenio colectivo, salvo los preventistas) a que la tabla salarial que les sea aplicable quede incrementada en un 2% sobre los salarios vigentes el 31-12-2008.

Contra la sentencia de instancia recurre la empresa demandada, formalizando tres motivos. El primer motivo, amparado en el apartado b) del artículo 205 de la LPL, denuncia la inadecuación de procedimiento con infracción del artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con la doctrina jurisprudencial que se menciona en el desarrollo del motivo. Argumenta, en síntesis, la parte que, de acuerdo con la norma cuya infracción se denuncia y de la doctrina a que se ha hecho referencia, falta en las presentes actuaciones el elemento subjetivo que delimita la existencia del conflicto colectivo. Se funda esta apreciación en que en la demanda se precisaba, por una parte, que «el conflicto colectivo afectaba a todos los trabajadores de los cuatro centros que la empresa demandada tiene en Madrid, ubicados en Alcorcón, Getafe, Coslada y Alcobendas, en número aproximado de 250» y se indicaba también que el origen del conflicto radica en la interpretación discrepante del artículo 16 del convenio colectivo de la empresa. Ello determina, según la recurrente, que el grupo genérico de trabajadores a que se refiere el conflicto no cumpla el necesario requisito de homogeneidad, pues el convenio no se aplica a todos los trabajadores de la empresa, al estar excluidos de acuerdo con el propio convenio colectivo los que, según la denominación, se rigen por la denominada «política salarial» y los llamados «preventistas».

La **STS 21 de septiembre de 2010,** IL J 1859, rechaza la denuncia alegada por la empresa porque la sentencia objeto de recurso ya aclaró que lo que ha existido es una mera confusión en la redacción del hecho primero de la demanda, que señala que el conflicto afecta a «todos los trabajadores de los cuatro centros de trabajo» de la empresa, cuando de la propia configuración de la pretensión se deriva con toda claridad que ésta se concreta a los trabajadores a los que les resulta aplicable el artículo 16 del Convenio, pues el objeto del conflicto se establece en función de una práctica de empresa relativa al mencionado artículo, con lo que es evidente que sólo puede comprender al personal al que dicho precepto se aplica.

Recuerda el Tribunal Supremo que la homogeneidad del grupo consiste, como ha precisado la Sala, en que «los afectados por el conflicto no son una «mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de ho-

mogeneidad» (sentencia de 25 de junio de 1992, reiterada por otras muchas, entre ellas las de 11 de diciembre de 2003, 10 de diciembre de 2004, y 20 de julio de 2007), lo que implica la presencia de una característica común relevante que «dota de homogeneidad a la pluralidad de sujetos afectados, convirtiéndola en un conjunto estructurado», en el que no hay que entrar «en la valoración de hechos singulares» concurrentes en cada uno de sus miembros. Es claro que es esto lo que ocurre en relación con los trabajadores incluidos en la regla sobre el incremento de salarios del artículo 16; trabajadores que entran sin problemas en la homogeneidad del grupo y para los que tiene eficacia la pretensión colectiva ejercitada. Lo que ha existido es un simple error en la identificación del ámbito del conflicto; error que no afecta a la adecuación del procedimiento y que fue además corregido por la sentencia de instancia, de acuerdo con los propios términos de la demanda. Pero aunque no hubiera habido corrección del error, lo cierto es que éste no hubiera determinado la inadecuación del procedimiento, sino la desestimación de la demanda respecto al personal no incluido en la regla cuya interpretación se pide.

Para determinar la existencia o no de adecuación del procedimiento de conflicto colectivo como vía de solución de problemas jurídicos que se plantean entre trabajadores y empresas, hay que tener en cuenta el elemento subjetivo. En la **STS de 18 de enero de 2011**, IL J 367, se establece la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para declarar la ilegalidad de las decisiones adoptadas por las empresas codemandadas de aceptación o denegación de las solicitudes de adhesión al Plan de empleo de RTVE, de 24 de octubre de 2006 al vulnerarse el derecho fundamental a la igualdad y se proceda a rectificar las mismas en el sentido de aplicar e interpretar correctamente y de la forma en que fueron pactadas las medidas contenidas en el Acuerdo de fecha de 24 de octubre de 2006. El TS interpreta el art. 151 LPL en el sentido de que existe conflicto colectivo cuando conviven dos requisitos, el subjetivo, que es la existencia de un grupo homogéneo de trabajadores, siendo el reconocimiento del derecho, no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados sino en cuanto colectivo cualquiera que sea el número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo; y uno objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo. En el mencionado Acuerdo se establece la extinción del contrato de 4.150 trabajadores distinguiendo 5 colectivos diferenciados, planteándose la controversia con uno de esos colectivos. El TS establece que el hecho de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados, no desvirtúa ni su condición de integrante de grupo ni el carácter homogéneo de este, ya que aunque exista un interés individualizable la solución que se pretende se mantiene en el plano del interés general del grupo.

Siguiendo en la línea de la interpretación del elemento subjetivo, la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011,** IL J 422, en un proceso sobre la posibilidad de disfrutar de las vacaciones en un período distinto al prefijado debido a una situación de incapacidad temporal, se plantea la excepción de inadecuación de procedimiento. En este supuesto la empresa niega generalizadamente a los trabajadores que no pueden disfrutar de las vacaciones cuando, debido a una situación de incapacidad temporal no han podido hacerlo en el período prefijado. El Tribunal concluye al respecto que el conflicto afecta a un colectivo genérico de trabajadores y que concurre la nota subjetiva exigida por la jurisprudencia así como un interés general colectivo indiferenciado de trabajadores puesto que a todos ellos hayan trabajado o no durante el año del devengo de vacaciones se les niega a disfrutarlas en fechas distintas durante el año y tampoco al año siguiente.

4. HUELGA

A) Vulneración del Derecho de Huelga. Dimensión «refleja» o «transferida» de la garantía de indemnidad. Tutela constitucional de los trabajadores de la contrata

En materia de Derecho de Huelga se ha planteado en sede constitucional un supuesto de hecho de gran interés por la novedad del planteamiento que, a su vez, ha sido bastante polémico (la Sen-

tencia tiene tres votos particulares). Se trata de la tutela del derecho de huelga de los trabajadores de una contrata pero no frente a su empleador directo sino frente al empresario principal con el que no mantienen relación laboral alguna. Esto es lo que se ha denominado dimensión «refleja» o «trasferida» de la garantía de indemnidad (Vid. Comentario en *Justicia Laboral* García-Perrote y Mercader, núm. 44).

La empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., se dedicaba a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L. contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Ambas empresas habían celebrado un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, que fue objeto de sucesivas renovaciones. A partir de un determinado momento, los trabajadores de Unigel S.L., desarrollaron negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial S.A. No llegando aquéllas a buen término, los trabajadores convocaron y desarrollaron diversas jornadas de huelga e, igualmente, denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial S.A.

Con posterioridad, Unigel S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A. un incremento en el precio de los servicios contratados respecto de las tarifas del año anterior. Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L. que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L. Los trabajadores de Unigel S.L. adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a empresa a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L. continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la compañía del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A. La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

Unos días después, Samoa Industrial, S.A. comunicó a Unigel, S.L. que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. Unigel, S.L. comunicó a los 24 trabajadores de la empresa que se ponía fin a su contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión prevista en el contrato laboral. Los trabajadores presentaron diversas demandas por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad o, subsidiariamente, su improcedencia y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

El Tribunal Constitucional resuelve el conflicto en las **Sentencias de 16 de noviembre de 2010** (serie de Sentencias 98 a 112, IL J 2296 a 2310; vid. también Sentencias dictadas el 19 de octubre, números 75 y 76/2010) otorgando el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Fundamenta el Tribunal Constitucional su fallo señalando que «en el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida irresponsabilidad laboral de esta empresa respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada

ajenidad a la relación laboral entre las partes, supondría la práctica eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones. En efecto, de poco servirían únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla». En definitiva, el Tribunal afirma que «en lo que se refiere a la garantía de indemnidad que acompaña al derecho a la tutela judicial efectiva, el caso ahora sometido a nuestra consideración resulta suficientemente descriptivo de cómo la ausencia de responsabilidad de la empresa principal dejaría el ejercicio del derecho huérfano de toda garantía, al haber quedado establecido en hechos probados que la acción que ha determinado la rescisión de la contrata mercantil y, con ella, la extinción del contrato del contrato de los trabajadores ha sido una denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra, cuyos efectos, caso de prosperar, habrían de alcanzar plenamente a la esfera jurídica de la empresa principal *ex* artículo 43 del ET».

B) Esquirolaje interno. Sustitución de huelguistas con trabajadores de la misma categoría y procedencia de la indemnización por el daño moral causado

El sindicato SFF-CGT convocó una huelga de los trabajadores pertenecientes a la Dirección Ejecutiva de Estaciones Comerciales de ADIF. El día de la huelga, en las taquillas de la estación de Delicias de Zaragoza estaban grafiados en el turno de mañana siete trabajadores con la categoría profesional de factor, cinco de los cuales secundaron la huelga. En esta estación hay 9 ventanillas, aunque normalmente la 8 y 9 están cerradas. La asignación de los empleados a cada una de las ventanillas se viene realizando para cada mes elaborando el correspondiente gráfico de servicios conforme a las previsiones de una norma interna. Las ventanillas 1, 2 y 3 de esta estación prestan usualmente el servicio de venta inmediata. Las restantes taquillas prestan el servicio de venta anticipada. No obstante, por decisión del factor encargado o supervisor frecuentemente en las ventanillas 2 y 3 se realiza venta anticipada y en las ventanillas 4 y 5 se realiza la venta inmediata.

Las ventanillas 1, 2 y 3 cuentan con los cuatro sistemas de venta de la demandada, denominados ORION, VISIR, SIRE y VCX; todas las ventanillas cuenta con el sistema de venta SIRE y VCX; las 4 y 5 cuentan con el sistema ORION, no así con el sistema VISIR. El sistema ORION se utiliza para la venta de billetes de trenes de media distancia sin reserva y de plaza y además para aquellos de media distancia con reserva de plaza que cuentan con esta prestación; el sistema VISIR es el sistema para venta de billetes de trenes de media distancia sin reserva de plaza; los sistemas SIRE y VCX son para venta de billetes de trenes de larga distancia, AVE, media distancia sin reserva de plaza y Regionales Express sin asignación de plaza.

En el gráfico del mes de octubre de 2009, los trabajadores que no secundaban la huelga tenían adscritas las ventanillas 5 y 6 de la estación, no obstante lo cual el supervisor les dio la orden de que cerraran tales ventanillas y pasaran a las ventanillas 2 y 3, que deberían haber sido ocupadas por trabajadores que habían secundado la huelga.

La controversia litigiosa radica en determinar si la empresa, con motivo de la huelga celebrada, vulneró el derecho fundamental de huelga y el de libertad sindical del sindicato demandante por haber realizado una sustitución interna de trabajadores.

La **STSJ Aragón 6 de octubre de 2010**, IL J 1947, confirma el fallo de la instancia en el sentido que sí se han producido el esquirolaje interno. Como quiera que la huelga afectaba a servicios esenciales de la comunidad (transporte), si la atención a los clientes a través de las ventanillas 2 y 3, que contaban con todos los sistemas de venta de billetes, hubiera sido necesaria para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad durante la huelga, se hubiera debido incluir dentro de los servicios mínimos. Al no haberse incluido dentro de ellos, no cabe sustituir a los trabajadores

huelguistas que prestaban servicios en las ventanillas 2 y 3 por los que no secundaron la huelga de las ventanillas 5 y 6 porque ello constituye un supuesto de sustitución interna de trabajadores que vulnera el derecho fundamental de huelga y el de libertad sindical. En efecto, se declara probado que el gráfico del mes de octubre adscribía a los trabajadores a unas determinadas ventanillas, con funciones y sistemas de venta distintos. Y se reputa probado que en el funcionamiento normal de la empresa, el supervisor cambiaba el tipo de venta que se realizaba en cada ventanilla (anticipada o inmediata) pero los inalterados hechos probados de instancia no declaran probado que el citado supervisor cambiase de ventanilla a los propios trabajadores, vulnerando el gráfico vigente. Sin embargo, el día de la huelga el supervisor cambió los trabajadores de ventanilla, sustituyendo a trabajadores huelguistas por otros que no hicieron huelga, inaplicando el gráfico del mes de octubre de 2009, minimizando el impacto de la huelga y asegurándose de que las dos únicas ventanillas que iban a funcionar, pudieran vender billetes de todo tipo.

Recuerda la Sentencia que la preeminencia del derecho fundamental de huelga incide en el derecho del empresario a la dirección y control de la actividad laboral, regulado en el art. 20 del ET, sin que el ejercicio por el empresario de estas facultades pueda vaciar de contenido el ejercicio de este derecho fundamental, lo que prohíbe la sustitución interna de trabajadores huelguistas por otros que no secundaron la huelga del mismo o distinto centro de trabajo, como ocurrió en el presente supuesto, lo que obliga a desestimar este motivo del recurso.

El sindicato había denunciado también la infracción del art. 180.1 de la LPL, del art. 15 de la LOLS y del art. 1101 del CC, así como de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que no procede establecer indemnización alguna a favor del sindicato accionante.

En la presente litis, el hecho noveno del escrito de demanda expone las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, explicando las razones que avalan la pretensión indemnizatoria, haciendo hincapié en el desprestigio causado al sindicato convocante de la huelga, al obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su eficacia, con el consiguiente daño moral causado al sindicato, invocando el repudio social de esta violación de un derecho fundamental, la eficiencia de la indemnización y su carácter ejemplarizante. Y ha quedado cumplidamente acreditada la realización de una sustitución interna de trabajadores en huelga, en perjuicio de este derecho fundamental y del sindicato convocante de la misma. La sentencia de instancia argumenta que esta sustitución interna, con la finalidad exclusiva de aminorar las consecuencias de la huelga, causa un daño moral al sindicato demandante, fijando una indemnización reparatoria en la cantidad de mil euros.

A juicio de la Sala, se han alegado en la demanda las bases y elementos clave de la indemnización que se reclama, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión. Y se han acreditado indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase, lo que obliga a desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia, esto es, la condena de 1000 euros.

Siguiendo en la línea de la sustitución de trabajadores huelguistas y la vulneración del derecho de libertad sindical y de huelga (art. 28 CE), la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2011**, IL J 506/2011, el sindicato CGT cree que se ha vulnerado el derecho de huelga y la libertad sindical por parte de la empresa CATSA, cuando durante el ejercicio de una huelga convocada por tal sindicato la empresa contrata varios trabajadores con carácter temporal. CGT no ha acreditado indicios de vulneración del su derecho de huelga por cuanto los contratos que realiza CATSA forman parte normal de tráfico jurídico de la empresa demandada ya que son necesarias en eventos significativos, quedando probado en eventos similares sin existencia de huelgas, se produce el mismo tipo y número de contrataciones.

C) Huelga ilegal: definición de huelga e incumplimiento de los servicios mínimos

La empresa Metro de Madrid S.A, interpone demanda contra los sindicatos que convocaron huelga de trabajadores por la detracción de las percepciones salariales del 5% del salario establecido en convenio. Solicita la empresa la declaración de la huelga como ilegal, puesto que entiende que el transporte ferroviario tiene carácter de servicio esencial que obliga a establecer unos servicios mínimos no cumpliéndose con ellos los días 29 y 30 de junio de 2010. El juzgado de lo social en su **Sentencia de 24 de enero de 2011**, IL J 380, entra a valorar, por un lado, si se trata de un servicio esencial, y por otro, si nos encontramos ante una huelga abusiva o ante una huelga ilegal

No es inconstitucional el párrafo 2 del art. 10 que atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medida necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales a la Comunidad — servicios mínimos—, en cuanto que el ejercicio de esa potestad está sometido a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia y al Recurso d Amparo ante este Tribunal (STC 11/1981 de 8 de abril).

La expresión «servicio esencial» es un elemento central en la determinación de los límites al ejercicio del derecho de huelga, tal y como se ha puesto de manifiesto y así viene expresamente establecido en el art. 28.2 de la CE transcrito. En este sentido, la opción por lo que se debe entender como tal expresión reposa directamente en la elaboración de la jurisprudencia constitucional. La interpretación de la cláusula constitucional de la esencialidad del servicio como límite al ejercicio del derecho de huelga, la lleva a cabo el Tribunal Constitucional en dos importantes decisiones, la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril ya mencionada, y que luego desarrolla la STC 26/1981 de 17 de julio, y así declara que «el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes y servicios — huelga—, cede cuando con ello se ocasiona, o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas, experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Es claro, que ocurre así cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de lo que la Constitución llama "servicios esenciales de la comunidad". En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera, y los servicios, son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales».

Que la empresa Metro de Madrid presta un servicio esencial para la comunidad, ha sido declarado, por sentencia del Tribunal Constitucional 53/1986 de 5 de mayo, en los siguiente términos «utilizando como nota definitoria de los servicios esenciales la naturaleza constitucional de los intereses a los que aquellos sirven, no hay reparo alguno en calificar el Metro de Madrid como un servicio esencial, pues, entre otros, satisface la libre comunicación y circulación y el acceso al trabajo, a los lugares de residencia o a los centros en los que los ciudadanos obtienen la prestación de derechos fundamentales.

Por tanto, la huelga realizada los días 29 y 30 de junio, a la vista de lo establecido en el RD 17/1977 en los artículos 10 y 11, fue ilegal por contravenir dichos preceptos, no teniendo relevancia los argumentos realizados por los codemandados.

Por último, la **STS de 25 de enero de 2011** IL J 388, viene a recoger la definición de huelga diferenciándola de paro simbólico. Se trata en este caso de un supuesto en el que tras el accidente de trabajo sufrido por un compañero que fallece, se convoca en primer lugar un paro de una hora, pasando después a manifestar la voluntad de parar al día siguiente cualquier trabajo durante todo el día.

Recuerda esta sentencia que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981 definía la huelga como una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, pudiendo tener por objeto la mejora de las condiciones de trabajo. Consiste en la cesación de trabajo en cualquiera de las modalidades que pudiera revestir. El Tribunal entiende en este caso, que efectivamente se trata de una huelga ilegal, ya que la calificación de huelga no puede dependen de la denominación que le den las partes sino que depende de su propio contenido material, y por otro lado, un paro supone algo limitado en lugar y tiempo, no una cesación de trabajo durante todo un día. Al tratarse de una huelga, hubiera sido necesario realizar la notificación que formalmente se exige, con lo que la huelga en este caso se declara claramente ilegal.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (coord.)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
JOSÉ DELGADO RUIZ
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.
2. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO.
   - **A) Cuestiones generales.**
   - **B) Límites.**
3. ÁMBITO TEMPORAL.
4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.
5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.
6. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS».
7. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO.
8. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES.

Las sentencias reseñadas aparecen referenciadas en la parte de jurisprudencia de los números 1 a 4, ambos incluidos, de la *Revista de Información Laboral*, 2011, de Lex Nova, y reproducidas en *lexnova.on line*, donde puede consultarse su texto íntegro. Aunque ninguna aborda cuestiones nuevas, algunas aportan matices de interés a las soluciones que vienen aplicando los tribunales laborales al resolver casos de igual o similar naturaleza.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

De las asociaciones empresariales. Un supuesto más de aplicación, en relación con las asociaciones empresariales, del conocido criterio judicial según el cual se ha de entender que quien aparece como sujeto negociador de un convenio colectivo ya concluido y firmado contó con la correspondiente legitimación para negociarlo y, por lo tanto, que quien mantenga la falta de dicha legitimación debe probar tal extremo, en **STS de 29 de noviembre de 2010,** IL J 462:

> «4. (...) Con carácter general, la doctrina de esta Sala sobre la materia se contiene, entre otras, en nuestra STS de 21/03/02 —rec. 516/2001—, en la que se citan los precedentes de la STS de 17/06/94 —rec. 2366/93—, mantenida por sentencia —Sala General— de 05/10/95 —rec. 1538/92—, y reafirmada en las de 14/02/96 —rec. 3173/94—, 27/02/96 —rec. 1549/95— y 25/01/01 —rec. 1432/00—. En esa doctrina se mantiene de forma unánime que la existencia de una presunción de que quienes participan en la negociación y conclusión de un convenio colectivo tienen representatividad suficiente, lo que supone que quienes impugnan la legalidad de los

actos de negociación pueden hacerlo, desde luego, por las vías jurisdiccionales previstas a tal efecto, pero soportan la carga de la prueba 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.

A lo anterior se añade en la doctrina jurisprudencial reseñada que también en estos casos "la justificación del nivel de representatividad de las asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones, pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público —oficina certificante— capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial" (SSTS 27/04/00 —rec. 1581/99—; 25/01/01—rec. 1432/00—; 21/03/02 —rec. 516/01—; 18/12/02 —rec. 1154/01—, y 20/12/04 —rec. 9/04—).

De esta forma, los requisitos de legitimación de los convenios estatutarios se entienden cumplidos *iuris tantum* en aquellos convenios colectivos que han pasado sin obstáculo la tramitación administrativa del art. 90.5 ET (SSTS 05/10/95 —rec. 1538/92— y 21/06/05 —rec. 142/03—).

5. En el caso que ahora resolvemos, resulta de aplicación el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se dice que *"corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención",* con arreglo al que la carga de la prueba de las ilegalidades o falta de legitimación para la firma del convenio publicado y ahora impugnado correspondía indudablemente a la asociación demandante, de manera que debió acreditar aquellos elementos o circunstancias de hecho que pudieran conducir a la conclusión postulada de que en el momento de constituirse el banco social y empresarial del convenio impugnado y especialmente en el de su firma, la confederación demandada no contaba en su seno con el 10% de las empresas del sector, ni con el número de trabajadores que en ellas prestaban servicios alcanzase tal porcentaje. Esa prueba no se produjo, en adecuada y conjunta interpretación y valoración que de ella se hizo por la Sala de instancia, ni cabe revisar ahora en casación, desde el momento en que la modificación fáctica que en tal sentido se intentó por la recurrente fracasó, tal y como antes se explicó en el correspondiente fundamento de derecho».

También en **SAN de 24 de febrero de 2011,** IL J 434, recordando los términos de la STS de 1 de marzo de 2010:

«Despejada la legalidad del ámbito del convenio, debemos ocuparnos sobre la denuncia de representatividad de las asociaciones patronales, denunciada por ALE y ASOMALE, quienes defendieron que las firmantes no ostentaban la representatividad, exigida por los arts. 87, 88 y 89 ET, en el ámbito del convenio (...). Probado que FNACV desde el origen del convenio básico de conservas vegetales y AGRUCON desde su constitución han negociado pacíficamente dicho convenio, debemos presumir que ostentan la triple legitimación exigida por la jurisprudencia: la legitimación inicial —para negociar—; la llamada legitimación complementaria, plena o deliberante —para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio de eficacia general—; y, finalmente, la legitimidad negociadora, que es la cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET), y no habiéndose destruido dicha presunción por las demandantes, debe descartarse que las asociaciones patronales no estuvieran legitimadas para negociar un convenio de sector, cuyo ámbito va mucho más allá de las empresas de envasado de legumbres secas, como parecen exigir las demandantes».

2. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cuestiones generales

Forman parte del contenido normativo las cláusulas reguladoras de una paga de productividad y del procedimiento de cobertura de las vacantes. Siendo ello así, es obvio que tales cláusulas quedan afectadas por la ultraactividad prevista en el art. 86.3 del ET desde el momento en que las partes negociadoras del correspondiente convenio colectivo no la hayan eliminado mediante el pacto en contrario que admite dicho precepto.

Se pronuncia en el sentido indicado, en relación con la cláusula reguladora de la *paga de productividad*, la **STS de 9 de febrero de 2011,** IL J 477:

> «Partiendo de la base incontrovertible de que una cláusula salarial pertenece al núcleo principal del contenido normativo del convenio, es decir a las disposiciones reguladoras de condiciones de trabajo y empleo, es claro que la disposición sobre vigencia del art. 8 del VIII convenio no contiene tampoco pacto alguno que pudiera poner límite a la vigencia ultraactiva del mismo en lo que concierne a la cláusula controvertida. Es cierto, como afirma la empresa, que las partes del convenio hubieran podido excluir dicha vigencia o eficacia ultraactiva para la cláusula en cuestión. Pero no es menos verdad que la regla legal del art. 86.3 ET (...), aun siendo regla dispositiva para la autonomía colectiva ("*en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio"*), no ha sido descartada en el artículo 8 del VIII convenio y rige, por tanto, con carácter supletorio la eficacia en el tiempo de la paga de productividad en litigio».

En relación con la cláusula relativa al *procedimiento de cobertura de las vacantes*, la **SAN de 2 de marzo de 2011,** IL J 447:

> «El inciso segundo del art. 4 del convenio establece que denunciado en forma el convenio, desde el 1 de enero de 2010 y hasta que entre en vigor el nuevo convenio, será de aplicación el presente en su totalidad, salvo aquellos aspectos en que se señale un ámbito temporal de vigencia distinto.
>
> La empresa demandada sostuvo, que el procedimiento de cobertura de vacantes, regulado en el art. 13 del convenio, constituía una cláusula obligacional, siendo inaplicable, por consiguiente, oponiéndose los demandantes, quienes defendieron, que el artículo antes dicho tiene naturaleza normativa y que, si no la tuviera, sería aplicable también de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del propio convenio, debiendo coincidirse con los demandantes en ambos razonamientos».
>
> Es «absolutamente evidente que el procedimiento para la cobertura de vacantes, regulado en el art. 13 del convenio, tiene naturaleza normativa, por cuanto ordena precisamente el modo en que se promociona en el trabajo, que es uno de los derechos laborales básicos, a tenor con lo dispuesto en el art. 4.2.b) ET, afectando de plano a las condiciones de trabajo del personal de Paradores, debiendo concluirse, por tanto, que está en pleno vigor, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.3 ET.
>
> A mayor abundamiento, si admitiéramos, a efectos dialécticos, que se trata de una cláusula obligacional, que no es el caso, estaría también vigente, como defendieron los demandantes, puesto que así lo dispone el inciso segundo del art. 4 del convenio, que no deja lugar a dudas sobre la intención de sus negociadores, quienes quisieron que desde el 1 de enero 2010 y hasta que entre en vigor un nuevo convenio, será de aplicación el presente en su totalidad, salvo en aquellos aspectos en que se señale un ámbito temporal de vigencia distinto, lo que no sucede con su art. 13».

Cláusula de revisión salarial. IPC *real* superior al IPC *previsto* por el Gobierno que el propio convenio colectivo toma como referencia para la determinación anual del incremento salarial correspondiente a cada uno de sus años de vigencia. La falta de una declaración formal

sobre cuál es la previsión del Gobierno sobre el IPC previsto 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. De no prever el convenio la regularización del incremento satisfecho tomando como referencia el IPC previsto cuando el IPC real resulte inferior, la empresa no puede pretender que los trabajadores devuelvan una cantidad equivalente a la diferencia resultante de esos dos indicadores. Así, **STS de 18 de enero de 2011,** IL J 78.

B) Límites

Respeto del principio de igualdad. No concurre: cláusula que establece para los trabajadores procedentes de empresas absorbidas, sin justificación objetiva y razonable, una doble escala salarial en materia de asignación de los diferentes niveles salariales dentro de cada categoría y tomando como referencia la fecha de la absorción. Declara la nulidad de una cláusula como la indicada, en relación con los trabajadores de las empresas Telefónica Data España y Terra Networks España absorbidas por Telefónica de España, SAU, la **STS de 9 de febrero de 2011,** IL J 478:

> «La norma convencional contenida en el párrafo 6.º del anexo 1.3 establece que "a efectos de pases de nivel por antigüedad y retribución por tiempo, se considerará como fecha de referencia el 1 de julio de 2006. Como consecuencia de ello, se procederá al abono del primer bienio el 1 de julio de 2008 y al pase de nivel el 1 de julio de 2009, siempre que se haya acreditado la permanencia ininterrumpida en la empresa de acuerdo con lo establecido en el art. 6 de la Normativa Laboral". La parte recurrente considera que esta regla "acuerda computar el abono del bienio y el período de los pases de nivel dentro de cada categoría, no desde el momento en que ingresaran en sus respectivas empresas, sino únicamente desde 1 de julio de 2006" y que ello contradice los arts. 4.2, 17 y 24 en relación con el art. 44 del [ET] (...). La denuncia, que hay que integrar con la que se formula en el encabezamiento del motivo en relación con el art. 14 de la Constitución, debe estimarse. En efecto, aunque la parte invoca un tratamiento discriminatorio, lo que existe en este precepto es un trato desigual no justificado incluido —por las razones que ya se señalaron en el fundamento jurídico segundo— en el primer inciso del art. 14 CE, que establece el principio de igualdad, y no en el segundo que se refiere a la denominada tutela antidiscriminatoria. No se han infringido, por tanto, los arts. 4.2.c) y 17.1 del ET, porque la fecha de ingreso en la empresa no es un factor de discriminación de los que enumeran estos preceptos. Pero sí se ha vulnerado el principio de igualdad desde el momento que la fecha de ingreso se ha convertido en un factor que determina un tratamiento peyorativo que no está justificado a efectos del art. 14 de la CE y vulnera la garantía establecida en el art. 44 del ET, perjudicando el derecho de los trabajadores afectados a la promoción (art. 24 del ET). El tratamiento peyorativo se produce desde el momento que a efectos de promoción por antigüedad y a efectos económicos no se toma en cuenta el tiempo de servicios acreditado en las empresas absorbidas, sino sólo el tiempo de prestación de servicios posterior a 1 de julio de 2006, coincidiendo con la absorción. De esta forma, se desconoce la garantía del art. 44 del ET, que impone la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior, lo que supone la conservación de la antigüedad acreditada en la anterior empresa, que no puede ser eliminada, ni reducida y que desplegará los efectos que le son propios en el régimen de la nueva empresa en el caso de que no se conserve en el régimen profesional de la anterior, que es lo que aquí ha ocurrido. Así lo ha declarado la Sala en numerosas resoluciones, entre las que puede citarse las de 28 de febrero de 2000 y 2 de junio de 2003, en las que se afirma que "una vez integrados los demandantes" en la nueva entidad y "aplicado el convenio colectivo, dicha aplicación ha de ser completa, como lo ha sido en todos los conceptos, salvo en el aquí discutido" y por ello "si la antigüedad para los trabajadores" de la entidad de integración "se calcula de forma única, a razón de un tanto por trienio acumulado, la misma fórmula ha de aplicarse a los reclamantes".

La conclusión podría ser ciertamente diferente si, tras la integración, se hubieran mantenido, en atención a las particularidades de las actividades de las empresas afectadas, los regímenes profesionales diferentes para su personal.

La anterior conclusión no se altera a la vista de la norma que contiene el número 4 del art. 44 del ET, a tenor de la cual cabe, una vez consumada la sucesión, un pacto de que excluya la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente, porque en este caso ya no estamos en este supuesto, sino en el de la aplicación del nuevo convenio de la empresa de integración y de lo que se trata es de determinar si ese convenio puede establecer un tratamiento peyorativo para los trabajadores afectados por la sucesión en lo relativo al reconocimiento de su antigüedad en contra la regla del art. 44.1 del ET, y de las exigencias del principio de igualdad, cuando ya se ha verificado el encuadramiento de esos trabajadores en el marco profesional de la nueva empresa y se han unificado, al menos formalmente, los estatutos profesionales. La respuesta es negativa por lo dicho en lo que afecta a la garantía del art. 44.1 del ET que no es disponible para la autonomía colectiva. Pero también lo es en virtud del art. 14 de la Constitución, porque el trato desigual no puede, justificarse, como ha entendido la sentencia recurrida, por las razones que figuran en la cláusula 4.ª del convenio. Estas razones son de dos tipos. Por una parte, están las consideraciones que esta cláusula realiza sobre la necesidad de mejorar la posición competitiva de la empresa en el marco de la liberalización de las comunicaciones y ante la emergencia de un mercado más competitivo con la consiguiente necesidad de fomentar "la optimización de recursos, priorizando la eficiencia". Estas consideraciones —obviamente al margen del contenido propiamente jurídico del convenio en su vertiente normativa y obligacional— son sólo opiniones o estrategias de los negociadores que no pueden justificar ni la vulneración de normas de derecho necesario no disponibles por el convenio, ni la infracción del principio de igualdad. Por otra parte, la cláusula mencionada contempla también la asunción de determinados compromisos por parte de la empresa. Se trata, en concreto, de los que se relacionan con la renuncia durante la vigencia del convenio a acordar bajas con carácter forzoso por medidas de reorganización por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y con la no afectación con carácter forzoso de ningún trabajador por medidas de reestructuración sin previo acuerdo con los representantes de personal. También asume la empresa determinados compromisos de creación de empleo, a los que luego se hará referencia. Pero ninguno de estos compromisos puede justificar el trato desigual que se impone a los trabajadores absorbidos, ni el desconocimiento de una norma imperativa, como la que contiene el art. 44.1 ET. Si esos objetivos exigen determinados sacrificios o contrapartidas no hay razón alguna para que se proyecten únicamente sobre los trabajadores procedentes de las empresas absorbidas y no sobre el resto de la plantilla. Lo mismo cabe decir en relación con las previsiones de la cláusula 6.ª, que se limita a establecer los criterios generales en materia de clasificación profesional. La sentencia recurrida niega que las situaciones de los trabajadores sean homogéneas a efectos de la comparación, lo que podría ser relevante a efectos del juicio de igualdad, pero hay homogeneidad laboral desde el momento en que se produce la integración y el encuadramiento profesional en el sistema de clasificación de Telefónica en el marco de un único estatuto, dentro del cual se quiere, sin embargo, hacer diferencias en función únicamente de la procedencia de los trabajadores».

Respeto de la legalidad vigente. No lo hace el convenio colectivo de empresa que se negocia, con vulneración de lo establecido en el art. 84 del ET, durante la vigencia de otro convenio de ámbito estatal y que, además, entra en materias (clasificación profesional, régimen disciplinario) que dicho precepto considera que no pueden ser objeto de negociación en ámbitos inferiores (**Sentencia del Juzgado de lo Social de Albacete de 5 de enero de 2011,** IL J 360).

Respeto de la legalidad vigente. No lo hace el convenio colectivo que contiene una regulación de los permisos que conculca el art. 37.3.b) del ET, al establecer, entre otras cosas, una duración de un día para el permiso por muerte o enfermedad grave de parientes. La regulación del art. 37.3 del

ET es de derecho necesario relativo, por lo que sólo consiente su mejora en beneficio de los trabajadores. Se pronuncia en el indicado sentido la **STS de 25 de enero de 2011,** IL J 652:

> «En virtud del principio de norma mínima, deben ser respetados todos y cada uno de los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que, en nuestro caso, es el art. 37.3 del ET. Y eso no es ningún "espigueo", como entiende el recurrente, sino, como hemos dicho, un proceso de depuración de las cláusulas convencionales que no respeten íntegramente esos mínimos, conculcando por ello el art. 3.3 del ET. Dicho proceso de depuración puede realizarse —como se ha hecho en este caso— en el momento previo al registro del convenio, cumpliendo diligentemente la autoridad laboral su deber de vigilancia y presentando la correspondiente demanda de oficio, o en un momento posterior, vía proceso colectivo de impugnación del convenio, si es que éste se hubiera inscrito y publicado sin ser depurado; o, incluso, indirectamente, a través de demandas individuales a raíz de la aplicación del convenio. Ésta es la doctrina correcta y la mantenida por esta Sala, entre las sentencias más recientes, en la de 23/04/2009 (recurso 44/2007), cuyo fundamento de derecho segundo afirma: "el art. 37.3.b) del ET es una norma de derecho necesario cuyo contenido debe respetar el convenio que puede, consiguientemente, mejorar los derechos reconocidos por ella, pero no restringirlos o limitarlos"».

Límites en relación con la acumulación del crédito horario de los representantes de los trabajadores. La posibilidad que el art. 68.c) del ET atribuye al convenio colectivo para acordar o no la acumulación comprende, cuando la acuerde, la fijación de los términos en que ésta se llevará a cabo. Dichos términos serán válidos siempre que las limitaciones que impliquen no se revelen desproporcionadas; concurre tal condición cuando se pacta que el uso del crédito habrá de realizarse por jornadas completas y con tendencia a la acumulación mensual. Así, **STS de 8 de noviembre de 2010,** IL J 1925:

> «Mientras el crédito horario regulado en el art. 68.e) del Estatuto de los Trabajadores constituye un mínimo de derecho indisponible, susceptible de ser mejorado por convenio colectivo, pero no de ser limitado o modalizado en su ejercicio, la acumulación de horas de los distintos representantes únicamente procede si así se ha acordado en convenio colectivo. En consecuencia en convenio colectivo puede acordarse o no la acumulación y, por lo tanto, puede acordarse la forma, límites y efectos de dicha acumulación.
>
> Respecto a si es contraria a derecho la previsión contenida en el apartado III del Acuerdo, referida a que la utilización del crédito horario habrá de ser por jornadas completas, la respuesta es negativa. En primer lugar, es fruto de una negociación en la que la empresa ha permitido la acumulación de crédito horario, pero ha establecido unos requisitos para su ejercicio, cual es que ha de utilizarse por jornadas completas. En segundo lugar, tal cláusula no se revela desproporcionada ni exorbitada, ya que permite el ejercicio de la función representativa sin merma alguna, de no ser precisa la utilización de la jornada completa el representante podría utilizar su crédito horario en lugar del crédito acumulado. En tercer lugar, con esta fórmula se concilian tanto el interés de la función representativa de los trabajadores como la tarea organizativa de la empresa, que requiere para su eficaz desarrollo la posibilidad racional de gestión. Por último no pueden olvidarse las circunstancias concretas de la empresa, en orden al elevado número de representantes electos y sindicales, así como de liberados, que concurren, por lo que se produciría una compleja situación caso de no aplicarse la cláusula discutida. En efecto la empresa cuenta con 1.442 representantes electos, de los que 778 están en régimen de liberación total o parcial, junto con 104 delegados sindicales liberados que han dispuesto de 7.072 horas acumuladas, lo que hace sumamente difícil organizar el trabajo si no se aplican las previsiones del Acuerdo en este punto.
>
> En cuanto a la disposición del Acuerdo de que la utilización del crédito, además de ser por jornadas completas ha de ser con tendencia a acumularlas por meses, al establecerse la "tendencia" y no la "obligación" de acumulación por meses, no es contrario a derecho, pues se trata de un deseo o una recomendación, no de una imposición».

Límites en relación con el establecimiento de la jubilación forzosa. Cumple la condición prevista en la disposición adicional décima del ET, de vinculación del establecimiento de edades de jubilación forzosa a «objetivos coherentes con la política de empleo», la cláusula del convenio colectivo en la que la parte empresarial asume el «compromiso de crear 3.000 empleos brutos a nivel sectorial en el período 2007-2010». Así lo mantiene, en relación con el convenio colectivo de las Cajas de Ahorro para el indicado período, la **STS de 18 de enero de 2011,** IL J 34:

> Aquel compromiso supone «la contratación de 3.000 nuevos trabajadores, siendo irrelevante que tal creación de empleo se califique en el convenio de "empleos brutos", pues el hecho de que las contrataciones sean indefinidas o temporales no desvirtúa el dato de que, en efecto, se asume la obligación de contratar 3.000 nuevos trabajadores (...). No empece a tal conclusión el que la citada creación de empleo se realice a lo largo del período 2007-2010, pues lo cierto es que un número de contratos tan elevado ha de realizarse de forma paulatina cumpliéndose el requisito de la precitada disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores atendiendo a la política de empleo de las Cajas de Ahorro, no a la sustitución concreta de un trabajador al que se jubile a la edad de 65 años, por una nueva contratación. Tal y como señala la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2009, recurso 2514/08: "*el último interrogante ['dónde'] solamente puede tener una respuesta, y es la de que las medidas de política de empleo —contrapartida al cese forzoso— han de estar expresamente referidas en el propio convenio colectivo y de que no cabe una justificación ad extra de ellas. La cuestión que en definitiva se plantea es si resulta suficiente —para justificar el cese forzoso por edad— que en el convenio se pacten concretas medidas de política de empleo o si —por el contrario— es preciso que en el texto pactado se haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo.*
>
> *Nos inclinamos por esta última exigencia, siendo así que la DA 10.ª ET establece que la jubilación forzosa por edad 'deberá vincularse a objetivos (...) expresados en el convenio colectivo', y el significado de la palabra vincular ['atar o fundar algo en otra cosa', en su primera acepción, conforme al DRAE] claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmante del convenio. El precepto no dice que 'estará justificada' o 'habrá de justificarse' la medida, sino que utiliza una expresión ['deberá vincularse a objetivos (...) expresados' que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables* a posteriori *en el proceso. En el bien entendido de que esa expresa 'vinculación' no necesariamente habrá de ubicarse en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino que puede expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto; pero siempre de forma inequívoca y relacionada"».*

3. ÁMBITO TEMPORAL

Denuncia del convenio colectivo. La legitimación para realizarla corresponde en exclusiva a las partes negociadoras de éste, formando parte de ellas tanto los sujetos firmantes como no firmantes. En su virtud, la empresa que sucede a otra con convenio propio que continúa aplicándose tras la transmisión carece de la expresada legitimación. Con rotundidad, **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de septiembre de 2010,** IL J 108, con cita de la STS de 21 de mayo de 1997:

> «Como antecedentes del caso cabe señalar que el centro de trabajo de la entidad Nestlé España, SA, ubicado en Marchamalo (Guadalajara) venía rigiéndose por su propio convenio colectivo aplicable a tal centro de trabajo para los años 2002-2004 (BOP Guadalajara 08/07/2002), siendo prorrogado, primero hasta el 31/12/2006 (BOP Guadalajara 25/06/2004), y posteriormente hasta el 31/12/2008 (BOP Guadalajara 20/11/2006).

Sin embargo, el 01/12/2006 Nestlé España, SA vende a Lactalis toda la rama de actividad en funcionamiento dedicada a la producción y comercialización de productos lácteos refrigerados (yogures, postres y quesos frescos), pasando los trabajadores a la nueva empresa. Como consecuencia de la sucesión de empresas, y por acuerdo entre la representación de la empresa y los representantes de los trabajadores, se continuó aplicando el originario Convenio colectivo del centro de trabajo de Nestlé España, SA, en Marchamalo (Guadalajara), sucesivamente prorrogado en los términos antes dichos.

En reunión celebrada el 24/11/2009 entre la empresa cesionaria y tres representantes de los trabajadores (uno por UGT, otro por CCOO y otro por CSIF) se decide por mayoría (empresa, UGT y CSIF) que agotada la vigencia prorrogada del convenio de Nestlé España, SA el 31/12/2008, se aplique el convenio colectivo estatal de industria lácteas y sus derivados suscrito el 11/11/2008 (BOE 22/01/2009) y el pacto de empresa de fecha 29/10/2009 (...), todo ello, con fecha de efectos desde el 01/01/2009.

Así las cosas, la primera cuestión que debe resolverse es si la empresa cesionaria Lactalis tiene legitimación para denunciar el convenio colectivo de la empresa cedente que venía aplicándose desde que se produjo la sucesión empresarial; cuestión resuelta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997 al interpretar el art. 86.2 del ET, que establece que: "Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año, si no mediara denuncia expresa de las partes".

Según dicha sentencia, "las partes" que están legitimadas para denunciar el convenio colectivo son las partes negociadoras del convenio en cuestión pues: "entender que el art. 86.2 del ET cuando habla de partes se refiere a las dos partes negociadoras del convenio colectivo, y no a cada uno de los múltiples posibles sujetos colectivos que tienen derecho a participar en la negociación, es consecuencia en primer lugar de la aplicación del criterio de la interpretación sistemática. En el párrafo 1 del mismo art. 86 del ET se habla de partes del convenio colectivo en su acepción de partes negociadoras, y la falta de calificativo del art. 86.2 del ET se debe seguramente a que el redactor de la ley lo consideró innecesario a la vista de lo que se dice en el párrafo antecedente". Se aclara en la sentencia (FJ quinto) que partes del convenio colectivo a efectos de su denuncia no son solamente los que firmaron o suscribieron el convenio que se quiere denunciar, sino que la facultad de denuncia está atribuida también a quienes no lo suscribieron, siempre que integren, por sí solos o conjuntamente con otros, el quórum de mayoría o de legitimación plena que se exige para la iniciación de las negociaciones».

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En la sucesión de empresas. De acuerdo con la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de septiembre de 2010,** IL J 108, la situación de ultraactividad del convenio colectivo de la empresa transmitida no impide que éste continúe rigiendo las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión hasta que se alcance el pacto en contrario que prevé el art. 44.4 del ET o entre en vigor otro convenio que resulte de aplicación a la empresa adquirente o entidad en la que se hayan integrado los trabajadores de la empresa o unidad productiva transmitida:

«Según el art. 44.4 del ET: "salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida".

La doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2006 y las que en ella se citan, especialmente la de fecha 22 de marzo de 2002 del mismo Tribunal), al interpretar el precepto anterior señala que "la palabra extinción significa, en su acepción literal, la acción o efecto de extinguir o extinguirse; y extinguir es 'hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente'. Por su parte expiración, significa acción y efecto de expirar; y expirar es 'acabar la vida'. Y es evidente que, mientras se mantiene la vigencia de las cláusulas normativas de un convenio colectivo, éste estará, en todo caso, en trance de desaparición paulatina, pero no podrá decirse de él, que ha cesado en todos sus efectos o que ha acabado su vida".

Y, en consecuencia: "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 [2001/23/CE] 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 aquélla y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria".

En aplicación de tal doctrina cabe concluir que el convenio colectivo del centro de trabajo de Nestlé España, SA, en Marchamalo (Guadalajara), sucesivamente prorrogado hasta el 31/12/2008, mantuvo la vigencia de sus cláusulas normativas (ultraactividad) hasta que fue publicado el convenio colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22/01/2009), al quedar afectada la empresa cesionaria Lactalis por el ámbito funcional de aplicación de este nuevo y posterior convenio (art. 2 del mismo). Por lo tanto, con independencia de la falta de validez de la denuncia del convenio anterior realizada por Lactalis, lo cierto es que tal convenio en fase de ultraactividad ha sido sustituido por otro publicado posteriormente y de aplicación a la empresa codemandada, por lo que la decisión de aplicar su contenido es ajustada a derecho».

5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

Alcance de las materias no negociables en ámbitos inferiores, previstas en el párrafo tercero del art. 84 del ET. La inclusión entre dichas materias de los grupos profesionales no comprende las categorías profesionales ni los niveles retributivos dentro de cada una de ellas. Mantiene tal criterio, en relación con el *convenio colectivo para el sector de la hostelería y similares del Principado de Asturias* publicado en 2009, la **STS de 18 de enero de 2011,** IL J 369:

«Lo que se considera en la norma estatutaria como materias no negociables en ámbitos inferiores son, entre otras, los "*grupos profesionales*", pero no las materias relativas a categorías profesionales ni a los salarios atribuidos a cada nivel retributivo. Estas últimas materias, conforme al propio art. 84.II ET, pueden ser negociadas por los sindicatos y asociaciones profesionales legitimadas en un ámbito determinado siempre que sea superior al de empresa, aunque afecten a lo dispuesto en los convenios colectivos de ámbito superior (en este caso, sería el alegado "*III Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de hostelería*") pero "*siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación*", lo que en el presente caso, relativo al convenio provincial de hostelería discutido, no se cuestiona que haya concurrido».

6. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS»

Legitimación para negociarlos. Se pronuncia a favor de la posibilidad de negociar sólo con algunos sindicatos la **SAN de 18 de octubre de 2010,** IL J 1881, con ocasión de conocer la pretensión que ejercita un sindicato excluido de la negociación solicitando que se le reconozca su derecho a participar en ésta. Para la Sala, dicha pretensión «no puede prosperar» por cuanto el derecho a la

negociación colectiva del referido sindicato «ha topado con el derecho de las demás partes a no negociar con él, y este derecho no significa negarle el derecho a negociar que tiene, sino hacer uso de la libertad que las demás partes tienen, pues aquel derecho a negociar del sindicato termina donde comienza el derecho a la libertad de negociación de aquellos otros, de conformidad con las reglas del Código Civil que rigen este tipo de negocios situados al margen del Estatuto de los Trabajadores».

> «Con carácter general, la parte que pretenda negociar un convenio "extraestatutario" dispone de absoluta libertad para seleccionar a sus interlocutores, lo que puede conducir a no convocar a la negociación a algún sindicato. "En la negociación colectiva extraestatutaria el derecho de negociación colectiva que todo sindicato tiene ha de compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes —art. 38 de la CE en el caso de la libertad de la empresa para negociar con quien considere oportuno, y arts. 1069 y sigs. y 1254 y sigs. del Código Civil en relación con todos los negociadores de tales pactos privados—. En esta situación, como dijo de forma expresa el TC en su Sentencia 121/2001, de 4 de junio 'la singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor'; criterio que ha sido reconocido y reiterado también por esta Sala (...).
>
> El derecho de libertad sindical de todo sindicato tiene un contenido esencial que incluye el derecho a la negociación colectiva (...), pero este derecho de libertad es unidireccional pues a quien realmente vincula *ex constitutione* es al legislador y a los poderes públicos —art. 53.1 de la CE—", de modo que "sólo se convierte en 'relativamente' prestacional cuando nos adentramos en la negociación colectiva estatutaria", donde "el derecho de libertad sindical ya no permanece como un mero derecho de libertad sino que, previo el cumplimiento de determinados requisitos de legitimación —arts. 87 y 88 del ET— y, previo el cumplimiento de determinados formalismos y condiciones —arts. 89 y sigs.— se convierte en un derecho a exigir una negociación, pues para tales supuestos sí que ha dispuesto el legislador, cumplidos aquellos requisitos previos, que 'ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe', convirtiendo aquel derecho de libertad en algo más"».

7. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO

Ámbito de la modalidad procesal regulada en los arts. 161 y siguientes de la LPL. Es la adecuada para la **impugnación del convenio extraestatutario**. Tal impugnación queda comprendida en la expresión «cualquiera que sea su eficacia» que emplea el art. 163.1 de la LPL para determinar el ámbito del procedimiento que contempla. Lo recuerda la **STS de 30 de septiembre de 2010,** IL J 1850, con cita y transcripción parcial de la de 23 de enero de igual año (recurso 29/2009): la referida expresión «evidencia que ésa es la vía para impugnar todos los acuerdos colectivos, incluso los convenios extraestatutarios y pactos de empresa. En este sentido, en nuestra Sentencia de 29 de enero de 2004 se dice: "con independencia de la naturaleza jurídica que realmente tengan los acuerdos de referencia, lo que no es aceptable es que el proceso de impugnación regulado en los arts. 161 y sigs. esté reservado para la impugnación de los convenios colectivos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, puesto que el art. 163.1 de la propia LPL, situado dentro de la regulación de esta modalidad procesal, prevé la posibilidad de utilizarlo por los legitimados para ello 'para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia' y, por lo tanto, también para impugnar los demás acuerdos colectivos, como convenios extraestatutarios o pactos de empresa (...), constituyendo esta posibilidad doctrina de esta Sala apreciable en numerosos sentencias, de las que pueden señalarse, entre otras, las SSTS de 16 de mayo de 2002 (recurso 1191/2001) o 18 de febrero de 2003 (recurso 1/2002), por citar sólo algunas de las más recientes"».

Legitimación activa para la impugnación por ilegalidad. La tienen los sindicatos cuyas secciones sindicales no han suscrito el convenio de empresa impugnado, de naturaleza extraestatutaria.

Lo confirma, una vez más, la **STS de 30 de septiembre de 2010,** IL J 1850, la cual, partiendo de que «el procedimiento adecuado» para impugnar este tipo de convenios es el del art. 163.1 de la LPL, concluye que «no puede negarse la legitimación activa para promover el presente proceso a los sindicatos cuyas secciones sindicales representan a más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa (...), máxime cuando, como ha declarado esta Sala en su Sentencia de 9 de noviembre de 2009 (recurso 106/2008) y las que en ella se citan, basta a estos efectos con que el sindicato esté implantado en el ámbito del conflicto».

Legitimación activa para la impugnación por lesividad. La cualidad de tercero cuyo interés haya sido gravemente lesionado, de la que depende dicha legitimación [art. 163.1.b) de la LPL], corresponde, en el caso de un convenio colectivo de enseñanza privada concertada (sostenida total o parcialmente con fondos públicos), a la Administración pública a cuyo cargo está el pago delegado de los salarios del personal docente. Tiene oportunidad de pronunciarse en los términos indicados la **STS de 21 de octubre de 2010,** IL J 1854:

> «En la doctrina de esta Sala, el concepto de tercero se reserva a quienes no están dentro del campo de aplicación del convenio, en tanto que destinatarios de las normas o regulaciones contenidas en aquél (...). Y —por consiguiente— se declara que no son terceros los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio (...); ni las asociaciones empresariales cuyas empresas están afectadas por el convenio (...); y tampoco los jubilados y pensionistas —a los efectos de impugnar el convenio colectivo que afecte a sus derechos pasivos—, porque no pierden toda vinculación con la empresa y los representantes de los trabajadores en el convenio colectivo representan también a los trabajadores jubilados (...).
>
> Con arreglo a esta doctrina, lo importante no es tanto el concepto de trabajador o empresa como el de estar "incluido en el ámbito de aplicación", de manera que la condición de tercero se limita a quienes son externos a la unidad de negociación por no ser firmantes ni estar por ellos representados; o lo que es igual, a quienes son sujetos ajenos al convenio pero resultan afectados por el mismo, al invadirles el marco de sus intereses.
>
> Pues bien, partiendo de tal concepción, la Sala considera que [en] este concreto caso no puede negarse la cualidad de "tercero" al Principado de Asturias, porque no solamente no ha sido parte negociadora» del convenio, «sino que no es destinatario de la regulación pactada, que se limita a los negociadores y sus representados. Y que no se argumente —para excluir aquella cualidad— de que a la postre es la Administración Pública quien satisface las retribuciones: a) de un lado, porque no lo hace en virtud de previsión convencional alguna [lo que ciertamente excluiría su condición de tercero], sino que viene obligada a ello por las normas a que más arriba hemos hecho referencia y que son ajenas al convenio; y b) de otro, porque esa misma obligación de "pago delegado" es precisamente la que justifica su legitimación para combatir por la vía de la lesividad los pronunciamientos salariales del convenio colectivo».

8. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES

La interpretación de las cláusulas del convenio según las reglas propias de la interpretación de las normas y los contratos no puede conducir a un resultado contrario al principio de igualdad. De acuerdo con el art. 5.1 de la LOPJ, aquélla no puede dejar de ser acorde a la CE, por lo que de entre los posibles sentidos de las cláusulas interpretadas se debe elegir el que sea más conforme a ésta. Ello ha de tenerse en cuenta, desde luego, a la hora de determinar el alcance del precepto del convenio colectivo que parece establecer una diversidad de regímenes salariales (**STS de 11 de noviembre de 2010,** IL J 1928).

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 de trabajo.**
   - **B) Enfermedad profesional.**
9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES.
10. ASISTENCIA SANITARIA.
11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
12. MATERNIDAD.
13. REGÍMENES ESPECIALES.
    - **A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
    - **B) Régimen Especial Agrario.**
14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.

1. FUENTES

Según la **STJUE de 10 de marzo de 2011,** IL J 448/2011, en relación al art. 1.a) del Reglamento 1408/71 debe entenderse como trabajador a una persona que se encuentra en situación de prórroga de una excedencia por cuidado de hijos siempre que se encuentre asegurada aunque sólo sea contra una única contingencia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

En la **STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2010,** IL J 297/2011, la Mutua reclama en suplicación las cantidades pagadas a un trabajador en concepto de incapacidad temporal durante el período que medió entre la fecha de extinción de la incapacidad temporal y la resolución administrativa del INSS declarando la incapacidad permanente en grado de total al trabajador. La Mutua funda su pretensión en la previsión contenida en la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla en materia de incapacidad permanente lo previsto en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre. Esta disposición señala que «en los supuestos de agotamiento, por el transcurso de plazo máximo, de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el art. 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, durante la prórroga de efectos de la prestación, ésta correrá a cargo, con efectos desde el día siguiente a aquél en que se haya producido la extinción de dicha situación, de la Entidad gestora competente cuando la incapacidad derive de contingencias comunes...». El Tribunal Superior de Justicia gallego —en línea con una resolución anterior (STSJ de Galicia de 7 de julio de 2010, recurso núm. 2904/2007) y con la de otros Tribunales Superiores de Justicia (STSJ de Castilla y León de 8 de junio de 2005, STSJ de Asturias de 20 de abril de 2007)— entiende que dicho precepto no debe interpretarse de forma aislada sino que debe tenerse en cuenta lo previsto en un reglamento posterior que introdujo por primera vez la posibilidad de que los empresarios optasen por asegurar la contingencia de incapacidad temporal por causas comunes en una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional (RD 1993/1995, de 7 de diciembre, que aprueba el reglamento sobre colaboración de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional). Dicho reglamento prevé expresamente que «las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social deberán asumir la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en favor de los trabajadores empleados por sus empresarios asociados que hayan ejercitado esta opción con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social, con sujeción a las normas reguladoras de dicha prestación en el régimen de la Seguridad Social en que estén encuadrados y con las particularidades recogidas en el presente Reglamento» (art. 71.1).

El precepto alegado por la Mutua se aprobó en un contexto legislativo distinto y obedecía a la máxima de que la prórroga de incapacidad había de ser sufragada por quien venía haciendo frente a la prestación anterior. Sin embargo, entiende el Tribunal que la previsión posterior del Real Decreto 1993/1995 modifica la premisa anterior y no realiza distinción alguna entre las prórrogas de incapacidad temporal a efectos del pago de la Mutua. Dado que en el caso enjuiciado la empresa había optado por la cobertura a través de la Mutua de las situaciones de incapacidad temporal por causas comunes, el Tribunal Superior de Justicia deniega la pretensión de ésta.

La **STSJ de Asturias de 15 de noviembre de 2010,** IL J 563/2011, resuelve sobre la cuestión de la responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional en el pago de la prestación de muerte y supervivencia derivada de enfermedad profesional. En el supuesto planteado el trabajador, minero de profesión, había fallecido en 2007 teniendo la condición de pensionista de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Se da la circunstancia que en el año 2006 la Mutua aseguradora optó por acogerse a las previsiones de la Disposición Adicional Primera de la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, respecto del ingreso de los capitales-coste correspondientes a prestaciones derivadas de enfermedad profesional. El INSS, que en su momento había reconocido la pensión de viudedad, comunica dos años más tarde a la Mutua el fallecimiento del trabajador asegurado a fin de hacer efectivo el capital-coste de la prestación. La Mutua ingresa el capital-coste correspondiente y efectúa una reclamación administrativa previa frente a tal decisión,

por entender que el fallecimiento no podía imputarse a una contingencia profesional y que la Mutua no era responsable de las prestaciones que se le imputaban, la cual fue expresamente desestimada. Estimada la pretensión de la Mutua en primera instancia, el INSS recurre la sentencia en suplicación.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias —que trató idéntica cuestión en las Sentencias de 14 de mayo y 4 de junio de 2010— desestima la pretensión del INSS en base a los siguientes argumentos: a) la rectificación posterior del INSS a la hora de asignar la responsabilidad del pago a la prestación es extemporánea y vulnera lo previsto en el art. 145.1 LPL; b) el INSS realiza una interpretación errónea del alcance que tiene la opción prevista en la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, en relación a la responsabilidad de la Mutua en el pago de la prestación. La sentencia comentada —en aplicación de la doctrina prevista en la STS de 14 de julio de 2009— entiende que no existe tal responsabilidad de la Mutua. Y se llega a esta conclusión porque en el régimen vigente en el año 2007 las Mutuas sólo respondían por los períodos de incapacidad temporal y de observación profesional derivados de las contingencias de enfermedad profesional mientras que sí debían aportar el capital-coste de las prestaciones por incapacidad permanente y muerte y supervivencia de las contingencias derivadas de accidente de trabajo. La opción reconocida a las Mutuas, a partir de la Orden de 27 de diciembre de 2005, de hacer frente, mediante el ingreso de capital-coste correspondiente, de las pensiones derivadas de enfermedad profesional a cambio de una reducción en la aportación a los Servicios Comunes de la Seguridad Social, no varía la posición de las Mutuas con respecto al aseguramiento de la responsabilidad empresarial en materia de enfermedad profesional, que queda limitada a la incapacidad temporal y al período de observación. En todo caso la doctrina del Tribunal Supremo entiende que la opción introducida reglamentariamente debería considerarse ilegal pues «extiende la obligación de constituir capitales-coste fuera de los supuestos legalmente previstos».

Finalmente el Tribunal llega a la conclusión que la Mutua puede combatir la decisión del INSS para excluir la aplicación del capital-coste, invalidando la opción por ilegal, pero no tiene legitimidad para impugnar el reconocimiento de la pensión a favor del trabajador pues ya ha habido un reconocimiento de derecho a través del organismo competente.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

El actor, que había sido contratado con contrato de relevo, había desempeñado una actividad a tiempo parcial (85% de la jornada completa) durante todos los días laborables que duró su contrato. El trabajador reclama al INSS que en el cálculo de la prestación de desempleo se tenga en cuenta cada día trabajado efectivamente, con un índice de parcialidad del 85%, que debe computarse como día cotizado.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de noviembre de 2010,** IL J 278/2011, entiende que, para un supuesto como el presente en que el actor desempeñó a tiempo parcial su actividad laboral durante todos los días que dura la relación laboral, resulta aplicable la regla prevista en el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Dicho precepto establece que «cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada». En cambio, el Tribunal considera que la solución hubiese sido distinta de tratarse de trabajadores contratados a tiempo parcial con trabajo concentrado en períodos inferiores a los de alta pues en estos casos debe aplicarse la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 13 de febrero, 16 de marzo y 17 de abril de 2007. En dichas sentencias el Tribunal Supremo señala que, por más que la empresa mantenga el alta durante todo el período laboral, sólo debe tenerse en cuenta para determinar la duración de la prestación por desempleo el tiempo efectivamente trabajado. Recuérdese que esta

doctrina del Tribunal Supremo deberá ser revisada tras el Asunto Pettini (STSJCE de 10 de junio de 2010) sobre la protección social de trabajadores fijos discontinuos.

El demandante solicita la prestación de viudedad y orfandad con ocasión del fallecimiento de su esposa. La fallecida no se encontraba en situación de alta o asimilada al alta en el momento del fallecimiento y reunía cotizados 14 años y 115 días. El demandante solicita la flexibilización del requisito de encontrarse de alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del fallecimiento, en base a la circunstancia de que su esposa, tras dar a luz a su primer hijo, tuvo que atenderlo como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fue sometido el 13 de enero de 1999, debiendo posteriormente atender al segundo hijo nacido en el matrimonio. Dicha reclamación fue desestimada por el INSS. La **STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2010,** IL J 599/2011, repasa la doctrina del Tribunal Supremo de la teoría humanizadora acerca de la interpretación del requisito de estar de alta en la Seguridad Social, o en situación asimilada, y «para los supuestos de trabajadores que han estado asegurados con regularidad durante su tiempo de trabajo activo» (STS de 19 de enero de 2010).

El Tribunal lamenta la dificultad que tienen muchas mujeres en la práctica para compatibilizar la carrera profesional con el cuidado de los hijos sin que existan medios que faciliten la conciliación. Aun así no considera aplicable a este caso la teoría humanizadora ya que «resulta claro que la causante eligió esta segunda opción, apartándose del mercado de trabajo en el año 2001, y encontrándose en esa situación 6 años después en octubre de 2007 cuando le fue diagnosticado el cáncer que acabó con su vida el 30 de octubre de 2008. Debió la causante para que pudiera haberse estimado el recurso de la actora, mantenerse como demandante de empleo inscrita en la correspondiente Oficina de Empleo, para manifestar su voluntad de trabajo y su permanencia en situación de paro involuntario».

7. RECAUDACIÓN

En la **STSJ de Madrid de 14 de octubre de 2010,** IL J 139/2011, se resuelve un supuesto sobre el reintegro de la prestación de jubilación parcial por la empresa al no haber sustituido al trabajador relevista despedido disciplinariamente. El caso versa, fundamentalmente, sobre el cómputo del plazo de 15 días para contratar a otro relevista, afirmándose que debe iniciarse el día en que el despido es efectivo, y no el día en que adquiere firmeza la sentencia que declara el despido procedente.

De otro lado, pueden referirse dos pronunciamientos en relación con la devolución de la prestación por desempleo en los casos en los que se produce un despido y la posterior declaración judicial supone la existencia de salarios de tramitación. En la **STSJ de Andalucía de 21 de octubre de 2010,** IL J 151/2011, se afirma que el empresario queda exonerado de la obligación de retornar la prestación de desempleo en los supuestos en los que opte por la readmisión tras un despido declarado improcedente, si en el momento de ser requerido por el Servicio Público de Empleo para que realice tal devolución, ya ha hecho efectivo el pago de los salarios de tramitación al trabajador. De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2010,** IL J 619/2011, entiende que no procede el reintegro de la prestación por desempleo cuando no se han podido percibir los salarios de tramitación debido a la desaparición e insolvencia del empresario.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente de trabajo

Según la **STS de 22 de diciembre de 2010,** IL J 28/2011, debe estimarse el recurso interpuesto por la viuda del trabajador fallecido, puesto que el trabajador se encontraba en su puesto habitual, ya que el infarto sobrevino en el vestuario. Así pues, la presencia del trabajador en el vestuario no obedecía al momento de cambiarse de ropa al inicio o al final de la jornada. Por ello, si se pone en relación la

tesis de que los vestuarios no dejan de tener la consideración de lugar de trabajo con el hecho de que el trabajador pueda haberse presentado en éstos durante la jornada laboral, sin constar que estuviera en un momento de descanso, habrá de concluirse que la presunción de laboralidad es aquí completa.

Por el contrario, se desestima la calificación como accidente de trabajo *in itinere* en la **STS de 18 de enero de 2011,** IL J 83/2011. Según el relato de hechos probados, el causante falleció por insuficiencia cardiaca cuando, sobre las siete de la mañana, se dirigía al lugar en el que tenía aparcada la furgoneta de la empresa con la que se desplazaba al trabajo. Para el Tribunal Supremo, la calificación como laboral de los accidentes *in itinere* sólo procede con respecto a los accidentes en sentido estricto, pero no con relación a los procesos morbosos de distinta etiología y manifestación. «En consecuencia no pueden ampliarse, mezclándolas, estas dos presunciones claramente diferenciadas por el legislador, como en esencia se pretende en el recurso que ha de ser desestimado por cuanto la sentencia combatida sigue esa doctrina unificada».

B) Enfermedad profesional

Para la **STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2010,** IL J 513, es evidente que a la vista de la amplia relación contenida en la normativa reguladora de las enfermedades profesionales no cabe excluir, en buena lógica jurídica, al cáncer de laringe producido por la continuada inhalación de asbesto, del concepto de enfermedad profesional, ya que si una simple irritación de las vías respiratorias se puede considerar como enfermedad profesional, con mucha más razón ha de encuadrarse en dicho concepto la más grave dolencia del cáncer de laringe producido por la prolongada exposición a la inhalación del polvo de amianto.

Por el contrario, la **STSJ de Asturias de 26 de noviembre de 2010,** IL J 642/2011, señala que, según se desprende del certificado de defunción, no fue la neumoconiosis la causa de la muerte, sino que fue una enfermedad común, la cardiopatía isquémica, de la que asimismo venía siendo tratado el trabajador, la causa inmediata de su fallecimiento y, por tanto, no procede aplicar la presunción legal que la Ley General de la Seguridad Social establece al efecto.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

Son muchas las sentencias que han tratado sobre la responsabilidad de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo así como sobre el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social por falta de cumplimiento de medidas de seguridad. Entre las primeras, se señalará la **STS de 9 de diciembre de 2010,** IL J 16/2011, que en concreto otorga responsabilidad subsidiaria de la empresa contratista cuando la subcontratista no pertenece a la «propia actividad». En el caso de autos, la empresa empleadora del trabajador, que era subcontratista de otro empresario contratista, había incumplido con sus deberes de sus obligaciones de dar de alta de trabajador y cotizar por él.

Dicha sentencia resuelve el litigio confirmando la sentencia recurrida en base a la doctrina de la Sala Cuarta en su Sentencia de 23 de septiembre de 2008. En aquella sentencia se estima que la responsabilidad solidaria, referida en el art. 42.2 ET, de la empresa principal o contratista se aplica «si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la propia actividad de la empresa principal o de la contratista inicial», activándose la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS cuando ello no fuera así y siempre que «el empleador subcontratista fuese declarado insolvente».

En relación a lo apuntado sobre el art. 42 ET, la **STSJ de Valencia de 14 de septiembre de 2010,** IL J 95/2011, declara a la empresa principal responsable solidaria en el pago del recargo de prestaciones de la Seguridad Social «pues la intervención de ésta no se puede entender situada fuera de la esfera de su actividad ordinaria, ya que la reparación en el tejado de la nave de aquélla no es

una obra que se contrata por, siguiendo la terminología legal, "un amo de casa" o fuera de la estricta actividad empresarial, dado que no es de recibo señalar que la actividad de la mercantil demandada es de fabricación de productos plásticos y eso implica que no tenga que velar por la seguridad de los trabajadores que desarrollan su actividad en el propio seno de la empresa, como es el caso de la reparación contratada al tercero a que se hizo mención, que igualmente obliga a que la principal vele por la seguridad y salud de éstos, como beneficiaria directa de la actividad que allí se desarrollaba en ese momento». El Tribunal estimaba el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador accidentado al caer desde una altura de 6 metros no habiéndose instalado medidas de seguridad como andamio o de redes para evitar caídas.

Otra sentencia, la **STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2010,** IL J 120/2010, revoca la sentencia de instancia en la que también se comete infracción del art. 123 LGSS, en este caso por inaplicación. Resuelve el Tribunal que, al haber una falta de diligencia por parte del empresario a la hora de proveer medidas de seguridad, se acciona el recargo de las prestaciones pues «es la conducta infractora la que une el accidente y el daño, de tal forma que configura la existencia de la relación de causalidad».

Enlazando con lo argumentado en la sentencia anteriormente comentada, en la que el Tribunal decía que la procedencia del recargo se activa cuando además de la falta de diligencia se situara «dentro del círculo de imputación subjetiva, esto es, dentro de los parámetros de previsibilidad y evitabilidad, quedando fuera la fuerza mayor y el caso fortuito, que suponen la imprevisibilidad e inevitabilidad del siniestro», se trae a colación la **STSJ de Extremadura de 3 de noviembre de 2010,** IL J 222/2011. En ella, se exonera de recargo a la empresa pues la aparición de material de guerra en la rehabilitación de un edificio no puede ser considerado un hecho previsible en el marco de ninguna evaluación de riesgos laborales. En los razonamientos jurídicos el supuesto analizado se sitúa en el marco del caso fortuito, *ex* art. 1105 CC, pues de la actividad de limpieza de edificio para su rehabilitación no se puede prever la aparición de munición y armas de guerra si éste no se destinaba a almacén de explosivos o similares. Por lo tanto, ni se incumplió la obligación de adoptar medidas de prevención por parte del empresario ni existe nexo causal de lo anterior con el accidente.

En sentido contrario a la anterior, la **STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2010,** IL J 615/2010, confirma la sentencia de instancia. Al no haber procedido el empleador, en este caso un Ayuntamiento, a desplegar «ninguna medida de seguridad para atemperar los riesgos del acto festivo, ni colocó vallas, ni cintas de separación, ni acotó el lugar de tránsito exclusivo de los caballos y sus jinetes, siendo ello una decisión consciente», expuso al trabajador fallecido a desarrollar su servicio público ante un gran peligro a razón de dar «una mayor vistosidad de la fiesta».

Por lo que respecta a la jurisprudencia sobre la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, la **STSJ de Asturias de 1 de octubre de 2010,** IL J 121/2011, sobre la indemnización por un accidente de trabajo que se produce debido a cierta negligencia del trabajador, pondera la culpa concurrente del actor para fijar la cantidad total indemnizatoria. Así, el Tribunal valora que la imprudencia del trabajador no exime de responsabilidad a la empresa «pues el art. 15.4 LPRL establece que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Por otra parte, la sentencia referida revisa la valoración llevada a cabo en la sentencia recurrida en suplicación ya que, al tratarse de una deuda de valor, los baremos pertinentes para fijar la cuantía indemnizatoria han de ser los vigentes al tiempo de dictarse la sentencia, siendo lo contrario impedimento para la *restitutio in integrum*.

En otro accidente de trabajo, la **STSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 2011,** IL J 543/2011, confirma la sentencia de instancia que declaraba la responsabilidad de la empresa de indemnizar a un trabajador por el accidente sufrido debido a no disponer de los medios de prevención necesarios. Uno de los motivos del recurso desestimado se articulaba en torno a la vulneración de los arts. 1101, 1104 y 1106 en relación con el art. 1902 del CC y jurisprudencia que los desarrolla. Así, el Tribunal, en lo concerniente al uso por parte del juzgador de instancia de los baremos para la valoración

de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, afirma que éste es libre de utilizar los criterios que crea convenientes siempre que se ajusten a los requisitos de razonabilidad.

Las dos sentencias referidas anteriormente coinciden en aseverar la doctrina sobre el carácter complementario de las prestaciones de la Seguridad Social, debiendo ser éstas detraídas o computadas para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios «de toda índole derivados de un accidente de trabajo». De ese cómputo, el recargo por infracciones de medidas de seguridad ha de ser excluido debido a su naturaleza sancionadora.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la **STSJ de Asturias de 11 de noviembre de 2011,** IL J 550/2011, en el caso de un accidente laboral *in itinere* que produjo la muerte del trabajador, reconoce indemnización fijada en el convenio colectivo aplicable por el cual se obligaba al empleador a suscribir póliza de seguro. La aseguradora alegaba en el recurso que el accidente se produjo debido al consumo de drogas, sin aportar prueba que demuestre el nexo causal entre el accidente y las sustancias detectadas en el análisis químico-toxicológico.

En relación a la responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sobre las prestaciones de la Seguridad Social, la **STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2010,** IL J 344/2011, declara no responsable a la Mutua de la prestación de viudedad derivada de enfermedad profesional cuando, aun habiendo optado ésta por el ingreso de los capitales-coste de las prestaciones derivadas de dicho tipo de contingencia según Disposición Adicional Primera de la Orden de 27 de diciembre de 2005, en el momento de reconocerse la prestación dicha disposición no se encontraba vigente.

El mismo Tribunal, en la **STSJ de Asturias de 7 diciembre de 2010,** IL J 346/2011, declara en este caso también la no responsabilidad de la Mutua respecto de prestaciones por muerte de un trabajador a causa de enfermedad profesional. En esta ocasión se denuncia aplicación indebida de la Disposición Final Octava.dos de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, por la que a partir del 1 de enero de 2008 las Mutuas deben atender el coste de las prestaciones por causa de accidentes de trabajo o enfermedad profesional sufridas por el personal al servicio de los asociados.

Según el Tribunal Superior de Justicia, si en el momento de producirse el fallecimiento la norma vigente es la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de febrero de 2007 que dice que la responsable la prestación por muerte y supervivencia es a quien le hubiera correspondido ingresar el capital-coste (o hubiera estado eximido de él mediante el pago de un coeficiente) «de la pensión de incapacidad permanente que venía percibiendo el pensionista fallecido», y no siendo responsable la Mutua de la pensión de IPA al no haber estado vigente la Ley 51/2007 en el momento de declararse aquélla, «tampoco cabe atribuirle la de las prestaciones por muerte y supervivencia causadas por la muerte del pensionista».

Utilizando el mismo razonamiento que en las sentencias anteriores, la **STSJ de Asturias de 12 de noviembre de 2010,** IL J 559/2010, confirma la sentencia de instancia por la que se declara la no responsabilidad de la Mutua de la prestación de viudedad reconocida, en base a la ilegalidad de la aplicación de la Ley 51/2007, y derivado de ello rechaza la legitimidad de la Mutua para impugnar el reconocimiento de la pensión.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La **STSJ de Castilla y León de 6 de octubre de 2010,** IL J 2106/2010, concluye, a efectos del reintegro de prestaciones sanitarias, que los implantes cocleares comprenden también la renovación de los componentes externos. El argumento del Tribunal se fundamenta en el art. 108 LGSS de 1974 en tanto que dispone que «la Seguridad Social facilitará, en todo caso, las prótesis quirúrgicas fijas..., así como su oportuna renovación»; amplitud que permite no diferenciar entre ese tipo de prótesis de los elementos o accesorios precisos para su funcionamiento. De otro lado, se sostiene que, siendo la finalidad de la prestación ortoprotésica descrita en el Anexo VI del Real Decreto 1030/2006, de

15 de septiembre, «sustituir una estructura corporal, o modificar, corregir o facilitar su función, tal objetivo comprende entonces, también, los elementos accesorios para su satisfacción». Finalmente, se alude a la expresa asunción de estas tesis del Tribunal que realiza la Administración sanitaria del estado, en tanto que en su Orden SAS/1466/2010, de 28 de mayo (publicada en el BOE del 7 de junio siguiente) se establece que los implantes cocleares comprenden «la renovación de los componentes externos: procesador externo, micrófono y antena».

De otro lado, en la **STSJ de Castilla y León de 28 de octubre de 2010,** IL J 2124/2010, se deniega el reintegro de gastos sanitarios realizados por la contratación de los servicios de ATS privados para desarrollar sondajes ordenados por el urólogo. La Sala llega a tal conclusión en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre qué se entiende por urgencia vital —supuesto en el que no puede incardinarse el caso analizado—, considerando además que la prestación está cubierta por el sistema público de salud.

Finalmente, cabe citar la **STJUE de 3 de marzo de 2011,** IL J 7/2011, en la que se resuelve una cuestión prejudicial en relación al aseguramiento del reembolso de gastos médicos que se establece en Francia, donde se cubre parcialmente dicho reembolso a través de la seguridad social pública y, por la parte no cubierta, existe la obligación de afiliarse a un régimen complementario de salud. Este régimen es gestionado por un organismo único designado, de forma que las empresas del sector no quedan exentas de dicha afiliación. Así, se plantea la duda de la conformidad de tales disposiciones con el derecho comunitario o bien si éste supone que el organismo designado pase a ocupar una posición dominante que constituya abuso. Al respecto, para el TJUE, no es contraria al derecho comunitario la decisión de los poderes públicos de convertir en obligatorio, previa solicitud de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de un sector de actividad, aquel acuerdo por ellas alcanzado que determina la afiliación obligatoria a un régimen de reembolso complementario de gastos de asistencia sanitaria para todas las empresas comprendidas en dicho sector, sin que puedan quedar exentas. De otro lado, en tanto que la mencionada actividad de gestión de un régimen de reembolso tal es de carácter económico, los arts. 102 y 106 TFUE no son contrarios, en circunstancias como las del caso, a que los poderes públicos determinen que de forma exclusiva la gestión sea realizada por un organismo de previsión, sin que quepa la posibilidad de que las empresas comprendidas en el sector de actividad puedan ser eximidas de afiliarse a dicho régimen.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

Resolviendo la cuestión de si, durante el período de prórroga de los efectos de una incapacidad temporal por contingencias comunes, la prestación corre a cargo de la Mutua o del INSS, la **STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2010,** IL J 604/2011, recordando su jurisprudencia, infiere del art. 71.1 RD 1993/1995, de aprobación del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social, que la responsabilidad de la Mutua de Accidentes, en caso de haber sido elegida por el empresario como gestor de las prestaciones de IT por contingencias comunes, alcanza a la totalidad de la prestación, de la que forman parte también sus prórrogas.

Ante una denegación de la Mutua de abonar las prestaciones de IT por presentación extemporánea del parte de baja, la **STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2010,** IL J 604/2011, estima que el derecho a subsidio de incapacidad se hace efectivo de modo directo y automático, por el principio de oficialidad de la prestación. A este derecho se aplica el plazo de caducidad de un año del art. 44 LGSS, la comunicación de los partes de baja siendo considerada como una de las solicitudes a partir de la cual se calcula dicho plazo hacia atrás.

Finalmente, con respecto a un aspecto de la relación entre IT y derecho a disfrute de vacaciones, cuestión que genera jurisprudencia desde la sentencia Shultz-Hoff del Tribunal de Justicia de

la Unión Europea, la **STSJ de Castilla y León de 14 de octubre de 2010,** IL J 137/2011, estima que un trabajador habiendo estado en IT durante todo el año 2008 no tiene derecho al disfrute de las vacaciones correspondientes a este período. Refiriéndose a la jurisprudencia en materia de IT originada durante el período vacacional, el Tribunal estima que en el disfrute no tiene justificación, pues este período tiene su razón de ser en el necesario descanso y pausa que todo trabajador requiere en su actividad laboral, actividad inexistente en el caso.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STS de 20 de diciembre de 2010,** IL 26/2011, se examina un supuesto en el que la parte actora solicita que se le aplique el complemento por mínimos establecido para las pensiones de Incapacidad Permanente Total cualificada. La demandante, pensionista afiliada al RETA, había obtenido en el año 1993 su pensión de IPT, por un importe mínimo; en el año 1965 solicitó un complemento del 20% por tener más de 55 años y no desarrollar ningún tipo de actividad profesional. La cuestión debatida, en resumen, consiste en determinar si los trabajadores autónomos, con edad comprendida entre los 60 y 64 años, que han sido declarados en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual antes de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, tienen o no derecho al llamado complemento por mínimos para las pensiones contributivas, cuando, en razón a la fecha del hecho causante, no tienen reconocida la incapacidad permanente total cualificada.

El problema se plantea porque la Disposición Adicional Única del RD 463/2003 establece lo siguiente: «Disposición Adicional Única. Aplicación del incremento de las pensiones de incapacidad permanente total para la profesión habitual.—El incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual, a que se refieren los arts. 58 y 63.3 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, 75.4 y 99.c) del Reglamento General del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y 38.1 del Decreto 2530/70, de 20 de agosto, en la redacción incorporada por este Real Decreto, únicamente será de aplicación a las situaciones de incapacidad permanente que se declaren a partir del 1 de enero de 2003».

La pensionista, o mejor dicho, su representación letrada, intentó la concesión del citado complemento arguyendo que debía atenderse a la finalidad de la norma y no a su tenor literal, pero el Tribunal Supremo, revocando la decisión del tribunal autonómico que había confirmado la de la instancia, argumentó que la jurisprudencia establecida ya señalaba que la claridad del precepto vetaba cualquier interpretación, y que la solución dada no atenta contra el principio de igualdad, ni supone un desigual trato injustificado, puesto que, cuando se trata de la sucesión de normas en el tiempo, el diferente trato que sufren los beneficiarios de prestaciones en situación similar por causa de la fecha diferente en que los hechos se produjeron, no supone una desigualdad de trato de naturaleza discriminatoria, sino simple aplicación de la normativa vigente al tiempo en que se produjeron los hechos, porque lo contrario equivaldría a blindar las normas y a impedir su cambio y adaptación.

La **STS de 22 de noviembre de 2010,** IL 44/2011, viene a reiterar una jurisprudencia que se halla claramente establecida, y precisamente lo hace apoyándose en lo manifestado en una sentencia cuya reseña figura en el número anterior de esta revista, por lo que podemos reproducir los mismos considerandos acerca de la interpretación que el INSS insiste en realizar en perjuicio de los pensionistas: La **STS de 15 de julio de 2010,** IL J 1695, se plantea un tema que últimamente ha merecido

repetidamente la atención del Tribunal Supremo: la incompatibilidad entre pensiones causadas en distintos regímenes; en el caso examinado se trataba de unas pensiones de Incapacidad Permanente Total en los regímenes General y RETA. En principio, el art. 122 LGSS regula este aspecto, estableciendo un criterio general de incompatibilidad de las pensiones, a menos que una norma indique lo contrario —como es el caso de las pensiones de viudedad—; y este artículo se refiere únicamente al Régimen General; pero el INSS ha realizado una interpretación extensiva en pro de la aplicación de tal incompatibilidad también cuando se trate de pensiones causadas en distintos regímenes, y en base exclusivamente cada una de ellas a las cotizaciones pagadas en el respectivo régimen que otorga cada pensión, interpretación restrictiva que fue acogida en una sentencia del TSJ del País Vasco a finales de 2008. El Tribunal resuelve apoyándose en una anterior sentencia suya de 12 de mayo de 2010, que es sensiblemente igual a otra del día anterior: STS de 11 de mayo de 2010, IL J 1168, en las que en suma se reitera la doctrina tradicional de que cuando se trata de cotizaciones sucesivas —si hay superposición se aplicaría el art. 138.4 y la Disposición Adicional Trigésima Octava LGSS— no superpuestas, las incompatibilidades previstas en la ley se refieren a prestaciones causadas en el mismo régimen, pero no cuando se trate de regímenes distintos. Finaliza el Tribunal rechazando asimismo la aplicabilidad del art. 138.4 LGSS cuando no se trate de cotizaciones superpuestas, aunque concurra la pluriactividad al que se refiere el precepto. Véase también respecto de esta STS el comentario publicado en la página 36 del número 2/2011 de la Revista de *Información Laboral*.

B) Régimen Especial Agrario

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de octubre de 2010,** IL 199/2011, examina un supuesto en el que el actor solicita una renta agraria para trabajadores eventuales del campo. Resultan hechos indiscutidos que todos los requisitos para acceder a la prestación solicitada se cumplían salvo el que viene indicado en el art. 2 del RD 426/2003: «Si el desempleado no ha sido perceptor de la renta agraria con anterioridad, se exigirá haber permanecido inscrito en el censo del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, o en situación asimilada al alta, con carácter ininterrumpido en los 12 meses naturales anteriores a la solicitud». El debate se centra más bien en un aspecto procesal: si el Tribunal puede considerar los elementos de oposición alegados por la Entidad gestora en el acto del juicio pero que no fueron expresados al denegar la prestación a la persona interesada. El Tribunal parte de la premisa de que hallándose sometido a la Ley no puede otorgar tutelas infundadas, por lo que si la parte actora no puede acreditar —como es el caso— el cumplimiento de todos los requisitos constitutivos de su derecho, no es posible que en sede judicial se le reconozca éste.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

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.

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) Prestaciones a 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

En la **STS de 10 de diciembre de 2010,** IL J 18/2011, la cuestión que se plantea versa sobre si un trabajador que cesó en la prestación de servicios el día 8 de abril de 2008, reconociendo su empresa la improcedencia del despido, poniendo a su disposición la correspondiente indemnización, así como reconociéndole en el oportuno certificado dicha empresa la existencia de nueve días de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas, tiene derecho al pago único de la prestación por desempleo solicitada el día 11 de abril de 2008, que le fue primero reconocida y después denegada, en expediente de revisión, por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), al haber constituido en fecha 2 de abril de 2008 la Sociedad «COMERCIAL RALAVIAR, SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA» —denominación cuya reserva había solicitado en el Registro Mercantil Central el 25 de marzo de 2008— como único socio y administrador, fijando como comienzo de la actividad el 15 de abril de 2008, dándose de alta fiscalmente el 16 de abril de 2008, y de alta en el RETA el 22 de abril de 2008; alta que se le reconoció con efectos de 1 de abril de 2008.

El motivo de denegación de la prestación esgrimido por el SPEE en el expediente de revisión es el de que el trabajador en el momento de la finalización del período de vacaciones retribuidas y pendientes de disfrutar en el contrato en el que cesó, no se encontraba en situación legal de desempleo, ni acreditaba la disponibilidad en ese momento para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, dado que causó alta el 1 de abril de 2008 (con fecha de inicio de actividad el 16 de abril de 2008) en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, siendo una situación incompatible con la percepción de la prestación por desempleo. Contra dicha denegación el trabajador interpuso la preceptiva reclamación previa que fue desestimada por el SPEE, confirmando la resolución inicial revisoria.

Pues bien, a juicio del Tribunal Supremo, y en coincidencia con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, una interpretación integradora de los artículos 203.1, 208 y 209.3 de la Ley General de la Seguridad Social que se denuncian como infringidos, conduce a estimar que, solicitada la prestación por desempleo en las circunstancias expuestas, se tiene derecho a la misma aún cuando en el momento de la solicitud resten todavía al trabajador días de vacaciones retribuidas y no disfrutadas como consecuencia de la extinción contractual. En efecto, en primer lugar, es claro que el trabajador se halla en la situación prevista en el artículo 203.1 de la LGSS, cuando al regular la protección de la contingencia de desempleo, se refiere a «... quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo en los términos previstos en el artículo 208 de la presente Ley», y este precepto —el 208 — como es sabido, enumera los diferentes supuestos de situación legal de desempleo, entre los cuales, concretamente, en el apartado c) del número 1 del mismo, se halla el de la extinción de la relación laboral por despido. Es decir, que ha de entenderse que la situación legal de desempleo se produce o inicia en el momento del despido, como por cierto ya tuvo ocasión de señalar esta Sala, con mucha anterioridad a la regulación legal expuesta, concretamente, en la sentencia dictada en Sala General el 30 de abril de 1996. Al propio tiempo, conforme al artículo 207.c) de la misma LGSS, la situación legal de desempleo constituye uno de los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones de desempleo. En su consecuencia, el despido determina la situación de desempleo y el derecho al percibo de las prestaciones correspondientes.

Ciertamente, que el apartado 3 del artículo 209 de la LGSS que se aduce para la denegación de la prestación, y que hace referencia, de manera clarificadora, a la *Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones,* es decir, a la dinámica de la prestación y no a la situación misma de desempleo, puede inducir a confusión, al establecer que: «En el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral

(...), la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo». Ahora bien, la mención a la situación legal de desempleo anudada al nacimiento del derecho a las prestaciones no puede enervar el concepto legal de desempleo que a la extinción de la relación laboral por despido atribuye el ya mencionado apartado c) del número 1 del artículo 208 de la LGSS, sino que ha de interpretarse en el sentido —lógico y coherente— de que hasta que no transcurra el período de vacaciones no disfrutadas no se produce el nacimiento de las prestaciones. La doctrina sentada por esta Sala en la ya mencionada sentencia de 30 de abril de 1996, aún cuando fue dictada en interpretación de la Ley 31/ 1984, ya estableció, que «una vez reconocida formalmente la situación protegida (en conciliación, sentencia o auto), puede entenderse que la situación se produjo ya en el momento del despido, y ello aún cuando sus efectos, en cuanto al comienzo de la protección, no tengan lugar hasta ese momento posterior del reconocimiento formal».

A tenor de lo expuesto, es claro que en el presente caso no puede sostenerse —como lo hace la sentencia recurrida— que el alta del demandante en 1 de abril de 2008 (con fecha de inicio de actividad el 16 de abril de 2008) en el RETA, se produjo con anterioridad a la situación legal de desempleo, siendo de destacar, por otra parte, que tratándose —como aquí acontece— de un caso de prestación por desempleo de pago único, la doctrina de esa Sala, tiene señalado que, en dichos supuestos, hay que «entender que no está prohibido que los actos de preparación e incluso la propia actividad se inicien antes de la solicitud del pago único».

Por tanto, el recurso debe ser estimado, entendiéndose, por tanto, que la sentencia impugnada incurre en las infracciones jurídicas denunciadas por la parte recurrente, siendo la doctrina correcta la de la sentencia de contraste, por lo que la sentencia recurrida debe ser anulada, y al resolver el debate planteado en suplicación, procede estimar el recurso de esta última clase interpuesto por el trabajador demandante, revocando la sentencia de instancia, y por ende la resolución administrativa dictada en expediente de revisión de la prestación, reponiendo al trabajador demandante en el disfrute de la prestación por desempleo reconocida por la Entidad Gestora demandada en su resolución inicial de fecha 8 de mayo de 2008.

En la **STSJ de Madrid de 28 de octubre de 2010,** IL J 211/2011, frente a la sentencia de instancia que estimando íntegramente la demanda rectora de las presentes actuaciones viene a reconocer el derecho de la actora a percibir la prestación contributiva por desempleo parcial, imputando a la mercantil codemandada la obligación de su abono en virtud del principio de responsabilidad empresarial, sin perjuicio del anticipo con cargo a la Entidad Gestora, se alzan disconformes ambas partes demandadas interponiendo sendos recursos de suplicación.

Así, la representación letrada de la empresa codemandada formula recurso de suplicación articulado en un único motivo de infracción de derecho sustantivo, en el que, al amparo procesal del artículo 191 c) de la LPL, se denuncia como infringido los artículos 56 del ET y 7, 12 y 13 de la LGSS, al entender esta parte procesal que no es posible apreciarse responsabilidad empresarial alguna por falta de alta del trabajador en excedencia en el abono de la prestación contributiva por desempleo reclamada.

Ciertamente, se ha de convenir con la parte impugnante que las citas normativas recogidas en el encabezamiento del motivo carecen de conexión con el objeto de pleito, pero siendo ello así, también debe advertirse que junto a la infracción de derecho aplicado inicialmente enunciada, a lo largo del desarrollo argumental del recurso se viene a tomar en consideración la doctrina jurisprudencial reseñada en la sentencia dictada por esta Sección de Sala el 25 de noviembre de 2009, que la parte recurrente hace suya, y que en la misma medida debe ser tenida en cuenta por este Tribunal como denuncia jurídica en el análisis suscitado.

Dicho lo cual y adentrándonos en el fondo del asunto debemos comenzar indicando que, como señala la parte recurrente, la cuestión litigiosa ha sido ya resuelta por esta Sección de Sala en senten-

cia de 25 de noviembre de 2009 sobre la base de la doctrina jurisprudencial asentada por nuestro Alto Tribunal, que vino a considerar que quien se halle en situación de excedencia voluntaria —entendida esta como la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa—, como en el caso de autos acontece, no tiene reconocido el derecho a reingresar en la misma en tanto no haya transcurrido el período de la suspensión, y aun entonces, condicionado a la concurrencia de otros factores como la existencia de vacante de igual o similar categoría a la suya, conforme se previene en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores (sentencia del TS de 29 de diciembre de 2004), por lo que tan solo conserva una mera expectativa de poder ser readmitido. En esta situación se considera, en consecuencia, que dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue la relación laboral (sentencia del TS de 24 de junio de 2008). En el mismo sentido ha venido entendiendo la doctrina del TS en su sentencia de 26 de junio de 1998 — plasmada en el debate acerca de cual era el régimen jurídico aplicable en cuanto a los efectos del despido improcedente de trabajadores que en el momento de la extinción se encontraban en excedencia voluntaria— que a la hora de fijar las consecuencias que se derivan de la declaración de improcedencia del citado despido ha de tenerse presente que: a) cuando el mismo se produjo el actor se encontraba en excedencia voluntaria, situación en la que no llevaba a cabo ninguna prestación efectiva de servicios, ni ocupaba ningún puesto de trabajo en la compañía demandada, ni recibía de ésta remuneración de clase alguna; y b) es evidente que el referido cese o despido no puede colocar al actor en una situación más favorable que la que es propia de la excedencia voluntaria en que se encontraba. En concordancia con lo manifestado, la posteriormente dictada de 14 de octubre de 2005 ha resuelto que cuando el despido se produce estando el actor en situación de excedencia, únicamente genera, en caso de su improcedencia, la reposición del trabajador a la situación de excedente en la que se encontraba en el momento del cese, o bien el abono de la indemnización, «sin que proceda condenar al pago de salarios de tramitación, habida cuenta que el cese o despido del actor se produjo estando en excedencia y en esta situación no se devenga retribución». En la misma línea argumental, la sentencia del TS de 31 de enero de 2008, siguiendo la dirección marcada por las precedentes del mismo Tribunal de 25 de octubre de 2000 y 26 de octubre de 2006 analizado los institutos jurídico laborales de la suspensión contractual y de la excedencia, se llegó a la conclusión de que: «la finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51.8 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso «expectante», en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes (...) No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó».

En consecuencia, resultando incuestionado que la actora, en excedencia voluntaria entre el 2 de junio de 2008 y el 1 de junio de 2009, solicitó el 14 de mayo de 2009 la reincorporación a la empresa con efectos de 1 de junio de ese año, habiendo recibido el 21 de mayo contestación por parte de la empleadora en los términos «no nos es posible proceder a la readmisión», a la que el juzgador de instancia —dado que la respuesta denegatoria de la empresa es la que viene a determinar en definitiva que la decisión de la mercantil deba ser calificada como voluntad extintiva de la relación laboral o como simple imposibilidad de readmisión (STS, de 24 de diciembre del 1987)— atribuye la condición de despido —calificación ante la que se aquieta esta parte recurrente— y dado que tal decisión extintiva opera encontrándose la actora en dicha situación de excedencia —pues debemos fijar como fecha de efectos del despido la del momento de la comunicación referida, al no contener remisión de su eficacia extintiva a un momento posterior como pudiera ser la del vencimiento del plazo de la excedencia—, y siendo como es que en tales circunstancias la declaración de improcedencia de la resolución del vínculo laboral llevaría aparejada, como señala la doctrina transcrita, la reposición de

la trabajadora a la situación de excedente en la que se encontraba en el momento del cese —al no resultar acreditado en el asunto analizado que se hubiese generado el derecho a la reincorporación solicitada, manteniendo únicamente una mera expectativa al reingreso— o bien el abono la indemnización pero sin satisfacción de salarios de tramitación —por lo que tampoco resultaría de aplicación lo prevenido en el artículo 209.6 de la LGSS que impone a la empresa en caso de despido improcedente el deber de instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación—, el despido tácito efectuado no comportaría la obligación de la empresa de dar de alta a la empleada en el sistema de Seguridad Social, pues ello supondría, conforme a lo aducido por nuestro Alto Tribunal, conceder a la actora una posición más ventajosa que la que es propia de la excedencia voluntaria en la que se encontraba.

Procede por cuanto antecede resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de acoger favorablemente el recurso articulado por la empresa recurrente, al no apreciarse en dicha parte procesal la responsabilidad contemplada en el artículo 126.2 de la LGSS, lo que, al mismo tiempo, permite colegir, que la ausencia del requisito de alta o situación asimilada al alta —ha de observarse que el legislador, a diferencia de lo que ocurre con la excedencia forzosa, no contempla como situación asimilada al alta en el artículo 125 de la LGSS el supuesto de excedencia voluntaria—, *ex* artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 124 del mismo cuerpo legal, no permite generar el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda; lo que resulta, a su vez, acorde con el objeto de la prestación, que, conforme a las previsiones del artículo 203 LGSS, no es otro que el de dispensar una protección eficaz a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo, lo que en supuestos de excedencia voluntaria como el que nos ocupa se materializa en los casos en los que el despido se produce en concurso cronológico con la doble condición de la existencia de una solicitud de reincorporación efectuada por el trabajador excedente y de una vacante de igual o similar categoría en la empresa.

Todo lo cual conduce, en lógica consecuencia, sin necesidad de analizar, por razones de economía procesal, el recurso formulado por el SPEE, a la desestimación de la demanda rectora de las presentes actuaciones.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010,** IL J 60/2011 se resuelve acerca del derecho del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total a la prestación por desempleo.

La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, ya ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en sentencias precedentes, consiste en determinar si un asegurado en situación de invalidez permanente total para una determinada profesión (ATS en el caso), que está percibiendo la pensión correspondiente a tal grado de incapacidad, tiene derecho a prestación por desempleo por la pérdida de una ocupación posterior distinta compatible con la incapacidad declarada (auxiliar administrativo en el caso), ocupación posterior que había desempeñado por un corto período de tiempo (cinco días). La entidad gestora de las prestaciones de desempleo denegó la prestación solicitada con base en que el asegurado no había completado el período mínimo de cotización en el nuevo empleo compatible con la pensión de incapacidad total. Concurre en el supuesto litigioso la circunstancia de que la pensión de incapacidad permanente total reconocida al demandante ha derivado de accidente de trabajo.

El precepto legal directamente aplicable al caso es el art. 221.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que declara «*incompatibles*» con la «*obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico*» la percepción de «*la prestacióno el subsidio por desempleo*» salvo que dichas pensiones o prestaciones de carácter económico «*hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo*». Esta salvedad o excepción es predicable sin duda de la pensión

de incapacidad permanente total, la cual corresponde a una situación que impide lógicamente el desempeño de la profesión habitual del trabajador para la que ha sido declarado incapaz, pero que por definición no priva al asegurado con carácter absoluto de la capacidad para desarrollar otras actividades laborales o profesionales.

Al mismo tema de las relaciones entre las prestaciones de «invalidez y desempleo» se dedica el art. 16 del RD 625/1985, de desarrollo de las disposiciones legales en este sector de la acción protectora de la Seguridad Social. Los apartados 1, 2 y 3 del citado artículo resuelven la incompatibilidad entre dichas prestaciones de incapacidad y desempleo atribuyendo al asegurado un derecho de opción entre una y otra. Por su parte el apartado 4, apuntando de forma más próxima a la cuestión que debemos resolver ahora, reconoce al desempleado que «*pierda o se le suspenda un trabajo compatible con su situación de pensionista por invalidez*» el «*derecho a percibir la prestación o subsidio de desempleo que le corresponda*». A la vista de esta regulación reglamentaria, lo que hay que averiguar y decidir en casos como el presente es precisamente si le corresponde o no al asegurado la prestación solicitada; lo que entre otros requisitos dependerá, como ya se ha dicho, de que se incluyan o no en el cómputo del período mínimo de cotización exigido en la ley las cotizaciones correspondientes a la ocupación anterior de su profesión habitual, para la cual había sido declarado en situación de incapacidad total.

El tema del presente recurso no es exactamente el general de la compatibilidad o incompatibilidad de las situaciones de invalidez y trabajo y de las prestaciones de invalidez y desempleo en los supuestos descritos en el art. 221 LGSS. En verdad, la cuestión controvertida en el caso es más específica; a saber: si, partiendo de la base de que es posible compatibilizar una pensión de invalidez total con una prestación de desempleo sucesiva por pérdida o privación de trabajo posterior compatible, se ha cumplido o no en el caso por parte del demandante el requisito del período mínimo de cotización («*ocupación cotizada*» en terminología del art. 210 LGSS) exigido en este precepto para el reconocimiento de la prestación contributiva de desempleo solicitada. Son dos en principio las opciones interpretativas que se han planteado al respecto: o bien a) el período mínimo de cotización (art. 210 LGSS: 360 días) ha de haberse completado necesariamente en el nuevo empleo u ocupación compatible, lo que obviamente no ha sucedido en el caso (cotización de 5 días por servicios de auxiliar administrativo) y conduciría a la denegación del derecho solicitado, o bien b) el período de cotización puede completarse o haberse completado con cotizaciones anteriores no consumidas, efectuadas por cuenta del asegurado precisamente en el empleo respecto del cual se le ha declarado luego en situación de incapacidad permanente total con derecho a pensión, lo que llevaría a la solución contraria estimatoria de la demanda.

Tanto la sentencia de instancia como la sentencia de suplicación dictadas en el presente caso se han inclinado por la solución a), considerando ajustada a ley la denegación por parte de la entidad gestora del derecho a prestaciones reclamado. El razonamiento de la resolución impugnada de la Sala de lo Social de Cataluña para justificar tal decisión desestimatoria viene a decir que no cabe conseguir una prestación de desempleo o pérdida de empleo para la que no se ha cotizado singularmente en la cuantía mínima exigida por la ley; de lo contrario —sigue el argumento de la propia Sala— «se estaría indemnizando la pérdida de un nuevo trabajo sin el requisito de tener la correspondiente carencia».

Por la solución contraria se ha inclinado, en cambio, la sentencia aportada para comparación, dictada en fecha 14 de abril de 2005 por la Sala de lo Social de Canarias (Tenerife) en un caso sustancialmente igual. Argumenta la citada Sala en esta resolución que, al derivar la pensión de incapacidad total de un accidente de trabajo, no fue necesario «computar cotización alguna» para el reconocimiento de dicha prestación, por lo que las cotizaciones anteriores a la situación de incapacidad total no se han agotado y pueden ser aplicadas al desempleo generado posteriormente.

Sobre el tema objeto de la presente controversia se ha pronunciado con carácter general esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que figuran STS 27-3-2000 y

STS 19-2-1996, que citan a su vez otros precedentes del propio Tribunal Supremo, como STS 26-2-1997 o STS 31-1-1995, o incluso del extinguido Tribunal Central de Trabajo. De acuerdo con esta reiterada doctrina jurisprudencial, el asegurado-pensionista de incapacidad total sólo puede adquirir derecho a prestación por desempleo por pérdida (o suspensión) de un nuevo empleo o trabajo desempeñado cuando ha completado respecto del referido nuevo trabajo el período mínimo de cotización (días de «ocupación cotizada») exigido en el art. 210 LGSS, sin que las cotizaciones anteriores a la situación de incapacidad puedan ser tenidas en cuenta a tal efecto.

Las razones expuestas en las sentencias citadas a favor de la doctrina reseñada se pueden resumir como sigue: 1) La pérdida o suspensión del empleo que es el hecho causante de la prestación de desempleo se ha de referir lógicamente a la nueva ocupación y no a la anterior, puesto que a partir de la declaración de incapacidad permanente total el desempeño de tal ocupación anterior ha devenido «imposible jurídicamente» (STS 19-2-1996, citada); y 2) las «cotizaciones previas» al reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total «sirven para fundamentar ambos beneficios sociales» respecto de la pérdida de empleo anterior, cuando el asegurado ha optado por el agotamiento de la prestación de desempleo antes de percibir la pensión de incapacidad total (art. 16.2 RD 625/1985), pero no pueden ser aplicadas a una futura prestación de desempleo respecto de una «ocupación compatible», «pues ello supondría conculcar la regla de la incompatibilidad», que impide la «percepción simultánea» de ambas prestaciones (STS 27-3-2000, citada).

Estas razones siguen siendo plenamente válidas. En efecto, el hecho causante de la prestación contributiva de desempleo no es en abstracto la situación de privación de una ocupación, sino concretamente la pérdida del empleo por parte de quién había estado incorporado al mercado de trabajo durante un tiempo mínimo de ocupación cotizada. Y la ocupación cotizada a tener en cuenta no puede ser la correspondiente a un empleo anterior, cuya privación por incapacidad total ya ha dado lugar al reconocimiento de una pensión, sino la determinada por el empleo o empleos posteriores compatibles con la situación de pensionista.

Por tanto El Tribunal Supremo resuelve desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 3 de noviembre de 2009.

F) Gestión, Financiación y Pago

En la **STSJ de Andalucía de 21 de octubre de 2010,** IL J 151/2011, se deriva lo siguiente de los antecedentes de hecho: el actor resultó despedido el día 28 julio 2004 por la empresa «Real Círculo de Labradores y Propietarios de Sevilla», declarándose improcedente el mismo por sentencia del juzgado de lo social número nueve de Sevilla de fecha 26 de septiembre de 2005. Posteriormente la empresa optó por la readmisión del trabajador con fecha 21 octubre 2005.

Por resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de 16 diciembre 2008, se requirió a la expresada empresa, al abono de la suma de 13.174,52 € por el abono de la prestación de desempleo efectuada al trabajador en los períodos de 1 de julio de 2004 a 30 septiembre 2004, así como de 1 de noviembre de 2004 a 23 octubre 2005. Dichas sumas habrían de detraerse de los salarios de tramitación que hubieran de abonarse al trabajador.

Interpuso demanda la expresada empresa, en solicitud de que se declarase la inexistencia de dicha responsabilidad. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de Sevilla de 9 abril de 2010 estimó la demanda interpuesta, dejando sin efecto la resolución de 16 diciembre 2008 y declarando no existir responsabilidad alguna de la parte actora respecto de las prestaciones por desempleo percibidas por el demandado.

Se alza frente a la misma en suplicación la Entidad Gestora demandada, alegando un único motivos al amparo del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral para examinar la infracción

de normas sustantivas o de jurisprudencia, invocando como conculcado el artículo 209 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en sus apartados 4, 5 y 6. Contra lo que se declara en el fundamento segundo de la sentencia, considera la recurrente que no se ha acreditado en autos que el trabajador continuase con posterioridad a su despido en labores de administración y gerencia de «Servimónica, S.L.». El objeto del proceso era el de determinar la posible responsabilidad del «Real Círculo de Labradores y Propietarios de Sevilla», y habiéndose declarado judicialmente improcedente el despido, con abono en todo caso de los oportunos salarios de tramitación. La empresa optó por la readmisión del trabajador y abonos de dichos salarios, lo que motivó el dictado de la resolución del s Servicio Público de Empleo Estatal de 16 diciembre 2008 exigiendo la responsabilidad de la empresa sobre el pago de la prestación abonada al trabajador. Considera que a la vista del precepto invocado, el reconocimiento de la prestación por desempleo tras la decisión instintiva tiene un claro carácter provisional y no definitivo, habiéndose de esperar la incidencia que en el mismo pudiera tener el derecho a percibir salarios de tramitación. Es por ello que considera que el recurrente el deber de ser absuelto de las pretensiones contenidas en la demanda frente al mismo.

La resolución administrativa que se impugnan los presentes autos reclamaba a la empresa «Real Círculo de Labradores y Propietarios de Sevilla», el reintegro de las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador en los períodos más arriba indicados y en razón de considerar que dicho abono debía descontarse de los salarios de tramitación que correspondían a aquél. La sentencia de instancia parte de la afirmación de que el trabajador se encontraba trabajando «con posterioridad al despido» en labores de administración y gerencia de una empresa distinta. Por ello habría de considerarse que el mismo no se encontraba en desempleo.

Sin embargo, ello no resulta del relato de hechos probados de la propia sentencia dictada, que en su ordinal primero refiere el despido del trabajador de la empresa «Servimónica S.L.» el 30 junio 2004, no constando que posteriormente hubiese desempeñado actividad alguna en la misma. Por su parte, la sentencia de despido anteriormente dictada tampoco contiene mención una alguna a dicho extremo, aunque sí a la petición de una excedencia voluntaria solicitada por el trabajador para desempeñar servicios en la primera empresa antes citada. La sentencia de instancia por su parte, tampoco indica el precepto legal en el que funde su decisión.

En puridad por lo tanto, habrá de dilucidarse si corresponde o no el reintegro por parte del «Real Círculo de Labradores y Propietarios de Sevilla», de las prestaciones por desempleo que le fueron reclamadas, en torno a los datos objetivamente suministrados por la propia sentencia recorrida.

No parece que pueda dudarse en el caso estudiado de la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 209, 5 b) del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social. El apartado a) del expresado precepto se refiere a los supuestos de declaración de improcedencia del despido cuando se opte por el abono de la oportuna indemnización; mientras que en el apartado c) se recogen los supuestos de extinción de la relación laboral a virtud de lo dispuesto en los artículos 279 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral. Manifiesta el precepto de referencia, que «Cuando, como consecuencia de la reclamación o el recurso se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, o aunque aquélla no se produzca en el supuesto al que se refiere el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral, las cantidades percibidas por éste en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador.

En tal caso, la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se aplicará lo establecido en el apartado 1 del artículo 227 de esta Ley, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente

responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario.

En los supuestos a que se refiere esta letra, el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos».

En el caso de autos por lo tanto, si la empresa abonó los salarios de tramitación como se recoge en el propio escrito de recurso, poca duda cabe de que corresponde igualmente el reintegro de las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador.

La cuestión surge cuando al tiempo de la reclamación por parte de la Entidad Gestora de las prestaciones indebidamente abonadas, la empleadora había realizado el pago íntegro de los salarios debidos, sin descuento alguno sobre aquéllas. En tal caso, el criterio, con el que se manifiesta conformidad, debe ser el puesto de relieve por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de marzo de 2009 cuando manifiesta, según el cual,

> «Así las cosas, en el presente caso el único responsable, la empresa, que la norma establece —*ex* art. 209.5 LGSS—, ya ha cumplido con su obligación de abonar los salarios de tramitación, de forma que queda liberado de la obligación legal de descontar la prestación contributiva de desempleo percibida por el trabajador del importe de los salarios de tramitación correspondientes, sin que por tanto tenga que repetir contra el trabajador que ha cobrado la prestación indebidamente, sin perjuicio de su responsabilidad en la obligación de solicitar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido para proceder a la cotización del período correspondiente a dichos salarios de tramitación.
>
> En suma, la empresa como deudora de los salarios de tramitación queda liberada de la obligación una vez se haya producido su pago —*ex* art. 1164 Código Civil— sin que se le haya requerido previamente a que retuviera el importe de la deuda; y por tanto, la empresa no es responsable directa del pago de la prestación por desempleo contributiva percibida por el trabajador despedido, sin perjuicio de la facultad del SPEE de reclamar directamente el reintegro por causas no imputables al trabajador preceptor de la prestación contributiva de desempleo el importe indebidamente percibido. (En este sentido, esta Sala, sentencia resolutoria del recurso de suplicación núm. 1639/08 y STSJ. Cataluña de 2 de mayo de 2005).
>
> Las anteriores consideraciones son suficientes para estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia pero la Sala también quiere hacer suyo el razonamiento teleológico o finalista empleado por el TSJ. Madrid, en sentencia de 17 de marzo de 2006 cuando afirma que: «La razón de ser de la regla antes citada se comprende fácilmente: se trata de sustituir la prestación por desempleo por los salarios de tramitación, pero en lugar de hacer una triple operación (el trabajador devuelve al INEM la prestación y el empresario le paga la totalidad de los salarios, al tiempo que ingresa las cuotas de seguridad social en esa entidad gestora), opta por un sistema más sencillo, como es que el empresario abone al trabajador la diferencia entre lo que éste cobró por desempleo y el importe total de salarios a que tiene derecho, procediendo aquél a ingresar en el INEM el importe de la prestación y de las cuotas. Se trata, en realidad, de una norma legal que combina dos instituciones legales como son la autorización de pago a un tercero, que aquí opera por disposición legal (el trabajador ha de devolver al empresario el importe de la prestación por desempleo con destino al INEM) y la compensación de créditos (tal devolución no ha de hacerse físicamente, ya que el empresario, a su vez, debe al trabajador ese mismo importe, en concepto de salarios de tramitación, con la consiguiente extinción de ambas obligaciones por compensación: art. 1195 CC. Bien se ve, pues, que la obligación de reintegro de la prestación al INEM por parte del empresario es simple consecuencia de que en el abono de los salarios de tramitación al trabajador ha descontado el importe de esa prestación. Por tanto, en los casos en los que el descuento no se ha realizado, habiéndose abonado íntegramente el importe de los salarios de tramitación correspondiente al período de abono de la prestación tal y como hizo la empresa deja de operar la doble institución mencionada, siendo el trabajador quien queda obligado a devolver directamente el INEM el importe de ésta, estando legitimado dicho Instituto para exigirle directamente el reintegro».

Idéntico criterio deberá aplicarse por tanto en el supuesto de autos, referido a la reclamación efectuada por la Entidad Gestora a la empleadora. Nada se ha mencionado en autos sobre el cumplimiento de lo previsto en el artículo 230 g) del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social cuando recoge entre las obligaciones de los empresarios la de comunicar la readmisión del trabajador despedido en el plazo de cinco días desde que se produzca e ingresar en la Entidad Gestora competente las prestaciones satisfechas por ésta a los trabajadores en los supuestos regulados en el apartado 5 del artículo 209 de esta Ley.

Debe confirmarse en consecuencia la sentencia dictada en instancia, previa desestimación del recurso de suplicación frente a ella interpuesto, si bien por fundamentos distintos de los recogidos en aquélla. Dado que la pretensión entablada se circunscribía exclusivamente a la anulación de la resolución administrativa, únicamente dirigida frente a la empleadora y no frente al trabajador, puede mantenerse el pronunciamiento absolutorio establecido por la sentencia de instancia respecto de dicho trabajador codemandado.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

Jubilación parcial y personal estatutario

En la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de julio de 2010,** IL J 2025, se declara que las normas sobre jubilación parcial no resultan aplicables, en este momento, al personal que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado, que por el momento, no tienen regulado el derecho a la jubilación parcial y anticipada. La Sentencia establece que el art. 26.4 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud reconoce la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social. El art. 166.4 LGSS remite el régimen jurídico de la jubilación parcial al desarrollo reglamentario y se refiere a «trabajadores», por lo que no resulta aplicable al personal estatutario, que ha sido definido en el citado Estatuto Marco como «relación funcionarial especial». Abunda en esta interpretación la Disp. Adicional 7.ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que establece un plazo para que el Gobierno presente un estudio sobre la aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos. En consecuencia la jubilación parcial del personal estatutario no es posible mientras no se desarrolle reglamentariamente el art. 166 LGSS respecto a ese colectivo.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

Modificación de la base reguladora

El plazo de retroactividad que debe aplicarse a los efectos económicos derivados de la modificación de la base reguladora se plantea en la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de abril de 2010,** IL J 2014. El objeto de la Sentencia es la aplicación al caso concreto del art. 43.1 LGSS (añadido por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre), conforme al cual «si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en

los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el art. 45».

En este caso, en la Sentencia se declara que no puede aplicarse la excepción de error material o error aritmético, ya que la modificación de la base reguladora no se debió a un error de la Entidad Gestora, porque la misma la reconoció con arreglo a las cotizaciones que la empresa había efectuado, al entender que la relación (de vendedor de la ONCE) era la de representante de comercio y no la común, hasta que por una interpretación jurisprudencial se cambió el concepto de dicha relación y se recogió ya en los convenios, es decir, que se debió a un concepto jurídico o interpretación jurisprudencial de la naturaleza de la relación, como así se consideró también en diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y el propio Tribunal Supremo.

Igualmente, en la sentencia se considera la inexistencia de discriminación al aplicar el plazo de tres meses, ya que se ha producido una modificación legislativa y la misma debe aplicarse, sin que suponga un ataque al derecho de igualdad, porque de lo contrario se llegaría a la conclusión de proscribirse toda modificación legislativa, máxime que limita derechos a personas que aún no los habían consolidado cuando la misma entró en vigor.

Cálculo de la base reguladora

La cuestión que se resuelve en la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 8 de noviembre de 2010,** IL J 2273, es determinar si, al amparo de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 53/1999, de incompatibilidades, cabe aplicar la denominada «teoría del paréntesis» en relación con las cotizaciones que un trabajador efectuó hasta el año 1988 a la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación que se le concedió en el año 2002 en el Régimen General de la Seguridad Social. En concreto, se discute si dicha D.A. 1.ª ha de tener incidencia, estableciéndose, como muestra del respeto a los derechos de Seguridad Social adquiridos o en trance de adquisición, un «paréntesis» que debe alcanzar desde la fecha de declaración de la incompatibilidad en el desempeño del puesto que el actor tenía en el Ayuntamiento, en relación con el del Hospital Clínico, hasta la fecha de la jubilación, de manera que la totalidad de las cotizaciones efectuadas a la MUNPAL se incluyan en el tiempo hábil elegido para el cálculo de la base reguladora, sumándose a las que realmente se tuvieron en cuenta y que fueron efectuadas en el Régimen General.

La sentencia establece que el art. 162.1 LGSS contiene la norma específica que ha de regir el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación contributiva en el RGSS y a ella ha de estarse porque la D.A. 1.ª de la Ley 53/1984 solo garantiza la conservación de los derechos consolidados o en trámite de consolidación en materia de Seguridad Social. Con arreglo al art. 1 del RD 480/1993, la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local en el del RGSS, que se produjo con efectos de 1 de abril de 1993, significó que a partir de esa fecha las pensiones del sistema integrado se causarían en el referido RGSS, con las particularidades del propio reglamento. Por otro parte, el demandante ya tenía acreditadas suficientes cotizaciones para acceder a la jubilación, con arreglo al art. 45 de la Orden de 27 de diciembre de 1975, por la que se revisan los Estatutos de la MUNPAL. No obstante, el trabajador no reunía entonces el requisito de edad, razón por la que resultaba aplicable la norma especial prevista en la D.T. 2.ª del RD 480/1993. Esta era la vía específica de protección de los eventuales derechos que pudiesen corresponder al mutualista y el camino.

En el caso concreto, la Sentencia declara que no cabe la aplicación de la «teoría del paréntesis» a una situación en la que la aplicación de las normas a que se ha hecho referencia contienen el conjunto normativo completo que señala la manera de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación contributiva, incluso en aquellos casos en los que por aplicación de la Ley 53/1984, de incompatibilidades, el demandante hubo de cesar en el empleo que motivó hasta entonces su inclusión en el sistema de la MUNPAL.

Determinación del porcentaje de la base reguladora y responsabilidad por falta de alta y cotización

El supuesto que resuelve la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 17 de noviembre de 2010,** IL J 2287, se refiere a la elevación del porcentaje de la base reguladora de una profesora de religión. Se plantea la cuestión de la determinación del porcentaje de la pensión de jubilación de los días trabajados, sin estar en alta cotizando por los profesores de religión y de la incidencia como personal docente a través de la Ley **50/1998 de 30 de diciembre,** en términos de cuál sea la extensión de la responsabilidad del empleador público. Se recuerda al respecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 7 de julio de 2009, 29 de octubre de 2009 y 27 de abril de 2010, en la se declaró el carácter laboral de la relación jurídica y determinaron que el verdadero empresario es la Administración Pública contratante y no la Autoridad religiosa proponente. Se establece en la sentencia que, conforme al art. 15.1 LGSS, la obligación de cotizar nace desde el momento mismo de iniciación de la actividad correspondiente, y no desde la fecha de firmeza de la posible sentencia declarativa del carácter laboral de la relación.

No existe, pues, base para entender que la empleadora no estaba en condiciones de haber cumplido con sus obligaciones de seguridad social con respecto a su trabajadora, ni, en consecuencia, para exonerarle de responsabilidad por tal causa, sin perjuicio de la flexibilización que surge de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad en materia de seguridad social y los supuestos de aplicación del principio de proporcionalidad en la responsabilidad (en la sentencia se hace un repaso de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la aplicación de dicho principio de proporcionalidad).

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

La **STSJ Baleares de 27 de julio de 2010**, IL J 2079, aplica la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del concepto de «profesión habitual» (*ex* art. 137 LGSS y art. 11.2 OM de 15 de abril de 1969) a efectos invalidantes. Conforme a dicha doctrina, profesión «habitual» es la ejercida prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante. «Profesión habitual», a efectos de la calificación de invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone a uno muy prolongado anterior, se haya accedido a otra profesión más liviana.

d') Incapacidad permanente absoluta

La **STSJ Valencia de 1 de julio de 2010**, IL J 2259, revoca una sentencia de instancia y reconoce una IPA, en la consideración de que dicha incapacidad «no sólo debe ser reconocida al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquel que aun con aptitudes para ciertas tareas, no tenga facultades para consumarlas con eficacia»; para esta finalidad, «hay que valorar más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstas en sí mismas, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar sin posibilidades de consumar a quien los sufre las faenas que corresponden a un oficio siquiera sea el más simple, de los que, como actividad productiva retribuida, con una u otra categoría profesional, se dan el en seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen».

c) Prestaciones económicas.

b') Base reguladora de las prestaciones.

Los efectos económicos de la revisión de la base reguladora de una prestación por IPA no se fijan desde el momento de la concesión inicial de la misma, sino que debe aplicarse como fecha de efectos

el plazo de retroacción de tres meses desde la solicitud de revisión establecido, tal como establece el art. 43 LGSS (según la redacción dada por la Ley 42/2006). Regla de retroactividad máxima que solamente opera en los supuestos en los que no se trate de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, ni cuando la revisión derive de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas del art. 45 LGSS. Los errores materiales de cálculo de la base reguladora habrán de ser errores apreciables de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno, sin incluir los relativos a una «defectuosa interpretación en orden a la calificación de la naturaleza del vínculo laboral y de la correspondiente cotización en los años precedentes… cuando no en el de la simple evolución jurisprudencial» [**STS de 4 de octubre de 2010**, IL J 1862].

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

c) Prestaciones a favor de familiares

Para que nazca la prestación —pensión— en favor de familiares, se requiere, en cumplimiento del artículo 176 de la LGSS en relación con el artículo 22.1.c) de la OM de 13 de febrero de 1967, que se acredite «convivencia con el causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél»; en interpretación del éste requisito, el carecer de medios propios de vida en la pensión a favor de familiares, la doctrina del Supremo (entre otras la STS de 26 de diciembre de 2007), reitera que se reúne cuando el beneficiario de la prestación no percibe una renta equivalente o superior al salario mínimo interprofesional (doctrina que sigue siendo aplicable tras la publicación del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, pues el indicador público de rentas de efectos múltiples no es de aplicación para el reconocimiento de ésta prestación). Además de tomar esa referencia, otro de los aspectos controvertidos es el período de cómputo de dicho requisito de carencia de rentas, pues éste requisito se exige también en otras prestaciones de naturaleza próxima a la que aquí nos referimos (véase el período exigido en las pensiones no contributivas o en el subsidio por desempleo). Como recuerda **la STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2011**, IL J 2317, «la línea doctrinal que prevalece actualmente se inclina por el cómputo de un período de tiempo no prolongado pero de cierta duración que permita apreciar con perspectiva y una mínima estabilidad, la situación económica del beneficiario» (cita la STS, sala general, de 19 de mayo de 2004).

Como ya hemos comentado en éstas páginas, para la pensión a favor de familiares, este período de tiempo viene fijado por norma reglamentaria y no en la Ley General (pues se ha realizado una habilitación expresa para ello) y en concreto se ha establecido un período de dos años: es decir, si como sucede en el caso que juzga la sentencia arriba citada, en los dos últimos años anteriores al fallecimiento del causante, las rentas de distintas fuentes ingresadas en el patrimonio del familiar solicitante de la prestación superan el importe del salario mínimo interprofesional, se ha de concluir que no se cumple el requisito legal establecido en el artículo 176.2.d) de la LGSS, en relación con el artículo 40.1.d) del decreto 3158/1966 de 23 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
M.ª NIEVES MORENO VIDA
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA
SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario

1. CUESTIONES PRELIMINARES.
2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza.

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de Seguridad Social.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se comentan las principales novedades normativas y judiciales aparecidas en el último período en materia de Derecho Administrativo Laboral.

a) En la esfera normativa, la norma por excelencia a remarcar es el RD 772/2011, de 3 de junio, por el que se lleva a cabo una amplia e importante reforma del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Las modificaciones introducidas, con vigencia desde 21 de septiembre de 2011, responden fundamentalmente a la necesidad de adaptarse a las novedades que, tanto en el plano legal como en la jurisprudencia constitucional, se han ido produciendo sobre esta materia en los últimos tiempos. Un repaso rápido al abundante número de preceptos modificados permite dar cuenta del calado de la reforma.

De entrada, se modifican diversos apartados del art. 4 RD 928/1998, a fin de revisar la atribución de competencias sancionadoras. También se da nueva redacción a su art. 5.1, dedicado a la concurrencia de sanciones administrativas con el orden jurisdiccional penal. A su vez, se modifican el art. 7 —sobre prescripción y cosa resuelta— y el art. 10 —en materia de colaboración entre la Inspección de Trabajo y otros órganos administrativos—. A efectos de reflejar el reajuste realizado en el procedimiento administrativo y algunos otros aspectos, se reforma el art. 14, relativo al contenido de las actas de infracción y con nueva regulación de la reincidencia; se modifica también el art. 16, sobre acumulación de infracciones, a efectos de añadir que no sólo se respetará la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, sino también entre los propios órganos de la Administración estatal; e igualmente, se cambia el tenor del art. 17, sobre notificación del acta de infracción y alegaciones. Relevante, sin duda, es la modificación introducida en el art. 18 y la incorporación de un nuevo art. 18 bis: ambos preceptos, respectivamente dedicados a la tramitación e instrucción del expediente sancionador en el ámbito de competencias de las CCAA y de la Administración General del Estado, persiguen el doble objetivo de, por un lado, concretar el órgano instructor —en el primer caso, el que determine la normativa autonómica conforme a la STC 51/2006 y, en el segundo, atribuyendo tal competencia a la Jefatura de Unidad Especializada de Seguridad Social—, y, por otro, reordenar la hasta ahora confusa delimitación de actuaciones entre la fase instructora y la fase

de resolución. Como fruto del anterior reajuste, y de la necesidad de adaptación normativa al nuevo articulado de la LISOS, se introducen algunos cambios en la letra del art. 19 RD 928/1998, en el que se regula el procedimiento de oficio ante la jurisdicción social. También en su art. 20.3 se incorporan algunas aclaraciones sobre el plazo máximo de resolución del expediente sancionador y sus criterios de cómputo. Y lo mismo sucede con la redacción del art. 21.2, centrado ahora en los supuestos en que la resolución se haya dictado por entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social o por el Servicio Público de Empleo Estatal. Por su parte, también el art. 25 experimenta algunos ligeros cambios en su regulación de la recaudación del importe de las sanciones.

Ya por lo que se refiere a la regulación del expediente de liquidación en el RD 928/1998, son varios también los preceptos modificados: los arts. 29.3 y 30.5 —en relación a algunas peculiaridades y efectos de la propuesta de liquidación—, el art. 33 –sobre notificación y resolución de las actas de liquidación— y el art. 34 —relativo a las actas de liquidación concurrentes con actas de infracción por los mismos hechos—. Buena parte de estos cambios son consecuencia de la necesidad de ajustarse a la nueva redacción dada al art. 31 LGSS por la Ley 26/2009, mediante la que, como ya se comentó en la correspondiente crónica, se trasladó a la Tesorería General de Seguridad Social la competencia para elevar a definitivas las actas de liquidación y para resolver las actas de infracción coordinadas con actas de liquidación por los mismos hechos.

Finalmente, también se modifica el capítulo VII del RD 928/1998, titulado ahora «Procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social». Esta modificación responde básicamente a la nueva redacción dada también por la Ley 26/2009 al art. 48 LISOS, mediante el que se trasladó a la Entidad Gestora competente la función de imponer sanciones por infracciones muy graves de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social. El necesario ajuste a este tenor legal justifica la nueva redacción de los arts. 37 y 38 RD 928/1998. A su vez, se aprovecha la ocasión para incorporar un nuevo art. 37 bis, dirigido a regular el procedimiento para la imposición de sanciones leves y graves a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social.

Las anteriores no son las únicas modificaciones producidas por la llegada del RD 772/2011, pues a través de él también se introducen mínimos cambios en preceptos concretos de otras normas reglamentarias ligadas al ámbito de la Seguridad Social: el art. 35.1.2.º del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996), el art. 20 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995), y de manera especial por su vinculación con nuestro tema de estudio hay que hacer mención a las variaciones experimentadas por el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004), en el que además de revisarse el art. 54.4, se da nueva redacción a su art. 74, dedicado a las sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social.

En comparación con las importantes reformas introducidas por el comentado RD 772/2011, mucho menor es el impacto que producen otras dos normas reglamentarias, de contenido organizativo, aprobadas también en el período analizado. La primera de ellas, de ámbito estatal, es el RD 777/2011, de 3 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración. La segunda, dictada en la Comunidad Autónoma murciana, es el Decreto 23/2011, de 25 de febrero, que modifica el Decreto 284/2009, regulador de la competencia para resolver los expedientes sancionadores sobre infracciones en el orden social en el ámbito de la Región de Murcia (IL 1094/2011).

b) Junto a estas novedades normativas, la crónica da también cuenta de las sentencias publicadas en materia administrativa laboral en los números 1 a 4 de 2011 de la revista *Información Laboral*. Lo cierto es que el número de pronunciamientos a destacar resulta limitado, si bien, no puede pasarse por alto la **STC 121/2010, de 29 de noviembre,** IL J 10/2011, en la que se delimita la naturaleza y calificación que merece el retraso en el pago de un recurso de la Seguridad Social distinto a las cuotas [*infra*, 2.B)].

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

La presunción de veracidad de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo es objeto de atención en la **STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2010,** Sala Social, IL J 285/2011. En ella se reitera la conocida doctrina jurisprudencial sobre el alcance de esta fuerza probatoria —limitada a los hechos y sin extenderse a las calificaciones jurídicas—, con referencia asimismo al carácter *iuris tantum* de la presunción. Dado su reiterado comentario en estas crónicas, más que insistir en estas cuestiones, quizá el mayor interés de la Sentencia reside en la virtualidad que esta eficacia probatoria alcanza en el caso enjuiciado, en la medida en que el contenido del acta inspectora se admite en el juicio como indicio suficiente para que proceda la inversión de la carga de la prueba prevista en los arts. 96 y 179.2 LPL para los casos en que se alega la vulneración de un derecho fundamental. Concretamente, en el contexto de una demanda de extinción del contrato de trabajo *ex* art. 50 ET, el Tribunal considera que los hechos descritos en el acta resultan muy reveladores «de la existencia de indicios o sospechas fundadas de vulneración de derechos fundamentales, y en concreto a la dignidad de la trabajadora», y dado que la empresa no ha demostrado que su conducta resulte razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental, finalmente la Sentencia declara la contravención de este derecho y el reconocimiento, en favor de la demandante, de la indemnización adicional prevista en el art. 180.1 LPL.

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de Seguridad Social

En este apartado cabe hacer mención a la **STC 121/2010, de 29 de noviembre,** IL J 10/2011, mediante la que se afirma el carácter resarcitorio y preventivo —y no sancionador o represivo— del recargo de mora por deudas con la Seguridad Social distintas de las cuotas y que se ingresan fuera de plazo —previsión que en el momento de plantearse el litigio se reconduce al art. 28 LGSS, equivalente, con algunas variaciones, al actual art. 27.2 LGSS—. En concreto, en el supuesto enjuiciado, esta afirmación general se efectúa a propósito del recargo impuesto a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que había ingresado con retraso la aportación correspondiente al capital-coste de la pensión de incapacidad permanente total de un trabajador. Y lógicamente, la comentada negación de la naturaleza punitiva del recargo lleva al Tribunal Constitucional a descartar que su previsión reguladora quede sujeta a los principios establecidos en los arts. 24.2 y 25 CE.

Pero además, al hilo de sus razonamientos y de ahí su mención en este epígrafe, la STC 121/2010 señala que ese retraso de la Mutua en el pago de dicho capital-coste no constituye un ilícito que encuentre cabida en el actual art. 29.2 LISOS, por el que se tipifica como infracción muy grave la conducta de las Mutuas de «no contribuir en la medida que proceda al sostenimiento económico de los Servicios comunes de la Seguridad Social». Tal parecer se justifica en el hecho de que el Reglamento General de Recaudación —tanto el anterior como el actual— identifica el capital-coste como un recurso distinto a las aportaciones para el sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la Seguridad Social [art. 1.1.c) y d) del vigente RD 1415/2004].

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) Sociedad cooperativa y socio trabajador.
   B) Administradores sociales. Teoría del vínculo.
   C) Contrato de grupo.
   D) Controversia derivada de un pliego de condiciones.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.

   A) ERE. Reclamación por despido.
   B) Impugnación de la resolución que fija los servicios mínimos de huelga.
   C) Inexistencia de relación laboral.

      a) Transportistas.
      b) Abogado de presta servicios para una confederación de empresarios.

   D) Reclamación de cantidad. Negocio diferente a la relación laboral.
   E) TRADE.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. ¿INCOMPARECENCIA DEL AUTOR?.
5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. PLAZO. PERMISOS POR LACTANCIA Y REDUCCIÓN DE JORNADA.
6. EXCEPCIONES.

   A) Caducidad.
   B) Cosa juzgada.
   C) Prescripción.
   D) Inadecuación de procedimiento.
   E) Falta de legitimación activa.
   F) Compensación de deudas.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. PRUEBA ILÍCITA. CONTROL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS DE LA EMPRESA: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.
8 DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

   A) Prestación por desempleo y salarios de tramitación.
   B) Exención.
   C) Responsabilidad del Estado.
   D) Despido nulo. Descuentos por retribución percibida en otro empleo.

9. RECURSO DE SUPLICACIÓN.

A) Acceso al recurso.

a) Modificación sustancial de condiciones.
b) Clasificación profesional: falta esencial del procedimiento.
c) Afectación general.

B) Inadmisión. Interposición fuera de plazo pero dentro del concedido indebidamente por el juzgado.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

A) Falta de contradicción.
B) Incompetencia funcional por razón de la cuantía.

11. RECURSO DE REVISIÓN.

A) Sentencia penal y proceso de despido.
B) Documentos que habilitan el recurso.
C) Maquinación fraudulenta.

12. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DESPIDO. INCIDENTE DE NO READMISIÓN.

---

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 1 al 4 (ambos inclusive) del año 2011 de la *Revista Información Laboral*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Sociedad cooperativa y socio trabajador

La jurisdicción social es competente para entender de un conflicto entre un socio-trabajador y la sociedad cooperativa de la que era miembro, según la **STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2010**, IL J 144/2011. Entiende este pronunciamiento que la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas no ha querido introducir variación alguna en la distribución de competencias entre el orden social y el civil, manteniendo la competencia de la jurisdicción social para las controversias entre la cooperativa y sus socios-trabajadores «en su condición de tales», y atribuyendo al orden civil únicamente «los conflictos no basados en la prestación de trabajo, o sus efectos».

B) Administradores sociales. Teoría del vínculo

La **STSJ del País Vasco de 7 de junio de 2010**, IL J 1970/2011 considera que el orden social es competente para decidir sobre la reclamación de cantidad de un Director General, que a la vez desempeñaba el cargo de Presidente del Consejo de Administración y que reclamaba la retribución por asistencia al Consejo de Administración. En opinión del TSJ prevalece la relación laboral de alta dirección, pues el director general fue designado para su cargo mercantil tras haber suscrito un contrato de trabajo para la llevanza de la dirección efectiva de la sociedad; por lo demás, no consta su condición de accio-

nista ni de consejero independiente. Asimismo, se atribuye competencia al orden social interpretando *a sensu* contrario el art. 1.3.c) ET, por cuanto su actividad no se limitaba «(...) pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración (...)».

C) Contrato de grupo

Dejando a un lado el análisis sobre los elementos configuradores del contrato de grupo y del trabajo en común —art. 10 ET—, la **STSJ de Extremadura de 18 de noviembre 2010,** IL J 280/2011, llega a la conclusión de que, existiendo un contrato de trabajo —ya sea individual o de grupo—, será competente para conocer de las controversias surgidas en torno a él la jurisdicción social.

D) Controversia derivada de un pliego de condiciones

La **STS de 20 de septiembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 1858/2011, declara la competencia de la jurisdicción social para entender de una controversia con origen en un pliego de condiciones de un contrato administrativo. Concluye así al Tribunal porque parte del contenido del pliego traía causa de lo pactado en un acuerdo con análoga naturaleza a un convenio colectivo. En parecido sentido se pronuncia la **STS de 10 de septiembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 1846/2011: atribuye competencia al orden social para conocer de una reclamación referida a la anulación de parte de una resolución administrativa, derivado de un incumplimiento de las formalidades previstas en el convenio colectivo aplicable. Sin embargo, se rechaza la competencia para conocer de la anulación formal de esa resolución.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) ERE. Reclamación por despido

La **STS de 7 de febrero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 475/2011, estima la excepción de incompetencia de jurisdicción social planteada ante la demanda de despido —como consecuencia de una sucesión de empresa— de un trabajador afectado por un ERE anterior. Se justifica la decisión en que la resolución de la autoridad laboral que autorizó el ERE había analizado en su momento si concurrían los requisitos de la sucesión de empresas o no. Por el contrario, esta sentencia considera competente al orden social para analizar la pretensión de despido —por cesión ilegal— del mismo trabajador, puesto que no fue planteada ni resuelta en el ERE.

B) Impugnación de la resolución que fija los servicios mínimos de huelga

Es competente la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los requisitos para establecer los servicios mínimos de una huelga, pese a que no se solicite la declaración de nulidad del acto administrativo que fija estos servicios. Así lo ha entendido la **SAN de 20 de octubre de 2010**, IL J 147/2011, con fundamento en que se estaría decidiendo sobre la legalidad del acto administrativo, y ello aun cuando se juzgue aisladamente sobre la concurrencia de los presupuestos para dicha validez —necesariedad de la medida, proporcionalidad, fundamentación, imparcialidad—.

C) Inexistencia de relación laboral

a) Transportistas

La **STSJ de Galicia de 11 de noviembre de 2010**, IL J 258/2011, analiza si se dan las notas de laboralidad en la prestación de servicios de dos conductores que habían firmado con la misma empresa contratos de transporte y distribución de sus productos y que, posteriormente, demandaron a ésta por

despido. Con cita en la STS de 11 de mayo de 2009, Sala Cuarta, el pronunciamiento se decanta por la incompetencia de la jurisdicción social toda vez que los contratos de transporte y distribución no contemplaban prestación exclusiva a favor de la empresa, los vehículos utilizados eran propiedad de cada conductor, siendo también responsabilidad suya el mantenimiento, reparación, seguros y demás gastos de los vehículos. Además, ambos conductores contrataron a otros dos conductores para que les sustituyeran durante los meses de verano.

b) Abogado que presta servicios para una confederación de empresarios

Se declara la incompetencia de la jurisdicción social en relación con los servicios prestados por un abogado a una confederación de empresarios. La **STSJ de La Rioja de 2 de noviembre de 2010**, IL J 219/2011, analiza las diferencias entre el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo; en este supuesto, el actor carecía de horario y solo asesoraba en horas que él señaló, el asesoramiento solo incluía consultas, por cualquier otra función distinta percibía otros honorarios de los asociados, no cobraba un salario sino que emitía minutas con IVA, ejercía libremente la profesión de abogado y, aunque las labores las realizaba en los locales de la federación, considera el Tribunal que eso no constituye por sí solo relación laboral.

D) Reclamación de cantidad. Negocio diferente a la relación laboral

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2010**, IL J J 318/2011, declara la incompetencia de la jurisdicción social en el siguiente contexto: aun cuando se concluye que la relación jurídica entre las partes en litigio es laboral, el objeto de la discusión es la obligación de la empresa de entregarle al trabajador derechos de explotación sobre una planta fotovoltaica o su importe equivalente. Se descarta por el TSJ la naturaleza retributiva —ni salarial ni extrasalarial *ex* art. 26 ET— de este compromiso, por cuanto la obligación consiste en la entrega de un conjunto organizativo y productivo —planta fotovoltaica— por un período no inferior a 40 años, dato que pone de manifiesto la absoluta desconexión con la relación laboral. En definitiva, la materia referida supone un negocio autónomo entre las partes, de causa completamente distinta a la que sustentaba la relación laboral.

E) TRADE

Las **SSTSJ de Cataluña de 22 de octubre** y **10 de noviembre de 2010**, IL J 153/2011 y 542/2011 se pronuncian a favor de la incompetencia de jurisdicción en la controversia entre TRADEs —transportistas— y una empresa respecto a la naturaleza de su relación jurídica —y posibles indemnizaciones asociadas—. Las sentencias entienden que, en los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, el TRADE estaba obligado a comunicar su condición de tal a su cliente, para que éste pudiera ejercer su derecho a optar entre adaptarse a la nueva figura del TRADE o a rescindir la relación. La no transformación del contrato impide a la jurisdicción social conocer del mismo al tratarse de un contrato civil o mercantil.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. ¿INCOMPARECENCIA DEL ACTOR?

La **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2010**, IL J 234/2011, declara la nulidad de actuaciones de un procedimiento en el que el juzgado de instancia entendió que la acción de despido había caducado, y ello por irregularidades en el acto de conciliación administrativo. Con cita de la STC 350/1993 de 22 de noviembre, el TSJ considera, por el contrario, que el actor hizo acto de presencia ante el servicio administrativo y, aunque no presentó su DNI, sí presentó documentos alternativos

para acreditar su identidad —p. ej. autorización temporal para conducir y una tarjeta sanitaria—, lo que elimina la posibilidad de caducidad en la acción de despido por incomparecencia.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. PLAZO. PERMISOS POR LACTANCIA Y REDUCCIÓN DE JORNADA

La **STS de 28 de febrero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 490/2011, analiza si en la modalidad procesal de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares se debe notificar a las partes —incluyendo personas jurídicas— con 15 días de antelación entre citación y juicio —como fija el art. 82 LPL— o es suficiente con 5 días —*ex* art. 138 bis LPL—. La conclusión del TS es que, en esta concreta modalidad procesal, es suficiente con que exista una antelación de 5 días entre la notificación a la persona jurídica y la fecha del juicio, a la vista de las diferentes formas de interpretar las normas —literal, sistemática, teleológica e histórica—.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2010**, IL J 310/2011, resume las peculiaridades del plazo de caducidad en materia de despido: (i) en el cómputo del plazo sólo han de tenerse en cuenta los días hábiles; (ii) asimismo se permite la suspensión del plazo de caducidad por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público competente para tramitarla. La caducidad de la acción de despido se configura, por tanto, como un plazo atípico y *sui generis*, con un régimen distinto al previsto con carácter general en el orden civil.

B) Cosa juzgada

La **SAN de 1 de febrero de 2011**, IL J 655/2011, estima la excepción de cosa juzgada con efecto positivo de una sentencia anterior, que había entrado a conocer sobre la legalidad de determinado artículo de un convenio colectivo anterior, cuya redacción se mantiene en el posterior que ahora se impugna.

C) Prescripción

La **SAN de 30 de marzo de 2011**, IL J 510/2011, reitera que en los procesos de conflicto colectivo que contengan pretensiones declarativas o constitutivas, no puede aplicarse el instituto de la prescripción. Ello sin perjuicio de que pueda esgrimirse en las reclamaciones individuales en las que se pretendan condenas concretas con causa en las sentencias de conflicto colectivo. La **STS de 17 de enero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 32/2011, analiza el régimen jurídico aplicable al plazo de prescripción de una mejora voluntaria de la Seguridad Social y la incidencia que sobre tal extremo pueda tener la previsión de suspensión contenida en el art. 43.3 LGSS. En este sentido, el TS determina que si las diligencias penales tienen un objetivo que no guarda ninguna relación con la existencia de la mejora, el plazo de prescripción no se ve afectado por la citada suspensión. La **STS de 9 de diciembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 56/2011, determina que la demanda de conflicto colectivo tiene eficacia para interrumpir la prescripción en curso de una acción aún viva, pero no para reavivar una acción ya extinguida. En términos similares, la **STS de 25 de octubre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 38/2011, analiza el *dies a quo* para reclamar frente al trabajador la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pacto de

no competencia poscontractual, concluyendo que éste coincide con el momento en que el trabajador incumple el pacto y tal incumplimiento llega a conocimiento del empresario. La **STSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2010**, IL J 627/2011, determina que el plazo para ejercitar la acción de reclamación de indemnización por despido, es un plazo de prescripción y no de caducidad, ya que el trabajador no impugna la extinción de su contrato, sino que reclama el importe de la indemnización que, en definitiva, se constituye como un crédito de cantidad, sujeto a los plazos de prescripción anual del art. 59 ET. La **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2010**, IL J 155/2011, desarrolla la doctrina judicial conforme a la cual el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción exige un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos objeto de sanción, señalando además que este plazo sólo se inicia cuando los hechos son conocidos por un órgano de la empresa dotado de facultades sancionadoras o inspectoras, no siendo suficiente su conocimiento por otros trabajadores. La **STSJ de Extremadura de 11 de octubre de 2010**, IL J 1958/2011, establece que si bien el seguimiento de actuaciones penales para la investigación de hechos complejos, ocultos o de difícil averiguación en lo que a su autoría se refiere, interrumpe el plazo de prescripción de las infracciones de los trabajadores hasta que haya sentencia firme, ésta sólo se aplica si se trata de hechos cuya autoría no está bien determinada, tomándose como referencia en el resto de supuestos el momento en el que la empresa tuvo conocimiento del hecho susceptible de sanción. Finalmente, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de junio de 2010**, IL J 1885/2011, declara que el plazo para el ejercicio de la opción de rescisión por el trabajador prevista en el art. 41 ET es un plazo de prescripción de un año y no un plazo de caducidad.

D) Inadecuación de procedimiento

En el supuesto analizado por la **SAN de 18 de febrero de 2011**, IL J 427/2011, el sindicato demandante planteó conflicto colectivo para reclamar la nulidad de 20 preavisos electorales presentados por otros sindicatos, siendo alegada por éstos la excepción de inadecuación de procedimiento. La SAN estima esta excepción por entender que no se aprecia afectación a un grupo homogéneo de trabajadores, sino al interés particular del sindicato demandante. Por su parte, la **STS de 4 de noviembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 11/2011, resuelve un recurso de casación interpuesto ante un conflicto colectivo por novación de un plus de peligrosidad previsto en el convenio colectivo aplicable. La SAN recurrida había estimado la excepción de inadecuación del proceso especial de conflicto colectivo al entender que el conflicto planteado era un conflicto de intereses y no un conflicto jurídico. Sin embargo, el TS casa y revoca la sentencia recurrida al radicar la solución en la interpretación de una de las disposiciones transitorias del convenio colectivo aplicable, entendiendo que concurren todos los requisitos para calificar el conflicto como jurídico y no de meros intereses. Por último, la **STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2010**, IL J 124/2011, admite la excepción de inadecuación de procedimiento planteada ante la tramitación de la extinción del contrato de un TRADE por la vía del proceso especial de despido. En este sentido, argumenta que el proceso especial de despido sólo es aplicable a las relaciones laborales reguladas en el ET, debiendo sustanciarse por la vía del proceso ordinario los conflictos suscitados por la extinción del contrato de los TRADES.

E) Falta de legitimación activa

¿Concurre la falta de legitimación para interponer recurso de casación en un litigante absuelto en fase suplicación? La **STS de 31 de enero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 397/2011, concluye que, si bien sólo gozan de legitimación para interponer recursos los litigantes que hubieran resultado perjudicados por las sentencias recurridas, debe hacerse extensivo este derecho a aquéllos que pudieran ver afectados sus intereses de manera indirecta, entendiendo que se da esta situación si los derechos del litigante absuelto pudieran verse afectados al recurrir la parte contraria.

F) Compensación de deudas

La **STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2010**, IL J 312/2011, analiza si la oposición empresarial a la demanda de cantidad de un trabajador, pretendiendo la compensación de las cantidades reclamadas con lo adeudado por el trabajador, tiene adecuado encaje entre las excepciones que válidamente puede oponer el demandado al contestar la demanda, o, por el contrario, excede del límite de aquéllas y debe ser objeto de una demanda reconvencional para evitar la indefensión del demandante. La STSJ determina que es válida la excepción de compensación de deudas planteada, por cuanto la empresa no solicita la condena de la demandante al pago de cantidad alguna (lo que debería haber hecho en su caso mediante reconvención), sino que se limita a interesar su propia absolución por extinción de la deuda reclamada al amparo del art. 1202 CC.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. PRUEBA ILÍCITA. CONTROL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS DE LA EMPRESA: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La **STS de 8 de marzo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 455/2011, analiza un supuesto de despido por uso indebido de los medios informáticos de la empresa. La sentencia de instancia declaró el despido procedente, pero ésta fue revocada en suplicación. Contra la sentencia dictada en suplicación recurre la empresa en casación para la unificación de la doctrina. El TS, con cita de la doctrina del TC en materia de derechos fundamentales y de la propia Sala —interesa la lectura de su Fundamento de Derecho Tercero, que resume la problemática en cuestión—, desestima el recurso planteado y declara la nulidad de la prueba obtenida, con fundamento en lo siguiente: no consta que la empresa hubiera establecido reglas para el uso de los medios informáticos, ni informado sobre la implementación de medidas de control sobre su correcto uso; además, la prueba se obtiene a través de una auditoría interna con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y se ha dirigido a averiguar la correcta utilización de éste por parte de todos los empleados, recabando detalle del historial de acceso a internet, páginas visitadas, y dominio y contenido de éstas, lo que implica una vulneración del derecho a la intimidad.

8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Prestación por desempleo y salarios de tramitación

La **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2010**, IL J 610/2011, con cita de doctrina unificada, declara que no existe cobro indebido de prestaciones de desempleo por parte del trabajador, pues aun cuando éste percibió la prestación durante un período en el que además se condenó a la empresa a abonarle los salarios de tramitación, resulta que debido a la insolvencia de la empleadora el trabajador no cobró dichos salarios ni con cargo a ésta ni con cargo al FOGASA.

B) Exención

El reconocimiento de la improcedencia del despido en la propia carta con determinación de la indemnización ofrecida, así como la posterior consignación de ésta en el plazo de las 48 horas siguientes tal y como se anunciaba también en la comunicación de despido, 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. Así lo ha entendido la **STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2010**, IL J 553/2011, con cita de la doctrina de la Sala de lo Social del TS. En este sentido, la Sala rechaza los argumentos de la actora;

a saber: (i) que la indemnización no se puso a su disposición directa, sino que fue consignada en el Juzgado y (ii) que no se informó con posterioridad de que se hubiera efectuado la consignación.

C) Responsabilidad del Estado

Resulta de interés la **STS de 19 de enero de 2011**, IL J 374/2011, analiza la responsabilidad del Estado respecto de las cuotas de seguridad social abonadas por el empresario en relación con los salarios de tramitación. En este caso, la Sala de lo Social concluye que dichas cuotas habrán de reembolsarse al empresario, aun cuando éste no hubiera abonado salarios por encontrarse en trabajador en IT durante la tramitación del proceso de despido. En palabras del TS, interpretar lo contrario supondría para el empresario «(...) un trato peyorativo injustificado por el mero hecho de que el trabajador estuviera enfermo durante el período comprendido entre los sesenta días y la notificación de la sentencia, pues mientras en el supuesto normal se le reintegran tanto salarios, como las cuotas, en caso de incapacidad temporal se le priva del reintegro de las cuotas que, sin embargo, está obligado a abonar (...)». De otro lado, la **STS de 4 de noviembre de 2010**, Sala de lo Social, IL J 1901/2010, declara que la obligación de pago del Estado se extiende hasta la notificación del auto de aclaración de sentencia, tanto si se aclara la sentencia, como si la aclaración es denegada y, en consecuencia, no se admite que dicha obligación se extienda en este supuesto hasta la fecha de notificación de la sentencia.

D) Despido nulo. Descuentos por retribución percibida en otro empleo

La declaración de nulidad del despido conlleva el derecho del actor al percibo de salarios de tramitación, desde que el despido tuvo lugar hasta que se produzca su readmisión laboral. De esos salarios deberán descontarse los percibidos durante el tiempo de realización de otra actividad profesional, de manera que el importe de dichos salarios será el siguiente: de ser superior el abonado por la empresa que acordó el despido declarado nulo, ésta seguirá abonando la diferencia entre el salario que venía satisfaciendo y el abonado por la nueva empleadora, tal como recuerda la STS de 10 octubre 2007; en el supuesto de no constar el salario pagado por la nueva empleadora, el descuento será equivalente al SMI. Esta es la conclusión que alcanza la **STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2010**, IL J 213/2011.

9. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Modificación sustancial de condiciones

La **STS de 9 de diciembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 2366/2011, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y anula la sentencia dictada en suplicación. Ésta había desestimado el recurso de suplicación argumentando que debiera haber sido inadmitido por ser materia de modificación sustancial. El TS reitera aquí su doctrina de que sólo podrá considerarse modificación sustancial a efectos procesales y sustantivos aquella medida que se haya tomado por el empresario cumpliendo las exigencias de forma del art. 41 ET. En caso contrario, la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza. En ninguno de los dos casos la acción estará sometida a plazo de caducidad ni regirá la prohibición de acceso al recurso de suplicación.

b) Clasificación profesional: falta esencial del procedimiento

El art. 147.3 LPL excluye el recurso contra la sentencia que se dicte en procedimientos de clasificación profesional, disposición que se reitera en el art. 189.1 LPL. No obstante, el mismo art. 189.1

LPL fija un listado de excepciones a la regla de la irrecurribilidad, entre otros, en el supuesto de los recursos que pretendan la subsanación de una falta esencial del procedimiento. En este caso, el recurrente denunció en suplicación la incongruencia de la sentencia del Juzgado, siendo desestimado el recurso por entender el TSJ del País Vasco que el art. 189.1 d) LPL no introduce excepción alguna a la irrecurribilidad. Finalmente, esta interpretación ha sido casada y anulada por la **STS de 8 de marzo de 2011**, Sala Cuarta, IL J 498/2011, con el fundamento de la aplicación al caso de autos de las excepciones del art. 189.1 LPL y, en particular, al encontrarnos en un supuesto de subsanación de una falta esencial del procedimiento.

c) Afectación general

La **STS de 24 de enero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 382/2011, reafirma la existencia de afectación general en los procesos que poseen un contenido de generalidad no discutido por ninguna de las partes, cuando se produce lo que se ha venido a denominar evidencia compartida o afectación notoria. En estos casos, no se exige la prueba de la afectación múltiple o general del art. 189.1 b) LPL. En definitiva, la afectación general puede quedar de manifiesto por la intrínseca naturaleza de las reclamaciones efectuadas y a la vista de las circunstancias propias de tales reclamaciones, siendo el tribunal quien, sopesando todo ello, decidirá si concurre o no afectación general. En este supuesto, se producía una situación general de conflicto respecto de un número importante de trabajadores que se manifestó en múltiples demandas, lo que fue indiscutido por las partes, y llevó a que se estimara la afectación general.

B) Inadmisión. Interposición fuera de plazo pero dentro del concedido indebidamente por el juzgado

La controversia en este caso surge a propósito de determinar las consecuencias de la nulidad de las actuaciones que prorrogaron el plazo de formalización del recurso de suplicación. La causa de la formalización extemporánea fue la concesión —indebida— por el juzgado *a quo* de una ampliación de plazo no permitida. El recurrente alega el derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24 CE proclama, pero, frente a esta interpretación, la **STS de 9 de diciembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 2372/2011, recuerda que «(...) la observancia de los plazos y términos pertenece al orden público procesal, y ha de ser apreciada de oficio por el órgano judicial (...)» siendo, en definitiva, los plazos indisponibles. La consecuencia de la errónea fijación judicial del plazo y, por ende, la presentación extemporánea del recurso, conllevará la intangibilidad de la sentencia de instancia, pues, según esta STS, será así como ambas partes tendrán derecho a la tutela judicial efectiva, considerándose por tanto el recurso formalizado fuera de plazo.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contradicción

La **STS de 26 de enero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 391/2011, desestima el recurso planteado al carecer de la contradicción requerida pues, aún siendo las partes la misma empresa y trabajador en la sentencia recurrida y la de contraste y, además, el mismo tribunal en ambas sentencias, no concurren los requisitos legalmente exigidos. En efecto, en la sentencia de contraste se reclamaban los salarios de un período anterior a la fecha en que se declaró la cesión ilegal del trabajador demandante, mientras que en el caso de la sentencia recurrida, se reclamaron diferencias salariales por servicios prestados con posterioridad a la fecha de efectos de la misma cesión ilegal.

B) Incompetencia funcional por razón de la cuantía

La cuantía del caso analizado era inferior a 1.800 euros, no alegándose, ni apreciándose de su contenido, posible afectación general. No obstante, el recurso de suplicación fue admitido a trámite y no se infiere del contenido de la sentencia del TSJ que se apreciara la existencia de dicha generalidad, que en cualquier caso no fue motivada. La **STS de 15 de febrero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 421/2011, se plantea su propia competencia al examinar este recurso de casación para unificación de doctrina, respondiendo en sentido afirmativo. Así, pese al carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional de la casación para unificación de doctrina, se trata de una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala *ad quem* sin necesidad de cumplir las rigurosas exigencias propias de estos recursos extraordinarios. En definitiva, puesto que el recurso de casación para unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, la recurribilidad en casación se halla condicionada por la recurribilidad en suplicación, de forma que el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia de la suplicación.

11. RECURSO DE REVISIÓN

A) Sentencia penal y proceso de despido

La **STS de 27 de septiembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 1848/2011, desestima el recurso de revisión y recuerda que sólo la absolución penal por inexistencia del hecho, o por no haber participado el sujeto en el mismo, podrá ser causa de revisión de la sentencia laboral. En este caso, la sentencia laboral estimó la improcedencia del despido al no poder probarse si la trabajadora había —o no— hurtado cantidades en la empresa. La sentencia penal difirió de la laboral en que entendió que la trabajadora sí había cometido hurto. Esta STS recuerda la doctrina de la Sala en el sentido de que sólo cabe una interpretación literal del art. 86.3 LPL, pues una interpretación extensiva del mismo supondría contravenir los mandatos contenidos en los preceptos reguladores del juicio verbal laboral y, en especial, de los arts. 82.2 y 90 LPL, así como también los arts. 282, 440.1 y 443.4 LEC.

B) Documentos que habilitan el recurso

La **STS de 31 de enero de 2011**, Sala Cuarta, IL J 469/2011, recuerda los requisitos del art. 510 LEC para que los documentos puedan resultar hábiles a los efectos de revisión de sentencias firmes. Y, en particular, reconoce que el texto del art. 510 LEC amplía en alguna medida las posibilidades de revisión, al eliminarse la exigencia de la LEC de 1881 de que los documentos hubieran estado «retenidos», pues la normativa vigente considera suficiente que no se «hubiera podido disponer» de los documentos en el momento preciso. En todo caso, sigue siendo imprescindible que los documentos sean decisivos y de tal naturaleza que por sí solos pongan en evidencia que el fallo de la sentencia impugnada se hubiera visto afectado con su presencia en el litigio. Tras esta elaborada fundamentación, el TS desestima el recurso de revisión interpuesto por entender que el documento en cuestión —una grabación de las cámaras de seguridad de las instalaciones— estuvo en poder de la Policía en todo momento, y ésta emitió el consiguiente informe sobre, que fue tenido en cuenta como elemento probatorio. Asimismo, el TS rechaza también que la sentencia penal posterior pueda ser documento idóneo a estos efectos, siendo así por el solo hecho de ser posterior, pero añadiendo, en todo caso, que esta sentencia penal no acredita en modo alguno que no existiera la conducta que los órganos jurisdiccionales del orden social consideraron merecedora de despido procedente.

C) Maquinación fraudulenta

La **STS de 20 de diciembre de 2010**, Sala Cuarta, IL J 24/2011, desestima el recurso de revisión en un supuesto en el que se alega falso testimonio. La empresa formula querella por falso testimonio frente al presidente del comité de empresa —testigo en el procedimiento laboral instado por otro trabajador—, pero el juzgado de instrucción considera que la testifical pudo ser fruto de una confusión —es decir, más errónea que falsa—, máxime cuando no había relación personal entre el testigo y el demandante-trabajador. En este contexto, la STS entiende que no concurren los estrictos requisitos para estimar la revisión de la sentencia en la que se condenó a la empresa al pago de ciertas cantidades, pues el testimonio —supuestamente falso— en el que se fundamenta, no obtuvo condena penal.

12. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DESPIDO. INCIDENTE DE NO READMISIÓN

La **STSJ Castilla-La Mancha de 14 de diciembre de 2010**, IL J 357/2011, desestima el recurso de suplicación instado por una empresa, planteado frente a la decisión del juzgador a *quo* de resolver —en el incidente de readmisión irregular— la extinción de la relación laboral de la trabajadora con derecho a las indemnizaciones acordadas, incluida la indemnización adicional señalada. Dicha indemnización es considerada razonable por el TSJ en atención a los perjuicios derivados de la decisión empresarial, que incumplió los términos de la readmisión (reubicándola en un centro a más de 100 km del anterior) teniendo en cuenta, además, que como consecuencia de la opción por la readmisión de la empresa, la trabajadora renunció a otro trabajo que había conseguido. En cambio, la **STSJ Extremadura de 24 de noviembre de 2010**, IL J 303/2011, estima el recurso de suplicación instado por la Junta de Extremadura —también planteado frente al auto dictado en incidente de readmisión irregular— en el que se resolvió la extinción del contrato de trabajo de la actora, con derecho a las indemnizaciones previstas. En efecto, la readmisión de la trabajadora —profesora de religión— se produjo con una sustancial reducción de salario y jornada, que se fundamentó en las necesidades del centro público donde la trabajadora prestaba servicios. El TSJ entiende que las modificaciones en su prestación se deben a razones acreditadas y legítimas de la Junta, entre otras, porque la readmisión de la trabajadora se produjo en febrero, una vez realizada la planificación educativa que debe hacerse en septiembre, con la dificultad que ello entraña para encajar nueva jornada y horario. Se ampara, además, esta reducción, según el TSJ, en el carácter dinámico y cambiante que en cada curso pudo tener la jornada de la trabajadora, estando habilitada la administración educativa (según art. 2 del RD 696/2007 de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión) para determinar la modalidad de contrato a tiempo completo o parcial, o las modificaciones oportunas, cuando lo requieran las necesidades de los centros públicos.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ANA HIGUERA GARRIDO
MIGUEL ÁNGEL BUJÁN BRUNET
RAUL BOO VICENTE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO(*)

PARTE A)

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

   A) Cuantía indemnizatoria: momento de la valoración.

   B) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos. Factor corrector e incapacidad permanente total.

   C) Incompetencia de jurisdicción: Jurisdicción civil.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

   A) Relación de causalidad: concurrencia de culpas.

      a) Desobediencia del trabajador.
      b) No agotamiento de las medidas de seguridad por la empresa.

   B) Equipos de trabajo. Responsabilidad.

      a) Utilización de equipos de trabajo sin cualificación profesional.
      b) Utilización de equipos de trabajo con protecciones averiadas.

   C) Riesgos psicosociales. Responsabilidad.

   D) Riesgo de caída de altura.

      a) Utilización de escalera y evaluación de riesgos. Responsabilidad empresarial.
      b) Plataformas, andamios y pasarelas. Dispositivos alternativos.

   E) Recargo de prestaciones y enfermedad profesional: Exposición a sustancias químicas.

3. RESPONSABILIDAD PENAL.

   A) Delitos de homicidio y contra la seguridad de los trabajadores: Concurso real de delitos.

   B) Delitos de homicidio y contra la seguridad de los trabajadores: Concurso ideal de delitos.

4. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

   A) Riesgo de caída de altura: criterios de calificación del riesgo grave e inminente.

(*) Con carácter excepcional, en este número 47 de *Justicia Laboral,* la crónica XIII estará integrada por dos partes que corresponden al análisis jurisprudencial desde diciembre 2010 a abril 2011.

5. DOCUMENTACIÓN PREVENTIVA. LA TARJETA PROFESIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN.
6. POLÍTICA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

   A) Desarrollo reglamentario: No son preceptivos los informes de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se compendian en esta crónica las sentencias recaídas sobre la materia preventiva contenidas en los números 13 a 16 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2010.

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Cuantía indemnizatoria: momento de la valoración

La **STS de 18 de octubre de 2010,** IL J 1910, resuelve en unificación de doctrina el momento en que ha de realizarse la valoración, conforme a la aplicación del Baremo de Accidentes de Tráfico, del daño sufrido por el accidente de trabajo a efectos de cuantificar la indemnización. La resolución judicial aplica la jurisprudencia ya unificada y considera que, frente a la sentencia recurrida que estableció la valoración vigente en la fecha de la presentación de la demanda, el momento a tener en cuenta es el de fecha de la sentencia recurrida que por primera vez cuantifica la indemnización —en instancia se desestimó la demanda— por aplicación del «principio valorista», de modo que al criterio de actualización de la indemnización en el momento de la consolidación de las secuelas del accidente, se añade también el de la fecha de la sentencia que por primera vez cuantifica el daño. Y es que el principio valorista «obliga a actualizar el importe de la indemnización con arreglo a la pérdida del valor adquisitivo que experimente la moneda, para que el paso del tiempo no redunde en beneficio del causante del daño, pues la inflación devalúa el importe de la indemnización. Por ello, si se trata de reparar íntegramente el daño causado, es claro que el importe de la indemnización debe fijarse en atención a la fecha en que se cuantifica el daño, esto es, al momento de dictarse la sentencia de instancia que lo reconoce, cuantifica y determina el deber de indemnizar, ya que, cualquier otra solución será contraria a los intereses del perjudicado».

B) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos. Factor corrector e incapacidad permanente total

La citada **STS de 18 de octubre de 2010,** IL J 1910, reitera la doctrina unificada en el supuesto de aplicación del Baremo de Accidentes de Tráfico por las secuelas de la Incapacidad Permanente Total, derivada de enfermedad profesional, y considera que el capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente que establece el Baremo, por lo que la indemnización deberá incluir dicho factor corrector ya que compensa por la incapacidad para actividades no profesionales por el perjuicio que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida, «entre los que se encuentra la incapacidad laboral», correspondiendo al juzgador de instancia ponderar «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., etc.)».

C) Incompetencia de jurisdicción: Jurisdicción civil

La **STS de 25 de febrero de 2010,** Sala de lo Civil**,** IL J 1888, reitera su doctrina sobre la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la responsabilidad de daños y perjuicios y atiende al contenido material de la demanda y la *causa petendi*, de modo que, aunque formalmente la demanda basa su pretensión en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, «La causa de pedir es, por tanto, el incumplimiento de unas obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores que, como indica la referida doctrina de esta Sala, "forman parte del contenido del contrato de trabajo según las normas legales", fundamentalmente los artículos 19 ET en relación con su artículo 5.d), 14 LPRL en relación con su artículo 42, y 127.3 y 123.3 LGSS», por lo que las reclamaciones para exigir la responsabilidad del empresario por incumplimientos del contrato de trabajo son competencia de la jurisdicción social.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Relación de causalidad: concurrencia de culpas

a) Desobediencia del trabajador

La **STSJ de Aragón de 6 de octubre de 2010**, IL J 1946, declara la responsabilidad empresarial por recargo de prestaciones no siendo relevante la conducta del trabajador que desobedece la orden de no coger la carretilla, ya que se ha producido una concurrencia de culpas, puesto que «el daño surge de las infracciones de las normas de seguridad imputables a la empresa y también de la conducta de la propia víctima que, con la intención de ayudar a descargar el camión, condujo la carretilla, desobedeciendo una orden del encargado, sin ponerse el cinturón de seguridad». Concurrencia que tiene relevancia causal, por las infracciones de la empresa: «el accidente no hubiera tenido lugar, ya que la rampa hubiera tenido una pendiente menor y hubiera estado protegida por una barandilla lateral» y la conducta del trabajador si «no hubiera desobedecido la orden del encargado». Y tampoco hay «una imprudencia temeraria del trabajador que exima de responsabilidad empresarial, sin perjuicio de su valoración al efecto de determinar el porcentaje del recargo ... fijando el porcentaje del recargo prestacional en el mínimo legal: el 30%, que volcó en una rampa que incumplía con la pendiente máxima permitida y carecía de barandilla».

b) No agotamiento de las medidas de seguridad por la empresa

En la **STSJ de Asturias de 4 de junio de 2010,** IL J 2051, se enjuicia la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad a partir de la conducta del trabajador que no actuó correctamente al omitir los avisos existentes en la zona y sin ser su cometido, procedió a realizar la limpieza del rodillo con una cinta transportadora en marcha. Esta conducta del trabajador, que sin ser reveladora de imprudencia temeraria, con manifiesto desprecio u olvido en la más elemental diligencia en la operación realizada, no exime de responsabilidad a la empresa aun cuando «la máquina tuviera la certificación de que cumplía los requisitos de seguridad no es definitivo y concluyente puesto que la realidad de los hechos demuestra que el accidente se produjo y no sólo por consecuencia de la desafortunada actuación del trabajador, sino porque no se habían agotado las más estrictas medidas de seguridad que la máquina precisaba, como lo demuestra el hecho de que posteriormente la empresa instalara una protección en la zona de acceso a la plataforma que impide cualquier acción con la cinta en movimiento al cortarse el suministro eléctrico y detenerse ésta cuando se abre la portilla de acceso a la plataforma».

B) Equipos de trabajos. Responsabilidad

a) Utilización de equipos de trabajo sin cualificación profesional

En la **STSJ de Asturias de 16 de julio de 2010,** IL J 1949, la falta de apreciación con exactitud de la causa del accidente no permite su consideración como fortuita cuando el accidente (la amputación de los dedos) se produce en un equipo de trabajo «para cuya tarea carecía de la necesaria cualificación profesional, con lo que es evidente que alguna causa externa provocó el desliz de la mano del trabajador sobre el dentado de la cinta, que no olvidemos era un peón a las órdenes de personal más cualificado». Existe, por tanto, «relación de causalidad entre el accidente y la falta de adaptación del trabajo a la persona, pues no cabe olvidar que las máquinas de corte, como es el caso de una sierra de cinta, es una máquina con capacidad potencial de producir daño a las personas, incluida en el anexo del Reglamento de Seguridad de las Máquinas *(RD 1495/1986, de 26 de marzo*) ... de ahí que su manipulación o realización de trabajos en máquinas y herramientas preparadas por otro en base a instrucciones simples venga reservada, en el nomenclátor citado, a aquellos oficiales integrados en el grupo profesional 6».

b) Utilización de equipos de trabajo con protecciones averiadas

La **STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2010**, IL J 2197, declara la responsabilidad empresarial del recargo de prestaciones a partir de los siguientes hechos que, en síntesis, son: el accidente de trabajo se produjo en una planta de embotellado, cuyo equipo cuenta con un sistema de seguridad que llevaba un mes y medio averiado, y para permitir que el sistema productivo continuase funcionando mientras se procedía a su reparación, se había puenteado como medida provisional para evitar que el robot quedase inactivo al detectar fallos en el sistema de seguridad. Situación que era conocida por los trabajadores de mantenimiento, el servicio de prevención y los propios trabajadores a los que se les había comunicado verbalmente que antes de entrar debían parar el equipo. Al acceder el trabajador accidentado a la zona desprotegida por problemas de funcionamiento del equipo de trabajo, el robot le alcanzó y le produjo las lesiones a causa de la puesta en funcionamiento del equipo de trabajo por otro trabajador. La sentencia acoge la fundamentación de la resolución de instancia y señala que la puesta en funcionamiento del equipo de trabajo por uno de los trabajadores no es «la causa real» del accidente, sino en «La relación causal entre el accidente producido y la manipulación con anulación del sistema de seguridad» ya que fue la inutilización del sistema de seguridad la que posibilitó que el brazo del robot se pusiera en marcha y alcanzase al trabajador, «hecho este que nunca se hubiera producido de estar el servicio de seguridad operativo», considerando la sentencia que, por aplicación del artículo 15.4 LPRL, la empresa «deberá prever incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, y en el caso de autos el cumplimiento de ese deber de seguridad se ha incumplido por la empresa demandante, siendo éste decisivo en la producción del daño».

C) Riesgos psicosociales. Responsabilidad

La **STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2010,** IL J 1956, confirma la imposición del recargo por incumplimiento de medidas de seguridad como consecuencia del importante deterioro psicológico al manifestar «trastornos de tipo ansioso-depresivo secundarios a problemática laboral de varios años de evolución que le han provocado un nivel de tensión emocional y agotamiento muy elevados, con un importante desequilibrio entre el esfuerzo y las compensaciones». La causa está asociada a las condiciones de trabajo como educadora social: al sufrir «episodios de violencia física o psicológica que requerían contención por parte de los educadores. Era habitual la exposición a situaciones con mucha implicación emocional. Para poder realizar su faena, la trabajadora tenía que esconder

sus propias emociones» y el incumplimiento de la empresa de las medidas de «información y formación específica para desarrollar su trabajo, a la falta de evaluación de los riesgos psicosociales por puesto de trabajo, y por no haber efectuado los preceptivos controles ni ha llevado a cabo ningún tipo de actividad preventiva», llegando la resolución judicial a la conclusión de existir relación de causalidad entre el incumplimiento empresarial y el resultado lesivo que justifica la imposición del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad.

D) Riesgo de caída de altura

a) Utilización de escalera y evaluación de riesgos. Responsabilidad empresarial

La **STSJ de La Rioja de 30 de julio de 2010**, IL J 2199, aborda la utilización de escaleras y la falta de evaluación de riesgos. Los hechos son los siguientes: el trabajador tenía que soltar el cable que salía por la pared a una altura de 3,80 metros y utilizó una escalera de madera de tijera, con zapatas antideslizantes y cadena de unión de ambas partes para impedir su apertura total para retirar el cable, debidamente homologada. El trabajador, de 1,60 metros de altura, se subió hasta el octavo peldaño a una altura de 1,91 metros de una escalera que contaba con diez peldaños y la altura del último peldaño de la escalera era de 2,50 metros y para soltar el cable tiró con fuerza y al tratar de arrancarlo cayó al suelo. La sentencia declara responsable al empresario porque el trabajo encargado al trabajador «conlleva el riesgo evidente de la altura» y dicho «riesgo no había sido evaluado y, a este respecto, no se había adoptado medida preventiva alguna para prevenirlo, minorarlo o eliminarlo, lo que supone una vulneración del *artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos* y de las normas específicas para el sector de la construcción», considerando que «ni se adoptaron medidas para dotar de estabilidad a la escalera en donde el trabajador debía efectuar su labor, ni se dotó al operario de elemento alguno de protección, ni utilizaba dispositivos anticaídas que cumplieran los requisitos legalmente establecidos, ni hay constancia de que el trabajador recibiera formación alguna para el desarrollo de la concreta actividad».

b) Plataformas, andamios y pasarelas. Dispositivos alternativos

Los hechos enjuiciados por la **STSJ de 2 de septiembre de 2010,** IL J 2165, parten del accidente sufrido por un trabajador que se encontraba realizando tareas de desencofrado sobre un tabicón que se había colocado a modo de andamio cuando se rompió dicho tabicón produciendo la caída del trabajador desde una altura aproximada de un metro. A efectos de determinar la existencia de una infracción empresarial, la sentencia enjuicia si el tabicón es hábil para ser utilizado como plataforma y considera: «Así, en cuanto al empleo de un tabicón en lugar de un andamio, para la realización de trabajos en altura el RD 1627/1997 se refiere a "plataformas, andamios y pasarelas", con lo que se parte de que no sólo se permite el uso de andamios, pudiendo caber el dispositivo empleado dentro del concepto de plataforma y, dado que sólo estaba a un metro del suelo, no se exigían en ella los dispositivos de protección, individuales o colectivos, que en la misma norma se establecen para riesgo de caída de altura superior a 2 metros». Considerando que «el tabicón era lo suficientemente sólido y estable para el trabajador que lo había empleado y que sólo la circunstancia imprevista de que tuvo que soportar también el golpe de materiales del desencofrado, determinó su rotura y, con ella, la caída del trabajador».

E) Recargo de prestaciones y enfermedad profesional: Exposición a sustancias químicas

Se exonera de responsabilidad al empresario por la **STSJ de Cantabria de 6 de octubre de 2010,** IL J 2103, en relación con la incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de

enfermedad profesional por «asma bronquial por sensibilización al níquel, eccema de contacto con sensibilización a mezcla de tiuram y carbas, y al níquel». La sentencia sostiene que la exposición a sustancias químicas contemplada en la evaluación de riesgos dentro de los límites legales no determina necesariamente la aplicación del recargo por la simple existencia de una enfermedad profesional cuando se trata de «una enfermedad excepcional, y relacionada con circunstancias personales del actor, de muy difícil prevención y protección». No obstante, la resolución judicial pone de relieve que esa circunstancia por sí sola no implica la exoneración de la responsabilidad empresarial ya que «la exposición a sustancias tóxicas por niveles perjudiciales a la salud del actor, que son las que justificarían las adicionales medidas de seguridad colectivas o individuales» no va acompañada de un incumplimiento empresarial.

3. RESPONSABILIDAD PENAL

A) Delitos de homicidio y contra la seguridad de los trabajadores: Concurso real de delitos

La **SAP de Madrid de 25 de marzo de 2010**, IL J 1976, confirma la sentencia de instancia que enjuiciaba el accidente sufrido por un trabajador con resultado de muerte por caída de altura de un andamio tubular de una altura aproximada de 1,50 o 1,60 metros que carecía de escalera de acceso y en la que trabajaban otros trabajadores junto al fallecido. La sentencia acoge la existencia de un concurso real de delitos y parte de la distinción entre los delitos de peligro y los delitos de resultado poniendo de relieve la «relación de complementariedad» en que se encuentran y reitera la doctrina del Tribunal Supremo de la progresión delictiva y la absorción del delito de peligro en el delito de resultado o concurso ideal de delitos, para poner de manifiesto que el delito de resultado no es el único de los resultados cuando se ve afectada también la seguridad de otros trabajadores: «además de cometerse el delito de peligro concreto a que se refiere el *artículo 316 del Código Penal* tuvo lugar el fallecimiento del trabajador (...) Lo que obliga a considerar la existencia de un concurso entre el meritado delito y el de homicidio imprudente del *artículo 142 del Código Penal*, por cuanto que el riesgo por la falta de medidas de seguridad afectaba a todos los trabajadores que utilizaban el andamio, siendo concretamente el día del accidente tres».

B) Delitos de homicidio y contra la seguridad de los trabajadores: Concurso ideal de delitos

La **SAP de Zaragoza de 15 de septiembre de 2010,** IL J 1977, parte de los hechos de la de instancia en los que se enjuicia la muerte de un trabajador como consecuencia del vuelco del vehículo que conducía, un volquete (Dúmper) que no estaba adaptado a lo exigido por el *Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio*, carecía de pórtico antivuelco, cinturón de seguridad y de señal acústica en marcha atrás, además, el trabajador no había recibido formación en materia preventiva ni específica para el manejo del volquete en las especiales condiciones que se daban en la citada obra de pendiente pronunciada. La sentencia considera que es independiente la conducta del trabajador: «la forma en que condujera el vehículo la víctima y de la experiencia del Sr. Román, en el manejo del vehículo Dúmper y como conductor», ya que la empresa no cumplió con la normativa de prevención de riesgos laborales puesto que el vehículo no había pasado ninguna revisión oficial desde hacía más de quince años, y considera que «es posible aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, y esto último es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos en el presente recurso, ya que la situación de peligro que caracteriza el delito contra la seguridad de los trabajadores ha progresado hasta producir la muerte del trabajador cuya protección se pretendía adelantar a través del delito de peligro mencionado», existiendo relación de causalidad entre la conducta de la empresa y el

resultado de muerte del trabajador, sin que, pueda afirmarse que el fallecimiento fuera consecuencia de una actuación negligente de la víctima ni exista concurrencia de culpas, precisamente porque «habida cuenta que las circunstancias que motivaron el que el trabajador se encontrara trabajando con la máquina Dúmper, respecto de la cual la normativa laboral exige una serie de medidas de seguridad de las cuales no disponía, y que constituyeron la fuente de peligro a la que se vio expuesto el operario con el resultado de concreción del riesgo en resultado lesivo, resultaron ajenas a su propia voluntad y en las misma no tuvo influencia alguna la forma en que conducía la víctima».

4. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A) Riesgo de caída de altura: criterios de calificación del riesgo grave e inminente

La **STS de 9 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso, IL J 1886, resuelve el recurso de casación de unificación de doctrina poniendo de manifiesto que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste ya que parten de una diferente graduación de la sanción administrativa impuesta por no utilización de protecciones para evitar el riesgo de caída de altura (en ambos casos por la no utilización de los cinturones de seguridad). La resolución judicial entiende que «la diferencia en los pronunciamientos aparece justificada como respuesta a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, de manera que tal diferencia no responde a una diversa y contradictoria interpretación de la norma, cuya corrección constituye el fundamento y objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina, sino a la específica valoración de las pruebas, que justifica la divergencia en la solución adoptada». Y es que, a la hora de calificar la existencia de riesgo grave e inminente, circunstancia que determina la mayor gravedad, acoge el criterio de la sentencia de contraste: «la apreciación del tipo genérico de riesgo como grave o muy grave es cuestión nada fácil, pues una y otra infracción están en la misma línea, haciéndose necesario ponderar las diversas circunstancias concurrentes, a tenor de los criterios de experiencia, lógica y técnicos».

5. DOCUMENTACIÓN PREVENTIVA. LA TARJETA PROFESIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN

Un aspecto que en la gestión preventiva ha preocupado desde la aprobación de la LPRL es la acreditación de obligaciones tan singulares y relevantes como la formación e información de los trabajadores y, sobre todo, la correspondencia entre una formación suficiente y adecuada (artículo 19 LPRL) con las exigencias del puesto de trabajo o función. Interés que se manifiesta en muchas empresas por la importancia cualitativa que reviste la formación como uno de los mecanismos de prevención más inmediatos y eficaces, singularmente, en actividades de riesgo. Desde la perspectiva sectorial, la formación constituye también una preocupación reflejada en la negociación colectiva sectorial de construcción y de las estructuras creadas en materia formativa, en particular, a través de la labor desarrollada por la Fundación Laboral de la Construcción y sus actividades formativas en materia preventiva. La Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (LSSC), viene a refrendar la labor llevada a impulso de los propios agentes sociales y económicos implicados mediante la atribución a la negociación colectiva sectorial de nivel estatal de competencias en dos direcciones: de un lado, la posibilidad de «establecer programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad» (10.2 LSSC). De otro, «la forma de acreditar de la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción», así como las características del sistema de acreditación facultando a: «la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador», documento que «será único y tendrá validez en el conjunto del sector» (artículo 10.3 LSSC). Pero la norma legal también remite alternativamente el desarrollo del sistema de acreditación a la norma reglamentaria de

desarrollo y el artículo 12 del Real Decreto 1109/2007 ha adoptado un criterio subsidiario respecto de la negociación colectiva.

El IV Convenio General del Sector de la Construcción ha desarrollado las previsiones de la LSSC y ha sido objeto de impugnación. La **STS de 27 de octubre de 2010,** IL J 1900, ha resuelto dicha impugnación y aborda el alcance de la tarjeta profesional de la construcción establecida por el convenio colectivo sectorial.

En cuanto a su carácter acreditativo, señala que el sistema establecido en «convenio no es la única forma de acreditación de la formación, sino sólo una forma de acreditación que puede realizarse por el trabajador y que queda a su disposición» y ello no exonera de «la carga procesal de los empresarios de acreditar en su caso el cumplimiento de sus obligaciones de formación en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 19 de la LPRL y artículo 10.1 de la Ley 32/2006); materia que, como es obvio, se rige por las reglas generales de la LEC sobre la distribución de la carga que no han sido alteradas por el Convenio».

Por otra parte, frente al carácter limitativo de la tarjeta profesional como «requisito de habilitación de la contratación» con la consiguiente afectación constitucional a la libertad de trabajo, la sentencia no considera que se esté ante «el establecimiento de una forma de habilitación de la contratación laboral que impida que sean contratadas las personas que no estén en posesión de la tarjeta profesional» ya que «La finalidad de la tarjeta se limita a acreditar la formación específica del sector en materia de prevención de riesgos y los datos a que se refiere el artículo 160 del Convenio; su solicitud es facultativa para el trabajador (artículos 161 y 162); no da ningún derecho exclusivo o preferente a la contratación (artículo 165 en relación con los artículos 14 a 18 del Convenio)». En cambio, su generalización obligatoria a partir del 31 de diciembre de 2011 merece un juicio distinto al Tribunal ya que la obligatoriedad puede proyectarse sobre las contrataciones y «supone una limitación del derecho al trabajo que tendría que ser establecida por la ley en virtud de la reserva que consagra el artículo 53.1 de la Constitución, y la Ley 32/2006, como hemos visto, no contiene tal restricción, pues se limita a regular una forma de acreditación de la formación específica». Restricción que no puede justificarse tampoco en «una hipotética tutela de los derechos a la integridad, la salud y la seguridad en el trabajo, porque lo que aquí está en juego no es una medida material de prevención de riesgos, sino algo formal: la mera acreditación de la formación recibida en esta materia, lo que nunca podría compensar una restricción de la libertad de trabajo». Se añaden otros argumentos como las consecuencias que puede producir sobre el empleo «el efecto que se produciría como consecuencia de una norma como la contenida en la disposición transitoria cuarta sería el de una reserva de empleo, que, aparte de exigir ley para su establecimiento (artículo 17.2 del Estatuto de los Trabajadores), llevaría al absurdo de hacer imposible la contratación de quienes no han sido previamente trabajadores del sector de la construcción». O la inadecuación del convenio colectivo «para introducir esta regulación que afecta no a la mera acreditación de una formación laboral, sino a la creación en práctica de un título habilitante de la contratación, lo que no es materia propiamente laboral a efectos del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores».

También se impugna el contenido de la tarjeta profesional ya que acredita que su titular ha sido sometido a los reconocimientos médicos previstos en el Convenio y con la exigencia de que para la obtención de la tarjeta profesional el trabajador debe aportar los certificados relativos a los reconocimientos médicos expedidos por la entidad que los realizó, impugnación fundada en la violación del derecho a la intimidad del trabajador. En este punto la sentencia entiende que si se refieren al «contenido de los reconocimientos, no se ajustan a las exigencias derivadas del respeto a la intimidad y esta invasión de la intimidad no puede justificarse en el presente caso en función del consentimiento del trabajador». No obstante, asume una función interpretativa y pone de relieve que dichas exigencias afectan «al contenido de los reconocimientos médicos, pero no al mero dato que se limita a constatar que éstos se han realizado sin aportar información sobre su contenido o resultados. No es, por tanto, necesario anular las referencias que se contienen en el apartado c) del artículo 160, en

el apartado c) del número 4 del artículo 163 y en el modelo de solicitud del Anexo V, siempre que se entienda que informan sobre la mera existencia de los reconocimientos sin constancia, registro, certificación o expresión de su contenido. Debe, sin embargo, anularse la mención contenida en el inciso final del artículo 130.d), sobre las propuestas relativas a la forma de evitar la repetición de los reconocimientos de los trabajadores de alta rotación, porque para evitar esa repetición de los informes sería necesario el conocimiento de su contenido».

Finalmente, la sentencia aborda aspectos de competencia material y articulación de la negociación colectiva relativos a la seguridad y salud como consecuencia de que se alega que el Convenio General de la Construcción regula la materia de seguridad y salud [artículo 12.1.b)] con un alcance más amplio que la reserva contenida en el artículo 84.3 LET. Para resolver esta cuestión la sentencia parte del análisis de la LSSC y las remisiones a la negociación colectiva sectorial y de la existencia de una regulación especial habilitante en determinadas materias: «se trata de una regulación especial que no afecta a la subsistencia de la general». En cambio, la referencia a la exclusión de la negociación en ámbitos inferiores de la materia de «seguridad y salud en el trabajo» no tiene cobertura en la LSSC, por lo que la resolución, tras realizar una serie de consideraciones sobre la relación de suplementariedad entre normas mínimas y su expresa acogida por el artículo 2.2 LPRL y su reflejo en el artículo 84.3 LET cuando se refiere a «las normas mínimas en materia de seguridad e higiene del trabajo», concluye que «en materia de prevención de riesgos siempre existe un espacio para la suplementariedad y en este sentido, puede entenderse que la exclusión de la negociación que efectúa el artículo 12.1.b) respecto a la negociación en ámbitos inferiores es contraria al artículo 84.3 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto impide que en las unidades de negociación inferiores se pacten medidas de prevención que mejoren los niveles de protección de riesgos establecidos en el ámbito nacional».

6. POLÍTICA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Desarrollo reglamentario: No son preceptivos los informes de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo

La **STS de 13 de octubre de 2010,** IL J 1986, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, sobre prevención de riesgo laborales del Personal Militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de servicios de prevención del Ministerio de Defensa, instando su nulidad por considerar que se han omitido en el trámite legislativo los informes del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. El TS considera que «de los artículos 8 y 13 de la Ley 31/1995 no conduce a afirmar que lo que allí se prevé sean informes de carácter preceptivo», así como que al no «traer a colación silencios, insuficiencias, deficiencias u oscuridades de los preceptos del Reglamento que hubieran podido ser evitados mediante los informes que la parte echa en falta» —razona que «tampoco nos permite afirmar que la Administración hubiera debido considerar conveniente la incorporación de los repetidos informes»—.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNÁIZ

PARTE B)

SUMARIO

1. DELIMITACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.
2. EL RECARGO DE PRESTACIONES.

   A) No procede.

   a) Ruptura del nexo causal.
   b) Caso fortuito.
   c) Conducta negligente del trabajador.

   B) Procede.

   a) Riesgo no contemplado en el Plan de Prevención.
   b) Por falta de formación del trabajador.
   c) Por imprudencia profesional o exceso de confianza.
   d) Otras cuestiones.
   e) Instrucciones del fabricante.

   C) Porcentaje.
   D) Compatibilidad entre diversos órdenes jurisdiccionales.
   E) Firmeza de las actas de la Inspección de Trabajo.

3. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

   A) Alcance del deber de protección del empresario.
   B) Coordinación de actividades: responsabilidad del promotor. Análisis del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.
   C) Responsabilidad subjetiva o aquiliana.
   D) Criterios para la fijación de la indemnización por daños y perjuicios.
   E) Requisitos de la responsabilidad civil en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

4. RIESGO POR LACTANCIA NATURAL: RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR EXISTENCIA DE RIESGO PARA EL LACTANTE.
5. DESIGNACIÓN DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN.

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en la Revista de Información laboral números 1, 2, 3 y 4 correspondiente a los meses enero-abril de 2011.

1. DELIMITACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A la hora de delimitar la naturaleza del recargo de prestaciones muchos fallos aplican la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, principalmente la de su sentencia de 2 de octubre de 2000. En concreto, y por todas, la **Sentencia del TSJ de Extremadura, de 3 de noviembre,** IL J 222/2011.

> «La doctrina del Tribunal Supremo en la materia estudiada, que marca las líneas directrices a seguir se concentra en los siguientes puntos, tal y como viene declarando esta Sala de lo Social:
>
> 1. El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, 14 de febrero, 9 de octubre de 2001 y 21 de febrero de 2002) es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo". Y declara la sentencia citada de 21 de febrero de 2002 del Alto Tribunal que "Se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene".
>
> 2. Dada su naturaleza sancionadora el recargo se interpreta de modo restrictivo (sentencias de Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 2 de octubre de 2000), pero tal restricción se manifiesta en que no se aplique a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.
>
> 3. Tal y como ha declarado el Alto Tribunal en sentencia de 30 de junio de 2003 (RCUD 2403/2002) por la que fue revocada otra dictada por esta Sala de lo Social, el principio de presunción de inocencia, conforme a reiterada jurisprudencia, únicamente tiene asiento en la esfera jurídico-penal, y no en la esfera civil-laboral de incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador».

En cuanto a los requisitos para la imposición del recargo, la referida sentencia del TSJ de Extremadura pone el acento en los siguientes:

> 1. La producción de un siniestro que haya causado un daño que haya originado a su vez el reconocimiento de una prestación de seguridad social.
>
> 2. Que se haya infringido alguna norma de seguridad y salud en el trabajo, pues de lo contrario no hay violación de la normativa de prevención de riesgos laborales. La mera existencia de un accidente no implica la imposición del recargo. (...) El deber genérico de protección de integridad física de los trabajadores de los artículo 4.2.d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores, así como 14 y 15 de Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no es, desde luego, un deber de vigilancia continuo o absoluto, sino implica que debe organizarse el trabajo y procurarse los mecanismos de seguridad en las instalaciones de trabajo, debiendo prever incluso el empresario distracciones o imprudencias, no temerarias, del trabajador (art. 15 de la LPRL), y procurando equipos de trabajo adecuados a la seguridad y salud de los trabajadores (artículo 17 de la LPRL). El Tribunal Supremo nos dice en su sentencia de 8 de octubre de 2001 que "...el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. (...)

> 3. El tercer requisito es que el resultado lesivo haya sido como consecuencia de la infracción o infracciones cometidas, que exista el necesario nexo causal entre el siniestro y la infracción imputada. En este sentido la relación de causalidad sólo la rompen la fuerza mayor extraña al trabajo, el acto de tercero ajeno a la empresa y la imprudencia temeraria del trabajador lesionado.

Por lo que se refiere a la responsabilidad empresarial, se recuerda en el referido fallo que

> (...) «ha de partirse de un principio básico, que la empresa viene obligada a la prestación de seguridad respecto de sus trabajadores, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores y 2 y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, disponiendo este último que aunque la acción del empresario en materia de prevención puede complementarse con las obligaciones legalmente impuestas a los trabajadores o servicios de la empresa, ello no le exime "del cumplimiento de su deber en la materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquiera otra persona". Ello quiere decir que aún en estos casos el empresario sigue siendo deudor de seguridad, sitúa a aquél en la posición jurídica de garante de la vida, integridad física y salud de los trabajadores, no pudiendo quedar exonerado de responsabilidad en este tema por el hecho de que los trabajadores u otras personas con competencia en materia de prevención de riesgos incumplan sus obligaciones, debiendo velar, supervisar y comprobar que en la empresa se cumplen las condiciones necesarias para que el trabajo se ejecute de la forma más segura posible, dada su posición de beneficiario del débito laboral, mas aún en aquellos casos en que el trabajo en sí entrañaría ya situaciones peligrosas para los productores (en este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 1998)».

Y por su parte la **Sentencia del TSJ de Asturias, de 20 de diciembre de 2010,** IL J 629/2011, de conformidad con el fallo del TS de 12 de julio de 2007, precisa que:

> «(...) La propia normativa laboral parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia, pues no es el trabajador quien debe organizar el trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la "dirección y control de la actividad laboral" (art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del "deber de protección" mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo.(...) El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET), pero "según sus posibilidades", como dice expresamente el art. 29.1 LPRL. Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada».

II. EL RECARGO DE PRESTACIONES

A) No procede

a) Ruptura del nexo causal

Así, la STSJ de Cantabria de 6 de octubre de 2010 no admite la demanda del trabajador que solicitaba el recargo por una declaración de incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual, cuyo origen fue la exposición reiterada del trabajador a sustancias químicas tóxicas empleadas en el proceso de producción. El empleo de dichas sustancias sí que estaba contemplado en la evaluación de riesgos, así como las mediciones ambientales, si bien no existía un aislamiento claro entre la zona peligrosa de la que no lo era, lo que, según el demandante, es el origen de su enfermedad profesional. En este caso, el Tribunal entiende que las substancias existentes en el ambiente laboral no eran perjudiciales para la salud, ni por su composición ni por el nivel de concentración, por lo que, a falta de prueba, no queda acreditado un incumplimiento de la normativa en materia de prevención.

Además, los niveles de medición eran los correctos y la enfermedad es de carácter excepcional, relacionada con circunstancias personales del actor, de muy difícil prevención y protección.

Una solución parecida de desestimación del recargo se alcanza por el **TSJ de Castilla y León, en su fallo de 14 de octubre de 2010,** IL J 574/2010, porque no queda suficientemente acreditado que los «supuestamente» pesos de somieres y posturas adoptadas para moverlos por el trabajador fuesen el origen del accidente. A la misma solución se llega también en un caso más complejo analizado en el fallo del **TSJ de Castilla León, de 2 de diciembre de 2010,** IL J 334/2011, en el que se desestima el recargo, a pesar de que existía una clara falta de medidas de seguridad, ya que el accidente se produce fuera del horario laboral, sin que se pueda demostrar qué hacía el trabajador en ese momento en el centro de trabajo. De la documentación aportada se cree que el accidente se lo pudo producir él mismo, ya que la víctima no pudo recordar nada. Este caso es especialmente llamativo puesto que el trabajador era un inmigrante irregular.

b) Caso fortuito

La **Sentencia del TSJ de Extremadura de 2 de septiembre de 2010,** IL J 439/2010, entiende que no ha existido por parte de la empresa infracción de medidas de seguridad alguna, ya que se trata de un caso fortuito. El trabajador cae desde una altura de un metro, altura para la que no se exigen dispositivos de protección, individuales o colectivos, ya que los mismos se establecen para alturas superiores a dos metros, según lo establecido en el RD 1627/1997. A su vez, no queda demostrada la ausencia de rigidez e inestabilidad del tabicón. Sólo la circunstancia imprevista de que tuvo que soportar también el golpe de materiales del desencofrado, determinó la rotura del tabicón y, con ella, la caída del trabajador.

c) Conducta negligente del trabajador

En el pronunciamiento del **TSJ de Extremadura, de 3 de noviembre,** IL J 222/2011, se desestima la solicitud del recargo al entender que existió una conducta negligente e imprudente del trabajador por manipular manualmente una granada encontrada en el centro de trabajo. Frente a la alegación de un fallo en el plan de prevención de riesgos laborales de la empresa, el Tribunal afirma que la aparición de material de guerra en la rehabilitación de un edificio no podía preverse en ningún estudio de evaluación de riesgos profesionales. Además, se tiene en cuenta que, una vez hallada la munición, los trabajadores no lo comunicaron a nadie sino que procedieron a retirar, *de motu propi*o, los elementos de seguridad de la granada de mano con el riesgo que ello conlleva, fácilmente imaginable para cualquier persona.

B) Procede

a) Riesgo no contemplado en el Plan de Prevención

La **Sentencia del TSJ de La Rioja, de 30 de julio de 2010,** IL J 212/2010, reconoce la procedencia del recargo, ya que el riesgo que originó el accidente no estaba previsto en la memoria del plan de prevención de la empresa, lo que imposibilitó la adopción de medidas preventivas para prevenirlo, minorarlo o eliminarlo, vulnerando el art. 16 de la LPRL. Así, ni se establecieron medidas para dotar de estabilidad a la escalera en donde el trabajador debía efectuar su labor, ni se dotó al operario de elemento alguno de protección, ni utilizaba dispositivos anticaídas que cumplieran los requisitos legalmente establecidos, ni hay constancia de que el trabajador recibiera formación alguna para el desarrollo de la concreta actividad.

b) Por falta de formación del trabajador

Para la **STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2010,** IL J 345/2011, la formación supone no solo explicarle al trabajador cómo funciona la carretilla, lo que puede realizarse en unas pocas horas, sino, y lo que es más importante, debe acostumbrarse al uso de la máquina, a reaccionar frente a situaciones imprevistas y a no cometer errores derivados de la falta de experiencia. En este caso, lo relevante es que el accidente se produjo por una serie de fallos al cuarto día de trabajo, tras dos días de formación, fallos que quizá un trabajador con más experiencia o formación no habría cometido.

En parecido sentido, el fallo del **TSJ del País Vasco, de 26 de enero de 2010,** IL J 181/2010, señala que la falta de formación del trabajador no puede suplirse aludiendo a la experiencia del mismo, puesto que la misma no ha evitado el accidente, siendo deber del empleador establecer cuantas medidas de protección sean necesarias, incluidas aquellas para evitar los accidentes producidos por un exceso de confianza en el desempeño de la tarea o la imprudencia profesional del trabajador siempre que no sea temeraria.

c) Por imprudencia profesional o exceso de confianza

El **TSJ de Cataluña, en su pronunciamiento de 2 de noviembre de 2010,** IL J 516/2011, recoge la doctrina general en esta materia. Así:

> «Nuestro legislador ha querido que el deber de protección que tiene la empresa sobre la salud y seguridad de los trabajadores, llegue hasta el punto de prever las actuaciones negligentes de los mismos, las conductas constitutivas de imprudencia no temeraria que pueden cometer en la confianza y distracción que el desarrollo habitual y continuo de toda actividad laboral puede alcanzarse, pues no es por desgracia infrecuente el comportamiento de muchos trabajadores de asumir riesgos que ponen en peligro su integridad física, ya sea por simple distracción o por excesiva confianza en la seguridad y habilidad con las que realizan su labor, guiados en muchas ocasiones por el afán de agilizar en beneficio de la empresa el proceso productivo y no ralentizar la ejecución de las tareas que le son encomendadas, incluso aunque esto suponga un evidente peligro para su persona, siendo precisamente este el motivo por el que es exigible al empresario la adopción de todas las medidas de seguridad necesarias para hacer imposible este tipo de prácticas y prevenir así los accidentes que pudiere provocar la distracción, exceso de confianza o incluso negligencia del trabajador, estableciendo los mecanismos de vigilancia y control con los que detectar la posible realización por su parte de conductas imprudentes y los protocolos de seguridad adecuados para evitar o minimizar ese riesgo».

Un ejemplo de ello es la **Sentencia del TSJ de La Rioja, de 9 de julio de 2010,** IL J 189/2010, la cual entiende que estamos ante un caso de imprudencia profesional. En el concreto caso, el sistema de seguridad que bloqueaba la máquina llevaba un mes estropeado, y como medida provisional para que el sistema productivo continuase funcionando, se había puenteado, evitando que el robot quedara inactivo al detectar fallos en el sistema de seguridad. De haber estado en activo el mecanismo de seguridad de la máquina, «en ningún caso el accidente se habría producido, ya que al estar la puerta de acceso a la célula abierta ello hubiera impedido el funcionamiento del robot de manera automática...», sin que sea excusa el hecho de que el trabajador desempeñe esas tareas habitualmente.

d) Otras cuestiones

Otros ejemplos de imposición del recargo de prestaciones son por incumplimiento del deber de vigilancia del empresario o por la incorrecta utilización de los equipos de trabajo. Así, la **STSJ, de Cataluña de 2 de noviembre de 2011,** IL J 516/2011, señala que el deber de protección del empresario

ha de cubrir las posibles actuaciones negligentes del trabajador dentro de los conceptos de riesgo previsible y peligro evitable sin que pueda catalogarse como imprudencia temeraria. Tampoco exime de responsabilidad empresarial a la hora del pago del recargo la actuación de un compañero de trabajo —**STSJ de Andalucía, de 7 de octubre de 2010,** IL J 168/2011—; o la incorrecta utilización de los equipos de trabajo —**STSJ de Castilla y León, de 15 de diciembre de 2010,** IL J 624/2011, y de **Andalucía, de 10 de febrero de 2011,** IL J 636/2011—. En cuanto al incumplimiento del deber de vigilancia, el **TSJ de Andalucía, de 7 de octubre de 2010,** IL J 168/2011, recuerda que el empresario viene obligado a vigilar que se cumplan las instrucciones dadas con el fin de prevenir los riesgos derivados de la actividad y las negligencias profesionales de sus empleados, sin que ese deber sea aminorado por la confianza de los trabajadores en la realización de sus tareas consecuencia de la repetición de las mismas. En esta cuestión, es interesante la **STSJ de Andalucía, de 10 de febrero de 2011,** IL J 636/2011, que no estima imprudencia temeraria en uno de los trabajadores, que presentaba síntomas evidentes de haber ingerido, en las horas previas a su fallecimiento, etanol y cannabinoides, dado que, no consta que el otro trabajador que sufrió las mismas consecuencias hubiere ingerido sustancias del tipo.

e) Instrucciones del fabricante

Un caso interesante es el analizado en la **STSJ de Cataluña, de 2 de noviembre de 2010,** IL J 516/2011, que no libera a la empresa de su responsabilidad a pesar de que la empresa ha seguido «las instrucciones del fabricante y suministrador de los pilares». Para el Tribunal, cualquiera que pudiera ser hipotéticamente la responsabilidad del fabricante, y sin cuestionar el eventual derecho a repetir contra el mismo las consecuencias del accidente, que incluso podría dar lugar a una responsabilidad solidaria, lo cierto es que la empresa es la responsable frente a sus trabajadores de la deuda de seguridad laboral, estando obligada por ello a asegurarse de que los procedimientos recomendados o permitidos por el fabricante son los correctos y adecuados, extremando todas las medidas de seguridad necesarias para evitar o minimizar los evidentes riesgos que pudieren derivarse, como es la retirada de los moldes de encofrado, estando igualmente obligada a valorar los riegos con criterios e iniciativa propia, no pudiendo escudarse en la guía del fabricante cuando se trata de una actuación inmersa en el ámbito de su responsabilidad profesional y que tampoco comporta la utilización de mecanismos complejos o de maquinaria sofisticada de difícil entendimiento.

C) Porcentaje

A la hora de fijar el porcentaje del recargo la **STSJ de Valencia, de 5 de noviembre de 2010,** IL J 526/2011, entiende que debió de imponerse en un cuarenta por ciento y no en un treinta, atendiendo no sólo al hecho de que la infracción fuese sancionada como falta grave, sino atendiendo al riesgo que comportaba para la salud y la integridad de los trabajadores.

> «el art. 123.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1994 establece un recargo "de un 30 a un 50 por 100" de las prestaciones económicas por riesgos profesionales cuando ha existido infracción de las normas preventivas de tales riesgos. El precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta". Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz legal. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sanciona-

dor". Igualmente diversas Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia a la hora de imponer un determinado porcentaje de recargo dentro del elenco legal han señalado, como punto de partida y como criterio general, el 30 por ciento ha de reservarse para las infracciones leves, el 40 por ciento para las graves y el 50 por ciento para las muy graves (en este sentido véase la STSJ de Castilla y León con sede en Valladolid de 14-11-2005 y la Sentencia de esta Sala de 2-6-2009 que hace referencia a la anterior). Y partiendo de la doctrina que acabamos de exponer hemos de acoger parcialmente el motivo de la parte, entendiendo que el recargo debió de imponerse en un cuarenta por ciento y no en un treinta, atendiendo no sólo al hecho de que la infracción fuese sancionada como falta grave, con lo que a resultas de los hechos probados de la resolución de instancia, parece que se aquietó la empresa contratista, sino atendiendo al riesgo que para la salud y la integridad de los trabajadores, y en concreto para el recurrente entrañaba la infracción cometida».

D) Compatibilidad entre diversos órdenes jurisdiccionales

El fallo del **TSJ de Castilla y León, de 14 de octubre de 2010,** IL J 574/2010, ahonda en una cuestión ya clásica como es la compatibilidad del recargo con otras sanciones.

> «Siendo dicho precepto dictado a partir de la STC de 26 de noviembre de 1985, donde se indicaba que: "el reparto de competencias entre distintos órdenes jurisdiccionales no debe llevar a la conclusión que unos hechos son o no son, ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue el autor de un hecho o no lo fue. Pero sin que todo ello conlleve a que se entienda que la resolución del orden contencioso administrativo constituya cosa juzgada respecto de la sentencia a dictar en este procedimiento. Ya que el objeto de ambos procesos no es del todo idéntico. Por cuanto en un supuesto se solicita la anulación de una sanción, jugando el principio de la presunción de inocencia propia de todo procedimiento sancionador, y en el otro supuesto —recargo— nos encontramos con una prestación de Seguridad Social. En definitiva, en ambos órdenes jurisdiccionales se valoran los hechos desde perspectivas diferentes, y en su caso, el primero tiene su fundamento o razón de ser en la actuación punitiva del Estado en cuanto se vulnera el ordenamiento jurídico aún cuando sea por la simple inobservancia de la normativa aplicable, aún cuando no se hubiera producido daño al trabajador. Sin embargo, en el recargo de prestaciones, y sin entrar en este momento a discutir su naturaleza jurídica, es lo cierto que concurren rasgos que inciden en su naturaleza sancionadora, pero que tiene otras notas importantes que configuran su naturaleza prestacional o resarcitoria para el trabajador que lo percibe. No existiendo, en principio, contradicción entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencia llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales. En cualquier caso, de entenderse que existe una vinculación entre las resoluciones de un orden jurisdiccional y otro, por razón elemental del principio de seguridad jurídica del articulo 9.3 de la CE, hemos de tener en cuenta que la vinculación de las resoluciones del orden social lo serán con respecto a los hechos probados de la sentencia, no al fallo de la misma, y sólo en su caso, puesto que pueden variarse los hechos probados de la referida sentencia por la resolución dictada en este orden laboral, siempre que se justifique en este supuesto la divergencia. De manera tal, que la vinculación, de existir por razón del principio de seguridad jurídica, lo será con los hechos probados de la sentencia no con el fallo, ni tampoco con la fundamentación jurídica de la sentencia dictada en el orden contencioso administrativo».

E) Firmeza de las actas de la Inspección de Trabajo

Es doctrina admitida que la anulación del acta de infracción de la Inspección de Trabajo por incumplimiento de normas de salud y seguridad no implica el decaimiento del recargo ya que el contenido de la referida acta de infracción no constituye la base del citado recargo.

Para esta cuestión merece la pena reproducir la doctrina de la **Sentencia del TSJ de Madrid, de 25 de noviembre,** IL J 306/2011.

> «La existencia de una total desvinculación entre el procedimiento relativo a la sanción administrativa respecto de la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, de la competencia del orden Contencioso-Administrativo, del ahora seguido para la imposición de los recargos por ausencias de medidas de seguridad imputables al empresario, atribuido al conocimiento exclusivo de la jurisdicción social, aunque participen del mismo hecho enjuiciado, siendo el único elemento vinculante para el orden social los hechos declarados probados firmes dimanantes de una sentencia del órgano judicial contencioso-administrativo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 42.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, de cuya dicción en ningún caso debe colegirse que el proceso laboral deba quedar suspendido a la espera de que la resolución del orden contencioso administrativo sea firme, sino que, muy al contrario, el orden social debe entrar a conocer, en aplicación del artículo 4.1 de la LPL, resolviendo sin demora la cuestión prejudicial directamente relacionada, ya que en otro caso se perjudicaría gravemente los intereses de los trabajadores afectados. Esta disociación entre el procedimiento sancionador y el de recargo se manifiesta igualmente a nivel normativo en el artículo art. 27 del RD 928/1998 atribuyendo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social legitimación para iniciar el procedimiento administrativo tendente a declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, proponiendo el porcentaje de incremento que estime procedente sin necesidad de que se haya producido acta de infracción ni resolución imponiendo la sanción. Diversidad procedimental que tiene su razón de ser en el hecho de que conforme se sigue de la doctrina asentada por el TS (St de 20-06-08 reiterando consolidada jurisprudencia recogida entre otras en sentencias de 9 de octubre, 21 de noviembre, 5 de diciembre y de 2006 así como de 12 de febrero, 6 de junio y 24 de septiembre de 2007) la relación jurídica de recargo de prestaciones establecida en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, es una relación triangular en la que, de una parte se halla la Entidad Gestora de la Seguridad Social como administración y, de otra, el empresario afectado, opuesto al trabajador beneficiario del importe del recargo, por lo que resulta unánime la doctrina jurisprudencial en el sentido de entender que el expediente administrativo tramitado para la posible fijación de un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral, no es un expediente sancionador (Sentencias de 5 de diciembre de 2006, 26 de marzo de 2007, 27 de marzo de 2007, 17 de abril de 2007, 27 de Junio de 2007 y 15 de septiembre de 2009), al no derivar el recargo de la potestad sancionadora de la Administración —esa potestad se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa—, sino de un incumplimiento de las obligaciones de prevención que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo. Siendo desde esta diferente perspectiva de defensa social lo que permite el dictado de dos resoluciones sobre unos mismos hechos por autoridades diferentes (St TS de 2 de octubre de 2000)».

3. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Alcance del deber de protección del empresario

En su fallo de 13 de octubre de 2010, el TSJ del País Vasco afirma que el deber de protección del empresario comprende el deber de implantar las medidas de seguridad necesarias y el deber de comprobar que las mismas son efectivamente realizadas. A su vez, la sentencia del **TSJ de La Rioja, de 30 de julio de 2010,** IL J 212/2010, recuerda que el cumplimiento del deber de protección no sólo exige al empresario garantizar la salud y seguridad de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL) sino también la efectividad de las medidas preventivas, que deberán prever incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Un buen ejemplo es el estudiado por el **TSJ de Castilla León** en su pronunciamiento de

15 de diciembre de 2010, IL J 624/2011. En este caso, el deber empresarial no se cumplió porque no existía un protocolo informativo acerca de las pautas, maniobras, tiempos, verificaciones, etc., a seguir para comprobar la idoneidad del uperizador para su manipulación conservadora o reparadora, lo que habría sido suficiente para evitar el siniestro.

B) Coordinación de actividades: responsabilidad del promotor. Análisis del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre

El TSJ de Cataluña, en su fallo de 8 de febrero de 2010, estima que el accidente que se produce porque no se han adoptado las adecuadas medidas de coordinación en las tareas de prevención de riesgos laborales, siendo a la empresa promotora a la que le correspondía adoptarlas y difundirlas entre todas las empresas implicadas durante las distintas fase de la ejecución de la obra. Es más, se indica, que la responsabilidad del promotor no se limita a encargar el estudio de seguridad y salud laboral, sino que es necesario comprobar y supervisar la correcta y efectiva aplicación de los mismos. En tal sentido, el Tribunal recuerda su doctrina de 10 de diciembre de 2007 en la que señaló que el hecho de que la empresa recurrente y la contratista tuviesen o no la misma actividad productiva, no excluye la responsabilidad de la recurrente, pues lo determinante no es que la actividad de las empresas sea la misma, sino que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

C) Responsabilidad subjetiva o aquiliana

La sentencia del **TSJ de Extremadura, de 10 de diciembre,** IL J 615/2011, a la hora de aplicar la responsabilidad por culpa o negligencia del empresario, mantiene la tradicional exigencia de una responsabilidad subjetiva o aquiliana. Así:

> «En este sentido la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2003, nos recuerda la doctrina jurisprudencial al respecto, al razonar: "la doctrina unificada de esta Sala, partiendo de la sentencia de 30 de septiembre de 1997 (recurso 22/97), que ante la tesis de "una responsabilidad cuasiobjetiva por los daños causados, al ser estos previsibles y producidos por una actividad con riesgo de originarlos y en beneficio del empresario, causante de esta situación", señala que "Esta responsabilidad cuasiobjetiva se construye, acentuando el caracter complementario y subsidiario de la responsabilidad de los artículos 1902 a 1910 del Código Civil de la responsabilidad contractual y la posibilidad de la concurrencia de ambas en yustaposición, acercando el régimen de la responsabilidad aquiliana a la responsabilidad por riesgo con la aminoración del elemento estrictamente moral y subjetivo de la culpa en sentido clásico, con valoración predominante de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico, y consiguiente imputación de los daños causados a quien obtiene el beneficio por estos medios creadores de riesgo. A esta construcción jurídica se le añade la inversión en la carga de la prueba y se alcanza prácticamente una responsabilidad objetiva. Este enfoque de la cuestión tiene pleno sentido cuando, desde la creación de riesgos por actividades ventajosas para quienes las empleen, se contemplan daños a terceros ajenos al entramado social que se beneficia de este progreso y desarrollo, es decir cuando los riesgos sociales son valorados frente a personas consideradas predominantemente de modo individual, como sucede en el derecho civil, pero la cuestión cambia radicalmente de aspecto cuando el avance tecnológico alcanza socialmente tanto al que emplea y se beneficia en primer lugar de las actividades de riesgo —empresarios— como a quien los sufre, trabajadores, el puesto de trabajo es un bien nada desdeñable, en este caso la solución es la creación de una responsabilidad estrictamente subjetiva, que garantizando los daños sufridos por estas actividades peligrosas, previene al tiempo los riesgos económicos de quienes al buscar su propia ganancia crean un bien social, como son los puestos de trabajo. Este justo equilibrio, es el que desde antiguo se ha venido consiguiendo, con la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y con toda la normativa

> a ella aneja, adecuada no solo al conjunto social de empresas y trabajadores, sino que permite mediante las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, acomodar en cada empresa las ganancias del empresario con la indemnización de los daños sufridos por los trabajadores en accidentes laborales y enfermedades profesionales... Las consideraciones hechas en el fundamento precedente evidencian que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar esta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas, con más seguridad y equidad". Esta doctrina se reitera en sentencia de 2 de febrero 1998 (recurso 124/97) afirmando que "en el ámbito de actuación empresarial que es objeto de examen (es decir, el del citado artículo 97.3), la responsabilidad del empresario (responsabilidad llamada civil y depurada en el marco de la Jurisdicción Social), con fundamento en la cual pueda hacerse efectiva la indemnización postulada en la demanda, es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional". También se manifiestan en estos términos las sentencias de 18 de octubre de 1999 y 22 de enero de 2002 (recursos 315/99 y 471/01), que aún cuando desestiman el recurso por falta de contradicción, parten de que la base de la responsabilidad descansa en la culpa o negligencia. Incluso añade la última de estas resoluciones, que en cualquier caso el recurso no podría tener acogida por falta de contenido casacional, pues la tesis que se mantiene es contraria a la doctrina unificada establecida por la sentencia de 30 de noviembre de 1997 y reiterada en la de 2 de febrero de 1999».

D) Criterios para la fijación de la indemnización por daños y perjuicios

El fallo del **TSJ de Extremadura, de 10 de diciembre,** IL J 615/2011, recuerda la doctrina a la hora de fijar la indemnización en caso de accidente de trabajo:

> «En orden a la compensación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente de trabajo la jurisprudencia unificadora viene proclamando que el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen, como regla, derecho a su reparación íntegra, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes de trabajo no afectan solo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social de aquél y de las que personas que del mismo dependan; también se proclama que los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena».

También se dice en la Sentencia de 2 de octubre de 2000 (con cita de la de 17 de febrero de 1999, recurso 2085/98), que ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales a respetar que «a) existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; b) debe existir también, en principio un limite en la reparación del daño, conforme a las previsiones del Código Civil, aplicables a todo el ordenamiento... (y)... que no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio». Por último, cabe decir, que la citada sentencia de 30 de septiembre de 1997 afirma «que es competente el orden social para conocer de los daños causados al trabajador, por todas las conductas del empresario en que este actúe como

tal empresario con imputación de culpa bien se plantee esta como contractual, bien se plantee como extracontractual que sea causa del daño producido»; (fundamento de derecho segundo).

En este caso, el Ayuntamiento condenado no había dispuesto ninguna medida de seguridad para atemperar los riesgos del acto festivo, puesto que ni colocó vallas, ni cintas de separación, ni acotó el lugar de tránsito exclusivo de los caballos y sus jinetes para no perturbar la imagen pública de un acto de interés turístico al que asisten más de 15000 personas, lo que dejó totalmente desprotegido a la Policía Local frente a la embestida de un caballo que le provocó la muerte.

E) Requisitos de la responsabilidad civil en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

El TSJ de Extremadura, en su pronunciamiento de 6 de septiembre de 2010, desestima la solicitud de indemnización por daños y perjuicios al no haber constancia de que la omisión de las medidas de seguridad fuese la causa del accidente. pues lo único que consta probado es que consistió en caída desde una altura de 1,60 metros cuando el trabajador se hallaba subido en una escalera de tijera, pero no consta, en cambio, la razón por la que se produjo esa caída, pudiendo haber sido muchas, unas producidas por omisión de medidas de seguridad, achacables a la escalera o al calzado que utilizara el trabajador, pero también otras en las que no interviniera omisión ninguna de tales medidas, como un desvanecimiento, un resbalón por mala colocación de los pies al subir o bajar o incluso imprudencia del propio trabajador. Al hilo del examen, recuerda los requisitos para que exista responsabilidad civil.

> «La doctrina general en la materia estudiada la compendia la sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2005, de la siguiente forma (fundamento de derecho tercero): "La cobertura económica de las consecuencias del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional que dispensa el sistema de la Seguridad Social no excluye la posibilidad de demandar del responsable, empresario o tercero, que indemnice el resto de los daños y perjuicios inferidos a la víctima que dicho sistema, de prestaciones legalmente tasadas, no alcanza a reparar. Así resulta del art. 127.3 de la LGSS. y, en cuanto atañe a los casos en que la causa del accidente estriba en una infracción empresarial de las pertinentes medidas de seguridad e higiene, de los arts. 123.3 de la propia LGSS. y 42.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Ahora bien, mientras la acción protectora de la Seguridad Social se organiza con arreglo a criterios de responsabilidad objetiva, de manera que basta para que opere con la simple constatación de que el trabajador se ha lesionado con ocasión o por consecuencia de su actividad por cuenta ajena (art. 115.1 LGSS.), el título de imputación de la responsabilidad civil complementaria es la culpa en su sentido subjetivista clásico. (...) El éxito de la pretensión resarcitoria exige, por tanto, la comprobación acabada de que el hecho lesivo acaeció por efecto de un incumplimiento culpable del deber legal de seguridad —arts. 4.2.d) y 19 del ET — que el empresario asume frente a quienes trabajan a su servicio". Y es que con el mentado marco ordenador, la responsabilidad civil deviene ineludible, porque si la ordenación de la prevención lleva consigo la adopción de las medidas previstas en el ordenamiento con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, es decir, que con ello se impida que el trabajador sufra un determinado daño derivado de la prestación laboral, la estructura de la responsabilidad civil es la siguiente: a) la acción u omisión en el cumplimiento de las medidas previas, bien porque las adoptadas no sean las adecuadas, bien porque no se adopte ninguna; b) la voluntariedad en ese "lacere" o "no facere"; c) el daño, lesión o enfermedad o menoscabo del trabajador; y d) el nexo causal, que por ese ilícito o contravención se haya producido ese daño».

4. RIESGO POR LACTANCIA NATURAL: RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR EXISTENCIA DE RIESGO PARA EL LACTANTE

La **Sentencia del TSJ de Asturias, de 12 de noviembre de 2010,** IL J 560/2011, reconoce la prestación por riesgo por lactancia natural a una trabajadora, con una hija a la que alimenta parcialmente

con leche materna, que presta servicios en un hospital realizando pruebas médicas a pacientes con emisión de rayos X. En la evaluación de su puesto de trabajo se indica que, en un principio no se expone a radiación alguna al quedar protegida por pantalla de seguridad ante rayos X, aunque es cierto que existen al menos dos situaciones en las que se halla expuesta a sufrir radiaciones ionizantes. Ello determinó, incluso reconocido por los propios facultativos de la Mutua demandada, que fuese declarada no apta para ese puesto en tanto mantuviese la lactancia materna, ya que no era posible ni la adaptación ni el cambio de trabajo. Sin embargo, la Mutua no lo entendió así, alegando que en el anexo VII del RD 39/1997 no se identifican las radiaciones ionizantes como un agente que pueda influir negativamente en la salud de las trabajadoras en período de lactancia natural, considerando improcedente la aplicación del art. 135.bis de la LGSS.

Sin embargo, el Tribunal reconoce el derecho a la prestación al apreciar la existencia de un posible factor de riesgo para el embarazo, puesto que considera que de forma excepcional se puede utilizar este mecanismo de protección sin que el riesgo tenga por qué ser «especial» según lo establecido en el art. 26.1 LPRL. A su vez, no se puede obviar que el interés protegido es el del lactante. También se tiene en cuenta el informe del servicio propio de la empresa, según lo establecido en el art. 39.4.b) del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que confirma la existencia de un riesgo real, que demanda un protección real, en relación con la lactancia materna que pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora lactante.

En idéntico sentido se pronuncia la **Sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca de 11 de febrero de 2011,** IL J 650/2011, ante el riesgo que para las trabajadoras lactantes tiene el benceno, componente de las gasolinas. En este caso —de trabajadora de una gasolinera—, el benceno no estaba contemplado como riesgo específico para la mujer lactante, pero sí lo estaba para la mujer embarazada. No obstante, se considera que es de aplicación, ya que existe la obligación de actualizar constantemente el plan de prevención para incorporar nuevos riesgos detectados.

5. DESIGNACIÓN DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN

El fallo del **TS de 19 de enero de 2011,** IL J 373/2011, resuelve un conflicto colectivo planteado por la designación de los delegados de prevención en el que se solicitaba la declaración de nulidad del procedimiento de designación de delegados de prevención efectuado en el seno del Servicio Andaluz de Salud al haberse llevado a cabo sin la participación del Comité de Empresa «regional» lo que supone una vulneración del art. 35.2 de la LPRL. El Tribunal parte de que dicho Comité, por su carácter excepcional, no ha entrado dentro de las previsiones expresas de la LPRL y que los órganos colegiados de representación específica en materia de seguridad y salud en el trabajo han de ser órganos «únicos» o conjuntos de los trabajadores de régimen laboral y del personal de régimen funcionarial o estatutario. Por ello, una representación conjunta de esta clase, integrada por todos los delegados de prevención, presupone la participación de los representantes unitarios de los trabajadores de régimen laboral en la designación de los delegados de prevención de los distintos centros por lo que no es admisible que el comité de empresa regional puede designar delegados de prevención adicionales a los designados por las juntas de personal sino que su derecho de designación lo ha de ejercitar conjuntamente con el de las juntas de personal.

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)

Reglamento de Extranjería 2011

FRANCISCO FRANCO PANTOJA y JAVIER SÁNCHEZ RIBAS

Lex Nova, Valladolid, 2011

[AUTOR]

El nuevo «Reglamento de Extranjería» (**Real Decreto 557/2011**) constituye una herramienta fundamental en la implementación de lo que va a ser el panorama migratorio en España, como norma que desarrolla la aplicación en la práctica de los principios generales recogidos en la «**Ley de Extranjería»** (Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 2/2009).

El objetivo de esta monografía es proporcionar una **visión global**, incluyendo **esquemas** y **remarcando los cambios más relevantes**.

Se expondrá, principalmente, cómo quedan en la nueva reglamentación los siguientes aspectos:

— **Entradas y salidas** de España.

— Las diferentes **situaciones de los extranjeros** en España (tránsito; estancia; residencia con o sin autorización de trabajo; autorización de trabajo sin autorización de residencia).

— Los diferentes **procedimientos** para acceder a cada una de dichas situaciones.

— El régimen de **infracciones y sanciones**

También se presta especial atención a supuestos que sufren una importante modificación en su nueva regulación, como la situación de los **menores extranjeros** en España; el **retorno voluntario** de los extranjeros a sus países de origen; la protección a las **víctimas de trata** de seres humanos, **víctimas de violencia de género** y **víctimas de redes organizadas** de tráfico de personas, o el valor de los **informes de integración social de los extranjeros** en España.

Despido y Crisis Económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía

ANA DE LA PUEBLA PINILLA y AURELIO DESDENTADO BONETE

Lex Nova, Valladolid, 2011

[AUTOR]

El objetivo fundamental de este libro es contribuir a una mejor comprensión de la **nueva regulación de los despidos económicos** en la reforma laboral de 2010. Pero esta orientación práctica se aborda desde una perspectiva innovadora, en la que se combinan el **análisis jurídico y el económico**. Sólo desde este enfoque interdisciplinario puede explicarse adecuadamente una materia tan compleja, en la que están implicados el **Derecho y la Economía**.

Conscientes de la necesidad de un diálogo, jueces y economistas debaten en el libro los **problemas fundamentales de los despidos económicos**. Se examinan desde esta doble perspectiva las causas de los despidos y el alcance del control judicial sobre las decisiones empresariales; y se dedica una especial atención a la prueba y a la justificación de las medidas extintivas. Este análisis se completa con el estudio de los problemas que afectan a los procedimientos y a los requisitos formales de los **despidos**, a los **salarios de tramitación** y al **régimen de indemnizaciones**. El estudio abarca los **despidos individuales y los colectivos**, así como las extinciones que tienen lugar en el concurso.

El libro, que se cierra con un estudio de **derecho comparado** que sitúa la regulación española en

su contexto europeo, pone de relieve los límites de una reforma que, aunque ha introducido algunas mejoras sobre la situación anterior, no ha resuelto los graves problemas de nuestro mercado de trabajo.

La Reforma de la negociación colectiva. (Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio)

IGNACIO GARCÍA PERROTE ESCARTÍN y JESÚS R. MERCADER UGUINA

Lex Nova, Valladolid, 2011

[AUTOR]

Tras fracasar la negociación entre los sindicatos y las asociaciones empresariales, el Gobierno ha dictado el **Real Decreto-ley 7/2011**, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. La norma está en vigor desde el 12 de junio de 2011.

En el presente libro y desde una perspectiva eminentemente práctica, especialistas en la materia analizan las medidas introducidas por el Real Decreto-ley, entre las que se encuentran las siguientes:

— **se refuerzan los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal y autonómico**, en detrimento del ámbito provincial y, a la vez y salvo que aquellos convenios estatales y autonómicos dispongan lo contrario;

— se establece la **prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa y de grupo de empresas** en determinadas materias, como son, entre otras, la determinación de la **cuantía salarial** y del **tiempo de trabajo**;

— se prevé un plazo mínimo para la denuncia del convenio y unos **plazos** máximos para el inicio y **para la negociación** (de ocho a catorce meses) de un nuevo convenio colectivo;

— se potencian los procedimientos de solución no judicial de los conflictos laborales, especialmente el **arbitraje**; se refuerza el papel de la **comisión paritaria** de los convenios colectivos;

— se trata de facilitar medidas de **«flexibilidad interna negociada»**;

— se introduce una nueva regulación de la llamada **ultraactividad de los convenios colectivos** que han agotado su duración prevista, si bien, en defecto de acuerdo y de sometimiento a los procedimientos de solución no judicial, se mantiene la vigencia del convenio colectivo;

— **se refuerza el papel de las secciones sindicales** frente a los comités de empresa, y, en fin, se regula expresamente, por primera vez, la **legitimación para negociar convenios colectivos** de grupos de empresa y de las llamadas «**empresas en red**».

En definitiva, se trata de una **práctica monografía muy útil** para todos los profesionales que intervienen en las relaciones laborales.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista *Justicia Laboral* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista Justicia Laboral* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: redac@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.

2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.

3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.

4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán 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.

Notas

Notas

Notas

Notas