

**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

Nº46

# 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](mailto: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](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

La versión on line de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **[portaljuridico.lexnova.es](http://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 a Distancia de Madrid (UDIMA). Abogado

### **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

PACTOS DE EMPRESA Y DECISIONES UNILATERALES DEL EMPRESARIO: UN ESPACIO ABIERTO A LA DIFERENCIA SALARIAL.

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

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

PROTECCIÓN DE DATOS Y CONTRATO DE TRABAJO

*Aurelio Desdentado Bonete y Ana Belén Muñoz Ruiz* ..... 13

DIÁLOGO SOCIAL Y REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

*Francisco Pérez Amorós y Helena Ysàs Molinero* ..... 67

PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO. LA COMISIÓN PARA EL PERÍODO DE CONSULTAS

*J. Javier Orcaray Reviriego* ..... 101

## CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

*Olga Estrada Alonso*..... 129

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* ..... 145

III. EMPRESARIO

*Jesús Cruz Villalón; Rafael Gómez Gordillo; Macarena Hernández Bejarano; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; María Sepúlveda Gómez*..... 175

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

*José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer*..... 195

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

*Ana María Badiola Sánchez (coordinadora); Fernando Breñosa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Lourdes López Cumbre; Montserrat Ruiz Cuesta; César Tolosa Tribiño* ..... 207

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
<i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig .....</i>	227
VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS	
<i>Jesús R. Mercader Uguina; Ana Belén Muñoz Ruiz (coord.); Cristina Aragón Gómez; Patricia Nieto Rojas; José Delgado Ruiz; Amanda Moreno Solana; Pablo Gimeno Díaz de Atauri; Daniel Pérez del Prado .....</i>	239
VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA	
<i>Javier Gárate .....</i>	253
IX. SEGURIDAD SOCIAL	
<i>Julia López López; Ignasi Areal Calama; Consuelo Chacartegui Jávega; Josep Fargas Fernández; Nuria Pumar Beltrán; Sergio Canalda Criado; Eusebi Colás Neila.</i>	265
X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA	
<i>M.ª Nieves Moreno Vida; Ángel J. Gallego Morales; José Antonio Fernández Avilés; José María Viñas Armada; Susana de la Casa Quesada.....</i>	291
XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL	
<i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; María Amparo Esteve Segarra.....</i>	301
XII. EL PROCESO LABORAL	
<i>Lourdes Martín Flórez; Sonsoles González Solís; Carlos Martínez Cebrián; Gloria Raich .....</i>	311
XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	
<i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernández .....</i>	325

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS .....	337
-------------------------	-----

## **EDITORIAL**

### **PACTOS DE EMPRESA Y DECISIONES UNILATERALES DEL EMPRESARIO: UN ESPACIO ABIERTO A LA DIFERENCIA SALARIAL**

Bien conocido es el debate que a lo largo de los últimos años ha existido en nuestro país en relación con las dobles escalas salariales. Numerosos han sido los pronunciamientos emanados tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo. La jurisprudencia constitucional se condensa en dos sentencias a las que ya se ha hecho una primera e indirecta referencia: las sentencias del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Aun con matices y modulaciones derivados de los citados pronunciamientos, se extraía que los convenios colectivos se encuentran vinculados por los derechos a la igualdad y a la no discriminación, de manera que los trabajadores, al menos los de categorías homogéneas o equiparables (y en principio lo son quienes realizan las mismas funciones y tareas), deben ser objeto del mismo tratamiento convencional, salvo que exista una justificación objetiva, razonable y proporcionada de la diferencia de trato. La diferente fecha de ingreso no se considera, en sí misma y por sí sola, que constituya una justificación objetiva, razonable y proporcionada. Se necesitan causas o elementos adicionales a la mera fecha de ingreso. Entre las causas o elementos adicionales de justificación, se ha utilizado la necesidad de respetar derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas de los antiguos o actuales trabajadores o la creación neta de empleo o la conversión de empleo temporal en fijo, aunque no se acepta como elemento de justificación si la contratación temporal anterior era ya irregular o fraudulenta.

No obstante, algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo han venido a matizar la anterior doctrina cuando de lo que se trata es de acuerdos de empresa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que los acuerdos de empresa, por su carácter convencional y no normativo, resultan ajenos al derecho a la igualdad. De este modo, los acuerdos privados o las decisiones unilaterales del empresario, no pueden considerarse como vulneradores del principio de igualdad, salvo que la diferencia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el ET.

Sobre esta base, en el caso analizado por la STS de 10 de marzo de 2009, *Asunto Acuerdo Caja de Ahorros Provincial de Guadalajara*, una entidad financiera acordó con los sindicatos homogeneizar las condiciones laborales de los trabajadores dentro de un marco de fusión que finalmente no se produjo. Entre otras medidas, se pactó una mejora salarial respecto a lo fijado en el convenio colectivo, que se aplicaba a los trabajadores que estuvieran de alta en la empresa a fecha 31 de diciembre de 2001. Posteriormente, la empresa, de manera unilateral, decidió aplicar la mejora también a los trabajadores temporales, a los que convirtió sus contratos en indefinidos el 29 de abril de 2004. Con estos antecedentes,

dos años después, los sindicatos solicitaron a la empresa que aplicara las mismas condiciones laborales, más ventajosas, a varios trabajadores que la entidad había contratado desde entonces. La empresa se negó, argumentando que no estaban en la empresa cuando se firmó el acuerdo, por lo que los sindicatos plantearon una demanda de conflicto colectivo, alegando que la empresa estaba incurriendo en discriminación. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, ante quien los sindicatos recurrieron, fallan a favor de la empresa.

La clave está, según el TS, en el carácter no estatutario del pacto de mejora salarial, es decir, en la naturaleza privada del pacto. Según la sentencia, los acuerdos privados o las decisiones unilaterales del empresario «no pueden considerarse como vulneradores del principio de igualdad, salvo que la diferencia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores». Como no sucede así, la empresa es libre para decidir a quién aplica la mejora salarial sin incurrir en discriminación. La sentencia concluye que «las decisiones o medidas que toman en consideración circunstancias tales como la fecha de ingreso en la empresa, la de adquisición de la fijeza, o el carácter temporal del vínculo contractual, no afectan, ni en su valoración individual ni en su consideración combinada o conjunta como pretenden los recurrentes, a la cláusula de prohibición de la discriminación». Ello es así porque esos factores de diferenciación no están comprendidos entre los que enumera expresamente el inciso segundo del artículo 14 CE; y tampoco pueden considerarse incluidos en la referencia final que el precepto hace a «cualquier otra condición o circunstancia de carácter personal o social». «El Convenio Colectivo [...] debe respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias inderogables del derecho a la igualdad, y le esté vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que éstas sean razonables de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social (SSTC 177/1988, 119/2002 y 27/2004)», pero no así los acuerdos de empresa.

Igualmente, subraya dicha interpretación la STS de 3 de noviembre de 2008, Asunto *Acuerdo de empresa sobre pagas extraordinarias en La Caixa*. Caixa Laietana se ha regido, al menos desde el año 1982, por los Convenios Colectivos de las Cajas de Ahorros. De acuerdo con tales normas convencionales, los empleados de Caixa Laietana tienen derecho a percibir anualmente un mínimo de diecisiete pagas y media y un máximo de diecinueve pagas, habiendo percibido en los últimos años dieciocho pagas y media. Adicionadas a las retribuciones de Convenio, Caixa Laietana, por decisión en cada ocasión de su Comisión Ejecutiva y a la «vista de la marcha de la cuenta de resultados» del ejercicio correspondiente, concedió desde 1977 a 1986, ambos inclusive, «a todos sus trabajadores incluso los que se hallaren en excedencia por razón de servicio militar», dos pagas más en los meses de octubre y diciembre, de carácter voluntario, absorbible y compensable que denominó «gratificaciones especiales». En diciembre de 1986, Caixa Laietana y su Comité de Empresa, debidamente representados, suscribieron el Acuerdo impugnado que establece la regla de «prorrateo de gratificaciones especiales» que la empresa venía satisfaciendo de antiguo, con carácter voluntario y sin contraprestación alguna, se garantiza «ad personam» a todo el personal fijo en la plantilla de la Caja al 31 de diciembre de 1986, no siendo de aplicación, en consecuencia, a los empleados que se contraten a partir de esta fecha. Considera la Sala, recordando su doctrina en este punto, que «es evidente pues que el diferente trato dado por Caixa Laietana en función de la fecha de ingreso o del carácter temporal de los contratos,

no puede constituir discriminación alguna, en el sentido constitucional y de legalidad ordinaria a los que acabamos de hacer mención».

A tenor de la misma, «sólo los convenios colectivos estatutarios, es decir los productos de la negociación colectiva “en la más importante de sus manifestaciones”, en palabras del Alto Tribunal, tienen valor normativo en nuestro ordenamiento legal; y por ello, al ser equivalentes a un instrumento público de regulación, son los únicos que están obligados a respetar las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad. De modo que el respeto obligado al principio de igualdad no puede predicarse de un Acuerdo [...] dada su naturaleza de pacto informal o privado entre partes».

Sin embargo, dichos acuerdos sí deben respetar el principio de no discriminación. La STC 27/2004 señaló, a estos efectos, que «la prohibición de discriminación representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE». Por ello, la STS de 13 de noviembre de 2003, Asunto *Acuerdo de empresa en Mutua Vizcaya*, relativa a un premio de antigüedad que no se extendía a los trabajadores eventuales que en la misma fecha presten servicio, ni al personal de nuevo ingreso, consideró tal diferencia discriminatoria. Rige para la empresa Mutua Vizcaya Industrial el pacto de empresa suscrito con vigencia para el año 2002, cuyo artículo 15 establece: «1.º Los trabajadores fijos de plantilla a 1 de enero de 2002 tendrán derecho a percibir cuando cumplan cada condición de permanencia en la entidad que se relaciona a continuación, el premio correspondiente por este concepto de acuerdo con la siguiente escala [...]. 2.º Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación: a los trabajadores eventuales que a la misma fecha prestan servicio en Mutua Vizcaya Industrial, sin perjuicio de su derecho a la compensación económica establecida en la Disposición Transitoria Primera a favor de los mismos; al personal de nuevo ingreso contratado desde el 2 de enero de 2002 cualquiera que sea la modalidad de su contrato de trabajo». Señala el referido pronunciamiento que: «Es cierto que en un negocio estrictamente privado no cabe invocar el art. 14 CE, dirigido a servir de pauta en la elaboración de las leyes y de convenios, pero desde el momento que el acuerdo se arroga eficacia frente a quienes no intervienen en la negociación, únicamente el marco del Título III puede convenir al espectro de imperatividad que se pretende. Es en este extremo donde muestra su vulnerabilidad el Pacto impugnado, al intentar soslayar el Derecho aplicable sobre la materia».

En relación concretamente con el derecho a la igualdad en materia retributiva, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que el principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad.

El conflicto resuelto por la STC 36/2011, de 28 de marzo, Asunto *British Council*, pone sobre la mesa el valor de las dobles escalas salariales cuando éstas vienen establecidas por una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. En el caso enjuiciado, las demandantes de amparo, que eran delegadas de personal del centro de trabajo de The

British Council en Valencia, interpusieron en su día demanda de conflicto colectivo contra la empresa, interesando la equiparación de las condiciones salariales de todos los trabajadores del referido centro de trabajo. En el mismo, la empresa viene manteniendo un doble sistema de determinación de los salarios del personal, tanto docente como administrativo. Desde el inicio de su actividad en España, la empresa venía asignando a los trabajadores, de forma unilateral y en un acto de mera liberalidad, un salario muy superior al establecido en el convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada. Estas retribuciones, que superan en alrededor de un 80% las establecidas en las tablas salariales del convenio aplicable, se adoptan siguiendo un sistema de remuneración tradicional británico, consistente en una escala de 13 niveles salariales, en los cuales se adscribía a los trabajadores en el momento de su contratación, ascendiéndose posteriormente en la escala en función de los años trabajados. Dicho esquema retributivo se ha venido actualizando periódicamente. A partir de 1994, la empresa decidió aplicar a los trabajadores de nueva contratación un nuevo sistema retributivo consistente en abonar los salarios por horas efectivamente trabajadas, siendo su cuantía igualmente superior a la del convenio colectivo aplicable (hasta en un 68%), manteniendo el antiguo sistema de escalas salariales para los trabajadores contratados con anterioridad a 1994. Ambos colectivos de personal docente realizaban las mismas funciones, ya que atendían a necesidades permanentes de la empresa, alternando entre sí las diversas actividades docentes. Esta realidad, base de las sucesivas renovaciones del personal temporal, motivó que se reclamase a la empresa el reconocimiento de dicho personal como fijo, lo que finalmente se logró en el centro de Valencia en el curso 2003-2004, tras la intervención de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, en materia salarial se ha mantenido para estos trabajadores el sistema retributivo particular establecido con ocasión de su contratación.

La demanda de conflicto colectivo fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia. Interpuesto por las demandantes recurso de suplicación frente a la anterior Sentencia, éste fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En su Sentencia, la Sala reitera básicamente los argumentos de la juzgadora de instancia. El posterior recurso de casación para la unificación de doctrina fue inadmitido, por falta de contradicción, por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional entra a conocer de la cuestión al afirmar su especial trascendencia constitucional [artículo 50.1.b) LOTC] que deriva, en este caso, de la posibilidad que ofrece para completar y aclarar la doctrina constitucional relativa al contenido y alcance del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, en particular en materia de retribuciones, cuando, como en el presente caso, las diferencias retributivas cuestionadas no tienen su origen en un convenio colectivo, sino en una decisión unilateral del empresario.

De conformidad con la doctrina constitucional que extensamente reproduce el Tribunal Constitucional, para poder concluir si en la diferenciación salarial sometida a nuestra consideración concurre alguna vulneración del artículo 14 CE es necesario analizar, en primer lugar, si su origen es legal o convencional o el resultado de una decisión unilateral del empresario en el ámbito de la autonomía de su voluntad; y, en segundo lugar, si la diferenciación posee o no un alcance discriminatorio.

En relación con lo primero, de la declaración de hechos probados de la Sentencia del Juzgado de lo Social se extrae con claridad que el sistema retributivo aplicado por la enti-

dad empleadora, reconociendo a los trabajadores salarios superiores a los establecidos en el convenio colectivo de aplicación fue adoptado de manera unilateral por aquélla, como un acto de mera liberalidad. Y que, igualmente, a partir de 1994 decidió la empresa de manera unilateral establecer un nuevo sistema retributivo para los trabajadores de nueva contratación, también más beneficioso que el contemplado en el convenio colectivo pero no tanto como el de los trabajadores contratados con anterioridad a dicha fecha. Las anteriores conclusiones no quedan enervadas por el hecho de que las demandantes hubieran aducido que la diferenciación salarial tiene su origen en el acuerdo concluido entre la empresa y los representantes legales del personal en mayo de 2004, al que califican de «pacto o convenio colectivo», pues dicha alegación resulta contradictoria con la pretensión sostenida por las demandantes en la vía judicial, sin que se hubiera alegado, y menos aún acreditado, que el citado acuerdo constituya un convenio colectivo en sentido propio que, con eficacia normativa, imponga la diferenciación salarial que se denuncia.

Dado que en el presente supuesto no nos encontramos en presencia de una diferencia de trato establecida por la Ley o por el producto normativo resultante del ejercicio de la autonomía colectiva, el análisis de la desigualdad salarial denunciada se sitúa, en primer lugar, en la prohibición de discriminación. Las demandantes de amparo alegan que han existido dos causas del diferente trato salarial ofrecido por la empresa a unos y otros trabajadores: y la distinta vinculación inicial, fija o temporal, de los contratados y la fecha de ingreso en la empresa.

Por lo que se refiere al primero de los factores y a la luz de las conclusiones fácticas obtenidas en las resoluciones judiciales recurridas, el Tribunal considera que «no puede aceptarse como probado que el carácter temporal de la contratación haya constituido en el presente caso un factor de diferenciación», tal y como se extrae de la Sentencia de instancia, pues «entre la temporalidad de la contratación y la diferenciación salarial no existe, de acuerdo con los hechos probados, una conexión de causalidad, sino que se trata de dos elementos concurrentes en la caracterización de un nuevo modelo de relaciones laborales decidido y puesto en marcha por la empresa a partir de 1994».

Por lo que se refiere al segundo, esto es, el criterio relativo a la fecha de ingreso en la empresa, el Tribunal recuerda que ha apreciado con anterioridad que las desigualdades salariales basadas en este criterio pueden resultar contrarias al artículo 14 CE, en cuanto que utilizan como criterios de diferenciación elementos que no pueden justificar tal disparidad, al menos si no vienen complementados por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad, con cita de la STC 27/2004, de 4 de marzo. No obstante, en el presente caso, el Tribunal entiende que en este caso, «a diferencia del analizado con ocasión de aquella Sentencia», nos encontramos «no en el ámbito de la ley ni en el de un convenio colectivo dotado de eficacia normativa, sino en el de una decisión empresarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad», por lo que «una diferencia salarial basada en la fecha de contratación no puede considerarse incurso en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley». En efecto, entiende la Sala que «ni se trata de una de las causas listadas en el art. 14 CE o en el ET art. 17, ni constituye un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dichos preceptos, encuadrable en la cláusula

genérica del artículo 14 CE referida a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Por último, el Tribunal considera que incluso «una decisión empresarial de diferenciación salarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria». Sin embargo, nada de ello puede apreciarse en el presente caso. Como puso de relieve la Sentencia de instancia, el nuevo sistema retributivo implantado a partir de 1994 fue adoptado a fin de adecuar el existente a la nueva situación económica de la empresa y a la necesidad de contratar a trabajadores por horas y para prestar servicios un día determinado de la semana, en concreto y de forma prioritaria, los sábados. Sea cual fuere la valoración que este criterio merezca desde otras perspectivas, en cuanto a su suficiencia para justificar la necesidad de la decisión adoptada y su validez, resulta claro que su constatación descarta lo meramente caprichoso, irracional o arbitrario.

Las dobles escalas han salido por la puerta del convenio, pero: ¿han entrado por la ventana del pacto de empresa o de la decisión unilateral del empresario?

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN  
Jesús R. MERCADER UGUINA

Revista de Derecho del Trabajo

---

# Justicia Laboral

---

---

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**

---



# PROTECCIÓN DE DATOS Y CONTRATO DE TRABAJO

AURELIO DESDENTADO BONETE

*Magistrado del Tribunal Supremo*

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid*

## RESUMEN

### **Protección de datos y contrato de trabajo**

El contrato de trabajo ha incrementado las amenazas que para la vida privada pueden derivarse del control de los datos personales. Dicho peligro en el terreno laboral se multiplica debido al desequilibrio existente entre las partes y porque la legislación laboral ha creado múltiples vías de obtención de información sobre los trabajadores, efecto derivado de la posición de gestor delegado de los poderes públicos que asume el empresario. A lo anterior se añade la ausencia de una norma específica que regule la problemática de los datos personales en la relación de trabajo. El presente estudio identifica y examina los aspectos fundamentales de la Ley de Protección de Datos Personales desde la perspectiva de su aplicación en las relaciones de trabajo y revisa con enfoque crítico las soluciones adoptadas por la jurisprudencia y las resoluciones e informes que la Agencia Española de Protección de Datos ha dictado en esta materia.

## ABSTRACT

### **Privacy data protection and employment contract**

Employment contract has increased the risks for private life which can be produced by the control of personal data. In the labour context this risk could be increased because of the inequality between employer and employee and because the labour law has created numerous ways of obtaining information about the employees. This situation is due to the position of employer as if he was a delegated administration of public powers. Furthermore, it should be noted the lack of specific law which regulates the problematic of personal data in the labour context. This paper identifies and examines the most important aspects of the Personal Data Protection Law since the perspective of its application to the labour relations and reviews the solutions decided by the jurisprudence and the doctrine what Spanish Data Protection Authority has approved in this area.

---

## SUMARIO

- I. PROTECCIÓN DE DATOS, VIDA PRIVADA Y CONTRATO DE TRABAJO.
  1. **Protección de datos e intimidad: el nacimiento de un derecho fundamental.**
  2. **El surgimiento y evolución del régimen común de protección de datos personales en España: de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos a la Ley Orgánica de Protección de Datos.**
  3. **Protección de datos y contrato de trabajo, un panorama general.**
- II. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL: LOS DATOS PERSONALES, SU REGISTRO EN FICHEROS Y SU TRATAMIENTO.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

**1. Los principios de la protección de datos: finalidad y calidad de los datos; consentimiento e información; confidencialidad y seguridad; las garantías frente a la transmisión de datos.**

- A) El esquema general de la protección y los principios de finalidad y de proporcionalidad.
  - a) El esquema general.
  - b) El principio de finalidad y la prohibición de usos incompatibles.
  - c) El principio de proporcionalidad.
  - d) La calidad de los datos en sentido estricto.
- B) El consentimiento y la información.
  - a) La necesidad de consentimiento del afectado. La regla y la excepción: la no exigencia del consentimiento respecto a los datos vinculados a la ejecución del contrato de trabajo.
  - b) El deber de información.
- C) La protección especial de los datos sensibles.
  - a) El régimen general de protección.
  - b) Particularidades en la protección de los datos relativos a la salud y su aplicación en el ámbito laboral.
- D) Las obligaciones de secreto y seguridad.
- E) Limitaciones en la cesión o comunicación y en la transferencia de los datos personales por razones de prestación de servicios.
  - a) Las limitaciones en la comunicación; en especial, las comunicaciones de la empresa a los representantes de los trabajadores y las organizaciones sindicales.
  - b) La transmisión de datos con finalidad de prestación de servicios al responsable del fichero o del tratamiento.

**2. Los derechos de las personas afectadas: acceso, rectificación, cancelación y oposición; la protección contra las decisiones individuales automatizadas.**

- A) Los derechos de los afectados.
  - B) La Agencia Española de Protección de Datos y los procedimientos de reclamación.
- 

I. PROTECCIÓN DE DATOS, VIDA PRIVADA Y CONTRATO DE TRABAJO

**1. Protección de datos e intimidad: el nacimiento de un derecho fundamental**

En la legislación laboral no contamos con una regulación específica destinada a la protección de los datos personales de los trabajadores. Las referencias de las normas laborales básicas en esta materia —los artículos 4.2.e) y 20.3 ET— remiten a la garantía de la intimidad y de la dignidad de los trabajadores. Salvo reglas particulares de la negociación

colectiva, las garantías específicas en el ámbito laboral tienen que derivarse del régimen común de la protección de datos, que ha experimentado una evolución significativa en orden a su tratamiento constitucional y normativo.

El artículo 18 de la Constitución reconoce un conjunto de derechos fundamentales que responde a una finalidad última común: la protección de la vida privada en sus diversas manifestaciones<sup>(1)</sup>. Por una parte, está la garantía del honor, que protege el reflejo social de la propia estima en cuanto que ésta se vincula externamente con la reputación. Pero en un ámbito más individual se reconoce el derecho a la intimidad en su doble alcance, personal y familiar, en una garantía que opera en el ámbito de la consideración tradicional de la *privacy*: el derecho a que «nos dejen en paz» (*to be let alone*)<sup>(2)</sup>, como forma de preservar una esfera personal al margen de los controles sociales. Aparece igualmente en esa dimensión un derecho que tiene, sin embargo, una proyección independiente de corte más patrimonial: el derecho a la propia imagen. Éste es el primer bloque del conjunto de garantías de la vida privada, que encontramos en el artículo 18.1 CE.

En el segundo bloque se contemplan, en el artículo 18.2 y 3 CE, las garantías de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones; garantías que tienen un valor instrumental en la defensa de la vida privada: la reserva del espacio en que la persona «vive» su existencia privada y los contenidos comunicativos con los otros que se quieren resguardar de la observación ajena.

La regulación se completa en un tercer bloque que introduce una protección más moderna, que se presenta ya de una forma abiertamente instrumental. La ley —dice el núm. 4 del artículo 18— limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. La limitación del uso —en realidad, del abuso— aparece así como el medio de proteger otros derechos; medio que, sin embargo, ha acabado por convertirse en un derecho autónomo.

La construcción de ese derecho autónomo —derecho a la protección de datos personales, libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa— ha sido obra del Tribunal Constitucional, que ha recogido en este punto determinadas orientaciones de Derecho comparado y, en especial, la doctrina del Tribunal Constitucional alemán.

La construcción del derecho a la protección de datos personales, libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa ha sido obra del Tribunal Constitucional, que ha recogido en este punto determinadas orientaciones de Derecho comparado y, en especial, la doctrina del Tribunal Constitucional alemán

---

(1) DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2008, p. 297.

(2) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 66 y ss. También CARRILLO LÓPEZ, M., *El derecho a no ser molestado*, Aranzadi, 2003; RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

Examinaremos a continuación la evolución de la doctrina constitucional que conduce a la construcción de ese nuevo derecho. En las sentencias de la primera etapa —las SSTC 110/1984 y 142/1993— la protección de datos se concibe todavía como una función de garantía del derecho de la intimidad. Así, en la STC 110/1984 las informaciones bancarias no tienen relevancia constitucional, porque, consideradas como datos actuales, no tienen entidad para afectar a la intimidad, que sólo de forma hipotética podría verse vulnerada en atención a la reconstrucción de «una biografía personal en números».

En la STC 142/1993, sobre la facilitación de la copia básica de los contratos de trabajo, se insiste en que no hay en esta facilitación lesión constitucional ante «la imposibilidad de incardinar estos datos en la esfera íntima de la persona del trabajador y de su familia». Lo decisivo no es la circulación de estos datos —sin consentimiento ni control del afectado—, sino «la aptitud» de éstos «para [...] acceder a informaciones [...] relativas directamente a (la) vida íntima personal y familiar» de los trabajadores. Todo gira, por tanto, en torno al artículo 18.1 CE y quedan al margen las garantías que pudieran derivarse del artículo 18.4.

Este planteamiento comienza a cambiar en la STC 254/1993, dictada en un recurso en el que se pide y se otorga amparo ante la negativa, por silencio, a facilitar información sobre los datos personales que figuraban en determinados ficheros automatizados de la Administración. La protección de datos mencionada en el artículo 18.4 CE se concibe todavía de forma instrumental como «un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad», pero también como «un instituto que *es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental*, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática».

El proceso de reconocimiento se cierra con las SSTC 290 y 292/2000<sup>(3)</sup>, sobre todo con esta última<sup>(4)</sup>, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD)<sup>(5)</sup>. Se parte

---

(3) Esta sentencia cita otros pronunciamientos relevantes en la formación de la doctrina constitucional, en especial los contenidos en las SSTC 11/1998, utilización desviada de datos sobre afiliación sindical para practicar descuentos por participación en la huelga, y 202/1999, sobre la cancelación de un fichero de bajas médicas. Se suele citar también como una sentencia clave la STC 290/2002.

(4) La STC 290/2000 se pronuncia sobre los recursos de inconstitucionalidad formulados frente a la LORTAD, pero se trata de una resolución que afecta fundamentalmente al problema procesal de pérdida de objetivo y al régimen de competencias Estado-Comunidades Autónomas en esta materia. No obstante, en esta sentencia se afirma con claridad la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos personales frente a la informática —la libertad informática—, que comprende «un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos». La sentencia va acompañada de un voto particular que considera que este reconocimiento es insuficiente y que debió afirmarse de modo explícito que se reconoce y protege un derecho fundamental —el derecho de libertad informática— que no figura en la Tabla del texto de 1978. El voto resalta el carácter «constructivo» de este reconocimiento, pues dice que «una de las tareas importantes de los Tribunales Constitucionales es *extender* la tutela a determinadas zonas del Derecho no expresamente consideradas en las correspondientes Constituciones, cuando, como ocurre en el presente caso, es necesario hacerlo para que no queden a la intemperie, sin techo jurídico alguno, intereses esenciales de los ciudadanos». El voto ya no se repite en la STC 292/2000.

(5) El fallo estima el recurso en algunos puntos que abrían regulaciones restrictivas del derecho fundamental a normas sin rango legal.

del reconocimiento de un derecho fundamental específico —derecho a la protección de datos o libertad informática— que coexiste con la función de garantía instrumental de otros derechos. Para el Tribunal Constitucional «la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación» tiene hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. De esta forma, se afirma que la peculiaridad del derecho fundamental a la protección de datos frente al derecho a la intimidad radica en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran. Así, mientras que la función del derecho fundamental a la intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar de la persona, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. De ahí deriva «la singularidad del derecho a la protección de datos, pues su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad», sino a toda «la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada».

De este modo, el objeto del derecho fundamental a la protección de datos «no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona», sino que se extiende «a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal», entendiéndose por tales «todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo». Por otra parte, la protección de datos atribuye a su titular «un haz de facultades» que otorgan «un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso».

El derecho a la protección de datos o, en otras acepciones, la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa aparece así como una creación de la doctrina constitucional, que designa el derecho y fija su contenido, mientras que el artículo 18.4 CE sólo contenía un mandato de regulación. El Tribunal Constitucional fue más lejos que el legislador orgánico, que tanto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), como en la LOPD tratan sólo de «limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos»<sup>(6)</sup> o a «garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las

---

(6) Artículo 1 LORTAD.

libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar»<sup>(7)</sup>.

La construcción de la protección de datos como un derecho fundamental va más allá del simple mandato al legislador para regular las garantías de los ciudadanos frente a los riesgos de determinados usos de la informática. Es, además, una construcción que tiene importancia práctica, porque por esta vía la protección entra de forma autónoma en el marco reforzado de protección del artículo 53.2 CE.

Hemos examinado el surgimiento de ese derecho en la doctrina constitucional. Pero conviene también detenerse, aunque sea brevemente, en las razones que explican su reconocimiento como «derecho de última generación». En este sentido, la doctrina científica ha destacado que en el reconocimiento o recepción positiva de los derechos fundamentales pueden observarse distintas etapas: en un primer momento surge una necesidad específica que se afirma ante nuevas circunstancias y experiencias de la convivencia social; en segundo lugar, aparece la reflexión, la toma de conciencia sobre esas experiencias y aspiraciones, de la que deriva, por una parte, la legitimación ideológica de los nuevos derechos y, por otra, su reivindicación política, hasta que, por último, se aborda su reconocimiento a través de las distintas vías jurídicas<sup>(8)</sup>.

En el caso de la protección de datos el proceso de reconocimiento surge a partir de la conciencia de los riesgos que en materia de control pueden derivar de la evolución tecnológica, en especial a partir de los progresos de la informática y las comunicaciones electrónicas, que han multiplicado no sólo la capacidad para obtener un gran número de informaciones sobre las personas, sino la posibilidad de tratar esa información, coordinarla y transmitirla. La información gana en extensión y en intensidad: no hay límites relevantes espaciales y temporales. Hoy es posible, como dice PIÑAR MAÑAS, conocer los contenidos de los correos electrónicos, las llamadas de los teléfonos móviles, tratar los datos genéticos, utilizar de diversas formas los datos biométricos, localizar a las personas a distancia o hacer un seguimiento de sus compras<sup>(9)</sup>. El ordenador posibilita la reunión, el procesamiento y el uso para fines específicos de una gran información personal que de otra forma sería incontrolable y que de datos aparentemente anodinos *salta* a datos sensibles, como la ideología o la orientación sexual. De esta forma, el poder del «Gran Hermano» orwelliano se ha dispersado en un gran número de «pequeñas hermanas» —empresas, asesorías de selección y organizaciones de todo tipo, no necesariamente estatales— que conocen todos nuestros datos y han invadido nuestra vida personal<sup>(10)</sup>. La amenaza se concreta desde el momento en que la combinación de esos datos personales opera creando una especie de nichos de clasificación, de los que los afectados no pueden escapar, pues esos «perfiles» cautivos integran una visión de los otros, que ni se conoce, ni se puede modificar.

---

(7) Artículo 1 LOPD.

(8) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad», en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 14-18.

(9) PIÑAR MAÑAS, J.L., «Protección de datos: origen, situación actual y retos», en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. y PIÑAR MAÑAS, J.L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 142-143.

(10) CASTELLS, M., *La era de la información (II). El poder de la identidad*, Alianza, Madrid, 1997, p. 331.

La toma de conciencia ideológica frente a esta amenaza surgió ya, como una anticipación, en la literatura antitotalitaria de los años treinta y cuarenta del siglo pasado —*Brave New World* de Huxley es de 1932 y *1984*, de Orwell, de 1949— y tuvo un desarrollo notable en la obra de Foucault, en especial, en las reflexiones sobre los micropoderes y en *Vigilar y castigar* (1975)<sup>(11)</sup>. Pero la preocupación específica sobre el dominio y el control a través de la información personal es más reciente y se extiende con el auge de la informática y la microelectrónica. No estamos ya, como en los análisis de Foucault, ante una sociedad disciplinaria que establece su dominio a través de técnicas de vigilancia «físicas» propias del *gran encierro* —la prisión, la escuela, el ejército o el asilo—, sino ante una acumulación de saberes más amplios que operan a distancia y de forma también más sutil. En la crítica sociológica se denuncia «el hombre de cristal»<sup>(12)</sup> o «la sociedad transparente»<sup>(13)</sup>, una sociedad en la que la «muchedumbre solitaria» de RIESMAN<sup>(14)</sup>, se ha convertido en la «muchedumbre desnuda» o más bien «desnudada» de ROSEN<sup>(15)</sup> en la medida en que esa muchedumbre está hoy sometida a un escrutinio continuo. Los títulos de algunas obras son ilustrativos en cuanto aluden al fin, la muerte o la destrucción de la privacidad<sup>(16)</sup>.

En el contexto de estas reflexiones críticas sobre las servidumbres de las nuevas tecnologías han surgido las reacciones que han ido configurando la extensión de las medidas de protección. En EE.UU. la construcción judicial de un «right to privacy» —desde las aportaciones del juez Cooley y de WARREN y BRANDEIS<sup>(17)</sup>— ha terminado incorporando la protección de datos como el derecho reconocido al ciudadano para ejercitar un control sobre el uso de sus propios datos personales<sup>(18)</sup>, lo que ha dado lugar también a re-

La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación tiene hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona

(11) FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 1982. Sobre FOUCAULT, vid. los trabajos de SAUQUILLO GONZÁLEZ, J., *Michel Foucault, una filosofía de la acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, y *Para leer a Foucault*, Alianza, Madrid, 2001.

(12) Una imagen de origen nazi que, según RODOTÁ, se refiere al buen ciudadano que no tiene nada que ocultar, con lo que toda pretensión de intimidad se convierte en la base para la sospecha de que sí se tiene algo que esconder (vid. RODOTÁ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 124 y 125).

(13) VATTIMO, G., *La sociedad transparente*, Paidós, Barcelona, 1990.

(14) RIESMAN, D. y otros, *La muchedumbre solitaria*, Paidós, Buenos Aires, 1968.

(15) ROSEN, J., *The Naked Crowd. Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*, RAMDON House, Nueva York, 2004, citado por S. RODOTÁ (*op. cit.*, p. 125).

(16) Vid., en este sentido, las obras de WHITAKER, *The end of privacy*, ROSEN, *The Unwanted gaze. The Destruction of Privacy*, y GRANFINKEL, *Database Nation: The Death of Privacy*, todas ellas relacionadas por PIÑAR MAÑAS en *Protección de datos...*, cit., pp. 146 y 147.

(17) WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D., *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995. La obra se publicó en la *Harvard Law Review* en 1891 y es un alegato contra las intromisiones de la prensa en la vida privada.

(18) SERRANO GONZÁLEZ, M.M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 29-33, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 102-133.

gulaciones específicas, entre ellas la *Privacy Act* de 1974<sup>(19)</sup>, consumando el tránsito del «derecho a no ser molestado» a la autodeterminación informativa que se teoriza en la obra de WESTIN<sup>(20)</sup>. Las regulaciones se han producido también en determinados países europeos<sup>(21)</sup> y en algún caso, como en Portugal, se cuenta con un reconocimiento constitucional específico. También en el ámbito internacional los progresos de las normas de protección han sido importantes cuando no claramente pioneros.

Especial importancia tienen en este ámbito el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981<sup>(22)</sup>, sobre la protección frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y la Directiva 95/46/CE. El primero enlaza con el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el «derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», con lo que, sin crear un nuevo derecho, incluye la protección de datos personales o libertad informática dentro del contenido del derecho al respeto de la vida privada. La Directiva 95/46/CE constituye otro hito fundamental, pues su objetivo se orienta a eliminar los obstáculos a la circulación de los datos personales en el ámbito europeo mediante el establecimiento de un nivel equivalente de protección de esos datos. La regulación europea se completa con el reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que lo configura como un derecho autónomo, distinto del derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8.1).

## 2. El surgimiento y evolución del régimen común de protección de datos personales en España: de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos a la Ley Orgánica de Protección de Datos

En lo que respecta a España el desarrollo del artículo 18.4 CE sufre un retraso notable —unos catorce años, de 1978 a 1992—; retraso que, sin duda, tiene su origen en el hecho de que la difusión del avance de las nuevas tecnologías no había creado todavía una conciencia social suficientemente amplia sobre las necesidades de protección frente a las desviaciones de uso ya indicadas, aunque, quizá, el impulso final depende de factores externos: la ratificación del Convenio 108 del Consejo de Europa en 1984 y la incorporación al espacio Schengen<sup>(23)</sup>.

---

(19) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 134-154.

(20) WESTIN, A.F., *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967. Sobre la contribución de WESTIN, vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 79-81, y RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., pp. 26 y 27.

(21) FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de datos de carácter personal en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 63- 67, y PIÑAR MAÑAS, *Protección de datos...*, cit., pp. 85-87.

Para Italia y Alemania vid., también, SERRANO GONZÁLEZ, M.M., *El derecho fundamental a la protección de datos...*, cit., pp. 29-33. Especial interés tiene la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983 en el caso del censo, en la que, superando la doctrina de las esferas (la esfera privada, la íntima y la individual), el derecho a la autodeterminación informativa se construye sobre la protección de la personalidad y la garantía de la libertad para controlar la obtención, tenencia, tratamiento y transmisión de los datos relativos a una persona.

(22) Ratificado por España mediante Instrumento de 27 de enero de 1984 (BOE 15-XI-1985).

(23) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La construcción del derecho...*, cit., pp. 21 y 22, y PIÑAR MAÑAS, *Protección de datos...*, cit., p. 120.

La LORTAD se aprobó en 1992 y pudo beneficiarse de la experiencia del Convenio 108 y de los trabajos preparatorios de la Directiva 95/46<sup>(24)</sup>. Es una ley centrada en las garantías frente al tratamiento automatizado de datos, que no se traduce, por tanto, en una protección general contra cualquier tipo de tratamiento. Se vincula expresamente, en su preámbulo<sup>(25)</sup>, al cumplimiento del mandato del artículo 18.4 CE y, en esta línea, subraya cómo «el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad<sup>(26)</sup>, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida»<sup>(27)</sup>. Esas técnicas han roto las barreras con las que el tiempo y el espacio protegían la intimidad. El tiempo —dice el preámbulo— borraba «los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona»; el espacio con su distancia «impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos». Las modernas técnicas de comunicación superan «sin dificultades» estos límites y «la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos». De esta forma, «los más diversos datos —sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado “dinero plástico”, sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideologías, por poner sólo algunos ejemplos— relativos a las personas podrían ser, así, compilados y obtenidos sin dificultad». De ahí que quien dispone de estos datos está en condiciones de acceder a un conocimiento muy amplio de la esfera privada de las personas, dibujando «un determinado perfil» de éstas, que puede ser «luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos».

La Ley considera que hay que poner límites a estos nuevos poderes. Pero también es consciente de que hay que establecer un equilibrio entre el progreso de las tecnologías de la información y las exigencias de la protección de la vida privada. Trazar ese límite o frontera entre el empleo de unas técnicas de información objetivamente provechosas y los usos que se traducen en perjuicio para la vida privada de las personas es el objetivo al que responde la Ley. Para ello se actúa sobre los ficheros de datos a través de la implantación de mecanismos cautelares frente a las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información. Se parte, en esta tarea, de unos principios que procla-

---

(24) Sobre la LORTAD sigue siendo básica la monografía de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

(25) Como ha destacado PIÑAR MAÑAS (*Protección de datos...*, cit., p. 121), el preámbulo de la LORTAD conserva su importancia ante la ausencia de exposición de motivos en la LOPD.

(26) Por el que se entiende hoy, según el Diccionario de la Lengua española, «el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión».

(27) La ley orgánica acepta así el barbarismo privacidad —también reconocido por la Real Academia— al entender que la privacidad es más amplia que la intimidad. En este sentido, señala que mientras «la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona...», la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado».

man, en primer lugar, la veracidad, la congruencia y la racionalidad de la utilización de los datos: los datos están sometidos a controles de veracidad y «no pueden ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados». La obtención de los datos se somete, con carácter general, al consentimiento del afectado; se refuerzan las garantías para los datos sensibles y se reconocen los derechos de acceso a los datos, de rectificación y de cancelación; se regulan la cesión de datos y los distintos tipos de ficheros y se crea la Agencia de Protección de Datos, como entidad independiente de control, introduciendo un régimen sancionador específico para la materia.

La LORTAD tuvo un desarrollo reglamentario irregular y fragmentario<sup>(28)</sup>, pero su vigencia estuvo desde el principio afectada por los trabajos preparatorios de la Directiva 95/46. La aprobación de ésta abrió la necesidad de adaptación de la legislación española que se llevó a cabo en 1999 por la LOPD. Las variaciones relevantes son escasas y fundamentalmente afectan a la inclusión de los tratamientos no automatizados de los datos y al reconocimiento del derecho de oposición<sup>(29)</sup>. Pero el sistema de protección fundado en los dos instrumentos internacionales de referencia —el Convenio 108 y la Directiva 95/46— sigue siendo el mismo en la medida en que se vertebra sobre los principios de protección y los derechos de las personas afectadas y cuenta con la misma organización de control —la Agencia de Protección de Datos, luego Agencia Española de Protección de Datos<sup>(30)</sup>— con un régimen sancionador específico<sup>(31)</sup>. La LOPD es formalmente una ley orgánica, pero la disposición final 2.<sup>a</sup> precisa que tienen carácter de ley ordinaria los Títulos IV, V —excepto el último inciso del artículo 36.4— y VII, así como las disposiciones adicional 4.<sup>a</sup>, transitoria 1.<sup>a</sup> y final 1.<sup>a</sup>

El desarrollo reglamentario de la LOPD ha sido tardío, pero se ha producido de forma más completa en el RD 1720/2007 (RPD)<sup>(32)</sup>. Esta regulación debe, sin embargo, completarse con el RD 428/1993, sobre el estatuto de la Agencia de Protección de Datos y con las Instrucciones de la Agencia, entre las que pueden tener especial interés en el ámbito laboral la Instrucción 1/1996, sobre ficheros automatizados en el control de acceso a los edificios, la Instrucción 2/1996, sobre el control del acceso a casinos y salas de juego y la Instrucción 1/2006, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a

---

(28) Pueden destacarse el RD 1332/1994, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD; el RD 994/1999, que aprobó el reglamento de seguridad de los ficheros, y el RD 428/1993, sobre el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

(29) Sobre las orientaciones generales de la nueva Ley *vid.* VIZCAÍNO CALDERÓN, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 49-54; FREIXAS GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pp. 83-87, y GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 49 y 50.

(30) El artículo 79 de la Ley 62/2003 cambia la denominación.

(31) La regulación de la LOPD se completa con algunas regulaciones sectoriales, entre las que pueden citarse la Ley 4/1997, sobre uso de videocámaras por las fuerzas de seguridad; la Ley 41/2002, de autonomía del paciente; la Ley 32/2003, de telecomunicaciones; la Ley 34/2002, sobre servicios de la sociedad de la información, y La Ley 59/2003, de firma electrónica. Hay, también, regulaciones autonómicas específicas en Madrid (Ley 8/2001), Cataluña (Ley 5/2002) y País Vasco (Ley 2/2004).

(32) Sobre el reglamento, *vid.* PIÑAR MAÑAS, «El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos», en J.L. PIÑAR MAÑAS y A. CANALES GIL, *Legislación de protección de datos*, IUSTEL, Madrid, 2008.

través de cámaras o videocámaras<sup>(33)</sup>. La AEPD realiza, también, determinadas publicaciones informativas de interés, entre las que cabe destacar en nuestra materia la «Guía de la protección de datos en las relaciones laborales»<sup>(34)</sup>.

### 3. Protección de datos y contrato de trabajo, un panorama general

Las relaciones laborales no han quedado al margen de este proceso, aunque la protección, dejando aparte las posibles medidas recogidas en la negociación colectiva, deba aplicarse a partir de la regulación general de la LOPD y no de la legislación laboral. El contrato de trabajo es, sin embargo, una zona particularmente sensible en orden a las amenazas que para la vida privada de los trabajadores pueden derivar del control de los datos personales. Hace años, PÉREZ DE LOS COBOS destacó que el aumento del poder de control del empresario sobre el trabajador se fundaba, en primer lugar, en la sustitución de un control periférico, discontinuo y parcial realizado por personas por un control centralizado, objetivo y actual que se realiza mediante la aplicación de las nuevas tecnologías y, en segundo lugar, en la aparición de un nuevo y sofisticado tipo de control que consiste en la reconstrucción del perfil del trabajador, a través del almacenamiento y reelaboración de unos datos aparentemente inocuos<sup>(35)</sup>. Se trata ahora de esta última forma de control que MERCADER relaciona con la fabulosa biblioteca de Babel de Borges<sup>(36)</sup>, en un marco en el que la capacidad de acumulación, combinación y transmisión de los datos convierte en transparentes a los afectados<sup>(37)</sup>. Esa penetración de las nuevas formas de control tiene una especial gravedad en las relaciones laborales en la medida en que estamos ante vínculos que perduran en el tiempo, que tienen un indudable carácter personal, que afectan a ámbitos muy diversos de la personalidad humana y que se proyectan sobre un gran número de posibles afectados<sup>(38)</sup>.

En la protección de datos el proceso de reconocimiento surge a partir de la conciencia de los riesgos que en materia de control pueden derivar de la evolución tecnológica, en especial a partir de los progresos de la informática y las comunicaciones electrónicas, que han multiplicado no sólo la capacidad para obtener un gran número de informaciones sobre las personas, sino la posibilidad de tratar esa información, coordinarla y transmitirla

(33) Las instrucciones se dictan en virtud de la competencia que le concede a la AEPD el artículo 37 de la LOPD, pero su valor normativo como reglamentos es discutible, dada la reserva reglamentaria que establece el artículo 97 CE y los términos de los artículos 21 LRJAPC y 42.2 LOFAGE [vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 185-187, 194 y 195 y STS 16-II-2007 (RJ 739/2007)].

(34) Puede consultarse en la web: <www.agpd.es>.

(35) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1980, p. 72.

(36) «La Biblioteca de Babel» es una narración incluida en el libro *Ficciones*. Se trata de una biblioteca ilimitada. Se dice de ella que si un eterno viajero la atravesara en cualquier dirección, comprobaría al cabo de los siglos que los libros se repiten en el mismo desorden, que, repetido, sería un orden: el Orden.

(37) MERCADER UGUINA, J.R., *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Madrid, 2002, p. 107.

(38) MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 108.

A lo anterior cabe añadir dos observaciones complementarias. La primera consiste en que el peligro denunciado se multiplica por el desequilibrio en las posiciones de poder en la relación de trabajo, dentro de la cual el trabajador tiene una menor capacidad de resistencia a las pretensiones de control informativo. Lo mismo sucede con el que busca un empleo frente al que lo ofrece cuando la demanda de trabajo supera la oferta<sup>(39)</sup>.

La segunda observación consiste en que la regulación del contrato de trabajo ha creado múltiples vías de obtención de informaciones sobre los trabajadores y ello tanto por exigencias referidas al interés de las partes como por la configuración del empresario en nuestro Derecho como un gestor delegado de los poderes públicos, lo que concentra en él un nivel importante de información ajena al contrato, aparte de la que se relaciona directamente con él.

Están, en primer lugar, las informaciones que surgen en los procesos de selección de personal. La selección no versa sólo sobre la idoneidad del candidato, sino sobre su superioridad en términos de productividad sobre otros, lo que aumenta el nivel de información exigible. Es una información en la que es importante tener en cuenta el régimen específico de los datos sensibles que pueden llevar a la aplicación de criterios discriminatorios<sup>(40)</sup>, pero también hay que mantener las garantías generales mediante la aplicación de las normas sobre protección de datos<sup>(41)</sup>.

En el momento de la contratación, los problemas se han suscitado en relación con la facilitación a terceros de la información contenida en el propio contrato, como muestra el caso de la STC 142/1993, sobre la entrega de la copia básica a los representantes de los trabajadores. La transmisión de esa información se justificó razonando que no afectaba a la intimidad y porque «la eventual limitación del derecho es constitucionalmente legítima siempre que se encuentre suficientemente justificada en la tutela de otros intereses por la Norma Fundamental y no exija sacrificios de aquél que resulten desproporcionados a la finalidad perseguida».

Durante la ejecución del contrato las informaciones objeto de tratamiento operan a través de tres vías principales. La primera vendría determinada por la asunción del empresario de funciones de gestión delegada de las Administraciones públicas. Es lo que sucede con la retención del IRPF, para cuya práctica es necesario contar con determinadas informaciones sobre el trabajador y su situación familiar. Lo mismo ocurre con el pago delegado de prestaciones de la Seguridad Social y, en menor medida, con el abono de

---

(39) *Vid.*, en especial, para los supuestos de informaciones relacionadas con los procesos de selección y contratación de personal, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores. Nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 9-15; también FERNÁNDEZ VILLAZÓN, F., «Tratamiento automatizado de datos en los procesos de selección de trabajadores», *Relaciones Laborales*, t. I, 1994, pp. 510-538. Para una perspectiva más general, *vid.* DEL REY GUANTER, S., «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1993, t. II, pp. 135-160; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, 1997; THIBAUT ARANDA, J., *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 117-137, y la monografía de TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Civitas, Madrid, 2005.

(40) Artículo 22 bis de la Ley 56/2003 en relación con el artículo 7 LOPD.

(41) Las operaciones de colocación y de intermediación se someten expresamente a las exigencias de la legislación de protección de datos [artículos 21 bis 4.b) y 22.1 Ley 56/2003].

las cotizaciones sociales. Se trata de medidas que pueden aplicarse sin consentimiento del afectado en virtud del artículo 6.2 LOPD, pero que están sometidas a las restantes garantías.

La segunda vía de tratamiento de datos se relaciona con el ámbito propio de la gestión de personal en el marco de la empresa: informaciones para la aplicación de medidas de promoción, disciplinarias<sup>(42)</sup> o relativas al cumplimiento de obligaciones económicas o asistenciales del contrato. Dentro de esta vía tienen una importancia especial las que se relacionan con el control de la prestación de trabajo a través de las técnicas de la reproducción de la imagen y el sonido y de las que se vinculan con el control del uso por los trabajadores de los instrumentos informáticos facilitados por la empresa. Algunos problemas específicos se han planteado como consecuencia de las medidas de control de las situaciones de incapacidad temporal, tanto en lo relativo al alcance de las acciones específicas de control<sup>(43)</sup> como en lo relativo a los posibles ficheros de bajas, sobre los que se pronunció la discutida STC 202/1999. También presentan peculiaridades los datos que se relacionan con la gestión de la seguridad social complementaria, sobre todo cuando se instrumentan a través de seguros y planes de pensiones, que requieren la transmisión de las informaciones a terceros (compañías de seguros o gestoras)<sup>(44)</sup>.

La tercera vía es la relativa a la prevención de riesgos laborales, que plantea problemas específicos por afectar a datos sensibles en los reconocimientos y por los flujos de información que se producen hacia terceros, incluido el propio empresario. La regulación básica es la del artículo 22 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que ha de conectarse con el régimen de protección de datos personales en la medida en que los resultados en los reconocimientos han de ser, lógicamente, objeto de tratamiento, previendo el RD 39/1997 la formación de historias clínicas en relación con los resultados de la vigilancia de la salud [artículo 37.3.c)]. Rige el principio de consentimiento por previsión específica de la norma laboral (artículo 22 LPRL) y de la legislación de protección de datos (artículo 7.3 LOPD), aunque con excepciones formuladas con gran amplitud (STS 28-XII-2006<sup>(45)</sup>).

En la extinción del contrato, los límites derivados de la protección de datos pueden afectar a las limitaciones para la utilización a efectos disciplinarios de determinados datos, como muestra el caso de la citada STC 196/2004, sobre el despido por el consumo de cannabis. Pero la terminación del contrato de trabajo pone fin normalmente a la necesidad

---

(42) La Guía de la AEPD sobre la Protección de Datos en las relaciones laborales concede especial atención al sistema interno de denuncias («*whistleblowing*»), en el que se recomienda excluir las denuncias anónimas, garantizar la confidencialidad del denunciante e informar del contenido de la denuncia al denunciado, aplicando las normas sobre cesión de datos cuando la investigación de las denuncias se transfiera a un tercero.

(43) Los reconocimientos médicos para verificar la enfermedad del artículo 20.4 ET, que necesitan el consentimiento del trabajador y los controles externos mediante medidas de vigilancia fuera del ámbito de la empresa con eventual aplicación de técnicas de vídeo-vigilancia.

(44) La Guía de la Protección de Datos en las relaciones laborales propone aquí dos vías: la cesión, previa información, de datos de identificación y contacto de los trabajadores a la aseguradora o gestora y la recogida de datos mediante la cumplimentación de la ficha o solicitud por los trabajadores y su envío a aquellas entidades. El tratamiento de los datos de los familiares beneficiarios se entiende justificado por el artículo 6.2 LOPD.

(45) *RJ* 1503/2007.

de información, abriendo el proceso para la cancelación de los datos y de entrada con el bloqueo de éstos, conforme al artículo 16 LOPD y los artículos 31 a 33 del RPD.

En el marco de las relaciones colectivas<sup>(46)</sup> la protección de datos ha afectado fundamentalmente a la transmisión de informaciones entre el empresario y los sujetos colectivos, lo que, en principio, puede entrar en el ámbito de la regulación del artículo 11 de la LOPD<sup>(47)</sup>. El caso más conocido es el que se suscitó en relación con la utilización a efectos de los descuentos por huelga de los datos de afiliación sindical que habían sido proporcionados a la empresa para que pudiera practicar las retenciones de la cuota sindical. En la STS 27-IX-2007 (RJ 7095) se abordan las posibles limitaciones en la facilitación del censo electoral más allá de lo dispuesto en el artículo 74.3 ET en una solución que podría resultar cuestionable, a la vista de los datos contenidos en el censo y de lo dispuesto en el artículo 11 LOPD.

La exposición que acaba de realizarse muestra el alto nivel de implicación que la protección de datos tiene en el ámbito laboral y las dificultades que plantea en algunas materias. En los siguientes apartados examinaremos los aspectos fundamentales de la regulación desde la perspectiva de su aplicación en las relaciones de trabajo, siguiendo en esa exposición el sistema de la LOPD y del RPD.

## II. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL: LOS DATOS PERSONALES, SU REGISTRO EN FICHEROS Y SU TRATAMIENTO

La LOPD define su ámbito de aplicación refiriendo éste a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y añade que será de aplicación a «toda modalidad de uso posterior de estos datos». Esta definición resulta compleja en la medida en que se construye sobre tres elementos: la existencia de un dato que tiene que ser personal, la incorporación o registro de ese dato y que éste sea susceptible de tratamiento. Para evitar el peligro de desbordamiento es importante subrayar que el dato personal por sí mismo no entra en el ámbito de aplicación de la ley<sup>(48)</sup> y tampoco la mera posibilidad de utilización o tratamiento; es necesario que el dato se haya incorporado a un fichero de datos personales y que sea susceptible de tratamiento<sup>(49)</sup>, y en este sentido se cita

---

(46) Para un planteamiento general del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito sindical *vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN MAZZUCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, 2002, pp. 160-164, y BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B., «El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV., *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pp. 121-186.

(47) La Agencia Española de Protección considera, en la «Guía de la Protección de Datos en las relaciones laborales» (pp. 32-34), que la exposición de datos personales en los tablones sindicales entra en el marco de la LOPD. La misma conclusión se sostiene respecto a las informaciones para el descuento sindical, la facilitación de direcciones de correo electrónico de los trabajadores para las comunicaciones sindicales o a remisiones de copias del TC2 a los órganos de representación unitaria (p. 38).

(48) Lo que no excluye, por supuesto, que la protección pueda venir por otra vía: a través de las garantías del artículo 18.1 CE.

(49) AA.VV. (C. LESMES SERRANO, coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 72.

el caso resuelto por la SAN 18-XII-2006<sup>(50)</sup> sobre la sanción impuesta a una empresa que se había limitado a recibir por fax el currículum del denunciante enviado por otra empresa y a llamar por teléfono a aquél para ofrecerle un trabajo, destruyendo el currículum cuando la oferta no fue aceptada. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) había sancionado por el tratamiento no consentido de datos [artículo 44.3.d) en relación con el artículo 6.1 de la LOPD], pero la sentencia anula la sanción por entender que no se había producido un tratamiento de datos en sentido legal, ya que los datos nunca fueron incorporados a un fichero y que la simple recepción del fax con el currículum y la llamada telefónica no puede tener la consideración de tratamiento. La sentencia valora que «si cualquier recogida de datos personales constituyese tratamiento» a efectos del régimen de protección de datos «podría llegarse a situaciones absurdas». Por ello, entiende que en el caso del tratamiento manual la protección «sólo abarca los ficheros y se aplica a las carpetas que no estén estructuradas». No obstante, hay que tener en cuenta que la sanción se había impuesto a la empresa receptora del currículum y que la conclusión pudiera ser distinta respecto a la empresa que lo remitió, la cual podría haber incurrido en una comunicación ilegal.

Por tratamiento entiende el artículo 5.1.t) RPD «cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas y transferencias». Merece ser destacada la SAN 24-I-2003<sup>(51)</sup>, que considera tratamiento el mero «volcado» de imágenes que no eran conservadas. El fichero se concibe como «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso». Los ficheros se dividen en ficheros de titularidad privada, ficheros de

En la crítica sociológica se denuncia «el hombre de cristal» o «la sociedad transparente», una sociedad en la que la muchedumbre está hoy sometida a un escrutinio continuo

---

(50) RJCA 2007/99. La cita y comentario de la sentencia en AA.VV. (C. LESMES SERRANO, coord.), *op. cit.*, pp. 73 y 74. Reiteran la misma doctrina las SSAN de 9-VII-2009 (*JUR* 2009\363726) y 12-XI-2010 (*JUR* 2010\397523). Especial interés tiene la primera, que anula la sanción impuesta por la AEPD a una empresa por incorporar en la carta de despido del trabajador datos de salud (en concreto, que presenta disimetría en los miembros inferiores y le causa problemas de espalda). La AEPD había impuesto la sanción porque se había producido un tratamiento de datos de salud no consentido por parte del trabajador. El punto conflictivo consistía en determinar si se había producido o no tratamiento de datos. Según criterio de la AEPD, sí existía tratamiento, porque entendía que la carta de despido se había incorporado al fichero de personal de la empresa ya existente. La Audiencia Nacional se pronuncia en sentido contrario, porque la AEPD no había practicado prueba alguna que acreditase que la citada carta formaba parte del fichero personal de la empresa, automatizado o no, sino que se limitaba a argumentar que es «evidente que pertenece al fichero del personal de la empresa, sea éste automatizado o no». Por todo ello, se concluye que la conducta imputada no puede tener encuadre en el ámbito de protección por la LOPD, ya que falta el elemento esencial del fichero.

(51) *JUR* 2006/275817.

titularidad pública<sup>(52)</sup>, ficheros no automatizados y ficheros automatizados<sup>(53)</sup>. Un solo dato o una pluralidad de datos sin ordenar o estructurar no constituyen un fichero en el sentido definido por la norma. Los conceptos de fichero y tratamiento guardan una estrecha relación entre sí. Se ha afirmado en este punto que el fichero es el soporte físico —ya sea informático o de otra naturaleza<sup>(54)</sup>— que almacena los datos de carácter personal con un determinado criterio organizativo, en tanto que el tratamiento es la operación que se realiza en relación con los datos personales que se almacenan o han de almacenarse en dicho soporte: recoger datos para incorporarlos al fichero, grabarlos, conservarlos, hacer elaboraciones con ellos, modificarlos, etc. Ahora bien, no puede limitarse la protección que regula el tratamiento del dato a la existencia de un fichero estructurado cuando tal tratamiento se efectúa, al menos en parte, de manera automatizada. Desde esta perspectiva, la SAN de 11-III-2010<sup>(55)</sup> considera de aplicación la LOPD al supuesto de envío de un correo electrónico a todos los trabajadores por parte de una empleadora en el que les comentaba una sentencia y les facilitaba la posibilidad de leer ésta de forma completa a través de enlaces, incluyendo los apellidos del trabajador-denunciante y otra información relevante relativa a su afiliación sindical y datos relativos a su salud. Esa sentencia condenaba a la empleadora por comportamiento antisindical, en concreto, el trabajador había sufrido una reducción de su salario, revocación de poderes y el cese inmediato como miembro de la Comisión de Control del Plan de Pensiones. La empleadora había enviado el mensaje informativo como respuesta al correo previo que el sindicato había remitido a los empleados sobre esta misma cuestión con la finalidad de que los trabajadores obtuvieran sus propias conclusiones. La Audiencia Nacional señala que, en este caso, el tratamiento de los datos del trabajador-denunciante está automatizado toda vez que tal información se difunde vía correo electrónico con un enlace o link al que tiene acceso la totalidad de la plantilla, resultando indiferente que la información sea o no difundida en una página web, pues vía intranet era accesible a la totalidad de la plantilla.

En el plano subjetivo los conceptos de fichero y de tratamiento conducen a los responsable del fichero o tratamiento y de encargado del tratamiento. El primero es la «persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente»<sup>(56)</sup>. Esta regulación permite extender la responsabi-

---

(52) Apartados l) y m) del artículo 5.1 RPD.

(53) Apartado n) del artículo 5 RPD.

(54) Extendiendo la tutela al tratamiento manual de los datos personales de los trabajadores, lo que supone una mejora respecto de la regulación anterior que limitaba la protección de la Ley a los tratamientos automatizados, THIBAUT ARANDA, J., «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, II, 2000, p. 170.

(55) *RJCA* 2010\238. También la SAN 4-III-2010 (*JUR* 2010\124126) aplica la LOPD a la remisión efectuada por un sindicato a sus afiliados de la Diputación Provincial de Huelva de copia de las actas de las reuniones celebradas por la Comisión de Prestaciones Sociales y por la Comisión de Seguimiento y Control de dicho organismo en las cuales se contenía información que afectaba a datos de salud de trabajadores de la citada institución, tales como que una persona tenía problemas dermatológicos o que otra tenía una hija discapacitada. En esta sentencia se reitera doctrina en el sentido de afirmar que la referencia a la existencia de un fichero o archivo estructurado de datos personales se refiere exclusivamente a los tratamientos de datos no automatizados o manuales, y no a los tratamientos de datos informatizados o automatizados, a los que, en cualquier caso, se aplica siempre la LOPD.

(56) Artículo 5.1.q) RPD.

lidad de los datos a quienes no siendo titulares formales del fichero suministran los datos, decidiendo sobre su finalidad, contenido y uso del tratamiento. En el ámbito laboral el empresario será normalmente el responsable del fichero o del tratamiento, aunque no cabe excluir otros responsables, como los sujetos colectivos o los servicios de prevención<sup>(57)</sup>. El encargado del tratamiento es «la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio»<sup>(58)</sup>. Los encargos de tratamiento son una práctica bastante extendida en la gestión del personal laboral cuando ésta se descentraliza a través de gestorías especializadas. En este caso serán aplicables las reglas del artículo 12 LOPD sobre acceso de datos por cuenta de terceros, que se analizarán más adelante.

El tercer elemento que determina el ámbito de aplicación de la Ley es el dato personal. Estamos ante una noción más compleja que constituye, en realidad, el núcleo central del sistema de protección. Un dato personal —dice el artículo 3.a) LOPD— es «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas e identificables». El RDP incorpora algunas precisiones cuando en el apartado f) del artículo 5 define los datos de carácter personal como «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables». *A sensu contrario*, no hay datos de carácter personal, y, por tanto, no es posible aplicar la Ley de Protección de Datos, a los llamados «datos disociados», que son aquellos que no permiten la identificación de un afectado o interesado [artículo 3.e) LOPD]<sup>(59)</sup>.

De esta forma, el dato personal se define, por un lado, por la información y, por otro lado, por la identificación. La definición de «persona física identificable» no se encuentra recogida en la LOPD, ni tampoco se definía en la LORTAD. Sin embargo, la Directiva 95/46/CE, en el apartado a) de su artículo 2, aclara que se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos pacíficos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Los Tribunales han venido considerando que una persona física es identificable a los efectos de la ley cuando razonablemente y sin grandes esfuerzos es posible asociar los datos proporcionados a una determinada persona. Así, en la SAN 8-III-2002, se confirmó la sanción impuesta por desvío de finalidad del tratamiento de datos a una empresa que, en virtud de contrato con otra empresa dedicada a la realización de encuestas, proporcionó a ésta determinados registros de su fichero «gestión de personal» con datos relativos a número de teléfono, sexo, edad, destino y cargo de sus trabajadores. Se alegaba que los datos no eran personales, al haber sido disociados, eliminando la designación nominativa de las personas a los que corres-

---

(57) El artículo 5.1.q) extiende el carácter de responsable a los entes sin personalidad, con lo que esta condición puede ser atribuida al comité de empresa o a los empleadores sin personalidad jurídica. Sobre estos últimos, *vid. DESDENTADO DAROCA, E., La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

(58) Esta condición se extiende también a los entes sin personalidad jurídica.

(59) El apartado f) del artículo 3 LOPD aclara que será procedimiento de disociación todo tratamiento de datos personales que permita la obtención de datos disociados.

pondían. El Tribunal entendió que no era así, pues los datos facilitados y la localización de la relación de empleo con la propia entidad suministradora de los datos hacían posible, sin grandes esfuerzos, la asociación de estos datos con las personas a las que se referían<sup>(60)</sup>.

Pero para determinar el campo de aplicación de la legislación de protección de datos hay que tener en cuenta, también, las reglas sobre el ámbito territorial que se contienen en el artículo 2.1.2.º LOPD y en el artículo 3 RPD y las excepciones. Las primeras se fundan en el principio de territorialidad<sup>(61)</sup>. Las segundas dejan fuera del campo de aplicación de la legislación de protección de datos los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales, los ficheros de materias clasificadas y los relativos al terrorismo<sup>(62)</sup>. El RPD señala de forma algo confusa que sus preceptos no se aplican a los datos de las personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar datos de las personas físicas que presten servicios en aquéllas<sup>(63)</sup>, siempre que estos datos se limiten «únicamente» a «su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales» (artículo 2.2). El precepto, que podría excluir un gran número de ficheros laborales, no tendrá este efecto, pues basta que figure algún otro dato para que no juegue la excepción y, además, hay que tener en cuenta que la gestión personal en materia laboral exige la aplicación de varios datos que exceden del listado. Los datos relativos a los empresarios individuales se excluyen del régimen de protección de datos siempre que se limiten a hacer constar esta condición (artículo 2.3). También se excluyen los datos referidos a las personas fallecidas, pero se podrá solicitar la cancelación de estos datos acreditando el fallecimiento (artículo 2.4).

### III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO

#### 1. Los principios de la protección de datos: finalidad y calidad de los datos; consentimiento e información; confidencialidad y seguridad; las garantías frente a la transmisión de datos

##### A) *El esquema general de la protección y los principios de finalidad y de proporcionalidad*

###### a) El esquema general

El régimen de protección de los datos personales se organiza a través de la aplicación de una serie de garantías básicas establecidas en el Título II y del reconocimiento en el Título III de un conjunto de derechos a favor de los afectados. En este apartado nos ocuparemos

---

(60) JUR 2002\143289, LESMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su jurisprudencia*, cit., p. 99.

(61) El principio general establece que la legislación española se aplica a los tratamientos efectuados en el territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento.

(62) Artículo 2.2 LOPD.

(63) Es decir, para las personas jurídicas, pero no hay razón para excluir los datos de las personas físicas que presten servicios para personas físicas.

de las garantías básicas que se concretan en el establecimiento de unos principios generales a los que se añaden unas medidas específicas. Así, la LOPD se refiere, en primer lugar, a la calidad de los datos, estableciendo exigencias de exactitud y actualización, pero va más allá recogiendo la necesidad de justificación, proporcionalidad y compatibilidad.

El cuadro general de los principios de protección se completa con la regulación del derecho a la información y del consentimiento. Este régimen se refuerza para los datos especialmente protegidos. El sistema de garantías del Título II comprende las relativas a la seguridad de los datos, su confidencialidad y el control de las diversas formas de transmisión.

### b) El principio de finalidad y la prohibición de usos incompatibles

El principio de finalidad, aunque se formula en el artículo 4 LOPD dentro de la rúbrica general dedicada a la calidad de los datos, es, en realidad, un principio independiente<sup>(64)</sup>. El artículo 4.1 LOPD establece que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento y sólo podrán ser tratados «en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». El precepto presenta dos vertientes que se distinguen mejor en el artículo 8 RPD cuando, en los apartados 2 y 3, distingue entre la obtención y recogida de los datos y su utilización. Las exigencias operan, por una parte, como garantía del consentimiento, y en este sentido las finalidades que justifican la obtención tienen que ser determinadas y explícitas, lo que significa, en primer lugar, que no pueden recogerse datos con finalidades indeterminadas y, en segundo lugar, que esas finalidades deben manifestarse de forma concreta tanto al informar sobre su obtención como al autorizarse su obtención mediante el consentimiento del afectado. La exigencia de legitimidad afecta también a la finalidad de la información y en algunos supuestos, sin duda, al contenido: no será posible la obtención y el tratamiento de datos con finalidades ilícitas contrarias al ordenamiento jurídico. En el artículo 8.1 RPD la ilicitud se contempla desde la perspectiva instrumental con la prohibición de la obtención de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

La finalidad rige la conservación de los datos, pues éstos deben ser cancelados cuando han dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que fueron recabados o registrados, sin perjuicio de la prórroga que proceda para atender posibles responsabi-

El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a ellos ha expuesto a la privacidad a una amenaza potencial antes desconocida

---

(64) Vid., en este sentido, PIÑAR MAÑAS, *El derecho fundamental a la protección de datos personales...*, cit., p. 56; LESMES SERRANO (coord.), *La Ley de Protección de Datos...*, cit., pp. 145 y ss.

lidades u obligaciones. Fuera de estos límites la conservación exige que el dato se disocie (artículo 8.6 RPD).

La finalidad aparece en algunos casos típicos. Así, en la STS 7-III-2007<sup>(65)</sup> se considera finalidad legítima la imposición a los empleados de un banco con información privilegiada de comunicar las operaciones financieras realizadas por ellos y por sus familiares, valorando que se trata de una medida dirigida a garantizar la imparcialidad e independencia de los empleados. También puede citarse la STS 18-XII-2006<sup>(66)</sup>, que considera justificada la práctica de la empresa de hacer constar en los tickets, resguardos o justificantes de compra que se entregan a los clientes el nombre y apellido del trabajador vendedor que interviene en la operación de venta, así como las expresiones «Sr./Srta.».

Directamente relacionada con el principio de finalidad está la norma del artículo 4.2 de la Ley, a tenor de la cual «los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos». De forma expresa sólo se establece que serán compatibles los tratamientos posteriores con fines históricos, estadísticos o científicos. El principio de finalidad ya estaba recogido en la derogada LORTAD en el artículo 4.2, según el cual los datos de carácter personal no podían usarse para finalidades distintas de aquellas para las que hubiesen sido recogidos. La aplicación del principio finalista determina la imposibilidad de que los datos sean utilizados para finalidades diferentes a las que han justificado su tratamiento. La doctrina ha advertido sobre el cambio operado tras la reforma, señalando que parece claro que la nueva redacción del artículo 4.2 LOPD ha introducido una diferencia importante con respecto a la regulación precedente, mostrándose más permisiva respecto de la posible «reutilización» de los datos<sup>(67)</sup>. La norma prohíbe que los datos puedan utilizarse para finalidades incompatibles, pero no deja claro si pueden utilizarse para finalidades distintas o diferentes, aunque no necesariamente incompatibles. Algunos autores han sido más críticos en la valoración del cambio normativo, calificando ese cambio como «una quiebra del principio finalista» que se traduce en una disminución de las garantías de los trabajadores que se exponen a que sus datos se utilicen con finalidades distintas a las que justificaron su tratamiento<sup>(68)</sup>.

La modificación es relevante, porque mientras «la finalidad distinta» es un concepto que no admite muchas interpretaciones, «la finalidad incompatible» sí da lugar a interpretaciones y matizaciones. No se trata sólo de una simple diferencia de expresión, sino que con la nueva redacción parece admitirse que cualquier tratamiento de datos pueda aplicarse con finalidades compatibles, y ello pese a que las razones que justificaron la creación del fichero y el tratamiento de datos son distintas a las que aparecen con posterioridad. Por algún autor se ha rechazado que se trate de una adaptación a la regulación comunitaria<sup>(69)</sup>,

---

(65) RJ 2390.

(66) RJ 750.

(67) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 21.

(68) FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 153.

(69) El artículo 6.1.b) de la Directiva 95/46 CE se refiere a la necesidad de que los datos no sean tratados posteriormente de manera incompatible con los fines iniciales.

pues el legislador español podía haber conservado la redacción originaria y, de esta forma, reforzar las garantías de los afectados<sup>(70)</sup>.

La posición inicial de la AEPD fue la de entender que, dado que la Ley no identifica qué ha de entenderse por «fin compatible», debía analizarse la existencia de dicha compatibilidad en cada supuesto, determinando si, a la luz de las disposiciones aplicables y de las circunstancias concurrentes, cabía considerar que esa finalidad que se alegaba como compatible resultaba lícita y si guardaba una adecuada relación con la finalidad que justificó el tratamiento de los datos. Siguiendo este criterio, se ha considerado correcta, por ejemplo, la utilización del dato sobre la afiliación sindical del trabajador para conceder el trámite de audiencia a los representantes sindicales en un despido, pese a que ese dato se facilitó con la finalidad de que la empresa procediese a la recaudación de la cuota sindical<sup>(71)</sup>.

Sin embargo, la doctrina judicial se ha orientado en un sentido más restrictivo. Así, se ha considerado que, si bien el artículo 4.2 de la LOPD, en contraposición con el artículo 4.2 de la LORTAD, ya no se refiere a «finalidades distintas», sino a «finalidades incompatibles», la interpretación sistemática del precepto y la ambigüedad del término «finalidades incompatibles» avalan otra interpretación. En este sentido la SAN 8-II-2002<sup>(72)</sup> señala que, según el diccionario de la Real Academia, «incompatibilidad» significa «repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra», y que, por tanto, una interpretación literal ampararía el uso de los datos para cualquier fin, abriendo una gama indefinida e ilimitada de finalidades, pues es muy difícil imaginar usos que produzcan la repugnancia que evoca la incompatibilidad. Sin embargo, la sentencia considera que «semejante interpretación conduce al absurdo y como tal ha de rechazarse». En la misma línea se destaca que al vincularse el consentimiento con la finalidad del tratamiento del dato<sup>(73)</sup> ha de concluirse que si los datos se usan con otra finalidad distinta se precisará para ello el consentimiento del afectado. La SAN 14-VI-2002<sup>(74)</sup> advierte que la interpretación del término «incompatibles» debe realizarse de forma sistemática poniendo en relación dicha expresión con el principio de autodeterminación que inspira la ley, pues una interpretación amplia del término «incompatibles», sin tener en cuenta dicho principio, lo vaciaría de contenido. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que el artículo 4.5 LOPD exige la cancelación de los datos personales, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad que justificó su recogida y tratamiento<sup>(75)</sup>. También se señala que en el artículo 44.3.b) LOPD, referido a las infracciones, se tipifica como

---

(70) Planteamiento crítico sostenido por FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, cit., pp. 152-153.

(71) Informe Jurídico de la AEPD sobre la Utilización del dato de afiliación sindical en los procedimientos de despido. Año 2002.

(72) *JUR* 2002\143122. Criterio reiterado, posteriormente, en la SAN 11-II-2004 (*RJCA* 2004\421).

(73) Artículo 6.1 en relación con el artículo 5.1.a) LOPD.

(74) *JUR* 2003\49779. Vid. LEMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, cit., p. 147.

(75) GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 79.

infracción grave la recogida de datos con finalidades «distintas» de las que constituye el objeto de la empresa<sup>(76)</sup>.

La AEPD ha adoptado esta línea interpretativa en la que finalidades incompatibles tienden a identificarse con finalidades distintas. Así, sostiene que las finalidades a las que alude el artículo 4.2 de la LOPD han de conectarse con el principio de pertinencia o limitación en la recogida de datos regulado en el artículo 4.1 de la misma Ley. Conforme a dicho precepto, los datos sólo podrán tratarse cuando «sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». En consecuencia, si el tratamiento del dato ha de ser «pertinente» al fin perseguido y la finalidad ha de estar «determinada», difícilmente se puede encontrar un uso del dato para una finalidad «distinta» sin incurrir en la prohibición del artículo 4.2 aunque emplee el término «incompatible». En definitiva, los datos no pueden ser tratados para fines distintos a los que motivaron su recogida, pues esto supondría un nuevo uso que requiere el consentimiento del interesado<sup>(77)</sup>.

Sin embargo, en materia laboral esta solución restrictiva resulta cuestionable. En efecto, si la vinculación a la finalidad afirmada en el acto de establecimiento opera como una garantía para que no se modifique el contenido del tratamiento para el que se prestó el consentimiento, alterando el alcance de éste, es claro que tal restricción no juega en materia laboral. Pero, al no ser preciso el consentimiento para el tratamiento de los datos personales vinculados a la ejecución del contrato de trabajo, como se verá más adelante, la conservación de la finalidad inicial no resulta relevante para establecer la vinculación al consentimiento. Lo decisivo es que el nuevo uso se justifique, también, en función del contrato de trabajo y que el trabajador sea debidamente informado para que pueda ejercer sus derechos.

Algunos casos permiten ilustrar de forma más precisa el juego de los usos compatible e incompatible. El supuesto más conocido es el de los descuentos de huelga en RENFE. La empresa, ante las dificultades de determinación de los afectados por el descuento, recurrió al descuento de los salarios a todos los trabajadores de los que le constaba la afiliación a los sindicatos convocantes de la huelga, sin verificar previamente su participación en ésta y pese a que los datos se habían proporcionado para el descuento de la cuota sindical. El caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional en una serie de veinte sentencias que van de la STC 11/1998 a la STC 45/1999<sup>(78)</sup>. El amparo se concede porque la afiliación sindical de los trabajadores afectados se facilitó con la única y exclusiva finalidad lícita de que la empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al sindicato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 LOLS, y, sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: retener la parte proporcional del salario relativa al período de huelga. De esta forma, se vulneró la libertad sindical, pero también el artículo 18.4, que «establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos», lo que en ese momento se consideró como la vulneración de «un derecho

---

(76) VIZCAÍNO CALDERÓN, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2001, p. 95.

(77) Resolución de archivo de actuaciones, Expediente núm.: E/00761/2005.

(78) SSTC 11/1998, 33/1998, 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 94/1998, 104/1998, 105/1998, 106/1998, 123/1998, 124/1998, 125/1998, 126/1998, 158/1998, 198/1998, 223/1998, 30/1999, 44/1999 y 45/1999.

instrumental ordenado a la protección» de la libertad sindical. Otro caso conocido de desviación es el de la utilización con finalidades disciplinarias del resultado de un reconocimiento médico de control de la salud en la STC 196/2004, aunque el caso se resolvió desde la perspectiva del derecho a la intimidad. No se excluye, en principio, que un reconocimiento médico pueda tener efectos de orden disciplinario, pero para ello ha de justificarse por razones de interés general y establecerse con este alcance e informando de ello al trabajador. Ahora bien, si el reconocimiento se establece con una finalidad de vigilancia de la salud, cuando la información se utiliza de una forma que «aun autorizada, (subvierte) los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida», esa utilización desviada no será lícita.

También se ha considerado incompatible la práctica consistente en la utilización por una Mutua de Accidentes de Trabajo del reconocimiento médico de un trabajador realizado con anterioridad para una determinada empresa en un momento anterior para elaborar un informe médico sobre el mismo trabajador para otra empresa, sin consentimiento del trabajador afectado y provocando su despido. La AEPD apreció incompatibilidad, imponiendo la correspondiente sanción porque los datos del primer reconocimiento que se obtuvieron para evaluar una incapacidad temporal se utilizaron para informar sobre la salud del trabajador en una segunda empresa, lo que provocó la denuncia de la extinción de su contrato en el período de prueba<sup>(79)</sup>.

La incompatibilidad se aplica igualmente en la ya comentada SAN 8-III-2002<sup>(80)</sup> cuando se utilizan los datos del fichero de «gestión de personal» para realizar un proyecto de investigación sobre niveles de comunicación existentes en la empresa, por medio de un cuestionario que ella misma aprobó y que incluía preguntas sobre el estado de salud y la ideología de los trabajadores. En primer lugar, se han recabado datos especialmente sensibles al margen de las exigencias que las normas de protección de datos prevén para éstos. En segundo término, los titulares de los datos incluidos en el fichero de gestión de personal desconocían que tales datos personales iban a ser

La regulación del contrato de trabajo ha creado múltiples vías de obtención de informaciones sobre los trabajadores y ello, tanto por exigencias referidas al interés de las partes, como por la configuración del empresario en nuestro Derecho como un gestor delegado de los poderes públicos, lo que concentra en él un nivel importante de información ajena al contrato, aparte de la que se relaciona directamente con él

---

(79) Teniendo en cuenta los criterios de ponderación de las sanciones recogidas en el artículo 45 y, en especial, con relación al volumen de tratamientos efectuados y a la ausencia de beneficios obtenidos, se impusieron las sanciones en su cuantía mínima: multa de 60.101,21 € y 300.506,05 €. Resolución: R/00740/2005, Procedimiento núm. PS/00016/2005. Sin embargo, la SAN 24-5-2007 (RJCA\2007\491) revocó la Resolución de la Agencia porque consideró que la utilización posterior de los datos de salud del trabajador por parte de la Mutua se produjo con una finalidad compatible con aquella para la que los datos de salud habían sido inicialmente recabados. Ello puesto que tales datos médicos del empleado fueron recogidos para conocer el estado de salud del mismo, a efectos de su aptitud laboral, y su utilización o tratamiento posterior, para la segunda empresa, se llevó a cabo también para conocer el estado de salud de dicho trabajador a fin de valorar su aptitud para el puesto de trabajo para el que había sido contratado en período de prueba.

(80) JUR 2002\143289.

utilizados para la realización de una encuesta en la que les iban a formular preguntas sobre su salud laboral o sobre su intención de voto y ello impide cambiar la finalidad en su utilización. En definitiva, no puede apreciarse la compatibilidad a los efectos del artículo 4.2 de la LOPD puesto que las exigencias específicas de la misma Ley Orgánica para recabar tales datos suponen una clara frontera que impide apreciar tal compatibilidad.

Por el contrario, la compatibilidad se aprecia en la SAN 15-VI-2005<sup>(81)</sup>, que revoca la resolución sancionadora de la AEPD. Se considera que la utilización de los datos personales —nombre y apellidos— de los denunciantes por parte de su antigua empleadora lo fue para una finalidad derivada o, al menos, directamente relacionada con la relación laboral existente entre las partes. Éstos habían cesado en la empresa voluntariamente para crear una nueva empresa. La antigua empleadora trataba de evitar los perjuicios de una posible «competencia desleal», advirtiendo a sus clientes sobre el cese de los denunciantes y la inexistencia de vinculación con la nueva entidad. Tiene también interés el supuesto al que se refiere la resolución de la AEPD de 24 de mayo de 2006, en la que se mantiene que no se incurre en incompatibilidad cuando se despide a un trabajador por simular estrés y ansiedad, porque, aparte de que los partes de baja no requieren el consentimiento del trabajador, no fue la información contenida en estos partes la que determinó el despido, pues éste se funda, por el contrario, en la simulación de la incapacidad temporal<sup>(82)</sup>.

c) El principio de proporcionalidad

Dice el artículo 4 de la LOPD, siguiendo el artículo 6 de la Directiva 95/46, que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento cuando sean «adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». La adecuación y la pertinencia<sup>(83)</sup> se refieren a la idoneidad del dato para lograr la finalidad de la que deriva su justificación en atención a las exigencias de la relación laboral. Son exigencias que están todavía en la línea de la conexión de funcionalidad. La proporcionalidad se vincula a la exigencia de que los datos, aun siendo idóneos, no deben ser excesivos en orden al cumplimiento de su finalidad.

Se aplica el principio de proporcionalidad en el ATC 29/2008, que analiza la negativa de la TGSS al envío masivo de datos solicitado por el sindicato CC.OO. En concreto, el mencionado sindicato solicitaba una relación del personal funcionario dependiente de los servicios centrales de la TGSS y una amplia serie de datos orgánicos, profesionales y retributivos<sup>(84)</sup>. La TGSS evacuó consulta a la AEPD y ésta concluyó que no era posible una cesión masiva de los datos solicitados, salvo en aquellos aspectos considerados como públicos por la Ley. Según el informe de la AEPD, sólo era posible la cesión de datos re-

---

(81) JUR 2005\240213. Citada por LESMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su jurisprudencia*, cit., p. 151.

(82) Resolución de archivo de actuaciones. Expediente núm.: E/00761/2005.

(83) Adecuación se refiere a la acción de apropiar una cosa a otra y la pertinencia alude a lo que viene a propósito.

(84) 1) Número de orden del centro. 2) Código de destino. 3) Nivel de complemento de destino. 4) Dotación. 5) Vacantes disponibles. 6) Forma de ocupación del puesto (adscripción provisional, comisión de servicios, titularidad, etc.). 7) Identidad del funcionario que ocupa el puesto. 8) Movilidad. 9) Cuerpo. 10) Grupo de descripción del puesto. 11) Grupo y 12) Grado.

feridos al control de un determinado supuesto de hecho, no procediendo la cesión masiva. El sindicato fundamentaba su solicitud en la libertad sindical (artículo 28 CE) en conexión con el artículo 18.4 de la CE, alegando la necesidad de los datos requeridos para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los funcionarios públicos. Ante la negativa, se recurrió en amparo y el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso, razonando que la legislación vigente no incluye el derecho al conocimiento de «todos los datos de las situaciones profesionales de los empleados públicos» con «el suministro de una información generalizada e indiscriminada de todos los aspectos relativos a la lista de puestos de trabajo de un determinado organismo público, ni, mucho menos, de determinados datos que afecten a las situaciones personales e individuales de todos y cada uno de los funcionarios públicos que los ocupen». Se destaca que los órganos de la Administración están obligados a velar por la protección de los datos personales de los empleados frente a una petición de información que no va dirigida al «análisis y seguimiento de una situación individualizada», sino al «suministro generalizado e indiscriminado de toda la información contenida en un registro personal»; una petición de «cesión masiva de datos» que «no sólo era desproporcionada y no contemplada por el legislador», sino que tampoco obedecía a «una necesidad debidamente justificada sobre la que sustentar un pedido que llegara a recabar tal conocimiento masivo de los datos como el interesado».

### d) La calidad de los datos en sentido estricto

Las exigencias de calidad en sentido propio se vinculan a la exactitud y actualización de los datos (artículo 4.3 LOPD y artículo 8.5 RPD). Los datos inexactos deben ser rectificadas o actualizados en los términos que indica el artículo 8.5 RPD. Se trata de una acción de oficio que corresponde al titular o encargado del registro y que debe ejercitarse sin perjuicio de las facultades de rectificación y cancelación que corresponden al afectado. El principio de exactitud de los datos lleva aparejada una consecuencia para el responsable del tratamiento, y es que en cuanto tenga conocimiento de la inexactitud, total o parcial, de los datos o de su carácter incompleto ha de reaccionar cancelando los datos inexactos, y sustituyéndolos de oficio por los correspondientes datos rectificados<sup>(85)</sup>. Se desprende, por tanto, de toda la normativa, que no está permitida la conservación indefinida de los datos personales, al existir la obligación de cancelarlos cuando ya no sean necesarios.

### B) *El consentimiento y la información*

- a) La necesidad de consentimiento del afectado. La regla y la excepción:  
la no exigencia del consentimiento respecto a los datos vinculados  
a la ejecución del contrato de trabajo

Se ha dicho con razón que el consentimiento es el principio que vertebra todo el sistema de protección de los datos de carácter personal, lo que se corresponde con el reconocimiento de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa, el elemento definidor de su

---

(85) Informe 0434/2010 de la AEPD. El deber de exactitud y actualización vincula a los sindicatos respecto de las peticiones de no descuento de la cuota sindical efectuadas por los trabajadores a la empresa.

característica más esencial, ya que el tratamiento de los datos personales, salvo en los casos en que la Ley disponga otra cosa, requiere el consentimiento inequívoco del afectado. Así lo destaca la STC 292/2000 cuando señala que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos» se concreta «en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero». Por ello, el artículo 6 de la LOPD establece que «el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa». El artículo 3.h) de la LOPD, reproducido por el artículo 5.1.d) del RPD, define el consentimiento como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen».

De esta definición se desprende la necesaria concurrencia de cuatro requisitos para que el consentimiento prestado por el afectado en relación con el tratamiento de sus datos de carácter personal pueda considerarse válidamente otorgado. La AEPD, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa en materia de protección de datos, lo ha venido a indicar así en numerosos informes y resoluciones. Así, el consentimiento deberá ser: 1.º) Libre, lo que supone que deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil; 2.º) Específico, es decir, referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento; 3.º) Inequívoco, lo que implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto), siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento; y 4.º) informado, lo que exige que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia de éste y las finalidades para las que se produce. Precisamente por ello el artículo 5.1 LOPD impone el deber de informar a los interesados de una serie de extremos que en él se contienen<sup>(86)</sup>.

Sin embargo, en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, como regla general, a segundo plano y cobra más fuerza el cumplimiento de otros deberes como el deber de información. Esto es producto de la excepción que se formula en los artículos 6.2 LOPD y 10.3 y 4 RPD. Hay alguna diferencia en estas regulaciones, pero el sentido general es el mismo. El artículo 6.2 LOPD establece que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal «se refieran a las partes de un contrato o precontrato... de una relación laboral... y sean necesarios para su mantenimiento y cumplimiento»<sup>(87)</sup>. El artículo 10.3.b) RPD se refiere a la posibilidad del tratamiento sin consentimiento cuando los datos se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de relación laboral... y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento». El número 4.b) del artículo 10 RPD prevé que será

---

(86) Por ejemplo, Resolución: R/01270/2009, Procedimiento núm. PS/00136/2009.

(87) Los otros supuestos en que no se exige el consentimiento son los relacionados con el ejercicio de competencias de las Administraciones públicas, la protección de un interés vital del interesado en los términos del artículo 7 LOPD, el caso de los datos que figuran en fuentes accesibles al público y su tratamiento deriva de un interés legítimo. Resulta obvio que los datos referidos a aficiones, gustos o preferencias de los empleados no son necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral y que por esta razón su tratamiento no encajaría en la excepción del artículo 6.2 de la LOPD (Informe 0039/2010).

posible la cesión de datos cuando ésta responda a «la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo o cumplimiento y control comporte la comunicación de los datos», añadiendo que «en este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la necesidad que la justifique»<sup>(88)</sup>.

El tratamiento sin consentimiento supone que los datos a tratar podrán obtenerse también sin aquél, aunque en muchos casos la obligación de proporcionar los datos surgirá del propio contrato o de la ley. Por otra parte, la dispensa del consentimiento es relativa: se refiere sólo a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación, lo que abarca no sólo las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, sino también las impuestas por la ley y de manera más problemática las que puedan derivar de otras normas laborales, como el convenio colectivo. En este sentido puede consultarse la STS 27-X-2010<sup>(89)</sup>, sobre las limitaciones de la regulación convencional en esta materia. Por ello, los tratamientos de datos que vayan más allá del mantenimiento, desarrollo o control de la relación laboral no se encontrarían amparados por la excepción citada.

Los preceptos citados extienden la excepción del consentimiento del trabajador no sólo al contrato sino también al precontrato, a diferencia de la regulación anterior que no preveía este supuesto<sup>(90)</sup>. La cuestión controvertida que se plantea aquí es si en esta redacción debemos entender incluida la actividad de selección de los candidatos en la fase previa al contrato de trabajo, sobre todo porque la Directiva 46/95 se refiere expresamente a «medidas precontractuales». Parece claro que la referencia al «precontrato» prevista en la LOPD dista bastante de los tratos preliminares dirigidos a la formación del consentimiento porque, como se sabe, el precontrato requiere de un consentimiento. Sin embargo, la explicación que se ha ofrecido a esta anomalía es que se debe a una deficiente trasposición de la Directiva comunitaria y que, aun así, se debería interpretar dicho precepto en el sentido de incluir en la excepción los procesos de selección de personal de los trabajadores<sup>(91)</sup>. Los argumentos que acompañan a esta interpretación se refieren, básicamente, a la singularidad de los estadios previos a la contratación que convierten el consentimiento en

El dato personal por sí mismo no entra en el ámbito de aplicación de la LOPD y tampoco la mera posibilidad de utilización o tratamiento; es necesario que el dato se haya incorporado a un fichero de datos personales y que sea susceptible de tratamiento

---

(88) Por ejemplo, la comunicación de los datos de los trabajadores en supuesto de transmisión de empresa.

(89) RJ 2010\8461.

(90) El artículo 6.2 de la Ley Orgánica 5/1992 señalaba lo siguiente: «No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato».

(91) THIBAUT ARANDA, J., «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», *cit.*, pp. 173-174.

una medida protectora de escasa eficacia (puede ser obtenido fácilmente, incluso fraudulentamente) y a su carácter irrisorio en los mencionados procesos debido a la clara desigualdad existente entre las partes<sup>(92)</sup>, lo que nos advierte del posible riesgo de convertir el consentimiento en una simple cláusula de estilo<sup>(93)</sup>.

La regulación del consentimiento se completa en el RPD con las normas sobre la forma de obtener aquél del afectado. Entre estas normas destaca por su interés en materia laboral el artículo 15, relativo a la solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con ella. El consentimiento es revocable «cuando exista causa justificada» y sin efectos retroactivos (artículo 6.3 LOPD). La revocación puede hacerse por un medio sencillo y gratuito que no debe implicar un ingreso para el responsable del fichero o tratamiento (artículo 17 RPD).

### b) El deber de información

El deber de información del artículo 5 LOPD forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Este carácter esencial lo posee tanto en el caso de la recogida de los datos personales para un tratamiento que requiera consentimiento como en el supuesto de que no lo requiera. En el primer caso porque el consentimiento, además de previo, libre y específico, debe ser informado, por lo que la ausencia de información vicia la declaración de voluntad del trabajador. Pero, además, el contenido de la información que define la ley constituye una garantía para los derechos del trabajador, ya que le permite conocer ante quién podrá ejercerlos<sup>(94)</sup>.

En relación con las obligaciones de información la Agencia Española de Protección de Datos ha establecido los siguientes criterios:

- 1.º La información debe ser previa, expresa, precisa e inequívoca y debe contener los siguientes aspectos: a) la existencia del fichero o tratamiento de datos de carácter personal, la finalidad de la recogida de éstos, los destinatarios de la información; b) el carácter obligatorio o facultativo de la misma; c) las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y; e) la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante<sup>(95)</sup>.
- 2.º El deber de información se debe llevar a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento

---

(92) Opinión que defiende FERNÁNDEZ VILLAZÓN, con anterioridad a la LOPD, pero matizando que, en todo caso, el tratamiento de los datos de carácter personal recabados en el proceso de selección debe respetar los principios de finalidad, pertinencia y las reglas especiales para los datos especialmente protegidos. *Vid.* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores*, cit., pp. 517-519.

(93) THIBAUT formula como propuesta de redacción del precepto «fase previa o tratos preliminares» o «medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado», THIBAUT ARANDA, J., «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», cit., pp. 173-174.

(94) Guía de la AEPD *La protección de datos en las relaciones laborales*, p. 8.

(95) No será precisa la información reflejada en las letras b), c) y d) si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban (artículo 5.3 LOPD).

de los datos del trabajador. No se requiere por la norma que dicha información se facilite por escrito. Conviene recordar que el artículo 18 del Reglamento de desarrollo de la Ley dispone en su apartado 1.º que «el deber de información deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado». Pese a la vigencia del principio de libertad de forma, el cumplimiento del deber de información debe reunir los requisitos exigidos en el número primero del artículo 5 de la LOPD, permitiendo acreditar este cumplimiento. Como se verá a lo largo de este trabajo, la información verbal no siempre se puede acreditar correctamente.

- 3.º El contrato es un medio adecuado para informar al trabajador respecto del tratamiento que se realiza en relación con sus datos. No obstante, no debe confundirse la información con la manifestación del consentimiento. Por ello, el contrato de trabajo constituye un medio adecuado para ofrecer información sobre los tratamientos directamente relacionados con la prestación laboral, pero no así para otros.
- 4.º Será necesario informar al trabajador en todos aquellos casos en los que se produzcan cambios que afecten al tratamiento de los datos personales, como la aparición de nuevas finalidades o de nuevos tratamientos<sup>(96)</sup>.

Un caso de interés sobre el alcance de la obligación de informar es el que resuelve la SAN de 30-XI-2001. Se trataba de una empresa que había solicitado determinados datos de identificación de empleados, transportistas autónomos o personal de empresas de servicios con la finalidad de establecer una tarjeta de identificación que sirviera de credencial ante los clientes. La recogida de información se efectuó por medio de una ficha manual que no incluía información sobre la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sobre la finalidad de la recogida de éstos y sobre los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de respuesta a las preguntas formuladas; tampoco precisaba las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación ni la identidad y dirección del responsable del fichero. La entidad alegó en el procedimiento sancionador que no había incumplido las obligaciones de información y que los trabajadores conocían en todo momento la existencia del fichero, pues éste había sido objeto de una publicación interna y se había informado al comité de empresa. Sin embargo, la sentencia considera que la entidad no cumplió con la obligación de información, pues, aunque se admitiera que los afectados conocían la finalidad de los datos que figuraban en la ficha, la Ley exige que la actividad informativa sea más precisa y se ponga en conocimiento de los afectados, además de la existencia del fichero y de su finalidad, el carácter obligatorio o facultativo de su respuesta, las consecuencias de la facilitación de los datos o de la negativa a suministrarlos, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación cancelación y, por último, la identidad y dirección del responsable del fichero<sup>(97)</sup>.

---

(96) Guía de la AEPD *La protección de datos en las relaciones laborales*, pp. 10-11.

(97) Recurso 417/2000. La referencia ha sido recogida del trabajo de LESMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su jurisprudencia*, cit., p. 181.

C) *La protección especial de los datos sensibles*

a) El régimen general de protección

El artículo 7 LOPD establece el régimen general para los datos especialmente protegidos, distinguiendo a estos efectos varios grupos de datos. El primero comprende los datos sobre ideología, religión y creencias. Se recoge respecto a estos datos la garantía del artículo 16.2 CE, reiterando que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión y creencias y aclarando que cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento para su obtención, tratamiento o cesión «se advertirá al interesado de su derecho a no prestarlo». La garantía hay que entenderla en el sentido de que en el supuesto normal la negativa a la declaración no debe reportar ningún perjuicio para el afectado, con la excepción del trabajo en las empresas ideológicas cuando la prestación de trabajo en ellas esté afectada por la ideología del trabajador<sup>(98)</sup>. La afiliación sindical —como luego aclara el número 2 del artículo 7— es un dato ideológico, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 292/1993, en la que se afirma que «siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el artículo 16 de la CE, que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella». De ahí que los problemas con los descuentos de la cuota sindical tengan que resolverse sobre la base del consentimiento del trabajador, como precisa el artículo 11.2 LOLS<sup>(99)</sup>.

Todos estos datos —ideología, incluida la afiliación sindical, religión y creencias— sólo pueden ser tratados si hay consentimiento expreso y por escrito. Se exceptúan, sin embargo, «los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros». No obstante, se señala que la cesión de estos datos «precisará siempre el previo consentimiento del afectado» (artículo 7.2 LOPD).

El segundo grupo está formado por los datos personales que hacen referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, que sólo pueden ser recabados, tratados o cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente (artículo 7.3 LOPD). Las diferencias con respecto al grupo anterior consisten en que no hay referencia al derecho a declarar, el conocimiento no tiene que formularse por escrito y en que se prevé que la obtención de los datos, su tratamiento y cesión pueden autorizarse por la ley en atención al interés general.

---

(98) Vid. CALVO GALLEGO, F.J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, CES, Madrid, 1995, pp. 187-215, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El derecho a la protección de datos...*, cit., pp. 48 y 49. Vid., también, las SSTC 5/1981, 47/1985 y la serie que comienza en la STC 38/2007, sobre el procedimiento de selección de los profesores de religión católica.

(99) Por ello, si hay consentimiento del trabajador para el descuento, no se lesiona su derecho por expresar en la nómina el sindicato al que va destinada la cuota (SAN 14-IX-2005, JUR 2005\278815). Pero se lesiona el derecho a la protección de datos si se obliga al sindicato a proporcionar al empleador la lista de afiliados para acreditar su nivel de representatividad (STS, 3.ª, 30-III-2001, RJ 2001\2538).

Para los datos incluidos en los dos grupos se prohíben los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar este tipo de datos (artículo 7.4 LOPD). La prohibición también alcanza, aunque de forma más limitada, a los datos sobre comisión de infracciones penales o administrativas, que sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras (artículo 7.5 LOPD).

b) Particularidades en la protección de los datos relativos a la salud y su aplicación en el ámbito laboral

Como acabamos de exponer, los datos relativos a la salud se someten al consentimiento expreso<sup>(100)</sup> en el artículo 7.3 LOPD. El mismo principio rige en el ámbito laboral, pues el artículo 22.1 LPRL establece que la vigilancia de salud a la que está obligado el empresario sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, aunque, como excepción, en el propio artículo 22.1 se prevén los reconocimientos obligatorios en los diversos supuestos que contempla este precepto<sup>(101)</sup>. Los reconocimientos para la vigilancia de salud implican tratamiento de datos y, en este sentido, la dispensa del consentimiento del artículo 22.1 LPRL<sup>(102)</sup> enlaza con la regla del artículo 7.6 LOPD<sup>(103)</sup>, en la que parece dispensarse también del consentimiento para el tratamiento de los datos mencionados en los números 2 y 3 —es decir, los datos sobre la ideología, la afiliación sindical, la religión, las creencias, la salud, el origen racial y la vida sexual— cuando «dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional

Por tratamiento de datos se entiende cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas y transferencias

(100) Sobre las dificultades de acreditar el consentimiento cuando éste no se recoge por escrito *vid.* la Resolución de la AEPD R/00238/2008.

(101) Evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud, prevención de peligros para la salud del afectado o de otros trabajadores o cuando así esté previsto por una disposición legal. La SAN 31-I-2008 (RJCA 2008\10) revoca la sanción de multa de 60.101,21 € impuesta a un servicio de prevención ajeno por la realización de un reconocimiento médico a uno de los empleados de una empresa cliente sin contar con el consentimiento del empleado afectado. En concreto, el reconocimiento efectuado incluía una prueba de carácter psicológico que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la Audiencia Nacional interpreta que cabe encuadrarla en las excepciones a la voluntariedad previstas en el artículo 22 LPRL. El reconocimiento psicológico queda justificado debido a los problemas del titular de los datos con sus compañeros que determinaron la propuesta de este informe complementario.

(102) Dispensa relativa, pues el reconocimiento no podrá forzarse en contra de la voluntad del trabajador. Lo que sucede es que la negativa de éste determinará las correspondientes sanciones disciplinarias, incluido el despido.

(103) El artículo 8 de la Ley completa esta regulación al establecer que, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, «las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad».

sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto»<sup>(104)</sup>.

Los reconocimientos médicos y el tratamiento subsiguiente están afectados a la finalidad que los justifica<sup>(105)</sup>, y ello tanto si se parte de la finalidad para la que se prestó el consentimiento como si se tiene en cuenta la que justificó su práctica obligatoria<sup>(106)</sup>. La desviación con respecto al fin es lo que justifica el amparo otorgado por la STC 196/2004, en la que los datos obtenidos en un reconocimiento médico ordinario de vigilancia de la salud conforme al artículo 22 LPRL y el convenio colectivo se utilizaron con una finalidad disciplinaria, al detectarse el consumo de cannabis. Aunque se trataba de un reconocimiento voluntario, el consentimiento prestado no resultó eficaz por no cumplir el requisito de la información, pues la trabajadora no recibió comunicación por parte de la empresa sobre cuál era la información buscada con los análisis médicos ni se le informó de que se analizaría su consumo de estupefacientes. De esta forma, los resultados de la prueba se invalidan al haberse alterado su finalidad.

En orden al tratamiento posterior de los datos obtenidos en los reconocimientos la Agencia Española de Protección de Datos ha aclarado que no será preciso un nuevo consentimiento para este tratamiento, sino que éste se entiende autorizado directamente por la Ley, encontrándose amparado el tratamiento en el artículo 7 de la LOPD en conexión con el artículo 22.4 de la LPRL. En consecuencia, el único consentimiento que la LPRL impone es el que el trabajador habrá de prestar para someterse a las acciones de vigilancia de la salud, cuando éstas tengan un carácter voluntario. Sin embargo, una vez aceptado el sometimiento al reconocimiento, no será preciso que el trabajador preste un consentimiento adicional para el tratamiento, por el personal médico, de los datos relacionados con la salud que resulten de la realización de los reconocimientos, dado que la Ley impone el acceso por el personal médico a dichos resultados. Sí sería por el contrario necesario informar a aquél acerca del citado tratamiento en los términos previstos en el artículo 5 de la LOPD. En este sentido, debe recordarse que, a diferencia de lo que sucede en los supuestos en que los datos no son recabados del interesado, el artículo 5.1 de la LOPD impone, sin excepción, la obli-

---

(104) Obsérvese que lo que se exige es la obligación profesional de secreto tanto para los profesionales sanitarios como para otros profesionales con obligación de secreto equivalente, lo que determina que la exigencia no se cumpla con el personal que tiene una simple obligación laboral de no revelar secretos conocidos en razón del oficio o relación laboral, supuesto tipificado en el artículo 199.1 del Código Penal y no en el 199.2 de dicho Código, que se refiere al profesional que con incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva divulga secretos. La dispensa del consentimiento se extiende más claramente en el párrafo segundo a los supuestos en que el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, cuando el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.

(105) Los reconocimientos pueden ser anteriores a la contratación y condicionar ésta, como se desprende del artículo 196 LGSS para las empresas con riesgo de enfermedad profesional, a tenor del cual estas empresas están obligadas a practicar un reconocimiento previo a la admisión de los trabajadores y «no podrán contratar a los trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos»: La misma obligación se establece, según el citado artículo, respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos médicos sucesivos. El artículo 25.1.2.º LPRL prevé también que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo que puedan determinar una situación de riesgo para ellos, para los demás trabajadores o para otras personas.

(106) *Vid.*, en este sentido, el artículo 22.4 LPRL, a tenor del cual los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados para fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

gación de informar al interesado del que se recojan los datos de los extremos contenidos en este precepto. En conclusión, no será preciso recabar el consentimiento del trabajador para el tratamiento de los datos de salud derivados de la realización de las acciones de vigilancia de la salud que él mismo hubiera consentido, si bien será preciso incorporar a la documentación que se facilite a aquél un documento informativo sobre el tratamiento de tales datos, en los términos que se contienen en el impreso aportado en la consulta<sup>(107)</sup>.

No obstante, la inclusión de estos tratamientos en los correspondientes archivos ha suscitado algunos problemas en orden a su autorización para esa finalidad específica. En este sentido hay que recordar que la autorización del artículo 7.6 LOPD lo es para el tratamiento que resulte necesario en orden a la prevención, el diagnóstico, la asistencia sanitaria o, más ampliamente, para la gestión de servicios sanitarios; que el artículo 23.1.c) LPRL exige la documentación de la práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores, y que el artículo 37.3.c) del RD 39/1997 establece que los exámenes de salud en el nivel superior de calificación deben incluir las historias clínico-laborales.

El problema se ha abordado, aunque de una manera parcial, por una resolución polémica del Tribunal Constitucional, la STC 202/1999. Se trataba de determinar si es contraria a los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informativa la actuación de la empresa consistente en establecer una base de datos, en la que se incluyen unos ficheros médicos, en los que constan los resultados de las revisiones periódicas realizadas por los servicios médicos de la empresa y por empresas médicas subcontratadas, así como los diagnósticos médicos de todas las bajas por incapacidad temporal de los trabajadores extendidas por los facultativos de la Seguridad Social. Es dato relevante el que la entidad empresarial tenía la condición de colaboradora de la Seguridad Social<sup>(108)</sup>, a cuyo efecto «dispone de unos locales de empresa en los que se realizan las visitas de sus trabajadores a los facultativos de la Seguridad Social y donde están ubicados, asimismo, los servicios médicos de empresa», que se integran «por cuatro médicos, [...] empleados de la entidad de crédito». El fichero, «que no se encuentra individualizado», «no está dado de alta como tal en la Agencia de Protección de Datos y únicamente tienen acceso al mismo los referidos facultativos y un empleado de la entidad, en su calidad de administrador único de informática, encuadrado funcionalmente en la Jefatura de Personal, Sección de Recursos Humanos, que es quien suministra a aquéllos la clave de paso».

El caso se suscitó bajo la vigencia de la LORTAD y la clave para su solución está en determinar si, no existiendo consentimiento del interesado para la formación del archivo, es posible justificarlo en atención a razones de interés general, entre las que se citan las de carácter sanitario, conforme a la regulación de la Ley General de Sanidad<sup>(109)</sup>. La sentencia aborda el problema partiendo de una información fáctica discutible<sup>(110)</sup>, según la cual «el

---

(107) Informe Jurídico 0648/2008 de la AEPD.

(108) Dato que puesto en relación con otros, sin duda, indica que la empresa asume en régimen de auto aseguramiento la gestión de la incapacidad temporal (artículo 77 de la LGSS en relación con la OM 25-XI-1966).

(109) En particular, los artículos 8, 10, 23 y 61; hoy *vid.*, también, los artículos 14 y 15 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente.

(110) El propio Tribunal Constitucional en el FJ 5.º reconoce la fragilidad de su punto de partida fáctico cuando dice que «mediante la creación de la base de datos ahora discutida *parece* perseguirse un control más eficaz del absentismo laboral».

fichero automatizado de que trae causa el presente proceso constitucional no es un compendio de historiales clínico-sanitarios, esto es, de reseñas circunstanciadas de los datos y antecedentes relativos a la salud de los afectados, sino, sencillamente, una relación de partes de baja», en los que se consigna las correspondientes fechas de baja y alta laboral, el motivo de la baja (enfermedad común o accidente laboral), los días durante los cuales se prolongó la situación de incapacidad temporal y el diagnóstico médico». De ahí deduce —y de ahí parte, sin duda, el error— que el tratamiento de los datos «no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores sino al control del absentismo laboral, lo que, por otra parte, resulta plenamente acorde con la denominación “absentismo con baja médica” que recibe el fichero». Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que no es suficiente para el tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores la autorización genérica de verificación de la enfermedad del artículo 20.4 del ET, que el propio precepto legal considera condicionada por el consentimiento del trabajador<sup>(111)</sup>, pues el interés empresarial de control del absentismo laboral, si bien es un interés legítimo amparado por la Ley, no tiene el carácter de interés general que exige el artículo 7 de la LORTAD. Si es así, resulta que «la actualización del fichero en los términos en que se ha llevado a efecto, no puede ampararse... en la existencia de un interés general» (artículo 7.3 LORTAD en relación con los artículos 10.11 y 61 LGS), ni tampoco en lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la LPRL, habida cuenta de que en el fichero en cuestión no se reflejan los resultados arrojados por la vigilancia periódica —y consentida por los afectados— del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral, sino tan sólo la relación de períodos de suspensión de la relación jurídico-laboral dimanantes de una situación de incapacidad del trabajador<sup>(112)</sup>. Por ello, se concluye que el tratamiento realizado sin contar con el consentimiento expreso del afectado es «una medida inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información», pues «no se trata de una medida de suyo ponderada y equilibrada, ya que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad».

Pero esta conclusión está viciada por el error en la premisa fáctica sobre la finalidad del fichero<sup>(113)</sup>. Es posible que éste sirviera para el control del absentismo, pero ni hay se-

---

(111) Pero obsérvese que lo que se condiciona a este consentimiento no es el mantenimiento de una información sobre las situaciones de incapacidad temporal del trabajador, sino la verificación de esa situación mediante personal médico propio. Esa limitación tiene sentido cuando los partes de baja y alta se dan por los médicos del sistema de salud, pero no cuando, como sucedía en el caso decidido, son los propios médicos de la empresa, que asume la gestión de la prestación, los que verifican directamente el estado de incapacidad. Lo que se discutía no era, por tanto, el control médico por la empresa, sino el tratamiento posterior con la formación del archivo.

(112) Afirmación también discutible, pues si se recogen los partes de alta y baja expedidos por los propios médicos de la empresa estará incluido el diagnóstico (artículo 1.2 RD 575/1997).

(113) La sentencia comentada ha sido objeto de algunas críticas. GARCÍA MURCIA [«Derecho a la intimidad y contrato de trabajo (Comentario a la STC 202/1999, de 8 noviembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 1937-1956] señala que la afirmación de que el fichero no tiene relación con la vigilancia de la salud no se justifica en el caso de las contingencias profesionales y no queda afectada por la limitación de información, «si ésta debe ser la mínima posible». Para MONTOYA MELGAR («Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en AA.VV., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo XVII, Civitas, Madrid, 1999, pp. 300-307) la argumentación del Tribunal Constitucional se aparta del relato de hechos probados donde se pone de manifiesto que «el

guridad de que ésta fuera la finalidad principal, ni ese control era el de la verificación de la incapacidad en los términos del artículo 20.4 ET, pues, si, como parece probable, se trataba de una colaboración voluntaria en la incapacidad temporal, eran los propios médicos de la empresa los que cursaban las bajas y altas, como corresponde a esta forma de colaboración en la gestión de la Seguridad Social<sup>(114)</sup>. En realidad, la exigencia de justificación en función del interés general se acredita desde el momento en que el archivo está ligado al registro de las altas y bajas que se lleva por la entidad encargada de la gestión de una prestación de incapacidad temporal de la Seguridad Social. La empresa realiza en régimen de colaboración voluntaria la misma función que cumplen las entidades públicas competentes en el régimen de gestión directa —prestación de la asistencia sanitaria, control de la situación protegida a través de las bajas y altas y pago de la prestación— y, si es así, es claro que tiene que llevar un fichero a efectos de organizar mínimamente esa gestión. Pero incluso, aunque no se tratara de una colaboración voluntaria, la justificación en función del interés general también sería indudable, pues la empresa asume parte del pago directo de la prestación de incapacidad temporal<sup>(115)</sup> y también el pago delegado de la prestación por parte de la gestora, funciones que no podría cumplir sin llevar un registro de las altas y bajas. Este registro es, además, necesario para la gestión de la empresa, pues incluso el despido objetivo del artículo 52.d) ET está en función, no sólo de las bajas del trabajador, sino del nivel de absentismo en la plantilla, para lo que es preciso un registro de los procesos de incapacidad temporal.

Los criterios de la STC 202/1999 deben, por tanto, aplicarse de forma estricta sólo en aquellos supuestos en que verdaderamente se trate de controles exclusivos de absentismo y se opere con informaciones no consentidas sobre el estado de salud de los trabajadores y no de meros datos sobre bajas y altas.

Con posterioridad, algunas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional han ratificado las sanciones impuestas por la AEPD en casos en que la actividad constitutiva de la infracción era el cumplimiento de un contrato para controlar el absentismo laboral. Consideran estas sentencias que «la prestación del servicio médico realizado por los facultativos de la entidad contratista no tiene por objeto ni la mejora, ni la prevención de la salud de las personas a quien examina y cuyos datos incorpora el fichero, es

Un dato personal es cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables

---

objetivo del fichero no era sólo, ni siquiera principalmente, el control del absentismo, sino que perseguía una finalidad sanitaria más amplia, la de garantizar la salud del trabajador».

(114) La empresa presta a su cargo la asistencia sanitaria (artículos 5 y 8 de la OM 25-XI-1966).

(115) El artículo 131.1 LGSS establece que serán a cargo del empresario los días comprendidos entre el cuarto y el decimoquinto de baja.

decir, no realiza una prestación necesaria para su salud, ni tampoco para el tratamiento médico a que pudieran estar sometidos, ni para la investigación científica o el desarrollo de la medicina, sino que la prestación únicamente está al servicio del arrendador que, a través de ese mecanismo, pretende evitar el absentismo en el trabajo». De ahí que «no puede hablarse de prestación de servicios médicos en los términos exigidos por la Ley, sino de otro tipo de prestación de servicios, no amparada en el artículo 7.6 de la LOPD, para cuyo tratamiento informatizado se precisa el consentimiento del afectado»<sup>(116)</sup>.

La AEPD ha admitido el supuesto de control de absentismo laboral cuando no se produce comunicación de datos, puesto que no se trata de datos de salud, sino tan sólo si la baja está justificada o no<sup>(117)</sup>. En estos casos no se precisa el consentimiento del trabajador afectado porque éstos encajan en las facultades empresariales reconocidas por el artículo 20.4 ET en conexión con el artículo 6.2 LOPD<sup>(118)</sup>. Ahora bien, aunque no se precise del consentimiento del trabajador sí se debe informar a éste respecto del tratamiento. La empresa debe informar a sus empleados sobre las actuaciones en esta materia<sup>(119)</sup>. Además, no debe olvidarse que cuando este tipo de servicios se realiza por una empresa externa se califica a esta última de encargado del tratamiento y se aplican las previsiones del artículo 12 LOPD<sup>(120)</sup>.

Este análisis permite establecer algunas conclusiones. En primer lugar, debe distinguirse el control del absentismo de las exigencias de registro de datos derivada de la asunción por la empresa de funciones de gestión de la Seguridad Social. En segundo lugar, los ficheros de absentismo laboral únicamente deben comprender la referencia a la situación de forma objetiva, sin informar de la patología concreta que motivó la ausencia del trabajo o la incapacidad laboral. En tercer lugar, debido a la dificultad de acreditar por parte de la empresa la necesidad del tratamiento de datos de salud para el cumplimiento de deberes de prevención de riesgos laborales, es recomendable que los datos relativos a la salud sean tratados previo consentimiento expreso de los trabajadores afectados, porque las excepciones a la regla general de la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, como la prevista en el artículo 7.6 LOPD, se interpretan de modo estricto sin que quepa admitir otros casos diferentes<sup>(121)</sup>. Por último, no existe obstáculo a que se persiga la doble finalidad de verificar el estado de salud del trabajador y controlar el absentismo. Pero, si existe un tratamiento relacionado con la salud, deberá obtenerse el consentimiento expreso del trabajador<sup>(122)</sup>.

---

(116) SSAN 12-IV-2002, *JUR* 2002\143466; 10-V-2002, *JUR* 2003\49667; 31-V-2002, *JUR* 2003\49730, y 2-III-2006, *JUR* 2006\118599, citadas en LESMES SERRANO (coord.), *La Ley de Protección de Datos...*, cit., p. 233. También la SAN 23-XI-2006 (*RJCA* 2006\902).

(117) *Vid.*, en este sentido, el caso de la resolución de archivo de actuaciones E/00489/2008.

(118) Téngase en cuenta, sin embargo, que, conforme al artículo 20.4 ET, el trabajador puede negarse al control médico empresarial y la única sanción de esta conducta es la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario durante la situación de incapacidad temporal.

(119) En el caso decidido en el expediente E/00489/2008 la información se había realizado mediante un comunicado general al personal de la empresa, publicado en los tabloneros de anuncios en todos los centros de trabajo y una comunicación escrita al comité de empresa.

(120) Guía de la AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, p. 31.

(121) *Vid.*, en este sentido, ALONSO MARTÍNEZ, C., *Aproximación a determinados conceptos del Real Decreto 994/1999, de 11 junio, sobre medidas de seguridad*, cit., p. 12.

(122) Guía de la AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, p. 31.

### D) *Las obligaciones de secreto y seguridad*

Los datos personales de los trabajadores, una vez registrados, están sometidos a una obligación de secreto profesional que vincula al responsable del fichero y a quienes intervengan en el tratamiento (artículo 10 LOPD). El secreto se califica de profesional, con lo que se apunta, quizá, a una protección reforzada a efectos del artículo 199 CP<sup>(123)</sup>, aparte de las sanciones que se prevén en el artículo 44 LOPD y que tienen distintos niveles de gravedad en atención a la naturaleza de los datos afectados<sup>(124)</sup>. La norma añade que la obligación subsiste después de finalizar las relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del tratamiento. La LOPD trata el deber de seguridad junto con el deber de secreto cuando regula los principios de protección de datos. Les concede a ambos una especial importancia. La obligación de secreto se relaciona en el propio precepto con el «deber de guardar (los datos)», lo que muestra su conexión con las obligaciones de seguridad. Estamos ante una garantía de que la información registrada no salga del ámbito del responsable del fichero y que el afectado tenga asegurada su intimidad. No hay límite temporal para la obligación de secreto<sup>(125)</sup>. El deber de secreto permanece aun después de extinguido el contrato de trabajo, sin que se haya fijado un período máximo para la vigencia de esta obligación (artículo 10 LOPD).

Los temas vinculados con los datos de salud han merecido también una especial atención desde la perspectiva de la confidencialidad. Un caso de los resueltos por la AEPD es el referido a la remisión de un correo electrónico por parte de un servicio de un organismo público dirigido a diversas dependencias de ese organismo, en el que figuraban anexos con datos personales de empleados en situación de baja médica, para su citación a un reconocimiento. En los anexos constaba, además del nombre, apellidos y destino, información correspondiente a datos de salud de los empleados agrupada en los conceptos «fecha baja», «diagnóstico», «observaciones». La dirección del organismo alega que sus archivos cumplen las medidas de seguridad correspondientes al tipo de datos que se protegían y que todo el personal ha recibido las instrucciones pertinentes para el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos. Sin embargo, según criterio de la AEPD, esas medidas se revelan insuficientes desde el momento en que no han servido para evitar que trascendieran

---

(123) Pero debe tenerse en cuenta que en el artículo 199 CP se definen dos tipos delictivos: la revelación de secretos laborales y la de secretos profesionales. El segundo es un tipo agravado con una pena superior que se relaciona con una obligación de sigilo más estricta (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 251). Es posible que el artículo 10 LPD haya querido configurar como secreto profesional los secretos del responsable del fichero y del encargado del tratamiento, pero es discutible que esta calificación pueda extenderse a todos los que intervienen en el tratamiento.

(124) Se encuentran con cierta frecuencia infracciones de la obligación de secreto en relación con datos laborales. En este sentido puede consultarse la SAN 29-X-2009 (*JUR* 2009\475556), sobre la remisión a otra empresa de los datos sobre un trabajador que incurría en competencia postcontractual; la SAN 11-III-2010 (*RJCA* 238/2010) relaciona la infracción de la obligación de secreto con la distribución de una sentencia en la que aparecían datos sensibles sobre la afiliación sindical y la salud de un trabajador. En la SAN 29-IV-2010 (*JUR* 2010\162921) se trata de un sindicato que difunde los datos sobre las retribuciones de los funcionarios de una entidad local. La SAN 30-VI-2010 (*JUR* 2010\289020) no aprecia infracción en la facilitación por la empresa de datos a las secciones sindicales en relación con un caso de violencia doméstica. Sin embargo, en alguno de estos casos, como el de la difusión de la sentencia o de la competencia desleal, es dudoso que estemos ante datos incorporados a un fichero y objeto de tratamiento.

(125) VIZCAÍNO CALDERÓN, *op. cit.*, p. 154.

los datos de salud de los empleados a terceros no autorizados, por lo que se aprecia una infracción muy grave<sup>(126)</sup>.

Se viola también el secreto de los datos de los trabajadores cuando en los tablones de anuncios de la empresa aparecen sus nombres con expresión de las causas de sus faltas de asistencia («enfermedad», «fecha de baja», «permiso sindical», «vacaciones» y «falta»), pues, de esta forma, se proporciona una información de carácter personal que afecta a la privacidad y no existe norma legal ni convencional que obligue a exponer los listados con estos datos. Por otra parte, los datos de los listados salen de un fichero en el que no consta la finalidad de difusión. La ilicitud de este tratamiento deriva, en primer lugar, de que no cuenta con el consentimiento de los trabajadores. Pero, además, se trata de una medida «no proporcional», pues las finalidades que persigue se pueden conseguir por otros medios, y no se ajusta a la finalidad establecida, pues los datos se recogían para el control de asistencias y el pago de nóminas<sup>(127)</sup>.

El artículo 9 LOPD impone al responsable del fichero y, en su caso, al encargado del tratamiento<sup>(128)</sup> la obligación de adoptar «las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana, del medio físico o natural». El registro en ficheros se condiciona, además, a que éstos reúnan las condiciones necesarias «con respecto a su integridad y seguridad». Se trata de una obligación de medios que obliga al responsable a adoptar las medidas necesarias, sin que tenga que garantizar la inexistencia de atentados o anomalías, de forma que si se acredita el cumplimiento exacto de las medidas se evita la responsabilidad<sup>(129)</sup>.

Existen tres niveles de seguridad —básico, medio y alto— que se aplican a los datos protegidos por la ley. Los artículos 79 a 114 del RPD se encargan de fijar el nivel de seguridad en función del dato personal de que se trate<sup>(130)</sup>. Los datos sensibles, como regla general, se incluyen en el nivel de seguridad más alto, lo que supone, en la práctica, la aplicación de las medidas de seguridad de nivel básico más las de nivel medio y las propias del nivel alto. No obstante, como se verá a continuación, en materia de medidas de seguridad ha sido controvertido el régimen aplicable a los datos de afiliación sindical.

Algunos de los casos planteados sobre el alcance de las obligaciones de seguridad han alcanzado cierta notoriedad pública, como ha ocurrido con la aparición en la vía pública de

---

(126) Resolución: R/01007/2007, Procedimiento núm. AAPP/00022/2007.

(127) Se sanciona a la empresa con multa de 6.000 euros por infracción del artículo 10 de la LOPD. Resolución 20/2010. Procedimiento núm. PS/00353/2009.

(128) Se impone multa de 601,01 € a la empresa encargada del tratamiento de datos personales del fichero de recursos humanos de responsabilidad de otra entidad por incumplir el deber de secreto revelando los datos personales de un trabajador incluidos en una carta de despido que fue notificada por error a otro empleado. *Vid.* Resolución: R/01030/2010, Procedimiento núm.: PS/00649/2009.

(129) VIZCAÍNO CALDERÓN, *op. cit.*, p. 141. A favor de la configuración de esta obligación como una obligación de resultado, *vid.* las SSAN 29-X-2008, *RJCA* 37/2009, y 15-VII-2010, *JUR* 2010\288683, que se examinan más adelante.

(130) Más ampliamente sobre este tema, VELEIRO, B., *La protección de datos de carácter personal*, BOE, Madrid, 2008, pp. 149-161.

documentos que contienen datos de carácter personal de uso interno de determinadas empresas (nóminas, recibos de liquidación y listados con datos de retribuciones de los trabajadores o documentos de cotización a la Seguridad Social, etc.)<sup>(131)</sup>. La SAN 29-X-2008<sup>(132)</sup> revocó la resolución de la AEPD que había sancionado a una empresa. Se imputaba a la empresa el incumplimiento de las medidas de seguridad tras haber localizado en la calle, junto al contenedor de reciclaje de papel, en el suelo, 24 currículos y diferentes documentos administrativos. La sentencia señala que no basta con la aprobación formal de las medidas de seguridad, pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva. Así, de nada sirve que se aprueben unas instrucciones detalladas sobre el modo de proceder para la recogida y destrucción de documentos que contengan datos personales si luego no se exige a los empleados la observancia de aquellas instrucciones. Se considera, en consecuencia, que se impone una obligación de resultado, consistente en que se adopten las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o acaben en manos de terceros. En definitiva, todo responsable de un fichero (o encargado de un tratamiento) es, por disposición legal, un deudor de seguridad en materia de datos, debiendo asegurarse de que dichas medidas o mecanismos se implementen de manera efectiva en la práctica sin que, bajo ningún concepto, datos bancarios o cualesquiera otros de carácter personal puedan llegar a manos de terceras personas. Pero dicho esto, la Audiencia Nacional concluye que no existe suficiente acreditación de que la documentación con los datos personales encontrada perteneciera a la empresa denunciada y no a la que fue titular del local con anterioridad, máxime cuando las dos se dedicaban a la misma actividad. Añade la Sentencia de la Audiencia Nacional que «no es posible exigir a ninguna empresa o entidad una especial cautela respecto de datos de carácter personal que se encuentran fuera de su ámbito de responsabilidad».

Hasta el RPD ha sido controvertido el régimen aplicable a los datos de afiliación sindical en cuanto a medidas de seguridad se refiere. La creación de ficheros que contienen datos sobre la afiliación sindical de los trabajadores obliga a adoptar medidas de índole técnica y organizativa que garanticen el principio de seguridad de datos y, por tanto, eviten, entre otros aspectos, el acceso no autorizado por parte de terceros. Las medidas deben cumplir un nivel de seguridad adecuado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos. Los problemas surgieron cuando el RD

Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento y sólo podrán ser tratados en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido

---

(131) *Vid.*, en este sentido, las SSAN 25-I-2006, *JUR* 2006\238131y 2-III-2006, *JUR* 2006\118579, citadas por LESMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su jurisprudencia*, cit., pp. 263, 266 y 267.

(132) *RJCA* 2009\37. *Vid.*, también, el caso resuelto por la STSJ Cataluña de 12-VII-2006, *AS* 1027.

994/1999, dictado en desarrollo de la derogada LORTAD, aplicaba las medidas de seguridad de nivel alto a los datos previstos en el artículo 7 de la ley, entre los que no figuraba la afiliación sindical. El problema derivaba de que la afiliación sindical es dato especialmente protegido a tenor del artículo 7.2 de la Ley vigente pero no lo era explícitamente en la ley de 1992. Por ello el RD 994/1999, anterior en unos meses a la LOPD, no incluía ese dato entre aquellos que requieren un nivel de seguridad alto. Ello planteaba la duda sobre si a estos datos se les aplicaban las medidas de seguridad de nivel básico o las de nivel alto. La cuestión ha quedado zanjada con el RPD, que precisa en su artículo 81.3 que «además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto se aplicarán a los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal que se refieran a la afiliación sindical»<sup>(133)</sup>.

Por su parte, el artículo 81.5 RDP permite la implantación de las medidas de seguridad de nivel básico en el caso de ficheros o tratamiento de datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual, cuando se den las siguientes circunstancias: a) que los datos se utilicen con la única finalidad de realizar una transferencia dineraria a las entidades de las que los afectados sean asociados o miembros y b) que se trate de ficheros o tratamientos no automatizados en los que de forma incidental o accesoria se contengan aquellos datos sin guardar relación con su finalidad. Se establece así una relación entre el tratamiento y la finalidad de éste. En el primer caso, los datos no se tratan con la finalidad de establecer la ideología de una persona, sino que se usan para realizar una operación económica. El ejemplo típico es el del descuento de la cuota sindical. La exigencia de un nivel alto de seguridad en estos casos complicaría extraordinariamente un tratamiento que tiene una finalidad que, en principio, no presenta riesgo de control ideológico<sup>(134)</sup>. En consecuencia, los datos relativos a la afiliación sindical siguen siendo datos especialmente protegidos, lo único que se permite es adoptar medidas de seguridad de nivel básico cuando esos datos están vinculados a finalidades de menor riesgo.

En materia sindical la Agencia de Protección de Datos ha abordado cuestiones bastante variadas. Así, por ejemplo, el fichero en el que sólo se contienen datos de aquellos afiliados a un sindicato que han disfrutado de las llamadas «horas sindicales» se considera un fichero en el que aparecen datos especialmente protegidos y al que no le resulta aplicable ninguna de las excepciones. Por ello, deben adoptarse medidas de seguridad del nivel alto<sup>(135)</sup>.

Los ficheros de nóminas, sobre los que se ha pronunciado la AEPD en un informe de 1999, se encuentran sujetos, con carácter general, al nivel de seguridad básico en el supuesto de que no contengan datos referentes a la afiliación sindical y a datos de salud. Si incorporan estos datos especialmente protegidos, se aplicarán medidas de seguridad de nivel medio. Sin perjuicio de lo anterior, considera la AEPD que «será posible que proceda

---

(133) Sobre el tema *vid.* más ampliamente ALONSO MARTÍNEZ, C., «Aproximación a determinados conceptos del RD 994/1999, de 11 de junio, sobre medidas de seguridad», *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 35, 2000, pp. 10-11; FREIXAS GUTIÉRREZ, G., *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, cit., p. 214, y VIZCAÍNO CALDERÓN, M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, cit., pp. 147-150.

(134) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Las medidas de seguridad», en AA.VV. (coord. R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 99.

(135) Informe jurídico 0156/2008 de la AEPD.

a la creación de diversos ficheros, conteniendo cada uno de ellos datos diferenciados que permitan la implantación en cada caso de medidas de distinto nivel»<sup>(136)</sup>.

Especial interés tiene la SAN 15-VII-2010<sup>(137)</sup> que confirma la resolución de la AEPD que sanciona con multa a un sindicato por incumplir las medidas de seguridad. La infracción se relaciona con la localización en Internet de un fichero denominado «Plantilla.md», que contenía datos personales correspondientes a 967 registros relativos a afiliados a ese sindicato. Queda así acreditado que la organización sindical incumplió la obligación de adoptar las medidas técnicas y organizativas previstas para los ficheros (artículo 9 LOPD) y el deber de secreto (artículo 10 LOPD), por cuanto una copia de dicho fichero se encontraba en el ordenador personal del titular de la IP<sup>(138)</sup> desde la que los datos de la plantilla de la empresa salió a Internet. La empresa, por su parte, había adoptado las medidas de seguridad pertinentes. Las medidas de seguridad, según criterio de la Agencia de Protección de Datos, deben ser implantadas por la empresa cuando el ordenador en el que se encuentran los ficheros elaborados por el sindicato está ubicado en la red corporativa de la empresa. Pero, a su vez, el sindicato es responsable de los ficheros que elabora e incorpora al ordenador que la empresa asigna al sindicato. Así, el sindicato está obligado a adoptar, de manera efectiva, las medidas técnicas y organizativas necesarias previstas para los ficheros en el artículo 9 LOPD<sup>(139)</sup>. La Sentencia de la Audiencia Nacional comparte el criterio de la AEPD y añade que el artículo 9 LOPD establece, con algunos matices, una obligación de resultado, consistente en que se adopten las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o acaben en manos de terceros y, aunque tal obligación no es absoluta, sí incluye un supuesto como el analizado.

Para la actividad del sindicato es de gran utilidad conocer las direcciones de correo electrónico de sus afiliados en la empresa. A efectos de la LOPD, las direcciones de correo electrónico constituyen datos de carácter personal, por lo que serían aplicables las normas de protección si la empresa tiene que facilitar las direcciones. Para ello pueden seguirse dos sistemas que tienen una regulación distinta a efectos de la legislación de protección de datos. El primer sistema es el de las llamadas listas de distribución, en las que las comunicaciones pueden realizarse sin necesidad de proporcionar las direcciones de correo de los trabajadores. Estas listas funcionan mediante el envío de correo con información a una dirección genérica o institucional, que las distribuye. Por tanto, el remitente no accede a un dato personal —en el supuesto de que una dirección de correo de empresa lo sea—. Este sistema no requiere, según la AEPD, el consentimiento de los trabajadores afectados por los envíos. El sindicato únicamente conocerá una dirección genérica y la gestión de dicha lista recaerá en el empresario, debiendo éste cumplir con la LOPD dado que es él quien realiza el tratamiento. En el segundo sistema la empresa facilita al sindicato las direcciones de correo. La AEPD considera, en este caso, que la cesión está amparada en el

---

(136) LESMES SERRANO, C. (coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su jurisprudencia*, cit., p. 255.

(137) *JUR* 2010\288683.

(138) El número que identifica a cada dispositivo dentro de una red con protocolo IP.

(139) En este caso, se produce un concurso medial, en el que un mismo hecho deriva en dos infracciones. La Agencia de Protección de Datos resuelve el procedimiento sancionador (núm. PS/00595/2008, Resolución: R/01253/2009) imponiendo al sindicato una sanción de 6.000 euros.

artículo 11.2.a) de la LOPD. Pero el sindicato que recibe esta información debe cumplir las normas de protección de datos, pues así lo dispone el artículo 11.5 LOPD, a tenor del cual «aquel a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de la presente Ley». El sindicato será responsable del fichero donde consten las direcciones de correo electrónico, fichero que deberá notificar al Registro General de Protección de Datos. Asimismo, deberá informar a los trabajadores en los términos del artículo 5.1 de la LOPD, así como permitir el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los trabajadores respecto de sus datos, además de implantar las medidas de seguridad que, en su caso, correspondan<sup>(140)</sup>.

E) *Limitaciones en la cesión o comunicación y en la transferencia de los datos personales por razones de prestación de servicios*

- a) Las limitaciones en la comunicación; en especial, las comunicaciones de la empresa a los representantes de los trabajadores y las organizaciones sindicales

Las garantías examinadas en el epígrafe anterior se completan con las limitaciones aplicables a la comunicación y la transmisión de los datos. El legislador tiene aquí en cuenta el riesgo potencialmente mayor de uso indebido de datos. Éstos salen del contexto en el cual han sido recogidos y registrados en el fichero, pasando a otro que puede tener unas finalidades distintas. De esta forma, el dato situado en un contexto distinto puede también permitir la obtención de una información diferente de aquella para la que consintió el tratamiento. Por eso, el legislador, con una finalidad preventiva, establece restricciones a la comunicación de datos: «estos sólo pueden ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario» y «con el previo consentimiento del interesado» (artículo 11 LOPD). Pero el consentimiento no es preciso en los casos que enumera el artículo 11.2 LOPD: 1) cuando la cesión está autorizada en una ley; 2) cuando se trate de datos recogidos en fuentes accesibles al público; 3) cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica, cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique, necesariamente, la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros; 4) cuando la comunicación se realice con destino a las autoridades públicas para el cumplimiento de las funciones que tienen atribuidas<sup>(141)</sup>; 5) cuando se trata de comunicaciones de datos entre organismos públicos con fines históri-

---

(140) Informes 0101/2008 y 0437/2010 de la AEPD.

(141) Entre ellos los datos dirigidos a los órganos judiciales. *Vid.*, en este sentido, la SAN 11-I-2010 (*JUR* 2010V43067), que confirma el archivo de actuaciones declarado por la AEPD en relación a la aportación de datos de salud del trabajador a un proceso laboral sin el consentimiento de aquél. En el proceso judicial se analizaba la decisión empresarial de cambio de puesto de trabajo (de puesto de trabajo de naturaleza rotatoria a uno de turno de mañana) como consecuencia de un examen médico que así lo recomendaba. Tanto la AEPD como la Audiencia Nacional aprecian, en este caso, que, junto al derecho fundamental a la protección de datos personales, existen otros derechos fundamentales, como el derecho a la defensa, a utilizar legítimamente medios de prueba en defensa del propio derecho y a la tutela judicial efectiva; derechos que podrían resultar comprometidos si se hiciera prevalecer, en todo caso, el derecho a la protección de datos. El supuesto encaja en el artículo 11.2.d) de la LOPD. Es distinto, por tanto, el caso de la SAN 20-II-2008 (*RJCA* 178/2008), en la que se niega la cobertura del artículo 11.2.d) LOPD respecto a los datos sobre bajas remitidos por un juzgado, pero no en el marco del ejercicio de la función jurisdiccional, sino en el ámbito de la gestión administrativa y respecto a la tramitación de determinados expedientes disciplinarios.

cos, estadísticos y científicos, y 6) cuando se trata de cesión de datos relativos a la salud que sea necesaria para solucionar urgencias o en atención a la relación de estudios en esta materia.

El consentimiento, que tiene carácter revocable<sup>(142)</sup>, es nulo cuando la información que se facilitó al interesado no le permitió conocer la finalidad a que se destinarían los datos o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar<sup>(143)</sup>. El que recibe la comunicación de los datos se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la Ley<sup>(144)</sup>.

En el ámbito laboral es importante el juego de la excepción del artículo 10.2.c) LOPD, que excluye la necesidad de consentimiento cuando el propio desarrollo, cumplimiento y control de la relación laboral determina la necesidad de comunicar los datos a un tercero<sup>(145)</sup>. Se han citado como susceptibles de integrar esta excepción el caso de las agencias privadas de colocación y las empresas de trabajo temporal, en las que, probablemente, el propio recurso a estas entidades implica ya el consentimiento de la comunicación de datos<sup>(146)</sup>. También pueden mencionarse los casos de transmisión de empresa —tanto los del artículo 44 ET, como los convencionales— y los supuestos de descentralización productiva, en los que las propias normas laborales, en especial las de prevención de riesgos, imponen la comunicación de datos. Un ejemplo de este caso puede consultarse en la STSJ de Madrid 30-VI-2008<sup>(147)</sup>, sobre la comunicación de datos del trabajador de la contratista a la empresa principal. Se trataba del desarrollo de una campaña de soporte de *telemarketing*, consistente en prestar asistencia telefónica a los clientes de la empresa principal, para lo que la contratista cedió los datos personales del trabajador adscrito a tales cometidos. La sentencia considera que el supuesto está incluido en la excepción del artículo 11.2.c) LOPD, pues, en definitiva, estamos ante «el desarrollo de una campaña de soporte de *telemarketing*, consistente en prestar asistencia telefónica a los clien-

No es preciso el consentimiento para el tratamiento de los datos personales vinculados a la ejecución del contrato de trabajo

---

(142) Artículo 11.4 LOPD.

(143) Artículo 11.3 LOPD.

(144) Artículo 10.5 LOPD. Desde luego, esta obligación afecta al personal de la empresa que tiene la titularidad del fichero o que está encargada del tratamiento. *Vid.*, en este sentido, la STSJ del País Vasco 29-VII-2008 (AS 2959), sobre el despido disciplinario de una trabajadora que facilitó los datos personales que le había proporcionado la empresa a un tercero (su novio), con la finalidad de que le ayudara en el tratamiento que se le había encomendado. Se aprecia la infracción, pero se excluye el despido ponderando las circunstancias concurrentes, entre ellas la ausencia de perjuicio para el afectado.

(145) *Vid.*, también, el artículo 10.4.a) RPD.

(146) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores...*, *cit.*, pp. 44-46.

(147) AS 2186. En este caso se desestima la propuesta de sanción impuesta por la Inspección de Trabajo a la empresa contratista (25.000 €).

tes de la empresa principal, y para ello es necesaria la aportación por la contratista de unos mínimos datos personales del trabajador adscrito a esos cometidos, a fin de poder entrar en contacto con las bases de datos de sus clientes, lo que se revela así en indispensable, tanto para el mantenimiento de dicha vinculación, como para el cumplimiento del contrato de trabajo..., siendo por tal razón irrelevante que dicho consentimiento expreso conste prestado después de iniciada la relación mercantil entablada entre ambas patronales».

Pero, sin duda, los supuestos de comunicación de datos más frecuentes en el ámbito laboral son los relativos al ejercicio de las competencias de los órganos de representación —unitaria o sindical— de los trabajadores y a la acción sindical en la empresa<sup>(148)</sup>. Para el desarrollo de esas competencias —en especial, las relativas a la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral— los órganos de representación de los trabajadores pueden necesitar determinada información relativa a las condiciones de trabajo que susceptible de afectar a la esfera de personal del trabajador, en especial en la medida en que esta información puede conectarse con la llamada intimidación económica y determinados datos relativos a la salud. A estos últimos ya se ha hecho referencia en el epígrafe III.4, al examinar las limitaciones de las informaciones obtenidas a través de las actuaciones de vigilancia de la salud.

El problema de la intimidad económica ya fue objeto de atención por la STC 142/1993. Entonces dijo el Tribunal Constitucional que lo decisivo para determinar la licitud o ilicitud de la circulación de este tipo de informaciones «no es un incondicionado y absoluto derecho a la preservación de la reserva sobre los datos económicos, sino la aptitud de éstos para, en un análisis detallado y conjunto, acceder a informaciones ya no atinentes a la esfera económica de la persona sino relativas directamente a su vida íntima personal y familiar», señalando que «las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden, en principio, desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores». Pero las fronteras siguen siendo imprecisas. En la STSJ del País Vasco 16-V-2006<sup>(149)</sup> se considera que la negativa de la entidad empresarial a facilitar, sin consentimiento de los afectados, a una sección sindical los datos relativos a los incentivos y complementos de productividad abonados a los trabajadores constituye una violación del derecho a la libertad sindical. Se razona que se trata de «una información que se revela como esencial para el ejercicio y contenido de la actividad sindical y el conflicto con el derecho a la autodeterminación informativa se supera, sin demasiada ponderación en este caso, mediante la afirmación —ciertamente discutible para los no afiliados al sindicato— de que el sindicato no es un tercero y de que la información tiene relevancia pública. De esta forma, el acceso a estos datos sin el consentimiento de los trabajadores afectados puede producirse por la vía del artículo 2.1.a) LOPD en la medida en que tienen cobertura en las regulaciones legales del ET y la LOLS, lo que puede extenderse a las previsiones de

---

(148) Para el régimen de competencias de los órganos unitarios de representación *vid.* el artículo 64 ET, en especial los apartados 1.2.º y 9. El artículo 10.3 LOLS establece que los delegados sindicales tienen derecho a acceder a la misma información que la empresa ponga a disposición de los órganos unitarios de representación.

(149) AS 1028.

los convenios colectivos, si se entiende que éstos operan estableciendo condiciones más beneficiosas conforme a la función que, en esta materia, les asigna la ley<sup>(150)</sup>.

Precisamente sobre el papel del convenio colectivo en esta materia versa la STSJ de Madrid 26-VI-2006<sup>(151)</sup>, que se pronuncia sobre el alcance de la cláusula contenida en el Convenio Colectivo de la Comunidad de Madrid que establece que los delegados de personal y comités de empresa tendrán acceso «a cuantos otros documentos relacionados con las condiciones de trabajo afecten a los trabajadores, siempre que, caso de acceso a datos personales..., éstos expresen su consentimiento», añadiendo que «cuando surja alguna disconformidad respecto a alguno de estos documentos, la dirección de los centros o servicios pondrá a disposición de los citados representantes fotocopias de los documentos en cuestión». La sección sindical demandante había solicitado copia de los contratos de trabajo, de protocolos de trabajo y distribución, relación del número de horas trabajadas, listado de trienios y de suplencias, cuadrantes de vacaciones y sus modificaciones, días trabajados, copias de tramitación, coberturas de incapacidades temporales, relación de horas extraordinarias trabajadas, y otros datos análogos a los anteriores, «en ocasiones nominativos de un trabajador determinado». La sentencia de instancia había calificado de vulneración de la libertad sindical la negativa de la empresa a facilitar documentación individualizada de los trabajadores, argumentado que el empleador sólo podía negarse a facilitar datos sensibles de los empleados. Por el contrario, la sentencia de suplicación comentada va más allá y entiende que «el consentimiento del trabajador cuyos datos personales se recaben por dichos representantes debe ser prestado en todas aquellas informaciones que le afecten y se encuentren protegidos por el artículo 18.1 CE». De esta forma, entiende que «el problema se traduce en determinar cuál es el contenido del derecho protegido en el precepto constitucional que acabamos de citar» y, partiendo de que «la divulgación de datos referentes a la esfera personal del trabajador puede atentar contra el derecho fundamental a la intimidad», considera que lo procedente sería determinar si hay causa para una restricción ponderando el conflicto entre ese derecho y los derechos de información del sindicato<sup>(152)</sup>, lo que, sin embargo, no se aborda por una insuficiencia de la oposición de la entidad demandada<sup>(153)</sup>.

Hay supuestos más claros de rechazo a la utilización de datos personales por razones sindicales. Así, en la STSJ de Madrid 19-IV-2001<sup>(154)</sup> se confirma el despido disciplinario

---

(150) Contrátese esta doctrina con la del Auto del Tribunal Constitucional 29/2008 sobre la solicitud sindical de una cesión masiva de datos profesionales [*supra* III.1.A).c)].

(151) AS 681.

(152) En este sentido se afirma que la comunicación de los datos debe ser autorizada por el sujeto al que se refiere o estar justificada escrupulosamente la necesidad de su obtención para una finalidad legal asociada al desempeño de las funciones asignadas a los representantes de los trabajadores. Un criterio, por tanto, más estricto que el de la STSJ del País Vasco 16-V-2006, AS 1028.

(153) La sentencia señala que «diferenciar unas y otras peticiones de información es carga de la empresa que se opone a la entrega de cualquier documento», y esa diferenciación no se ha hecho ni en la instancia, ni en suplicación. Por ello se concluye que «los órganos judiciales no pueden suplir la inactividad de la Comunidad, entrando a analizar uno por uno los documentos que le requiere la parte actora y los que aquélla se niega a dar». Se produce así un resultado paradójico propio de las limitaciones del proceso de conflicto colectivo, en la medida en que la ausencia alegatoria del organismo empleador determina que se puedan lesionar los derechos de los trabajadores afectados. Quizá la solución podría haber sido distinta si se hubiera exigido a la sección sindical la justificación de la información que solicita.

(154) AS 2165.

y se rechaza la pretendida justificación sindical de la actuación de un empleado de una funeraria, miembro de un sindicato y del comité de empresa, que imprime y se apropia de 500 partes de personas fallecidas que recogen datos personales y algunos sensibles de éstas, alegando una finalidad reivindicativa en el uso de esa información que la empresa no había proporcionado. Por su parte, la STSJ de Andalucía (Granada) 18-VII-2007<sup>(155)</sup> concede prioridad al derecho a la intimidad de los trabajadores frente a la actividad sindical de los sindicatos. En este caso, los datos se referían a los domicilios particulares o, alternativamente, a los domicilios de las personas asistidas donde prestaban servicios los trabajadores de ayuda a domicilio recién contratados con la finalidad de «hacerles extensiva la acción sindical». La sentencia rechaza que la petición tenga su apoyo legal en el artículo 11 LOPD, porque el interés alegado es el del propio sindicato, interés individual y concreto de éste, pero que no comprende el de los trabajadores afectados. Además, se añade que existían otros medios con menor incidencia en el derecho de los trabajadores para obtener el fin de promocionar el sindicato.

Especial importancia práctica tienen los datos relacionados con la recaudación de la cuota sindical prevista en el artículo 11.2 LOLS, a tenor del cual «el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del trabajador afiliado y previa conformidad siempre de éste». La recaudación de las cuotas sindicales ha dado lugar a diversos problemas y, en especial, a los que se relacionan con el posible uso desviado por la empresa de la información sindical del trabajador, como ya tuvimos ocasión de ver *supra* [III.1.A).b)] en el caso de los descuentos por huelga de RENFE<sup>(156)</sup>. El problema de la comunicación del dato sensible de la afiliación por el sindicato a la empresa ha sido resuelto por la AEPD. Para la Agencia, mediante la cumplimentación de la ficha de afiliación, el interesado autoriza expresamente al sindicato para que comunique al empresario su voluntad de que le sea deducida en la nómina la cuota sindical, consintiendo así, con la indicación de este modo de pago, la comunicación de sus datos al empresario para que efectúe en nómina la correspondiente deducción. La cesión por el sindicato al empresario de los datos identificativos del trabajador que solicita el descuento en su nómina de la cuota sindical y la cesión posterior por el empresario al sindicato de la efectiva deducción producida en la nómina de cada uno de sus afiliados se encontrarán amparadas por lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LOPD, no siendo necesaria la solicitud de un consentimiento adicional al trabajador<sup>(157)</sup>.

El problema de la comunicación se ha planteado también en relación con los datos que mantienen los organismos de la Seguridad Social. Así, en la STSJ de Asturias 6-II-2009<sup>(158)</sup> se enjuicia la cesión por la TGSS de los datos sobre cotización de los trabajadores

---

(155) AS 174.

(156) RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. y DE SOTO RIOJA, S., «Comentario al artículo 11 de la LOLS», en AA.VV. (F. PÉREZ DE LOS COBOS, dir.), *La Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, La ley, Madrid, 2010, pp. 634-639.

(157) Informes Jurídicos 0231/2008 y 0033/2010 de la AEPD. Ahora bien, en un informe posterior (Informe 0434/2010) se ha matizado que la comunicación de una relación de las cuotas impagadas con su atribución concreta a cada afiliado por la empresa al respectivo sindicato no puede exigirse a la empresa, por cuanto tal comunicación resulta innecesaria para los fines pretendidos y el propio sindicato puede deducirla fácilmente.

(158) AS 1142.

de una empresa a la Fundación Laboral de la Construcción, con la finalidad de que ésta pueda formular una liquidación frente a la empresa por las contribuciones que ésta le adeuda. La empresa alega que los datos se han comunicado por la TGSS sin el consentimiento de los trabajadores. Pero la sentencia considera que el propio convenio colectivo que establece estas contribuciones empresariales exime del consentimiento bien por la vía del apartado a) del artículo 11.2 LOPD o bien por el apartado c) del mismo precepto.

b) La transmisión de datos con finalidad de prestación de servicios al responsable del fichero o del tratamiento

No se considera comunicación de datos el acceso de un tercero a éstos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento. Esta encomienda de tratamiento se regula en el artículo 12 LOPD y en los artículos 20 a 22 RPD. A diferencia de la cesión, la transmisión de datos con la finalidad de prestación de servicios al responsable del fichero o del tratamiento no precisa del consentimiento del titular de los datos. Esto es debido a que se interpreta que el consentimiento que presta el interesado al responsable del fichero se extiende al tercero cuando éste va a realizar una prestación de servicios al responsable<sup>(159)</sup>. La persona que presta este servicio se denomina encargado del tratamiento y la realización de tratamientos por cuenta de un tercero debe regularse por un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido. En este contrato debe establecerse que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con un fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. El encargado que incumple sus obligaciones en esta materia responde como si tuviera la condición de responsable del tratamiento<sup>(160)</sup>. La subcontratación está limitada y necesita la autorización del responsable del tratamiento, salvo las excepciones que enumera el artículo 21 RPD. Una vez cumplida la prestación de servicios, los datos deben ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, salvo que exista previsión legal de conservación. Los datos se conservan debidamente bloqueados mientras puedan derivarse responsabilidades en el marco de la relación con el responsable<sup>(161)</sup>.

El consentimiento es toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen

---

(159) VIZCAÍNO CALDERÓN, *op. cit.*, p. 179.

(160) Artículo 12.4 LOPD.

(161) Artículo 22 RPD.

Las encomiendas de tratamiento no son infrecuentes en el ámbito laboral. En materia de prevención de riesgos laborales, cuando el empresario recurra a servicios de prevención externos y se aplique el tratamiento de datos de carácter personal, el servicio de prevención podrá ser, en ocasiones, «encargado» del tratamiento, pero parece que, normalmente, tendrá la condición de «responsable», dependiendo de la forma de acceso a los datos. Será responsable del tratamiento, por ejemplo, cuando desarrolle la vigilancia de la salud de los trabajadores de las empresas que son sus clientes<sup>(162)</sup>.

Las Mutuas de Accidentes tienen la consideración de responsables de los tratamientos cuando estos tratamientos se realizan en cumplimiento de las funciones que esas entidades tienen legalmente atribuidas<sup>(163)</sup>. Cuando la empresa concierte con una Mutua la protección de las contingencias profesionales de los trabajadores o la prestación económica de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la Mutua será considerada responsable del tratamiento de datos que realiza, de acuerdo con las funciones que tiene legalmente atribuidas, y no como un mero tratamiento por cuenta de terceros<sup>(164)</sup>.

Las empresas clientes deben ser informadas de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados sólo en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo. La declaración de aptitud del trabajador para el desempeño de un puesto de trabajo, realizada por una empresa externa al empresario cliente que ha contratado los servicios del trabajador evaluado, sería un supuesto de cesión de datos de carácter personal que, al estar autorizada por la ley (artículo 22.4 LPRL)<sup>(165)</sup>, no necesitará el consentimiento del trabajador<sup>(166)</sup>. Ahora bien, la extralimitación de la información médica que exceda del terreno de las conclusiones está tipificada como infracción muy grave en la ley<sup>(167)</sup>.

La Agencia de Protección de Datos ha considerado infracción muy grave el comportamiento de una Mutua que se extralimita en la información facilitada a la empresa comunicando datos del historial médico de un reconocimiento anterior de otra empresa, en la que la Mutua actuaba también como servicio de prevención. Se recuerda que la habilitación legal, en la normativa de prevención de riesgos laborales para la cesión de datos de los trabajadores sin su consentimiento, sólo existe en el supuesto del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 23 LPRL. En este régi-

---

(162) Informes jurídicos 112 y 189/2008 de la AEPD. Los informes señalan que el servicio de prevención externo será responsable del tratamiento de todos los datos que obtenga del trabajador en desarrollo de la actividad de prevención. Realmente, de conformidad con los artículos 23.4 y 31.3.f) de la LPRL, el servicio externo aparece como el responsable del tratamiento.

(163) CHAVELI DONET, E., «El estatuto del encargado del tratamiento», en AA.VV. (coord. R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 122-123.

(164) Informe Jurídico 189/2008 de la AEPD.

(165) El precepto prevé que «el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva».

(166) Informe jurídico 0648/2008 de la AEPD. La obtención de datos por el servicio de prevención se justifica por el artículo 6.2 LOPD.

(167) No se acredita la cesión no consentida de los datos de salud del trabajador y que fueron también causa del despido objetivo en Resolución de Archivo de Actuaciones, Expediente núm.: E/00213/2008.

men legal específico del tratamiento de la salud en el ámbito laboral se establece de forma expresa la obligación de respeto a la intimidad de los trabajadores y de la confidencialidad de los datos. En consecuencia, el tratamiento por parte de los servicios de prevención de riesgos laborales del historial médico, como consecuencia de los reconocimientos médicos realizados a los trabajadores, deberá limitarse a las previsiones del artículo 22.4 LPRL. Se prohíbe, de esta forma, la transmisión de la información médica obtenida al amparo de lo dispuesto en la LPRL a cualquier tercero distinto del «personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores», con la única excepción de las conclusiones derivadas de dicho seguimiento en cuanto a la aptitud de los trabajadores (artículo 22.4, párrafo tercero)<sup>(168)</sup>.

En la misma línea, la SAN 31-I-2008<sup>(169)</sup> confirma la resolución de la AEPD que impone a un servicio de prevención ajeno una sanción administrativa por la cesión ilegal de datos de salud de un empleado al organismo público empleador. En concreto, el servicio de prevención ajeno había realizado un examen psicológico al empleado que posteriormente remitió al empleador. Aplica la sentencia comentada lo dispuesto en el artículo 22.4 LPRL, en el sentido de que la comunicación de los datos de salud al empresario únicamente puede realizarse respecto de las «conclusiones» que se han alcanzado en relación con la aptitud o la mejora de las medidas de prevención, pero, en ningún caso, de la totalidad del informe realizado.

## **2. Los derechos de las personas afectadas: acceso, rectificación, cancelación y oposición; la protección contra las decisiones individuales automatizadas**

### *A) Los derechos de los afectados*

El sistema de garantías de la LOPD se completa con los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. El apartado 6 del artículo 4 de la LOPD dispone que los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados. El almacenamiento de datos debe permitir el derecho de acceso, como paso previo para, en su caso, poder solicitar su rectificación o cancelación. En este sentido, el artículo 8.7 del Reglamento de desarrollo establece que los datos de carácter personal serán tratados de tal forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, en tanto no proceda su cancelación. El derecho de acceso se regula en el artículo 15 LOPD y se define como el derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comuni-

---

(168) Resolución: R/00740/2005, Procedimiento núm. PS/00016/2005. La SAN de 24-5-2007 (RJCA\2007\491) revocó la Resolución de la Agencia en este punto con base en dos argumentos: 1.º) Que la expresión «conclusiones» del art. 22.4 de la LPRL no debe ser interpretada de manera restrictiva; y 2.º) Que existe un principio de unidad de la historia clínica, justificado por la necesidad de una gestión eficaz de la asistencia sanitaria. Sin embargo, a juicio de la STS de 20-10-2009 (RJ\2009\7551), estos argumentos no resultan convincentes, por lo que se declaraba ajustada a derecho la multa impuesta por la Agencia. El Tribunal Supremo afirma que en esta materia rige incuestionablemente la máxima confidencialidad posible, sin que haya elemento alguno en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o en la Ley de Autonomía del Paciente que permitan afirmar que la comunicación de datos no consentida llevada a cabo por Fremap estaba autorizada por una ley.

(169) RJCA 2008\10. La STS de 23-2-2011 (RJ\2011\1533) ratifica el criterio expuesto por la Audiencia Nacional.

caciones realizadas o que se prevén hacer de ellos. El ejercicio y tutela de dicho derecho de acceso se regula de forma específica en los artículos 27 y siguientes del Reglamento.

En el ámbito laboral, se han suscitado algunos conflictos derivados de la negativa del empresario a facilitar los datos personales requeridos por el trabajador. En este sentido puede citarse el caso resuelto por la STSJ de Andalucía (Sevilla) 19-VII-2007. Se trataba de un trabajador que fue sometido a un test psicológico y, tras la realización de éste, fue trasladado de centro debido a la situación de conflictividad existente con el resto de los compañeros. El trabajador solicitó copia de las preguntas que se le hicieron y de las hojas de las respuestas. La sentencia<sup>(170)</sup> considera que, reconocido en el artículo 22.3 LPRL el derecho del trabajador a conocer los resultados de los reconocimientos médicos, lo cierto es que las pruebas practicadas sólo afectan «a la esfera individual del trabajador, no perjudican al tercero», por lo que no hay razón para negar el acceso a esta información al propio afectado. La sentencia rechaza que el derecho que reclama el trabajador carezca de cobertura legal porque ese derecho está reconocido en el artículo 15 LOPD. Esta sentencia puede relacionarse con la STS 22-VII-2005<sup>(171)</sup>, que se pronunció sobre un despido por ineptitud, en el que la carta no pudo hacer referencia al cuadro clínico del trabajador, sino únicamente y de forma genérica a los resultados en orden a la capacidad de trabajo. Se había apreciado por ello la nulidad del despido por insuficiencia de la comunicación; decisión que el Tribunal Supremo casa por entender que «la empresa no pudo legalmente conocer, ni por ello relatar en la comunicación extintiva que dirigió al trabajador, los defectos físicos apreciados en el reconocimiento de salud». Pero el conflicto entre el derecho fundamental del trabajador a su intimidad y el derecho, también fundamental, a la defensa frente al despido se resuelve, precisamente, en función del derecho de acceso del trabajador al contenido completo del reconocimiento, pues, al haberse informado a aquél de que la «decisión empresarial venía determinada por el dictamen del Servicio de Vigilancia de Salud de la Mutua de Accidentes de Trabajo [...], el trabajador pudo recabar de dicho servicio» las informaciones oportunas.

El derecho de acceso tiene un límite temporal, pues el responsable del fichero o tratamiento puede denegar el acceso cuando el derecho ya se haya ejercitado en los doce meses anteriores a la solicitud, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.

Por su parte, el derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en él en los supuestos previstos<sup>(172)</sup>. El trabajador tiene derecho a oponerse a la recogida de sus datos personales pero con ciertos límites. Sobre estos límites tiene interés el caso del trabajador que solicita el reconocimiento de su derecho a no plasmar sus datos personales (firma, nombre y apellidos y DNI) ni firmar un documento de control al que tiene acceso toda la plantilla, como son la hoja de control de formación, la hoja de control de entrega de comunicados y las plantillas de control de entrada y salida. Se pide que la empresa ordene sus sistemas de control, bien por medios informáticos o bien con hojas de control individualizadas en vez de conjuntas y siempre sin acceso para el resto de los trabajadores. La empresa se opuso alegando sus facultades de

---

(170) *JUR* 24632.

(171) *RJ* 84/2006.

(172) Artículo 34 RD 1720/2007.

organización y control de la actividad laboral y la STSJ de Madrid 18-II-2008<sup>(173)</sup> entiende ajustado a derecho el sistema de control establecido por la empresa con fundamento en el artículo 20 ET, sin que pueda pretender el trabajador definir el sistema más apropiado de control de la asistencia al trabajo, la presencia en las actividades formativas o el flujo interno de información. Se considera que las hojas de firmas en cuestión están a disposición de los interesados, exclusivamente, para su firma por el tiempo imprescindible (en ocasiones llegan a trabajadores que están situados en otro lugar distinto del resto de sus compañeros a los mismos fines de firma de conocimiento) y se recogen seguidamente para su archivo por los responsables, sin que conste que tengan utilización distinta de la prevista ni otra difusión innecesaria o gratuita, antes al contrario, son objeto de archivo y documentación en las dependencias administrativas correspondientes, del responsable de la mayoría de esas comunicaciones y controles de firma. Además, se trata de un sistema de control de hechos —la entrada y salida del centro de trabajo, la asistencia a cursos de formación o la recepción de determinada documentación— que, bien utilizado, no entraña amenaza alguna para la esfera personal. Los citados documentos de control no se han destinado a un uso diferente de aquél para el que fueron previstos y que constituyen su razón de ser; no son objeto de difusión «innecesaria o gratuita» y, finalmente, son archivados convenientemente en el departamento administrativo, sin que el limitado contacto temporal que con ellos tengan los demás trabajadores de la empresa autorice a pensar que se pueda hacer un uso desviado de la información aportada.

El derecho de rectificación se define como el derecho del afectado a que se modifiquen los datos que resulten ser inexactos o incompletos, mientras que el derecho de cancelación se orienta a la supresión de los datos que no se ajusten a lo dispuesto en la LOPD y, en concreto, cuando sean inadecuados o excesivos<sup>(174)</sup>. Cuando cesa la finalidad o cuando motivada y justificadamente se solicita por el afectado hay que proceder a cancelar los datos. El responsable del fichero o tratamiento dispone de un plazo de diez días para hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación (artículo 16.1 de la LOPD en relación con el artículo 32.2 RPD). Ello obliga a disponer de procedimientos de cancelación que contemplen el período de bloqueo, en el que los datos se mantienen, pero sólo a disposición de las Administraciones públicas y de los órganos judiciales para atender a posibles responsabilidades, durante el plazo de prescripción de éstas, de forma que, «cumplido el plazo», debe procederse a la supresión

Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión y creencias. Estos datos sólo pueden ser tratados si hay consentimiento expreso y por escrito

---

(173) AS 1107.

(174) Artículo 31 RPD.

(artículo 16.3 LOPD). Por ejemplo, si un trabajador cesa en su relación laboral, este cese define el momento en que se inicia el bloqueo de sus datos y luego, cumplidos los correspondientes plazos, los datos serán eliminados. Los datos deben permanecer «congelados» e inaccesibles a los usuarios. La única acción posible será su puesta a disposición de las autoridades competentes<sup>(175)</sup>.

B) *La Agencia Española de Protección de Datos y los procedimientos de reclamación*

Mención especial merece el denominado derecho a la impugnación de valoraciones que se recoge en el artículo 13 LOPD y que tiene su antecedente en el artículo 12 LORTAD. El artículo 13.1 comienza reconociendo el derecho de los ciudadanos «a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad». El artículo 36 RPD, siguiendo en este punto la Directiva 46/95, incorpora las excepciones a estas garantías, señalando que los afectados podrán verse sometidos a decisiones de este tipo —las llamadas *decisiones individuales automatizadas*<sup>(176)</sup>— cuando se trate de una decisión que: a) se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato a petición del interesado, siempre que se le otorgue la posibilidad de alegar lo que estimara pertinente, a fin de defender su derecho o interés<sup>(177)</sup>, y b) esté autorizada por una norma con rango de Ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado. El contenido del derecho se define en el artículo 13.2 LOPD, que establece que «el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad». La garantía se completa con otra norma de orientación más procesal: «la valoración del comportamiento de los ciudadanos, basada en un tratamiento de datos, únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado». Se consagra así una especie de derecho de veto en la prueba, pero su ámbito es muy reducido: se trata de acreditar «valoraciones», no hechos, y la valoración tiene que basarse, precisamente, en el tratamiento.

Esta regulación resulta muy imprecisa y se ha dicho que parece partir de una cierta *diabolización* de la informática<sup>(178)</sup>. No es fácil fijar el alcance de la regla del artículo 13.1 LOPD. La clave está en que se trata de decisiones que han de fundarse *únicamente* en el

---

(175) Guía de la AEPD *La protección de datos en las relaciones laborales*, pp. 6-7.

(176) Sobre ellas *vid.* VIZCAÍNO CALDERÓN, *op. cit.*, pp. 183-190, y FREIXAS SANJUÁN, T., «Obtención y utilización de datos personales automatizados», en *Jornadas sobre el Derecho Español de Protección de Datos Personales*, Agencia de Protección de Datos, 1996, pp. 113-176.

(177) A estos efectos se establece que el responsable del fichero deberá informar previamente al afectado, de forma clara y precisa, de que se adoptarán decisiones con las características señaladas y cancelará los datos en caso de que no llegue a celebrarse finalmente el contrato.

(178) THIBAUT ARANDA, J., *op. cit.*, p. 136; *vid.*, también, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El derecho a la protección de datos personales...*, *cit.*, pp. 31-36.

*tratamiento* de datos<sup>(179)</sup> destinados a evaluar determinados aspectos de la personalidad, lo que parece referirse no a informaciones concretas sobre determinados aspectos de una persona, sino a reconstrucciones informáticas de «perfiles» de la personalidad fundados en el tratamiento de un conjunto de datos. La valoración aparece así, en buena medida, como una construcción del tratamiento. Por otra parte, es difícil acreditar que la decisión se funda exclusivamente en el tratamiento<sup>(180)</sup>. Con todo, en el ámbito del contrato de trabajo será importante la excepción del artículo 36.2 RPD en relación con el artículo 35 de la Directiva 46/95 tanto en los procesos de selección como durante la vigencia del contrato. Pero hay que tener muy en cuenta que la excepción no excluye las garantías de información y alegación.

Los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación se ejercitan ante el responsable del archivo o del tratamiento a través de un procedimiento muy sencillo que comienza con una comunicación al responsable del tratamiento o archivo y termina con la contestación de éste<sup>(181)</sup>. Se trata de una reclamación entre las partes que se ha regulado con un cierto grado de formalización, pero que queda al margen de un procedimiento administrativo y carece de trascendencia en orden a las ulteriores reclamaciones en vía judicial. Pero el artículo 18.1 LOPD establece que las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine. El número 2 de este artículo añade que el interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico competente, que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación. De esta forma, se configura una vía de reclamación en el marco de un procedimiento administrativo que plantea graves problemas de coordinación con las reclamaciones judiciales ante el orden social, que hemos estudiado en otro lugar<sup>(182)</sup>.

---

(179) No es propiamente el dato, sino su tratamiento con otros lo que *construye* la valoración. Así lo señalaba ya LUCAS MURILLO DE LA CUEVA para la regulación de la LORTAD: «es el tratamiento automatizado el que produce la definición de las características o de la personalidad». Lo que se trata de evitar es una *fabricación* de una personalidad que sustituye la propia identidad (*Informática y protección de datos...*, cit., p. 82). Para la aplicación de la garantía en relación con las técnicas de *scoring* vid. LESMES SERRANO (coord.), *La Ley de Protección de Datos...*, cit., pp. 337-338, con cita de las SSAN 18-I-2002 (rec. 924/2000) y 14-VI-2002 (rec. 650/2001).

(180) VIZCAÍNO CALDERÓN, *op. cit.*, p. 188.

(181) Artículo 17 LOPD y artículos 28, 29, 30, 32, 33 y 35 RD 1720/2007.

(182) DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «El control de la prestación de servicios a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la vídeo vigilancia en la doctrina judicial», *Justicia Laboral*, núm. 44/2010.



# DIÁLOGO SOCIAL Y REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES<sup>(1)</sup>

DR. FRANCISCO PÉREZ AMORÓS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona  
y miembro del Grupo de Investigación sobre Derechos de los Trabajadores Españoles  
y Extranjeros de la Universidad Autónoma de Barcelona.*

DRA. HELENA YSÀS MOLINERO<sup>(2)</sup>

*Investigadora postdoctoral en la Universidad de Toulouse 1- Capitole. Miembro del Grupo de Investigación  
sobre Derechos de los Trabajadores Españoles y Extranjeros de la Universidad Autónoma de Barcelona.*

## RESUMEN

### **Diálogo social y reestructuraciones empresariales**

En el presente artículo se analiza el papel del diálogo social con relación al fenómeno de las reestructuraciones empresariales. En primer lugar, se analizan los últimos procesos de diálogo social que han tenido lugar en España, hayan acabado o no en acuerdo, y, en concreto, las propuestas de los interlocutores sociales en materias relacionadas con las reestructuraciones, así como el papel de la participación institucional en la regulación de las reestructuraciones. En segundo lugar, se estudia el papel del diálogo social en los procesos de reestructuración extraordinaria, con particular atención a los observatorios industriales creados para algunos sectores. Finalmente, se dedica atención a la incidencia desde la negociación colectiva interconfederal y sectorial en la intervención pública en reestructuraciones. El estudio llevado a cabo permite concluir que la participación de los interlocutores sociales a través del diálogo social y de la participación institucional en la determinación de la regulación de las reestructuraciones empresariales ha sido más bien escasa y, en todo caso, inferior a la deseable.

## ABSTRACT

### **Social dialogue and corporate restructuring**

In this article we analyze the role of social dialogue regarding enterprise restructuring. Firstly, we analyze the most recent social dialogue processes in Spain, whether they lead or not to an agreement, and, particularly, the proposals of the social partners on subjects related to restructuring, as well as the role of institutional participation in regulating restructuring. Secondly, the role of social dialogue, in particular restructuring processes, is studied, paying particular attention to industrial observatories that have recently been created in some sectors. Finally, we focus on the effect of collective bargaining (both cross-industry and sectorial) on public intervention on restructuring. The study has led to the conclusion that social partners' participation in determining regulations on enterprise restructuring through social dialogue and institutional participation has been rather scarce and, in any case, lower than the desirable level.

---

(1) Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto SEJ 2007-61746 «La reconfiguración de la intervención pública en los procesos de reestructuración empresarial: situación actual y retos de futuro», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

(2) Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona e investigadora postdoctoral «Beatriu de Pinós» en la Universidad de Toulouse 1- Capitole. Miembros del Grupo de Investigación sobre Derechos de los Trabajadores Españoles y Extranjeros de la Universidad Autónoma de Barcelona.

-----

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN MATERIAS VINCULADAS A LAS REESTRUCTURACIONES.
  - 1. **El diálogo social 2004-2007: la no intervención en materia de reestructuraciones.**
  - 2. **El diálogo social 2008-2010: el cambio de contexto económico y la parálisis del diálogo social.**
  - 3. **La participación institucional en materias vinculadas a las reestructuraciones.**
- III. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EXTRAORDINARIA.
  - 1. **El Acuerdo Marco tripartito para fomentar el desarrollo y modernización de los sectores industriales.**
  - 2. **Los observatorios industriales.**
  - 3. **Acuerdos conducentes a la aprobación de normativas *ad hoc*.**
    - A) Sector textil-confección.
    - B) Sectores mueble-madera; juguete; calzado, curtidos y marroquinería; y automóvil.
- IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO SOCIAL Y LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN MATERIA DE REESTRUCTURACIONES.
- V. LA INCIDENCIA DESDE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INTERCONFEDERAL Y SECTORIAL EN LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN REESTRUCTURACIONES.
  - 1. **Acuerdos interconfederales sobre negociación colectiva.**
  - 2. **Convenios colectivos sectoriales estatales y provinciales.**

-----

## I. INTRODUCCIÓN

Las reestructuraciones han sido definidas como el conjunto de medidas y prácticas empresariales en el contexto de la globalización y de otros acontecimientos económicos que afectan al tejido social de las sociedades europeas, siendo identificables como motor de las reestructuraciones, principalmente la apertura de las economías a la competencia internacional, la liberalización del comercio, la innovación tecnológica y los cambios profundos en la demanda de los consumidores, una mayor sensibilización ante los problemas medioambientales, los cambios demográficos, o fenómenos como la deslocalización y la subcontratación<sup>(3)</sup>. En este sentido, también un documento elaborado por la Subcomisión del

---

(3) CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS (CES): *Herramientas para la reestructuración. Principales conclusiones del proyecto Reforzar el papel que desempeñan los organismos de representación de los trabajadores y las organizaciones sindicales en el marco de las operaciones de reestructuración*. 2007.

Congreso de los Diputados para el análisis de las medidas a proponer al Gobierno en relación con los procesos de deslocalización y para estimular las mejoras de la competitividad de la economía afirma que «Las reestructuraciones empresariales —dentro de las cuales hay que encuadrar a los procesos de deslocalización— son cada vez más independientes de la noción de crisis empresarial, dejando de formar parte de la patología del funcionamiento de las empresas, para inscribirse en la fisiología de su funcionamiento normal como modo de adaptación al nuevo marco (...)»<sup>(4)</sup>.

Sin duda hemos asistido, durante los años de fuerte crecimiento económico, a un intenso proceso de reestructuraciones de empresas, en el conjunto de Europa y también en España. Estas reestructuraciones, en las que los fenómenos de la deslocalización y de la descentralización productiva tomaron un carácter central, se han convertido en reestructuraciones de crisis durante los últimos años. En una forma u otra la permanente existencia de procesos de reestructuración se ha mantenido presente de forma constante en Europa occidental y en España desde hace ya largo tiempo y nada hace prever que ello vaya a cambiar en el futuro. De hecho, las instituciones comunitarias han asumido como inevitables las reestructuraciones y centran sus esfuerzos en el objetivo de ordenar su gestión<sup>(5)</sup>.

Ante esta realidad, las organizaciones sindicales se han mostrado preocupadas en más de una ocasión respecto al riesgo que supone para los derechos de los trabajadores una mala gestión de las reestructuraciones, exigiendo que cuando éstas sean necesarias deban ser planificadas y correctamente administradas y controladas, con el fin de evitar o minimizar el riesgo al que se hacía referencia<sup>(6)</sup>. Con tal objetivo se hace imprescindible la intervención de los poderes públicos para llevar a cabo un control de estos procesos. Pero no sólo ello sino que también la participación de los interlocutores sociales se hace imprescindible, no solamente de forma directa en la empresa que emprende un proceso de reestructuración<sup>(7)</sup>, sino también en el marco de la intervención de los poderes públicos en tales procesos y sobre el fenómeno en general.

En este sentido, el sindicato CC.OO. propuso en 2007 la negociación de un Pacto de Industria en el que quedaría incluido el tra-

Las instituciones comunitarias han asumido como inevitables las reestructuraciones y centran sus esfuerzos en el objetivo de ordenar su gestión

---

(4) CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: *Informe de la Subcomisión para el análisis de las medidas a proponer al Gobierno en relación a los procesos de deslocalización y para estimular las mejoras de la competitividad de la economía*. BOCG, 27 de diciembre de 2007.

(5) *Vid.*, por ejemplo, ALONSO BRAVO, M., «La participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones empresariales organizativas con riesgo para el empleo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18 de 2008.

(6) *Vid.*, por ejemplo, *Ibid.*

(7) *Cfr.* ALONSO BRAVO, M., *op. cit.*

tamiento de las reestructuraciones y de los posibles efectos de las deslocalizaciones de actividades y empresas, en el marco del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización<sup>(8)</sup>. También el sindicato UGT ha defendido el desarrollo de políticas comunes de empleo en los procesos de reestructuración de empresas. Con tal objetivo el mencionado sindicato aboga por la anticipación y la preparación del cambio, con una gestión socialmente responsable y orientada al futuro, debiéndose prestar especial atención a la cualificación y formación de los trabajadores de acuerdo con las necesidades del mercado, reclamando, asimismo, la necesidad de presentación de planes sociales que consideren alternativas productivas y la creación de fuentes alternativas de empleo de calidad y la recolocación de trabajadores<sup>(9)</sup>. Para mejorar la gestión de las reestructuraciones disminuyendo los perjuicios para los trabajadores UGT también reclama la modificación de la Ley Concursal, ante las graves dificultades que la legislación actual genera para el reconocimiento de los derechos laborales<sup>(10)</sup>; asimismo, la mencionada organización sindical afirma que defenderá la limitación de las deslocalizaciones, mediante la exigencia de aprobación de instrumentos disuasorios y de reequilibrio territorial y de distribución de la renta y la exigencia de apostar por instrumentos normativos homogéneos desde las instancias comunitarias a las estatales y autonómicas, en los ordenamientos fiscal, laboral y social, la incorporación de compensaciones por las ayudas recibidas, y el cumplimiento efectivo de los acuerdos internacionales sobre relaciones laborales<sup>(11)</sup>.

También desde organismos de muy distinta índole se ha insistido de forma reiterada en la importancia del diálogo social en materia de reestructuraciones. Sin ir más lejos la propia OIT ha afirmado que ninguna reforma puede ser fructífera «sin un diálogo social coherente, en el que tengan cabida la negociación colectiva libre y espontánea y el mantenimiento de consultas bipartitas y tripartitas», en un contexto en que la globalización es un factor de presión para la introducción de reformas económicas y sociales<sup>(12)</sup>. En este sentido, desde la OIT se insiste en la necesidad de colaboración de los interlocutores sociales para responder a los cambios estructurales y, de forma particular, a la actual crisis<sup>(13)</sup>. También se advierte de la necesidad de que la participación de los interlocutores sociales en materia de reestructuraciones sea menos reactiva y más preventiva y se critica que, generalmente, las disposiciones jurídicas existentes no reconocen debidamente la necesidad de un diálogo social permanente y continuo<sup>(14)</sup>.

Por su parte, la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo y su Observatorio de Reestructuraciones publicaron en 2007 un documento donde se subraya la importancia de la intervención de los gobiernos cuando se produce una rees-

---

(8) CC.OO.: *La visión y la respuesta sindical ante el problema de la deslocalización*. Marzo 2007, p. 13.

(9) UGT: *La crisis: respuestas y propuestas*. 12 de enero de 2009.

(10) *Ibíd.*

(11) *Ibíd.*

(12) OIT: Séptima reunión regional europea. Budapest, 14 a 18 de febrero de 2005. ERM/VII/D.6

(13) CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: 306a reunión, noviembre de 2009 (GB 306/2/1).

(14) *Ibíd.*

tructuración<sup>(15)</sup>, así como la necesidad de asegurar la participación de los trabajadores en tales procesos<sup>(16)</sup>.

Finalmente, debemos también apuntar que el movimiento de reestructuraciones preocupa también al sindicalismo no sólo en el sentido anteriormente apuntado sino por cuanto afecta a su propia función sindical y plantea la difícil cuestión de cómo deben actuar los sindicatos para ser actores de las transformaciones económicas y sociales que se están produciendo, más allá de una mera capacidad de resistencia<sup>(17)</sup>.

Todo lo hasta aquí expuesto sirve para poner sobre la mesa la importancia que debe otorgarse a la participación de los interlocutores sociales en el marco de la intervención de los poderes públicos en los procesos de reestructuración empresarial. Sin embargo, también debemos afirmar —y como más adelante se tendrá ocasión de comprobar—, que, generalmente, se pone el acento en la participación de los representantes de los trabajadores en la empresa en los procesos de reestructuración que tengan lugar en el seno de ésta, quedando en el olvido la participación de los sindicatos en un ámbito más amplio como puede ser el de la intervención de los poderes públicos sobre el fenómeno de las reestructuraciones en general y sobre las reestructuraciones individualmente consideradas. Ello queda patente en el Documento Nacional de Referencia de España presentado en el marco de los Seminarios Nacionales Anticipación y Gestión de las Reestructuraciones, organizado por la Comisión Europea y el Centro Internacional de Formación de la OIT<sup>(18)</sup>, en el que, de forma clara, se constata la falta de instrumentos en España de participación de los interlocutores sociales en materia de reestructuraciones.

En este sentido se puede avanzar que en escasas ocasiones se ha tratado sobre las reestructuraciones en el marco de los organismos de participación institucional, como es el caso del Consejo Económico y Social. En este ámbito, o en el de otros organismos de participación institucional, se podría haber abordado la cuestión de las reestructuraciones y cómo se podría aumentar la participación de los representantes de los trabajadores en el marco de la intervención pública en tales procesos.

Tampoco a través de los más recientes procesos de diálogo social se han alcanzado, como se tendrá ocasión de constatar, acuerdos entre el Gobierno y los interlocutores sociales en materia de prevención y control de las reestructuraciones, a pesar de que, en algunas ocasiones, las organizaciones sindicales han presentado propuestas estrechamente vinculadas a los procesos de reestructuración, en materias como la formación continua de los trabajadores, la suspensión de los contratos de trabajo, etc. El Gobierno ha tomado recientemente algunas medidas relacionadas con las reestructuraciones, pero sin acuerdo con los interlocutores sociales.

---

(15) EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVING OF LIVING AND WORKING CONDITIONS: *Restructuring and employment in the EU: the impact of globalisation*. ERM Report 2007.

(16) *Ibíd.*

(17) UNIVERSIDAD EUROPEA DEL TRABAJO, *Reestructuraciones y transformaciones del trabajo*.

(18) RODRÍGUEZ, R. y CALVO, J., *Seminario Nacional España. Documento Nacional de Referencia. Anticipación y Gestión de las Reestructuraciones en España*. Comisión Europea (Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades) y Centro Internacional de Formación-OIT. Abril de 2010.

A pesar de la constatación de la pobreza de los resultados del diálogo social y de la participación institucional con relación a la participación de los interlocutores sociales en la determinación de medidas anticipatorias, paliativas y de control sobre las reestructuraciones empresariales, deben destacarse los frutos del diálogo social sobre la materia con relación a sectores concretos de actividad, con la creación de los Observatorios Industriales y el acuerdo de toda una serie de medidas *ad hoc* para afrontar las reestructuraciones en determinados sectores.

En todo caso, los procesos desarrollados en sectores concretos ejemplifican la necesidad de incrementar la intervención de los interlocutores sociales en los procesos de reestructuración, y que ello es posible y conveniente a través de los dos principales mecanismos de participación de los interlocutores sociales en las funciones propias de los poderes públicos, y que no son otros que la participación institucional y el diálogo social.

## II. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN MATERIAS VINCULADAS A LAS REESTRUCTURACIONES

### 1. El diálogo social 2004-2007: la no intervención en materia de reestructuraciones

Si bien el diálogo social había atravesado distintas fases con resultados muy irregulares, a partir de 2004 tuvo lugar una importante revitalización del diálogo social, y muy particularmente de la concertación social —aunque actualmente los actores implicados no utilizan la terminología de concertación social, sino, únicamente, la de diálogo social—: la Declaración para el Diálogo Social 2004 fue suscrita el 8 de julio por el Gobierno, los sindicatos CC.OO. y UGT y las asociaciones empresariales CEOE y CEPYME. En ella se declaraba la voluntad de iniciar un proceso de diálogo social, que se prolongaría durante toda la legislatura, y que se concretaría en algunos procesos de concertación sobre materias concretas, que tenía un triple objetivo: mejorar la economía, el empleo estable y la cohesión social<sup>(19)</sup>.

---

(19) En concreto, los objetos del diálogo y la concertación que se fijan en el pacto son los siguientes:

- Sobre el mercado de trabajo: el insuficiente volumen de empleo y la alta temporalidad.
- En el marco de la Estrategia Europea para el Empleo, el favorecimiento del empleo de los jóvenes, de los trabajadores de edad avanzada, de las personas con discapacidad y de otros Colectivos con mayores dificultades de inserción laboral, igualdad entre hombres y mujeres y favorecimiento de la conciliación de la vida familiar y laboral.
- En materia de inmigración laboral la elaboración del Reglamento de la Ley de Extranjería.
- Favorecimiento de la formación a lo largo de la vida laboral.
- Impulso de las políticas de empleo y de los Servicios Públicos de Empleo.
- Estudio de la revalorización de algunas instituciones laborales mejorando su funcionamiento y la participación de los interlocutores sociales.
- Potenciación de nuevos instrumentos activos de la política industrial y análisis de las consecuencias derivadas de las necesidades de sostenibilidad medioambiental.
- Proceso de revisión futura del SMI y del IPREM.
- Derechos de información, consulta y/o participación de los trabajadores y análisis de la transposición de la Directiva que acompaña el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.
- Elaboración y puesta en marcha de políticas activas dirigidas al análisis, detección y eliminación de las causas de la siniestralidad laboral.
- Marco jurídico de la negociación colectiva.

Así, los firmantes declaran apostar por un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero basado en la mejora de la competitividad de las empresas y en el incremento de la productividad. La idea consiste en establecer un diagnóstico común entre las partes sociales, fijar unos objetivos y una lista de aspectos a abordar durante los años siguientes, ya sea mediante procesos de concertación o bien procesos consultivos, lo que supone una ruptura con la lógica conceptual que había presidido los procesos anteriores de concertación social<sup>(20)</sup>.

El método planteado por el Gobierno consistía en el condicionamiento absoluto de la actividad legislativa al acuerdo tripartito previo, lo que cerraba la posibilidad de que éste adoptase una iniciativa de forma unilateral. Esta opción ha merecido la desaprobación de algún autor<sup>(21)</sup>, en gran parte porque ello conllevaba una presión, tanto directa como indirecta, a sindicatos y asociaciones empresariales para alcanzar un pacto, accediendo, si ello era preciso, a rebajar sus reivindicaciones<sup>(22)</sup>. Como resultado de tal planteamiento, se produjo una clara devaluación de los contenidos pactados, es decir, se dejaron de lado aquellas cuestiones cruciales en que no parecía posible alcanzar el pacto<sup>(23)</sup>; tales contenidos fueron no sólo marginados en la negociación sino en su regulación, como consecuencia de la premisa de no legislar sin acuerdo previo de los interlocutores.

Se produjo  
una clara devaluación  
de los contenidos  
pactados

A pesar del planteamiento del Gobierno, o como consecuencia de éste, los interlocutores sociales negociaron y alcanzaron más de 20 acuerdos, algunos de gran relevancia social y laboral, sobre un buen número de materias: igualdad entre hombres y mujeres (negociación bilateral Gobierno-sindicatos de las medidas laborales de la Ley Orgánica 7/2007 de Igualdad entre Mujeres y Hombres); inmigración y desarrollo de los derechos laborales de los extranjeros (regularización extraordinaria de trabajadores inmigrantes en 2005 y cuestiones laborales del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería); formación profesional para el empleo (Acuerdo tripartito para el nuevo sistema de Formación para el Empleo (de 7 de febrero de 2006), desarrollado

- 
- Revisión de los instrumentos de participación institucional de los interlocutores sociales.
  - Estudio de reformas en materia de Seguridad Social para reforzar la contributividad y adaptación a las nuevas necesidades.

(20) VALDÉS DAL-RÉ, F., «El tancament d'una legislatura marcada per una nova concepció de diàleg social en l'àmbit de les relacions laborals» en UGT, *Anuari sociolaboral de Catalunya 2007*, p. 159. [www.anuariugt.sindicalista.org](http://www.anuariugt.sindicalista.org).

(21) Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Concertación social tripartita: significación general y reforma de la legislación laboral de 2006» en *Temas Laborales*, núm. 88 de 200., p. 22. El autor considera muy discutible el método por el cual el Gobierno se mania voluntariamente, a la espera de un eventual acuerdo de los interlocutores sociales.

(22) *Ibíd.*, p. 22.

(23) *Ibíd.*, p. 23.

normativamente con posterioridad); mercado de trabajo (Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, de 9 de mayo de 2006, cuyos contenidos se incluyeron en el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, convalidado con modificaciones por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre) —se trata del principal proceso de concertación social de la legislatura, puesto que debía abordar reformas de gran calado para corregir los graves defectos que presenta nuestro mercado de trabajo—; políticas industriales (creación de observatorios industriales sectoriales)<sup>(24)</sup>; políticas de medio ambiente; derechos de información, consulta y participación de los trabajadores; prevención de riesgos laborales<sup>(25)</sup>; negociación colectiva<sup>(26)</sup>; protección social<sup>(27)</sup>; responsabilidad social de las empresas; políticas de empleo (implantación de un sistema de información de los servicios públicos de empleo); incremento de la cuantía del SMI: con el objetivo de revalorizarlo para que recuperara el poder adquisitivo perdido en los años anteriores y dejar de utilizarlo como indicador para fijar rentas no salariales; objetivos y necesidades de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos; solución extrajudicial de conflictos laborales; plan estratégico de infraestructuras y transportes; trabajo autónomo; negociación y preacuerdo entre el Gobierno y los sindicatos (24 de mayo de 2006) respecto al texto del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 13 de abril de 2007).

Si analizamos los objetivos de la Declaración de 2004 y observamos el conjunto de acuerdos alcanzados por los interlocutores sociales y el Gobierno fácilmente comprobaremos que se han cubierto la práctica totalidad de los ámbitos que en 2004 se planteaba tratar, a excepción del marco legal de la negociación colectiva y del refuerzo de la participación institucional.

Como se puede apreciar, las materias que fueron objeto de atención en el proceso de diálogo social desarrollado entre 2004 y 2008 son muy amplias y de contenido muy diverso; a pesar de ello, no se abordó la negociación en ámbitos relacionados con las reestructuraciones, más allá de los acuerdos de creación de observatorios industriales (*vid. infra*).

El balance de la concertación social española ha sido valorado como innegablemente positivo en sus distintas etapas, a pesar de sus fallos, limitaciones y defectos, habiendo

---

(24) *Vid. infra*.

(25) Con una mesa de diálogo social propia, la concertación en materia de prevención de riesgos laborales ha sido intensa: Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales; estrategia española de seguridad y salud en el trabajo; RD 689/2005 por el que se habilitan los funcionarios técnicos de las Comunidades Autónomas; reforma de la estructura y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el Trabajo; RD 688/2005 por el que se regula el funcionamiento de las Mutuas de Trabajo y Enfermedades Profesionales como Servicio de Prevención Ajeno; RD 604/2006, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Prevención; Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción; creación de la figura del Fiscal Coordinador de Siniestralidad Laboral y RD 597/2007, sobre Publicidad de las Sanciones por infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

(26) Habilitación a los convenios Colectivos para establecer cláusulas de jubilación obligatoria por objetivos coherentes de empleo; extensión de convenios Colectivos.

(27) Revalorización de pensiones mínimas, protección de la dependencia (acuerdo para implantar un sistema de atención a las personas en situación de dependencia, plasmado en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención de las Personas en Situación de Dependencia), reforma de la Seguridad Social, nueva lista de enfermedades profesionales y nueva tarifa de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) RD 1299/2006 sobre enfermedades profesionales).

contribuido a niveles significativos de crecimiento económico y de estabilidad social<sup>(28)</sup>, y habiéndose suscrito acuerdos sobre gran cantidad de materias, que superan claramente el estricto ámbito de las relaciones laborales. Así ha sido particularmente en estos últimos años, en que los acuerdos han dado lugar a resultados sin duda positivos, aunque en algunas ocasiones el Gobierno ha supeditado en exceso su actuación a la existencia de un pacto con los interlocutores sociales. Sin embargo, en pocas ocasiones los interlocutores sociales se han adentrado en la negociación de materias relacionadas con las reestructuraciones empresariales, y, cuando lo han hecho, ha sido exclusivamente de forma tangencial —por ejemplo, con la creación de los, en distintas ocasiones mencionados, observatorios industriales—.

### 2. El diálogo social 2008-2010: el cambio de contexto económico y la parálisis del diálogo social

Siguiendo el modelo de la legislatura anterior, la Declaración para el Diálogo Social 2008 se firmó el 29 de julio por parte del Gobierno, de los sindicatos CC.OO. y UGT y de las asociaciones empresariales CEOE y CEPYME con el título «Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social». La declaración se firma en un contexto económico radicalmente distinto, en un momento en que ya se había frenado el crecimiento económico y se entreveía una inminente situación de recesión, con un aumento significativo del desempleo, y así lo constatan los firmantes de la Declaración.

El documento contiene una breve descripción de la situación económica y una definición de las materias, los objetivos, las prioridades y las orientaciones generales conforme a las que habrá de desarrollarse la nueva etapa de diálogo y concertación social<sup>(29)</sup>. También una declaración sobre los retos a afrontar en la situación del momento, que se concretan en la recuperación del crecimiento económico y la potenciación de un modelo productivo que apuesta por la innovación, el desarrollo tecnológico, y el valor añadido.

Los objetivos se centran en el empleo y se concretan en la permanencia de los trabajadores en el mercado de trabajo, el rápido retorno de los que hubieran sido expulsados y la adecuada protección social de quienes hayan perdido su empleo. Al margen de las consecuencias de la situación económica sobre el empleo, la declaración de julio de 2008 fija también como prioridades la revisión de los instrumentos de participación institucional y el impulso del diálogo social en el ámbito de las Administraciones públicas<sup>(30)</sup>. Sin embargo,

---

(28) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *El futuro...*, *op. cit.*, p. 319. MONEREO PÉREZ, J.L., *Concertación...*, *op. cit.*, p. 110.

(29) *Vid.* CARDENAL CARRO, M. e HIERRO HIERRO, J., «El diálogo social ante el nuevo contexto económico y del empleo: “Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social”» en *Aranzadi Social*, núm. 9 de 2008.

(30) Además se fijan también como objetivos:

- En materia de política de empleo, seguimiento de los resultados de la Ley 43/2006, derivada del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo y prestar especial atención a las políticas activas (mejora del acceso a la ocupación, potenciación de la intermediación laboral, inserción laboral de jóvenes) y pasivas de empleo y a la modernización y consolidación del sistema de servicios públicos de empleo.
- Reforzamiento en recursos humanos y materiales de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.
- Desarrollo del Estatuto del Trabajo Autónomo y de las políticas relativas a la economía social y a la responsabilidad social de las empresas.

tampoco en esta ocasión se plantea la negociación de cuestiones vinculadas a las reestructuraciones empresariales, a pesar de que las crisis de empresa estaban ya aumentando de forma muy notable.

A lo largo del proceso de diálogo social que se llevó a cabo durante los primeros meses de 2009 —y que se rompió sin haberse alcanzado acuerdo alguno en julio de 2009—, los interlocutores sociales y el Gobierno presentaron distintos documentos con propuestas de medidas a negociar o articulando el contenido de las discusiones que habían tenido lugar en los encuentros precedentes.

En este sentido, en fecha 20 de mayo de 2009, los sindicatos más representativos presentaron un documento con el título «Propuestas sindicales para un acuerdo por el empleo y la protección social». En dicho documento se mantiene que «el diálogo social mantenido hasta la fecha no sólo no ha arrojado resultados positivos sino que se han producido importantes desacuerdos» y que «El diálogo social hoy está languideciendo». El documento se estructura a grandes rasgos en torno a dos tipos de medidas: medidas de carácter urgente para intervenir frente a la coyuntura de crisis y medidas estratégicas para transformar el modelo productivo. Entre las medidas propuestas podemos encontrar algunas con una relación más o menos estrecha con los procesos de reestructuración empresarial.

En materia de protección social, se propone ampliar y mejorar la protección por desempleo, incluidos los trabajadores sin cobertura (modificación y flexibilización de los requisitos de acceso a las prestaciones, incremento de los períodos de prestación, entre otras). Se trata de una medida de afectación general pero con particular incidencia en aquellos trabajadores que han visto extinguida su relación laboral como consecuencia de un proceso de reestructuración empresarial.

Por otra parte, se propone reformar la legislación concursal para, en primer lugar, garantizar los derechos de los trabajadores a sus créditos salariales y en los procedimientos de modificación, suspensión y extinción de contratos, mediante el reconocimiento de la representación sindical y a través de la recuperación del papel de las instancias laborales en los procesos concursales; en segundo lugar, garantizar que, en los casos de quiebra con continuidad de la actividad, los recursos económicos arbitrados para el mantenimiento de

- 
- En materia de política de inmigración y empleo, vincular directamente la política de inmigración con las necesidades del mercado laboral, a través de los mecanismos de contratación en origen.
  - En materia de igualdad en el empleo se pretende ampliar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y el avance en la eliminación de la discriminación, en particular salarial, y también el avance en la conciliación de la vida laboral y familiar.
  - En materia de formación e inversión en capital humano, se pretende la interconexión de todos los sistemas de educación y formación, reglada y profesional.
  - En materia de negociación colectiva, se declara la necesidad de buscar las fórmulas más adecuadas de desarrollo de la negociación colectiva y el impulso de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos. También el reforzamiento de la función de los interlocutores sociales, cuestiones que quedaron aparcadas en el proceso de diálogo social 2004-2008.
  - En materia de protección social se fija como objetivo el desarrollo del Acuerdo de Medidas de Seguridad Social de 2006 y seguir avanzando en cuestiones como la incapacidad temporal, la integración de los regímenes especiales, la jubilación anticipada o la previsión social complementaria, así como el desarrollo de la Ley de Dependencia.
  - En materia de seguridad y salud laboral, desarrollo de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo.

la actividad empresarial se destinen, efectivamente, a esta finalidad o a asumir los compromisos del plan de empleo; y, en tercer lugar, que sea la autoridad laboral quien determine la extinción colectiva de contratos y la modificación y traslado colectivo. En este caso, se trata de medidas que afectan de forma directa a los trabajadores vinculados a empresas en crisis y donde tiene lugar o puede tener lugar una reestructuración de plantilla.

Finalmente, los sindicatos también proponen mejorar la legislación de los expedientes de regulación de empleo: que los planes sociales tengan un contenido exigible por la autoridad laboral y se amplíe la reposición de prestaciones consumidas en las suspensiones y extinciones.

Los interlocutores sociales y el Gobierno mantuvieron el día 20 de mayo una reunión en que, aparentemente, se marcó el perímetro del diálogo social sobre un contenido poco ambicioso pero que posibilitara un acuerdo antes de agosto. Las negociaciones en la mesa de diálogo social se intensificaron a lo largo del mes de junio, aunque los avances no fueron significativos. Sin embargo, el 25 de junio, el Gobierno hizo llegar a los interlocutores sociales un documento. El documento del Gobierno contiene un conjunto de medidas, en algunos casos medidas concretas, mientras que en otros casos se trata de compromisos de futuro. Ninguna de ellas hace referencia directa a las reestructuraciones empresariales, aunque se pueden identificar dos medidas que, indirectamente, influyen en los trabajadores afectados o susceptibles de ser afectados por una reestructuración empresarial: se trata, por un lado, de una medida de protección social, en concreto, de la creación de un subsidio temporal de 426 euros para los trabajadores que hayan agotado las prestaciones y vinculado al seguimiento de formación. Y, por otra parte, se propone la revisión de la negociación colectiva en base a los siguientes objetivos: más flexibilidad interna a nivel de la empresa y facilitar las cláusulas de descuelgue. Finalmente, el documento del Gobierno también hace mención a la necesidad de revisión de la Ley Concursal, sin establecer cuestiones concretas a modificar.

Posteriormente, el Gobierno presentó a los interlocutores sociales otros documentos, todos ellos sobre la base del documento de 25 de junio, pero introduciendo algunas novedades. Entre ellas destaca, en el documento de 20 de julio, la incorporación de una declaración que establece que «el Gobierno y los interlocutores sociales están de acuerdo en que para evitar o reducir los despidos colectivos que tienen su origen en un expediente de regulación de empleo se debería recurrir, en primer término, para garantizar la continuidad y viabilidad de la empresa, a medidas de flexibilidad interna, y en caso de que no se puedan evitar los despidos se deberían aplicar, preferentemente, medidas de recolocación de los trabajadores». Asimismo,

Se propone la revisión de la negociación colectiva en base a los siguientes objetivos: más flexibilidad interna a nivel de la empresa y facilitar las cláusulas de descuelgue

se manifiesta el acuerdo de que deben realizarse los cambios normativos necesarios para reforzar el contenido del plan social y regular las empresas que intervienen en estos procesos de recolocación.

Tres días después, el 23 de julio de 2009, la CEOE presentó su propio documento («Propuesta de CEOE sobre el diálogo social»). Del texto pueden destacarse tres propuestas relacionadas de forma más o menos directa con las reestructuraciones empresariales: en primer lugar se propone la extensión de la bonificación al 100% de las cotizaciones empresariales en los ERE de suspensión temporal de contratos, durante un período máximo de 240 días. En segundo lugar, se considera imprescindible iniciar una negociación sobre flexibilidad interna en la empresa. Y, finalmente, la CEOE quiere llevar a cabo una negociación sobre simplificación de los procedimientos administrativos y resolutorios en materia laboral o supresión de alguno de ellos, en aras a una mejor respuesta a la competitividad de la economía. Sin duda, en este punto se está haciendo referencia, sin querer decirlo expresamente, a la tan demandada supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo.

Este último documento de la CEOE provocó la ruptura del proceso de diálogo social, que, de esta forma, quedó sin acuerdo alguno un año después de haberse iniciado.

### **3. La participación institucional en materias vinculadas a las reestructuraciones**

En primer lugar es preciso hacer constar el escaso tratamiento que los organismos de participación institucional han dedicado a los procesos de reestructuración empresarial y a las medidas que, en el ámbito paliativo, de la prevención y del control, se asocian a tales procesos. Efectivamente, si bien en el ámbito del diálogo social han tenido lugar negociaciones en torno a tales medidas —aunque con pobres resultados—, en el ámbito de la participación institucional no encontramos una particular preocupación de los organismos de participación por ellas.

Solamente a nivel europeo podemos destacar la creación en 2002 de la Comisión Consultiva del Cambio Industrial, en el seno del Consejo Económico y Social Europeo. La composición del mencionado organismo es tripartita: en él participan sindicatos, asociaciones empresariales y sujetos diversos. La Comisión Consultiva del Cambio Industrial está facultada para emitir opiniones como parte de un diálogo directo y estructurado entre sus miembros y representantes de los sectores y de los grupos de interés afectados por el cambio industrial. Ello debe permitir, según quedan definidas las funciones de la Comisión, el examen de los problemas en toda su complejidad, desde una perspectiva tanto económica como social. En su funcionamiento la Comisión forma parte del proceso ordinario de toma de decisiones en la Unión Europea, a través de requerimientos de las instituciones (que pueden concretarse en peticiones de opiniones exploratorias) u opiniones emitidas por propia iniciativa.

En España, es cierto que desde los sindicatos se apuesta por revisar los mecanismos de participación institucional y reforzar las funciones de los interlocutores sociales a través del diálogo social; de hecho, el objetivo de la revisión de la participación institucional de los interlocutores sociales formaba parte de las Declaraciones para el Diálogo Social firmadas por los interlocutores sociales y el Gobierno tanto en 2004 como en 2008, habiendo quedado pendientes de abordar en ambas ocasiones y sin perspectiva de que ello se

haga próximamente. No por ello los sindicatos dejan de reivindicar que tal negociación se lleve a cabo. Así, desde CC.OO. se insiste en que «A pesar de todo, la política industrial, el diálogo social y los instrumentos de información y consulta creados, producen pocos resultados en materia de gestión de reestructuraciones, practicándose una política de competencia sin tener en cuenta las consideraciones sociales». En la misma línea se afirma que «Desde la actuación del sindicato, y ante las previsible amenazas de deslocalización, sólo se puede dar una respuesta apropiada desde el ámbito sectorial a través del diálogo social industrial abierto por el Gobierno y las distintas administraciones territoriales con los interlocutores sociales y empresariales, donde la configuración de Observatorios sectoriales supone un primer paso para diagnosticar las ventajas y los déficit del modelo industrial español. El pacto por la competitividad de la economía española debiera insertarse en la Mesa de Política Industrial prevista en los Acuerdos para el Diálogo Social, donde se establezcan estrategias macro y microeconómicas que compaginan crecimiento económico y desarrollo tecnológico, en el que los principales objetivos deben orientarse hacia un nuevo modelo industrial sustentado en transformaciones estructurales y especialización tecnológica y productiva, cuyos factores prioritarios deben ser la productividad, la calidad y la innovación, así como a la cantidad y calidad del empleo industrial».

Sin embargo, más allá de las mencionadas declaraciones sindicales, prácticamente no encontramos referencias en materia de participación institucional en relación con las reestructuraciones empresariales, si no es para constatar, como se apuntaba, que está pendiente el abordaje de manera integral de la discusión acerca del papel de los interlocutores sociales a la luz de los preceptos constitucionales, concretamente la participación institucional y los medios y los recursos de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, como ponía de manifiesto el Consejo Económico y Social en su memoria de 2007, situación que se mantiene en la actualidad.

A pesar de todo debe destacarse que a nivel autonómico se han abordado en algunas ocasiones cuestiones vinculadas a la prevención y a la gestión de las reestructuraciones en un marco tripartito. A este respecto es ineludible citar el Acuerdo Estratégico para la Internacionalización de la Economía Catalana 2005-2007. Los interlocutores sociales y el Gobierno catalán expresaron su acuerdo en considerar prioritario el diseño de políticas activas de empleo destinadas, especialmente, a la recolocación de personas que pierden su empleo como consecuencia de procesos de cierre o deslocalización de empresas. En el mismo documento se afirma que la inversión en formación debe considerarse como un factor clave de competitividad, en el sentido de que la formación facilita a los trabajadores su proceso de readaptación continuada a su puesto de trabajo y les posibilita la formación profesional. Igualmente los firmantes del Acuerdo entienden que la participación de los representantes de los trabajadores en la empresa en procesos de reestructuración es imprescindible, debiéndose dar voz a los trabajadores con relación a decisiones fundamentales que puedan derivarse de procesos de cambio. Pero es en el ámbito de la prevención de las reestructuraciones en el que pueden encuadrarse un mayor número de medidas del Acuerdo, en su mayor parte ejecutadas a través de acciones concretas<sup>(31)</sup>: es el caso de la mejora de las condiciones básicas de competitividad (investigación, desarrollo e innovación), la interna-

---

(31) Vid. <[www.acordestrategic.cat](http://www.acordestrategic.cat)>.

cionalización y la mejora de la calidad del empleo. También en la renovación del Acuerdo para el período 2008-2011 se prevén medidas en ámbitos estrechamente relacionados con las reestructuraciones como son en materia de innovación y conocimiento, educación y cualificación de las personas, competitividad empresarial y calidad del empleo.

### III. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EXTRAORDINARIA

#### 1. El Acuerdo Marco tripartito para fomentar el desarrollo y modernización de los sectores industriales

En abril de 2005 los sindicatos CC.OO. y UGT, las asociaciones empresariales CEOE y CEPYME y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio suscribieron un Acuerdo Marco de colaboración para fomentar el desarrollo y modernización de los sectores industriales en el ámbito de la «Declaración para el Diálogo Social 2004: competitividad, empleo estable y cohesión social», con el fin de abordar actuaciones conjuntas de política industrial que permitiesen consolidar el crecimiento y la creación de empleo y riqueza en el contexto de una economía globalizada.

En concreto, los firmantes declaran que el Acuerdo Marco tiene como objeto establecer las bases de colaboración y de actuación para fomentar el desarrollo y la modernización de los sectores industriales, en aspectos tales como el fomento de la capacidad productiva y exportadora de las empresas, de consolidación de inversiones y empleo, modernización tecnológica y adaptación a las nuevas condiciones internacionales de competencia.

Esta voluntad se concreta en la previsión de la creación de Observatorios Industriales y en la precisión, en el propio Acuerdo Marco, de las áreas de actuación de los Observatorios y que son las siguientes:

- Situación general del sector, necesidades y demandas.
- Estructura ocupacional y productiva del sector y calificación de los recursos humanos.
- Procesos de renovación tecnológica del sector, necesidades de I+D+i e infraestructuras tecnológicas y de asistencia empresarial.
- Fomento de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en las empresas de los diferentes sectores industriales.
- Promoción exterior e internacionalización de las empresas del sector.
- Difusión e información de los análisis y estudios realizados a todos los agentes implicados.

Igualmente, se crea una Comisión de Seguimiento de los Observatorios, que se prevé formada por dos representantes del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y por un representante de cada una de las organizaciones sindicales y empresariales firmantes del Acuerdo Marco. Se trata, pues, de un órgano de participación institucional, que tiene como misión, por una parte, seguir el correcto cumplimiento del Acuerdo Marco y, por otra parte, analizar aquellos sectores susceptibles de constituir Observatorios.

El Acuerdo Marco contiene, asimismo, un Convenio específico tipo para ser suscrito por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, las organizaciones empresariales y sindicales y la Federación Española de Entidades de Innovación y Tecnología (FEDIT) para la creación de los Observatorios Industriales. El contenido del Convenio tipo será estudiado en el siguiente apartado.

### 2. Los observatorios industriales

A partir de la fecha de suscripción del Acuerdo Marco se crearon numerosos Observatorios Industriales para distintos sectores, siguiendo la pauta marcada por el modelo tipo de Convenio específico recogido en el mencionado Acuerdo Marco.

Debemos destacar que los Convenios aspiran a suponer «un paso para institucionalizar de forma regular y permanente el diálogo social entre las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales y el Gobierno, en línea con lo expuesto en el punto III, apartado 7, de la Declaración para el Diálogo Social 2004: Competitividad, empleo estable y cohesión social»<sup>(32)</sup>.

Los observatorios se plantean, según el Convenio tipo, como instrumentos flexibles, articulados en red y capaces de aportar información y análisis expertos sobre las diferentes dimensiones del sector (económica, tecnológica, ocupacional, medioambiental, internacionalización, etc.).

Asimismo, el Convenio tipo establece los trabajos que, como mínimo, el Observatorio deberá llevar a cabo con carácter anual y que son los siguientes: elaboración de un estudio estadístico, generación de información cuantitativa y cualitativa, mediante la realización de estudios y análisis específicos sobre la situación general del sector que será liderado por la organización empresarial con la participación, en su caso, de otros agentes interesados; recopilación de forma sistemática de información estadística, documental e institucional sobre la estructura ocupacional y productiva del sector, calificación de los recursos humanos, prevención de riesgos, así como la generación

Los Convenios aspiran a suponer «un paso para institucionalizar de forma regular y permanente el diálogo social entre las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales y el Gobierno

---

(32) En el mencionado apartado 7 del punto III, los firmantes de la Declaración para el Diálogo Social 2004 afirman querer abordar en el proceso de diálogo social «La potenciación de nuevos instrumentos activos de la política industrial y el análisis de las consecuencias derivadas de las necesidades de sostenimiento medioambiental» que «constituyen retos para consolidar el crecimiento y la creación de empleo y riqueza en un mundo globalizado». Asimismo, el Gobierno y los interlocutores sociales afirman compartir la necesidad de «diseñar políticas industriales y de medio ambiente que favorezcan inversiones de mayor nivel tecnológico, contemplando medidas que contribuyan a evitar deslocalizaciones, así como reestructuraciones injustificadas». Para ello consideran que es necesario «propiciar la participación de los interlocutores sociales en las políticas horizontales e impulsar análisis detallados de los sectores industriales mediante observatorios específicos». Y, junto a ello, se proponen abordar el desarrollo de los compromisos y las consecuencias sobre la actividad productiva y el empleo del Protocolo de Kioto.

de información cualitativa y cuantitativa, mediante la realización de estudios y análisis específicos —todos estos aspectos serán liderados por la representación sindical, con la participación, en su caso, de otros agentes interesados—; conocer y analizar la realidad de los procesos de renovación tecnológica del sector, sus factores determinantes y necesidades derivadas de la I+D+i, así como su evolución a nivel territorial y subsectorial, liderado por FEDIT; organización de jornadas y seminarios en colaboración, en su caso, con otras instituciones, como escenario de presentación, intercambio, análisis y difusión de los trabajos, estudios y propuestas elaboradas y aquellas otras cuestiones de interés general que puedan surgir en cada momento.

Por otra parte, los firmantes del Convenio se comprometen a llevar a cabo un conjunto de actuaciones: en el caso del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, se trata, esencialmente, de dar apoyo a los Observatorios, principalmente apoyo financiero, pero también poner información a disposición del Observatorio o difundir sus trabajos. Las organizaciones empresariales se comprometen, entre otras actuaciones, a recopilar de forma sistemática información estadística, documental e institucional sobre la estructura empresarial, a generar información cuantitativa y cualitativa sobre las principales variables del sector a nivel nacional e internacional, a aportar los datos precisos para la elaboración del programa anual de actividades del Observatorio y a gestionar la subvención ofrecida por el Ministerio. Por su parte, las organizaciones sindicales se comprometen a elaborar anualmente un estudio y análisis sobre las cuestiones laborales más significativas del sector y los datos específicos sobre el empleo que sean precisos, a colaborar y participar en los actos de difusión de trabajos, informes y estadísticas, o a aportar los datos precisos para la elaboración del programa anual de actividades del Observatorio. Finalmente, la Federación Española de Entidades de Innovación y Tecnología (FEDIT) asume el compromiso de elaborar anualmente un estudio e informe sobre los aspectos tecnológicos más significativos del sector y los datos estadísticos sobre su situación en I+D+i que sean precisos, en colaboración con los centros tecnológicos sectoriales adecuados, a colaborar y participar en la organización de actos de difusión de trabajos, estudios y estadísticas, y a aportar los datos precisos para elaborar el programa anual de actividades del Observatorio, entre otros.

Hasta la fecha se han constituido Observatorios Industriales en diez sectores, que son los siguientes: bienes de equipo, construcción, electrónica y tecnologías de la información y la comunicación, fabricantes de automóviles y camiones, fabricantes de equipos y de componentes de automoción, madera, metal, papel, químico y textil-confección, todos ellos puestos en marcha entre los años 2005 y 2009. Se trata de ámbitos considerados clave en el sector productivo español y fuertemente afectados por la creciente competencia internacional. Los Observatorios tienen como objetivo declarado aunar esfuerzos para fomentar el desarrollo y modernización tecnológica y la adaptación a las nuevas condiciones internacionales de competencia, de forma que pretenden convertirse en un instrumento activo de política industrial, que contribuya a dar respuesta a los retos que plantean la globalización de la economía, la preservación del medio ambiente, la ampliación de la UE, la sociedad del conocimiento, la modernización tecnológica y los desequilibrios territoriales, entre otros. Los firmantes del mencionado Acuerdo Marco conciben los Observatorios Industriales como un foro de encuentro permanente, en el que la descripción analítica de la realidad de los sectores industriales, desde los puntos de vista empresarial, tecnológico y laboral conduzca a un enriquecedor debate entre sus integrantes, dando lugar a la identificación de

fortalezas y debilidades que permitan el planteamiento de medidas de política industrial eficaces para la mejora de la competitividad de cada sector, y por extensión, para la mejora de la política industrial de nuestro país.

Todos los Observatorios Industriales realizan anualmente una Memoria en que se incluyen las actividades realizadas durante el año, así como un resumen de sus principales resultados. A título de ejemplo se resumen las principales actividades desarrolladas por los distintos Observatorios durante el año 2009<sup>(33)</sup>.

### 3. Acuerdos conducentes a la aprobación de normativas *ad hoc*

Al margen de la creación de los Observatorios Industriales, en algunos sectores se han emprendido en los últimos años políticas de apoyo a la actividad y para el mantenimiento del empleo, mayoritariamente con la participación de los interlocutores sociales<sup>(34)</sup>.

#### A) Sector textil-confección

En el ámbito industrial destaca particularmente el sector textil y de la confección, para el que ya en 2003 se alcanzó el Acuerdo Marco del Sector Textil-Confección. También en 2003 la Comisión Europea elaboró una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «El futuro del sector textil y de la confección en una Unión Europea ampliada» [COM 2003 (649) final, 29 de octubre de 2010], en la que se planteaba la necesidad de que las empresas afronten el reto de los grandes cambios experimentados por el sector y de que las autoridades públicas establezcan un entorno de condiciones favorables para que el sector textil y de la confección pueda competir tanto en el ámbito interno como internacional.

El Acuerdo Marco, también conocido como Pacto de Albaida, fue firmado por el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales (actualmente Ministerio de Trabajo e Inmigración), el Ministerio de Ciencia y Tecnología (actualmente las competencias corresponden al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) y el Observatorio Industrial Textil, donde participan el Consejo Intertextil Español —compuesto por la Agrupación Española de Género de Punto, la Federación de la Industria Textil Lanera, la Asociación Industrial Textil de Proceso Algodonero, la Federación Textil Sedera, la Federación Española de Empresas de la Confección, la Federación Nacional de Estampadores, Acabadores y Tintoreros Textiles, y la Asociación de Empresarios Textiles de la Comunidad Valenciana—, la Federación de Industrias Textiles, Químicas y Afines de Comisiones Obreras (FITE-QA-CC.OO.), la Federación de Industrias Afines de la Unión General de Trabajadores (FIA-UGT), y la Federación Española de Entidades de Innovación y Tecnología (FEDIT). El Acuerdo Marco se ha ido renovando desde entonces en distintas ocasiones. El sector textil fue pionero en la aplicación de medidas de apoyo, en un contexto completamente alejado de la actual situación de grave crisis económica: inicialmente, las medidas tenían

---

(33) Las actividades de cada observatorio se pueden consultar en <<http://www.mityc.es/industria/observatorios/Paginas/Index.aspx>>.

(34) Sobre el contenido de tales normativas *ad hoc* vid. Bloque V del Acuerdo.

como objetivo hacer frente a la apertura de los mercados a productos provenientes de países asiáticos, con las importantes repercusiones que de ello se preveían para el sector textil y de la confección. Sin embargo, las medidas del Acuerdo Marco (centradas en la suspensión de contratos con reposición de prestaciones por desempleo y en la formación de los trabajadores) se revelaron insuficientes, por lo que tres años después, en junio de 2006, el Consejo Intertextil Español, FITEQA-CC.OO., FIA-UGT, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales suscribieron el Plan de Apoyo al Sector Textil y Confección, con medidas de alcance más amplio que las del Acuerdo Marco: medidas de carácter industrial y financiero y medidas de carácter social y laboral, entre otras, con vigencia hasta diciembre de 2008 y, en algunos casos, hasta enero de 2010, posteriormente prorrogado durante todo 2010. El Plan de Apoyo fue trasladado y desarrollado normativamente a través de la Orden TAS 3243/2006, de 19 de octubre, que tenía por objeto desarrollar las medidas socio-laborales de ejecución inmediata contempladas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006 en materia de formación continua y de determinados incentivos para las empresas, y del Real Decreto 5/2008, de 11 de enero, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector textil y de la confección a los cambios estructurales en el comercio mundial.

Por otra parte, debe destacarse que el Real Decreto atribuye a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de gestión de las políticas activas de empleo la gestión de las subvenciones que se articulan en el propio Real Decreto, por lo que el diálogo social se ha trasladado, en este sector de forma particularmente intensa, a las Comunidades Autónomas, como de hecho ya sucedía con el Acuerdo Marco respecto a las ayudas a la formación de los trabajadores del sector. Asimismo, dada la concentración geográfica de la industria textil, los interlocutores sociales han negociado también planes estratégicos textiles locales, principalmente en Cataluña, habiéndose desarrollado los primeros entre 2004 y 2005 en los territorios de l’Anoia, Barcelonès, Bages-Berguedà, Béjar, Comunidad Autónoma de Galicia, Provincia de Jaén, Maresme, Comarques Centrals Valencianes y Vallès Occidental.

Pero en algunas Comunidades Autónomas los interlocutores sociales y las Administraciones públicas han ido más allá de la necesaria colaboración en materias concretas establecida por el Acuerdo Marco y por el Plan de Apoyo y se han firmado acuerdos que incluyen medidas más amplias para facilitar la reestructuración del sector. En este sentido, no existe una única tipología de acuerdos:

En primer lugar y mayoritariamente, encontramos los acuerdos en materia de ayudas a la formación de los trabajadores y trabajadoras del sector textil y de la confección. Se trata de acuerdos que tienen como objetivo la aplicación de las medidas del Acuerdo Marco de noviembre de 2003 o del Plan de Apoyo de 2006, como por ejemplo: el Acuerdo entre el Gobierno Valenciano y el Observatorio Industrial Textil para la instrumentación de ayudas a la formación por las empresas que se acojan al Acuerdo Marco de 21 de noviembre de 2003, de febrero de 2004 y para la instrumentación de ayudas a la formación de los trabajadores de empresas del sector textil y de la confección afectados por expedientes de regulación de empleo, de febrero de 2007; el Convenio Marco de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo del Gobierno de la Rioja, el Consejo Intertextil Español, FIA-UGT y FITEQA-CC.OO. en materia de ayudas para la formación de trabajadores en

empresas del sector textil y de la confección de la Rioja, afectados por expedientes de suspensión de contratos de trabajo, de agosto de 2008; Acuerdo entre el Departamento de Trabajo e Industria, FIA-UGT, FITEQA-CC.OO., y el Consejo Intertextil, en materia de ayudas para la formación de los trabajadores de empresas del sector textil y de la confección en Cataluña, afectados por expedientes de suspensión de contratos de trabajo, de julio de 2004 y de octubre de 2006; Acuerdo Marco entre la Consejería de Empleo, FIA-UGT, FITEQA-CC.OO. y el Consejo Intertextil Español, en materia de ayudas para la formación de trabajadores de empresas del sector textil y de la confección de Castilla y León, afectados por expedientes de suspensión de contratos de trabajo, de septiembre de 2004 y de enero de 2007; Acuerdo Marco entre el Departamento de Innovación, Empresa y Empleo del Gobierno de Navarra y el Observatorio Industrial del sector textil y de la confección en materia de ayudas para la formación de trabajadores de empresas del sector textil y de la confección de Navarra, afectados por expedientes de regulación de empleo, de marzo de 2008; el Convenio entre el Servicio Regional de Empleo y Formación, el Consejo Intertextil Español y los sindicatos FIA-UGT y FITEQA-CC.OO. sobre medidas de apoyo a los trabajadores de las empresas del sector textil y de la confección de la Región de Murcia, de noviembre de 2007; Acuerdo entre la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y el Observatorio Industrial Textil de desarrollo del Acuerdo Marco de 21 de noviembre de 2003, de 20 de diciembre de 2007; Acuerdo entre la Xunta de Galicia y el Observatorio Industrial Textil en materia de ayudas a la formación para las empresas que se acojan al Acuerdo Marco de 21 de noviembre de 2003, suscrito entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Observatorio Industrial Textil, de mayo de 2005; o el Convenio entre la Comunidad de Madrid a través de la Consejería de Empleo y Mujer y el Observatorio Industrial Textil para el desarrollo del Acuerdo Marco estatal, de julio de 2005.

Sin embargo, también pueden destacarse otros acuerdos de contenido más amplio y, singularmente, el Convenio de colaboración para impulsar y consolidar el sector textil en la Comunidad Foral de Navarra, suscrito por el Gobierno de Navarra, la Asociación de Industrias Textiles de Navarra, UGT y CC.OO. en junio de 2005.

### *B) Sectores mueble-madera; juguete; calzado, curtidos y marroquinería; y automóvil*

Al margen del sector textil-confección, en los últimos años se han aprobado planes de apoyo en otros cuatro sectores. En tres de ellos (mueble, juguete, y fabricación y componentes de calzado, curti-

El diálogo social se ha trasladado, en este sector de forma particularmente intensa, a las Comunidades Autónomas

dos y marroquinería), se ha seguido una misma pauta, consistente en la negociación de las medidas en el marco del diálogo social para posteriormente aprobarlas mediante un Real Decreto. Así, en los respectivos reales decretos se afirma que «Dichas medidas fueron objeto de diálogo con los interlocutores del sector del juguete/mueble/fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería, en el marco del diálogo social abierto en la “Declaración para el Diálogo Social 2004: competitividad, empleo estable y cohesión social” suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores».

Todos ellos son sectores afectados, más allá de la crisis económica, por condiciones especialmente difíciles de competencia a nivel mundial, lo que requiere, inevitablemente, una reestructuración y reorientación de los sectores. En concreto, el Plan de Apoyo al sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería, firmado el 25 de octubre de 2007 y desarrollado por el RD 100/2009, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería a los cambios estructurales en el comercio mundial. Debe tenerse en cuenta que también en el ámbito de la aplicación del Plan de Apoyo al sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería se han alcanzado acuerdos entre los gobiernos de algunas Comunidades Autónomas y los interlocutores sociales para su aplicación.

Por otra parte, el Plan de Apoyo del Sector del Juguete, de diciembre de 2008, fue fruto de un Pre-acuerdo firmado el 5 de diciembre de 2008 por los interlocutores sociales, el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, se aprobó en Consejo de Ministros el día 26 del mismo mes y fue trasladado y desarrollado por el RD 1678/2009, de 13 de noviembre, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector del juguete a los cambios estructurales del comercio mundial. En cuanto al sector del mueble, el Plan de Apoyo es de fecha 13 de marzo de 2009, y fue trasladado y desarrollado por el RD 1679/2009, de 13 de noviembre, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector del mueble a los cambios estructurales en el comercio mundial.

Finalmente, también el sector de la Automoción cuenta con su propio Plan [Plan Integral de Automoción (PIA)], aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de febrero de 2009, y en cuya elaboración se consultó a los interlocutores sociales. El PIA contiene un apartado dedicado a medidas de carácter laboral y prevé que tales medidas se sometan a debate en la mesa de diálogo social. Sin embargo, con anterioridad existía el Plan de Competitividad (en base al RD-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la dinamización de la Economía y el Empleo, y a la Orden ITC/21/2009, de 16 de enero, por la que se establecen las bases reguladoras, y se efectúa la convocatoria de las ayudas para la realización de actuaciones en el marco del Plan de competitividad del sector automoción). El Plan de Competitividad del sector automoción tiene un contenido diferenciado de los Planes de Apoyo estudiados anteriormente, limitándose al apoyo financiero para ejecutar planes empresariales de mejora de la competitividad y sin que haya habido participación directa de los interlocutores sociales en su elaboración.

### IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO SOCIAL Y LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL EN MATERIA DE REESTRUCTURACIONES

El estudio realizado nos ha permitido constatar el escaso tratamiento que, tanto desde el diálogo social como desde la participación institucional, se ha venido haciendo del fenómeno de las reestructuraciones empresariales en su vertiente jurídico-laboral y de protección social.

Hasta el inicio de la crisis económica en la que actualmente estamos inmersos y que ha conducido a la destrucción de una cantidad muy elevada de puestos de trabajo, los interlocutores sociales no se plantearon seriamente la negociación sobre materias directamente relacionadas con la prevención, gestión y control de las reestructuraciones empresariales. En un momento propicio para el entendimiento y en el que se alcanzaron importantes consensos en materias muy diversas no se planteó abordar de forma directa el fenómeno de las reestructuraciones, que, sin embargo, tenían lugar en un número importante.

No fue hasta el momento en que las reestructuraciones pasaron de ser, primordialmente, consecuencia de la deslocalización o de la descentralización productiva y pasaron a obedecer, mayoritariamente, a crisis de empresas que los interlocutores sociales empezaron a formular a nivel estatal propuestas concretas de medidas con incidencia directa en ellas. Sin embargo, a pesar de la existencia de algunas propuestas de los interlocutores y algunas medidas adoptadas por el Gobierno, ninguna de ellas ha sido acordada con los interlocutores sociales y, en consecuencia, no ha habido frutos del diálogo social. Solamente a nivel autonómico encontramos, en algunos casos, medidas acordadas de forma tripartita y con una incidencia más o menos directa en las reestructuraciones.

Mención específica merece el diálogo social a nivel sectorial, que, en algunos casos, ha dado lugar a resultados de gran interés, como es la creación de Observatorios Industriales en sectores con necesidades particulares, como son, entre otros, el calzado, el automóvil o el juguete. También respecto a determinados sectores inmersos en profundos procesos de reestructuración se han aprobado normativas *ad hoc* derivadas de pactos tripartitos, lo que debería ser tenido en cuenta como un ejemplo interesante de las posibilidades ofrecidas por la concertación social tripartita en materia de reestructuraciones.

En cuanto a la participación institucional el resultado es igualmente decepcionante. No podemos afirmar que los organismos de participación institucional en que están representadas las organizaciones sindicales, las asociaciones empresariales y, en algunos casos, los poderes públicos, hayan abordado con determinación ni el estudio del fenómeno de las reestructuraciones empresariales ni la propuesta de medidas para afrontarlo.

Por todo ello debe subrayarse la necesidad de que los interlocutores sociales y el Gobierno aborden no sólo el planteamiento de medidas que puedan tener alguna incidencia en las reestructuraciones, ya sea en su vertiente anticipatoria, paliativa o de gestión y control, sino que debería abordarse el fenómeno de las reestructuraciones de forma integral. En el contexto actual se hace particularmente urgente la participación de los representantes de los trabajadores en la regulación de las materias vinculadas a estos procesos, más allá de su intervención directa en cada proceso entendido de forma individual.

V. LA INCIDENCIA DESDE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA  
INTERCONFEDERAL Y SECTORIAL EN LA INTERVENCIÓN PÚBLICA  
EN REESTRUCTURACIONES

**1. Acuerdos interconfederales sobre negociación colectiva**

Con el fin de completar el cuadro descrito en los apartados anteriores en relación con la intervención pública en materia de reestructuraciones vinculada con la participación institucional y la concertación social se impone el estudio de la incidencia de la negociación colectiva en la intervención pública en reestructuraciones, como tercer pilar de la participación de los interlocutores sociales.

En primer lugar debemos examinar el contenido de los acuerdos interconfederales de negociación colectiva con el fin de averiguar si, desde este instrumento que tiene como finalidad declarada orientar la negociación de los convenios colectivos, estableciendo criterios y orientaciones para acometer en los procesos de negociación colectiva, se incluye algún elemento relacionado con la intervención pública en materia de reestructuraciones.

Los cinco Acuerdos Interconfederales que se han sucedido (2002, 2003, 2005, 2007 y 2010) han ido ampliando progresivamente su contenido en materia de reestructuraciones y materias vinculadas; sin embargo, tal contenido ha sido siempre extremadamente limitado con relación a la intervención pública.

El primer Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC), de 2002, no hace referencia expresa a las reestructuraciones, aunque desde una perspectiva preventiva afirma que «la normativa vigente permite anticiparse y adaptarse a los cambios que se producen en los mercados ante situaciones de dificultad coyuntural por las que puedan atravesar las empresas, mediante otros acuerdos alternativos a los ajustes de empleo», a lo que añade que «Desde esta perspectiva se puede incentivar el uso adecuado, mediante la negociación, de instrumentos de adaptabilidad que permitan la viabilidad de las empresas y, por consiguiente, del empleo, siendo preferibles las medidas de carácter coyuntural, siempre que sean posibles, que permitan superar la situación crítica, a las puramente extintivas. Entre estos instrumentos podemos citar la suspensión del contrato y la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ello implica compartir la información suficiente acerca de las causas que originan las medidas, así como su posible evolución».

Un año más tarde, en 2003, con la firma por parte de los interlocutores sociales del nuevo AINC se amplía la declaración anterior de carácter preventivo y se introduce el compromiso de creación de determinados observatorios sectoriales, compromiso que, como se verá, fue ampliado de forma considerable en los sucesivos Acuerdos Interconfederales. De esta forma, en el AINC 2003 los interlocutores sociales declaran que «El tratamiento adecuado de todas estas materias [clasificación profesional y mayor desarrollo de las estructuras profesionales basadas en grupos; movilidad funcional vinculada a la clasificación profesional; gestión del tiempo de trabajo y desarrollo de la formación continua] en los convenios colectivos constituye una alternativa real a los ajustes de plantilla y permite afrontar en mejores condiciones las situaciones de dificultad coyuntural por las que puedan atravesar las empresas». En este sentido, los interlocutores sociales afirman que «Éstas deberán ser abordadas teniendo en cuenta, cuando sea posible, la anticipación y valoración de las consecuencias sociales. La búsqueda de soluciones alternativas como la recolocación,

la movilidad, la formación y el reciclaje, la implantación de medidas previstas en la legislación como la suspensión del contrato o la modificación de condiciones de trabajo, incluido el tiempo de trabajo, son condiciones a analizar frente a la utilización de recursos y medidas más drásticas». De la misma forma «La información y consulta a la representación de los trabajadores permite su mayor corresponsabilidad en la adaptación a los cambios y en la prevención de sus efectos y consecuencias, especialmente en los procesos de reestructuración empresarial».

Paralelamente a las declaraciones anteriores en materia de prevención y anticipación a las reestructuraciones, destaca la inclusión por primera vez en el AINC de 2003 del compromiso de los interlocutores sociales de impulsar la creación de observatorios en el ámbito sectorial estatal. Los firmantes justifican la necesidad de crear los mencionados observatorios como consecuencia de la mayor apertura a la competencia internacional de las empresas en nuestro país y la repercusión que ello tiene en el empleo y en las necesidades de cualificación. Ello requiere capacidad de adaptación para hacer frente a los requerimientos del mercado, a los cambios productivos y a los derivados de la innovación tecnológica. En este sentido, los firmantes consideran que la creación de observatorios sectoriales estatales puede permitir el análisis conjunto de las perspectivas futuras en materias tales como la posición de las empresas en el mercado, la ampliación de la UE, el desarrollo tecnológico, las cuestiones medioambientales, el empleo, las necesidades formativas, etc., con especial atención a las PYMES.

En el siguiente AINC, firmado en 2005, tampoco encontramos un apartado específico dedicado a las reestructuraciones, aunque se afirma que «las situaciones de dificultad deben ser abordadas teniendo en cuenta, cuando sea posible, la anticipación y valoración de las consecuencias sociales». Sin embargo, el AINC 2005 sí hace una referencia a la Declaración de los interlocutores sociales europeos CES, UNI-CE, UEAPME y CEEP «Orientaciones de referencia para gestionar el cambio y sus consecuencias sociales», de 16 de octubre de 2003.

En el mencionado documento se recogen consejos y buenas prácticas en materia de reestructuraciones, divididos en cinco bloques. En el primero, bajo el título de «explicar y justificar los cambios», los interlocutores sociales subrayan la importancia de explicar y justificar en tiempo útil los cambios a los trabajadores y a sus representantes, exponiendo la estrategia global de la empresa, puesto que la comprensión por parte de éstos de la estrategia de la empresa es esencial para crear un clima de discusión y confianza. El segundo elemento destacado por el documento es la necesidad de desarrollar la empleabilidad, manteniendo y desarrollando las competencias y las cualificaciones de los trabajadores para favorecer la

Interlocutores sociales subrayan la importancia de explicar y justificar en tiempo útil los cambios a los trabajadores y a sus representantes, exponiendo la estrategia global de la empresa

movilidad interna y externa y asegurar el éxito de la empresa. El tercer bloque se dedica a poner de relieve la necesidad de tener en cuenta la dimensión territorial de las situaciones de crisis empresarial, animando a empleadores, sindicatos y poderes públicos territoriales; se subraya particularmente la importancia de la colaboración entre estos tres actores para favorecer el desarrollo de nuevas actividades económicas generadoras de empleo, gestionar las reclasificaciones profesionales y mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo local. Las especificidades de las pequeñas y medianas empresas son el elemento central del quinto apartado y, finalmente, el último apartado se dedica a la gestión de las reestructuraciones y, especialmente, a la necesidad de la implicación de los interlocutores sociales y de las Administraciones públicas para gestionar las consecuencias sociales de las crisis de empresa. En este sentido, se subraya la necesidad de explorar posibilidades alternativas a las extinciones de contratos y, concretamente, se hace mención de la reclasificación interna y externa, la formación, la reconversión, el apoyo a la creación de empresas, acuerdos para diversificar las formas de trabajo y empleo y/o suspender o modular temporalmente ciertas ventajas, así como acompañamiento personalizado de los trabajadores; finalmente, en el documento se citan, asimismo, las jubilaciones o, como último recurso, las prejubilaciones como instrumentos de gestión de las reestructuraciones. Por otra parte, en el documento se destaca el tiempo como elemento clave de la gestión de las reestructuraciones, teniendo en cuenta que la principal dificultad radica en organizar un proceso de información y consulta de calidad sin crear incertidumbres o retrasos excesivos.

Por otra parte, el AINC 2005 recoge, también, una previsión respecto a los observatorios industriales. Después de que éstos fueran previstos por primera vez en el AINC 2003, como ya se ha visto, en 2005 los interlocutores sociales van más allá y afirman que «Un análisis de la situación competitiva de la economía española en general, y en particular de los sectores concretos, debe permitir identificar los puntos fuertes, las debilidades y las condiciones marco que deben mejorarse». Los firmantes del AINC afirman que «Además de los observatorios sectoriales estatales de carácter tripartito constituidos vinculados a los Presupuestos Generales del Estado, CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME, consideramos necesario seguir manteniendo, como hemos hecho en los anteriores acuerdos de negociación colectiva, una apuesta decidida por el desarrollo de observatorios industriales bilaterales, especialmente en el ámbito sectorial estatal, que permita el análisis conjunto de las perspectivas futuras en materias tales como la posición de las empresas en el mercado, la ampliación de la UE, el desarrollo tecnológico, las cuestiones medioambientales, la evolución de la productividad y el empleo, las necesidades formativas, la igualdad de oportunidades, etc., con especial atención a las pequeñas y medianas empresas».

El AINC 2007 recoge literalmente la misma previsión que el firmado dos años antes respecto a los observatorios sectoriales; sin embargo, al margen de éstos, este acuerdo interconfederal va más allá y contiene un apartado específico dedicado a los procesos de reestructuración y bajo este mismo título. En él los interlocutores sociales firmantes del Acuerdo afirman que «Las situaciones de dificultad deben ser abordadas teniendo en cuenta, cuando sea posible, la anticipación y valoraciones de las consecuencias sociales». Asimismo, se cita el documento de los interlocutores sociales europeos de 16 de octubre de 2003 como referencia para los procesos de reestructuraciones, del que se incorpora un resumen del contenido.

El AINC de firma más reciente, de febrero de 2010, amplía el apartado dedicado a los procesos de reestructuración, dentro del punto titulado «Flexibilidad interna y reestructuraciones». En primer lugar, los interlocutores afirman que las situaciones de dificultad deben ser tratadas teniendo en cuenta, cuando sea posible, la anticipación y valoración de las consecuencias sociales. En este sentido, exponen los firmantes, deberían abordarse los procesos de reestructuración y sus causas de forma transparente y con la representación legal de los trabajadores, primando la flexibilidad interna sobre otro tipo de medidas que afecten al empleo. Los interlocutores vuelven a reproducir las conclusiones del informe europeo de 16 de octubre de 2003 y abogan por que la negociación colectiva debería potenciar el uso de las medidas legales previstas, como los expedientes de regulación de empleo de suspensión y reducción temporal de la jornada con el fin de abordar las situaciones coyunturales y favorecer el mantenimiento del empleo, antes de afectar de forma irreversible a los contratos de trabajo.

En cuanto a los observatorios sectoriales, se repite parcialmente el texto del AINC 2007, al que se añaden algunos párrafos. Se afirma que «Los observatorios sectoriales son instrumentos en los que se puede desarrollar ese trabajo y pueden contribuir a definir las medidas que permitan anticiparse a los cambios estructurales». Asimismo, se reafirma que, a través de la negociación colectiva, resulta conveniente introducir medidas para prevenir, evitar o reducir los posibles efectos negativos que los retos medioambientales pudieran tener sobre la competitividad y el empleo, a lo que se añade la declaración en que se afirma que la mejora tecnológica de las empresas supone situarse en una posición más favorable de competitividad y superar los impactos que pudieran derivarse de la normativa medioambiental, concluyendo que la información a los representantes de los trabajadores sobre actuaciones medioambientales que tengan directa repercusión en el empleo, cooperará con la consecución de este objetivo.

## 2. Convenios colectivos sectoriales estatales y provinciales

El estudio del contenido de los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva en materia de reestructuraciones empresariales debe ser completado mediante la identificación de cláusulas en convenios colectivos sectoriales, ya sea a nivel estatal o provincial. Debemos afirmar ya de entrada que pocos son los convenios colectivos que hacen alguna referencia a las reestructuraciones empresariales. En segundo lugar, es necesario precisar que, de entre aquellos convenios en los que sí encontramos alguna referencia a los procesos de reestructuración, una amplia mayoría se limita a recoger un derecho genérico de los representantes unitarios y/o sindicales de los trabajadores a recibir información sobre las reestructuraciones de plantilla planeadas por la empresa. Sin embargo, no se ha encontrado ninguna previsión en esta materia que vaya más allá de lo previsto en el artículo 64 del TRLET y, particularmente, en su apartado 5<sup>(35)</sup>. De hecho, el artículo 64 del TRLET

---

(35) Artículo 64.5 TRLET: «El Comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.

Asimismo tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente

es mucho más amplio y detallado que las cláusulas encontradas en la inmensa mayoría de convenios cuando éstos realizan alguna referencia a la cuestión. Por otra parte, son todavía muchos menos los convenios colectivos que recogen la obligación establecida en el mismo precepto, según el cual el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe sobre las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla<sup>(36)</sup>. De entre aquellos pocos convenios que recogen esta obligación en el mejor de los casos lo hacen retomando literalmente la formulación del Estatuto de los Trabajadores. Por otra parte, algunos convenios amplían a los delegados sindicales los derechos de información y consulta reconocidos a los representantes unitarios. Sin embargo, esta previsión nada añade al artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, según el cual los delegados sindicales deberán tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa (apartado 3.1.º).

Muy esporádicamente, algunos convenios colectivos sectoriales, particularmente de nivel estatal, amplían las previsiones del Estatuto de los Trabajadores. Uno de los escasos ejemplos de convenio colectivo que amplía las previsiones legales es el Convenio Colectivo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla la Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia<sup>(37)</sup>. El mencionado Convenio dedica una sección a las «situaciones de crisis», dentro de la que se puede encontrar un artículo (artículo 73), sobre el «expediente de crisis». El mencionado precepto prevé que, en caso de expediente de suspensión o extinción de las relaciones de trabajo fundadas en causas económicas o en motivos tecnológicos, la empresa deberá abrir un período de 30 días naturales de discusión y consultas con el comité de empresa o los delegados de personal, a los que deberá facilitar la información y documentación acreditativa del ERE. Además, si el expediente, ya sea de suspensión o de extinción, afecta a más del 30% de la plantilla de la empresa, ésta deberá dar cuenta al comité de empresa o a los delegados de personal de sus bienes, excepto de los que constituyan su tráfico normal. Adicionalmente, se prevé que si el expediente es de suspensión de relaciones de trabajo y éste afecta a una parte de la plantilla, el resto de personas que trabajen no podrán, en tanto dure esta situación, efectuar horas extraordinarias habituales. De forma más genérica, en el artículo 74 del mismo convenio colectivo, precepto dedicado a «empresas en situación de regulación de empleo formalmente declarada», los firmantes del convenio manifiestan la necesidad de colaborar en todos aquellos campos que ayuden a las empresas en situación de regulación de empleo formalmente declarada para que éstas puedan superar la situación.

Otro de los escasos convenios colectivos que merecen mención especial en materia de reestructuraciones es el Convenio Colectivo estatal del sector del calzado para el período 2007-2010<sup>(38)</sup>. Dicho convenio dedica su artículo 33 a las reestructuraciones de plantilla,

---

tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo».

(36) Artículo 64.5 TRLET: «(...) El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones:

a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla».

(37) Publicado en el BOE de 27 de junio de 2009.

(38) Publicado en el BOE con fecha 23 de agosto de 2007 y con vigencia desde el 1 de marzo de 2007 y hasta el 28 de febrero de 2010.

estableciendo un procedimiento al que deberán ajustarse las extinciones o suspensiones de relaciones laborales de una parte o de la totalidad de la plantilla. En primer lugar, la dirección de la empresa deberá poner en conocimiento del comité de empresa, de los delegados de personal o de los representantes sindicales en la empresa la situación de crisis con dos meses de antelación a la presentación de la solicitud de suspensión o extinción de contratos, con la finalidad de que los representantes de los trabajadores y los representantes sindicales puedan estudiar conjuntamente con la dirección de la empresa soluciones posibles al problema.

Por otra parte, se especifican los derechos de información de los representantes del personal y de los representantes sindicales; de esta forma, los representantes de los trabajadores y sindicales deberán conocer los datos de producción y de mercado, así como, con carácter previo, de todo acto dispositivo sobre bienes muebles e inmuebles de la empresa, precisando que ello no limitará la capacidad dispositiva del empresario de una forma efectiva. En tercer lugar, a lo largo de todo el expediente, la representación de los trabajadores podrá solicitar la intervención en las actuaciones de expertos y asesores con acceso a los libros de contabilidad de la empresa. Finalmente, en el supuesto de que sea autorizada por la autoridad laboral la reestructuración de plantilla y antes de ser ejecutada ésta, la empresa depositará en una cuenta bancaria mancomunada entre la propia empresa y la representación de los trabajadores el importe de dos meses de salario por cada trabajador afectado por el expediente, como garantía de pago de los posibles salarios pendientes y de las indemnizaciones que hayan sido confirmadas por la autoridad laboral o las que en su día sean fijadas por el juez. La cláusula convencional añade que, en el supuesto de que entre la extinción de la relación laboral y la percepción del subsidio de desempleo transcurrieran más de 15 días, los trabajadores afectados podrán solicitar con cargo al mencionado fondo que se les abonen hasta 15 días de su salario. Asimismo, por cada nuevo período de 15 días que venza sin que el trabajador perciba la prestación por desempleo éste tendrá derecho a un nuevo e idéntico pago de la cuenta mancomunada por cada año de antigüedad en la empresa, estableciéndose que estas percepciones serán a descontar de las indemnizaciones que, en su día, fije el juez.

Se trata de una regulación verdaderamente singular y ello hace más incomprensible, si cabe, que en el nuevo convenio firmado para el período 2010-2012<sup>(39)</sup> todo el contenido del artículo 33 desaparezca y éste se limite a establecer que «El comité de empresa deberá ser informado, con carácter previo a su ejecución por la dirección de la

La empresa depositará en una cuenta bancaria mancomunada entre la propia empresa y la representación de los trabajadores el importe de dos meses de salario por cada trabajador afectado por el expediente, como garantía de pago

---

(39) Convenio con vigencia entre el 1 de marzo de 2010 y el 29 de febrero de 2012. BOE de 29 de mayo de 2010.

empresa, sobre las reestructuraciones de plantilla, cierres totales o parciales definitivos o temporales».

Puntualmente se encuentra también algún convenio, en concreto el Convenio Colectivo del sector del comercio en general de la provincia de Málaga —BOP de Málaga de 23 de junio de 2010—, que, además de reconocer el derecho de los representantes sindicales a recibir la información necesaria, concretándose ésta en toda la documentación contable y financiera, «así como cualquier otra cosa que le sea solicitada», fija un complemento de las prestaciones de desempleo hasta alcanzar el 100% de la base reguladora de la prestación para todos los trabajadores a quienes se haya suspendido temporalmente la relación laboral con la correspondiente autorización administrativa. A mencionar también el Convenio Colectivo del sector siderometalúrgico de Navarra para el período 2008-2011 (publicado en el Boletín Oficial de Navarra el 1 de septiembre de 2008), en el que, expresamente, se cita la jubilación parcial y el contrato de relevo como instrumento que permite el fomento del empleo mediante el rejuvenecimiento de plantillas y el relevo generacional, obteniéndose el objetivo de permitir la inserción laboral a la vez que se convierte en herramienta útil para abordar las renovaciones de plantilla y posibles reestructuraciones. En relación, también, con las jubilaciones como instrumento de gestión de la plantilla en un proceso de reestructuración, el Convenio Colectivo de minas de antracita de Asturias para el período 2002-2005, publicado en el BOP de 2 de noviembre de 2002, establece que «por razones de empleo, vinculadas a los planes de reestructuración de la minería del carbón, será obligatoria, a requerimiento de la empresa, la jubilación de aquellos trabajadores que alcancen la edad de 65 años, con una serie de condiciones».

Debe resaltarse el interés del Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Cantabria para el período 2009-2012 (Boletín Oficial de Cantabria de 1 de febrero de 2010), puesto que, en su artículo 52, bajo el título de «procesos de recolocación», se establece que la Fundación Laboral del Metal de Cantabria propondrá a la Consejería competente en la materia la creación y financiación de un instrumento y una metodología que permita la recolocación de los trabajadores procedentes de expedientes de regulación de empleo o procesos de reestructuración de plantilla en general. Los firmantes sostienen que el objetivo de dicho instrumento es la puesta en contacto de las empresas de origen y las de posible destino de los trabajadores afectados por estos procesos de cara a la reinserción de dichos trabajadores en el mercado laboral. Para alcanzar el mencionado fin, la Fundación Laboral del Metal realizará tres tipos de tareas: en primer lugar, asesoramiento a los trabajadores para su recualificación y reinserción; en segundo lugar, establecer contactos entre empresas demandantes y trabajadores en situación de desempleo; y, finalmente, gestionará la formación necesaria para la cualificación plena de los trabajadores. Adicionalmente, se establece que los trabajadores afectados por el convenio podrán informar a la Fundación Laboral del Metal de sus perfiles profesionales, con el fin de efectuar las programaciones de formación que precisen para su cualificación plena, su reinserción en el mercado laboral y la mejora de sus capacidades profesionales. Por su parte, las empresas afectadas por el convenio informarán a la Fundación Laboral del Metal de los recursos humanos que precisan, evaluando los perfiles necesarios en su estructura productiva, que conduzca a una selección y/o formación de dichos recursos humanos para su posterior contratación. Asimismo, se especifica que la programación de las acciones de formación a desarrollar por la Fundación Laboral del Metal de Cantabria se orientará, prioritariamente, a la adecuación

de los perfiles profesionales de los trabajadores de cara a su inclusión en el Sistema Nacional de Cualificaciones por unidades de competencia y familias profesionales.

Finalmente, es preciso, también, destacar el Convenio Colectivo de mayoristas de frutas varias, hortalizas y plátanos de A Coruña para el período 2008-2011 (BOP de 31 de julio de 2008), que, en su artículo 22, contempla la obligación de las empresas a la readmisión prioritaria de los trabajadores y trabajadoras despedidos por causas económicas en caso de una nueva ampliación de la plantilla. En este caso se prevé que la antigüedad sería la de la fecha del reingreso, en caso de que hubieran percibido una indemnización, respetándose la antigüedad inicial en caso contrario.

Al margen de los convenios citados hasta el momento, que son los pocos que contienen previsiones en materia de reestructuraciones distintas a las previstas en la normativa de carácter legal, encontramos también algunos convenios con previsiones específicas sobre observatorios sectoriales. Es el caso del primer Convenio Colectivo estatal de acción e intervención social, publicado en el BOE de 19 de junio de 2007. En él (artículo 16), se prevé la creación de un observatorio sobre empleo, cualificaciones y análisis del sector, con el objetivo de avanzar y profundizar en el conocimiento del sector, su situación, la cantidad y calidad del empleo que se genera, así como las cualificaciones del personal que presta sus servicios en el ámbito de aplicación del convenio. El Observatorio de análisis estará compuesto por representantes de las organizaciones firmantes del convenio, se reunirá con carácter semestral y elaborará informes de la evolución del empleo y de las cualificaciones en el sector. Asimismo, se establece que, sin perjuicio de la información necesaria que el Observatorio pueda recabar con el fin de cumplimentar los informes previstos, el propio Observatorio se podrá dirigir a la Comisión Paritaria del Convenio para conocer el grado de cumplimiento de los acuerdos sobre volumen de empleo y modelos de contratación. Además, las partes firmantes del convenio se comprometen a estudiar, en el marco del Observatorio, un Plan Formativo que promueva la adquisición de los niveles correspondientes de cualificación previstos para el acceso a la certificación y/o a la titulación según lo regulado por el Instituto Nacional de Cualificaciones, todo ello con el fin de conseguir la máxima profesionalización del sector como garantía de calidad de los servicios que se prestan.

También el Convenio Colectivo de la industria del calzado publicado en el BOE de 23 de agosto de 2007 (y posteriormente sustituido por el Convenio para el período 2010-2012, con vigencia entre el 1 de marzo de 2010 y el 29 de febrero de 2012 —BOE de 29 de mayo de 2010—) preveía la creación de un Observatorio Industrial. Sin embargo, los términos de la disposición adicional 4.<sup>a</sup> son extremadamente escuetos, limitándose a afirmar que las organizaciones firmantes del convenio, con el fin de realizar un correcto y eficaz seguimiento del desarrollo tanto a nivel del sector como económico, convienen la creación de un observatorio industrial permanente en el que las partes firmantes del convenio estarán presentes. Asimismo, el Convenio Colectivo de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo, publicado en el BOE de 10 de diciembre de 2008, prevé la creación de un Observatorio sectorial como foro estable de diálogo social sobre materias de interés común. Desde el Observatorio se realizan análisis de la realidad sectorial a partir de la diversidad de entidades incluidas en su ámbito de aplicación, de las características y evolución del empleo, de la situación existente en materia de seguridad y salud en el trabajo, de los principios de igualdad y no discriminación en el empleo, de la responsabilidad social empresarial en el ámbito de las relaciones laborales y de cualquier otro tema que, a propuesta

de algunas de las organizaciones integradas en el Observatorio sectorial, fuera admitida como objeto de análisis por la mayoría de cada representación. Finalmente, también el Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, publicado en el BOE de 9 de octubre de 2008, contiene una disposición en la que se afirma que los representantes sindicales y empresariales del sector, respetando las respectivas autonomía y responsabilidad, creen en la necesidad de avanzar en los instrumentos de diálogo social e interlocución en los ámbitos del sector, impulsando el eficaz trabajo del observatorio industrial del convenio, que fue constituido en 1996, así como las formas y contenidos de las relaciones laborales en sus empresas y centros de trabajo. Los firmantes del convenio declaran, asimismo, que desarrollarán, en el ámbito sectorial, un sistema de información y estudio en el marco del Observatorio en relación con la situación estructural de sector, realizándose un balance anual sectorial y subsectorial de la información relativa a distintas materias, entre ellas la relativa a los procesos de reestructuración industrial producidos o previsibles y sus consecuencias productivas y de empleo.

Como anteriormente se ha mencionado, el resto de convenios que hacen alguna referencia a las reestructuraciones se limitan a reproducir de forma más o menos extensa las previsiones legales en materia de información y consulta de los representantes del personal y de los representantes sindicales. Partiendo de esta constatación se pueden apreciar distintos matices en la forma en que los convenios recogen el mencionado derecho de información y consulta<sup>(40)</sup>.

---

(40) Se pueden citar como convenios que recogen exclusivamente el derecho de los representantes de los trabajadores y/o representantes sindicales a recibir información con anterioridad a un proceso de reestructuración: Convenio Colectivo del sector de entrega domiciliaria (BOE de 8 de mayo de 2009) (que recoge el derecho de la siguiente forma: «Información previa con antelación a cualquier proceso de reconversión o fusión, así como reestructuraciones de empleo o apertura de procesos de negociación con las administraciones públicas tendentes a establecer una regulación específica para establecer un marco singular superior de una situación de crisis»); Convenio Colectivo de empresas de reparto sin direccionar 2007-2009 (BOE de 17 de julio de 2007); Convenio Colectivo de comercio e importadores de artículos fotográficos, vídeo y sonido de la provincia de Barcelona para los años 2006 a 2009 (DOGC de 19 de febrero de 2007) («Serán asimismo informados y oídos por la empresa con carácter previo [los delegados sindicales] (...) b) En materia de reestructuración de plantilla, regulaciones de empleo, traslado de trabajadores cuando revista carácter Colectivo o del centro de trabajo en general, y sobre todo proyecto de acción empresarial que pueda afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores»); Convenio Colectivo del sector del comercio de óptica al detalle de Barcelona y provincia para los años 2008 a 2012 (DOGC de 16 de noviembre de 2009), con una formulación prácticamente exacta a la legal: («Los representantes tendrán derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario/a de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones: a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella»); Convenio Colectivo del sector portuario de la provincia de Barcelona para el período 16/06/2010-31/12/2014 (BOP Barcelona de 27 de agosto de 2010) («Serán oídos [los representantes] por la empresa en el tratamiento de aquellos problemas de carácter Colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados al sindicato. Serán asimismo informados y oídos por la empresa con carácter previo: (...) b) En materia de reestructuraciones de plantilla, regulación de empleo, traslado de trabajadores cuando revista carácter Colectivo, o de centro de trabajo en general, y sobre todo proyecto o acción empresarial que pueda afectar a los intereses de los trabajadores»); Convenio Colectivo del sector de agencias distribuidoras oficiales de Repsol Butano SA y otras empresas de gas licuado del petróleo envasado de la provincia de Valencia (BOP Valencia de 21 de mayo de 2010) («Los delegados y comité de empresa tendrán acceso a los libros de contabilidad de aquella en el caso de reestructuraciones de plantilla o crisis, pudiendo estar asesorados por técnicos titulados colegiados en dicho material»). Las redacciones transcritas son las que, con algunos matices, se pueden encontrar también en los convenios siguientes: Convenio Colectivo estatal de la acuicultura marina nacional 2009-2011 (BOE de 17 de marzo de 2010); Convenio Colectivo estatal de agencias de viajes 2008-2011 (BOE de 5 de octubre de 2009); Convenio Colectivo de industrias de alimentos compuestos para animales 2009-2011 (BOE de 23 de abril de 2010); Convenio Colectivo gene-

ral de aparcamientos y garajes 2009-2012 (BOE de 31 de agosto de 2009); Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas 2007-indefinido (BOE de 18 de marzo de 2008); Convenio Colectivo estatal de industrias de conservas vegetales 2009-2010 (BOE de 14 de septiembre de 2010); Convenio Colectivo estatal de industrias de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harinas de pescados y mariscos 2006-2010 (BOE de 3 de febrero de 2007); Convenio Colectivo estatal del sector de entrega domiciliaria 2007-2010 (BOE de 8 de mayo de 2009); Convenio Colectivo general de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos 2007-2010 (BOE de 11 de agosto de 2008); Convenio Colectivo estatal de estibadores portuarios 1999-2004 (BOE de 10 de diciembre de 2004); Convenio Colectivo estatal de la industria fotográfica 2005-2009 (BOE de 6 de junio de 2006); Convenio Colectivo estatal de granjas avícolas y otros animales 2008-2010 (BOE de 16 de diciembre de 2008); Convenio Colectivo estatal de fabricación de harinas panificables y sémolas 2007-2010 (BOE de 3 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo estatal de fábricas de helados 2007-2008 (BOE de 30 de abril de 2008); Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas 2007-2009 (BOE de 2 de julio de 2009); Convenio Colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados 2008-2012 (BOE de 22 de enero de 2009); Convenio Colectivo estatal de mataderos de aves y conejos 2006-2008 (BOE de 6 de julio de 2007); Convenio Colectivo estatal de empresas de mediación en seguros privados 2009-2010 (BOE de 5 de noviembre de 2009); Convenio Colectivo estatal de la industria metalgráfica y fabricación de envases metálicos ligeros 2009-2012 (BOE de 5 de julio de 2010); Convenio Colectivo de industrias de pastas, papel y cartón 2007-2009 (BOE de 30 de enero de 2010); Convenio Colectivo de perfumería y afines 2010-2011 (BOE de 15 de septiembre de 2009); Convenio Colectivo estatal de la prensa no diaria 2008-2011 (BOE de 24 de febrero de 2009); Convenio Colectivo estatal de la industria química 2007-2009 (BOE de 29 de agosto de 2007); Convenio Colectivo estatal de empresas de reparto sin direccionar 2007-2009 (BOE de 17 de julio de 2007); Convenio Colectivo estatal de empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición 2009-2012 (BOE de 27 de enero de 2009); Convenio Colectivo estatal de seguros, reaseguros, y mutuas de accidentes de trabajo 2008-2011 (BOE de 10 de diciembre de 2008); Convenio Colectivo estatal de fabricación de tejas, ladrillos, y piezas especiales de arcilla cocida 2006-2008 (BOE de 19 de diciembre de 2006); Convenio Colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia 2009-2011 (BOE de 5 de julio de 2010); Convenio Colectivo del sector de la industria siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2007-2012 (DOGC de 29 de junio de 2007); Convenio Colectivo del sector del comercio textil de la provincia de Barcelona para los años 2008-2010 (DOGC de 31 de octubre de 2008); Convenio Colectivo para talleres de tintorerías, despachos a comisión, lavanderías de autoservicio y planchado de ropa para los años 2007 a 2010 (DOGC de 28 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo del sector de la industria siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2007 a 2012 (DOGC de 29 de junio de 2007); Convenio Colectivo del sector del comercio textil de la provincia de Barcelona para los años 2008 a 2010 (DOGC de 31 de octubre de 2008); Convenio Colectivo del sector del comercio textil de la provincia de Barcelona para los años 2008-2010 (DOGC de 31 de octubre de 2008); Convenio Colectivo del sector de almacenaje, conservación, manipulación y venta de frutas y verduras de las comarcas de Girona (DOGC de 4 de agosto de 2009); Convenio Colectivo de pompas fúnebres de la provincia de Girona para los años 2008 a 2010 (DOGC de 18 de noviembre de 2008); Convenio Colectivo del sector de las industrias del aceite y sus derivados y las de aderezo, relleno y exportación de olivas de las comarcas de Lleida 2009-2011 (DOGC de 10 de noviembre de 2009); Convenio Colectivo de recaptación, almacenaje, manipulación y venta de frutas y verduras de las comarcas de Lleida para el período 01/06/2010 a 31/05/2012 (BOP Lleida de 24 de agosto de 2010); Convenio Colectivo del sector de industrias siderometalúrgicas de las comarcas de Lleida 2008- 2011 (DOGC de 5 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo de empresas del sector de la captación, elevación, conducción, tratamiento y distribución de aguas de la provincia de Tarragona para los años 2008-2010 (DOGC de 4 de mayo de 2009); Convenio Colectivo del sector de estiba y desestiba del puerto de Tarragona, de la provincia de Tarragona para los años 2008 a 2011 (DOGC de 21 de enero de 2010); Convenio Colectivo del metal de la provincia de Alicante (BOP Alicante de 25 de mayo de 2010); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Alicante (BOP Alicante de 6 de mayo de 2010); Convenio Colectivo del metal de Castellón (BOP Castellón de 24 de noviembre de 2007); Convenio del sector de la industria siderometalúrgica de la provincia de Castellón (BOP Castellón de 11 de agosto de 2007); Convenio Colectivo de almacenistas de alimentación de la provincia de Valencia para el período 2007-2009 (BOP Valencia de 31 de agosto de 2007); Convenio Colectivo de hostelería de Valencia (BOP Valencia de 1 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo de comercio del metal de Valencia (BOP Valencia de 26 de julio de 2010); Convenio Colectivo de supermercados y autoservicios de la provincia de Valencia (BOP Valencia de 3 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo de transporte de viajeros por carretera de la provincia de Valencia (BOP Valencia de 9 de septiembre de 2006); Convenio Colectivo de trabajo para manipulado, aderezo, relleno y deshueso de aceitunas de la Comunidad Autónoma de Murcia (BOM de 20 de octubre de 2008); Convenio Colectivo de manipulado

y envasado de trabajos agrarios de Murcia (BOM de 24 de enero de 2009); Convenio Colectivo de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP Almería de 23 de julio de 2008); Convenio Colectivo del sector de hostelería y turismo de Almería (BOP Almería de 24 de enero de 2008); Convenio Colectivo del sector de la industria de la madera de Almería (BOP Almería de 3 de febrero de 2009); Convenio Colectivo de alimentación, detallistas, ultramarinos, supermercados y autoservicios de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz de 31 de diciembre de 2009); Convenio Colectivo de empresas mayoristas y almacenistas de alimentación de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz de 28 de diciembre de 2009); Convenio Colectivo de estiba del puerto de Algeciras (BOP Cádiz de 10 de febrero de 2009); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz de 25 de febrero de 2010); Convenio Colectivo de comercio de tejidos en general, mercería, paquetería y quincalla de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz de 29 de julio de 2008); Convenio Colectivo del sector del metal de la provincia de Córdoba 2008-2009 (BOP de 29 de enero de 2009); Convenio Colectivo para el comercio en general para Granada y provincia 2010-2012 (BOP de 12 de febrero de 2010); Convenio Colectivo del sector de establecimientos sanitarios y clínicas privadas de la provincia de Granada 2010-2011 (BOP Granada de 10 de agosto de 2010); Convenio Colectivo del sector de industrias de la hostelería de la provincia de Granada (BOP de 28 de diciembre de 2009); Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de centros hospitalarios de la provincia de Granada (BOP Granada de 13 de junio de 2005); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de instituciones sanitarias de Granada (BOP Granada de 9 de febrero de 2009); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Granada (BOP Granada de 7 de julio de 2004); Convenio Colectivo del sector de transporte de mercancías por carretera de Granada y provincia (BOP Granada de 24 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo de la corporación de prácticos del puerto y ría de Huelva SLP y sus trabajadores para los años 2009-2012 (BOP Huelva de 17 de abril de 2009); Convenio Colectivo de aceitunas de Sevilla 2009-2012 (BOP Sevilla de 27 de febrero de 2010); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Ciudad Real 2008-2011 (BOP Ciudad Real de 2 de enero de 2009); Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de Cuenca 2004-2006 (BOP Cuenca de 2 de enero de 2006); Convenio Colectivo del comercio en general de Guadalajara 2008-2010 (BOP Guadalajara de 13 de agosto de 2008); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Guadalajara 2010-2012 (BOP Guadalajara 23 de julio de 2010); Convenio Colectivo de operadores logísticos de Guadalajara 2007-2010 (BOP Guadalajara de 2 de enero de 2008); Convenio Colectivo de transporte de mercancías y logística de Guadalajara 2007-2008 (BOP de Guadalajara de 10 de agosto de 2007); Convenio Colectivo de transporte de viajeros por carretera de Guadalajara (regulares y discrecionales) 2008-2010 (BOP Guadalajara de 11 de julio de 2008); Convenio Colectivo de aceite y sus derivados de Toledo 2008-2010 (BOP Toledo de 23 de agosto de 2008); Convenio Colectivo de captación, elevación, conducción, depuración, tratamiento y distribución de aguas potables y residuales de Toledo para el año 2009 (BOP de 29 de mayo de 2009); Convenio Colectivo de comercio de alimentación de Toledo 2009-2010 (BOP Toledo de 8 de junio de 2010); Convenio Colectivo del campo de Toledo 2007-2009 (BOP de 8 de noviembre de 2007); Convenio Colectivo del comercio en general de Toledo 2008-2010 (BOP Toledo de 10 de junio de 2008); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Toledo 2008-2010 (BOP de 17 de julio de 2008); Convenio Colectivo de mazapán, masas fritas, confiterías, turrone y chocolates de Toledo 2006-2008 (BOP Toledo de 24 de mayo de 2006); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Toledo 2007-2009 (BOP de 15 de mayo de 2007); Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de Toledo 2007-2008 (BOP de 28 de noviembre de 2008); Convenio Colectivo de vinícolas de Toledo 2009-2010 (BOP Toledo de 26 de mayo de 2010); Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia sanitaria, consultas y laboratorios de análisis clínicos de Madrid 2005-2007 (BOCM de 20 de junio de 2006); Convenio Colectivo de hospedaje de Madrid 2009 (BOCM de 24 de noviembre de 2008); Convenio Colectivo de hostelería y actividades turísticas de Madrid 2007-2010 (BOCM de 5 de octubre de 2007); Convenio Colectivo de limpieza de contenedores herméticos de Madrid 2007-2013 (BOCM de 23 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Madrid 2008-2011 (BOCM de 23 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de limpieza pública viaria de Madrid 2008-2009 (BOCM de 11 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de madera de Madrid para 2007 (BOCM de 23 de mayo de 2008); Convenio Colectivo de óptica al detalle y talleres anejos de Madrid 2007-2009 (BOCM de 23 de febrero de 2009); Convenio Colectivo de plásticos de Madrid 2007/2009 (BOCM de 20 de marzo de 2008); Convenio Colectivo de transporte de enfermos y de accidentados en ambulancia de Madrid 2008-2011 (BOCM de 22 de diciembre de 2008); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Zaragoza 2009-2010 (BOP Zaragoza de 27 de enero de 2010); Convenio Colectivo del metal de Zaragoza 2010-2011 (BOP Zaragoza de 3 de septiembre de 2010); Convenio Colectivo de la industria textil de Navarra 2009-2010 (BON de 3 de julio de 2009); Convenio Colectivo de transporte de mercancías de Navarra 2007-2008 (BON de 10 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo del sector vinícola de Navarra 2009-2010 (BON de 1 de junio de 2009); Convenio Colectivo agropecuario de la Rioja 2008-2009 (BOR de 22 de diciembre de 2008); Convenio Colectivo del comercio del Metal de la Rioja 2008-2009 (BOR de 28 de noviem-

bre 2006); Convenio Colectivo del comercio textil de la Rioja 2005-2008 (BOR de 19 de febrero de 2005); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Álava 2000-2003 (BOP Álava de 7 de marzo de 2001); Convenio Colectivo textil de Álava 2008-2009 (BOP de 22 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo del sector vinícola de Álava 2007-2008 (BOP Álava de 2 de abril de 2008); Convenio Colectivo de consignatarios de buques, empresas estibadoras y transitarias de Vizcaya 2007-2008 (BOP Vizcaya de 23 de junio de 2008); Convenio Colectivo de estibadores portuarios de Vizcaya 2004-2008 (BOP Vizcaya de 26 de julio de 2005); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Vizcaya 2007-2009 (BOP Vizcaya de 9 de enero de 2008-; Convenio Colectivo de la madera de Vizcaya 2002-2003 (BOP Vizcaya de 11 de junio de 2003); Convenio Colectivo de oficinas y despachos de Vizcaya 2006-2008 (BOP Vizcaya de 9 de enero de 2008); Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de Vizcaya 2006-2009 (BOP Vizcaya de 3 de mayo de 2006); Convenio Colectivo de alimentación de Guipúzcoa 2006-2009 (BOP Guipúzcoa de 19 de febrero de 2008); Convenio Colectivo del comercio en general de Guipúzcoa 2006-2009 (BOP de 22 de noviembre de 2007); Convenio Colectivo de construcción y obras públicas de Guipúzcoa 2007-2009 (BOP Guipúzcoa de 3 de agosto de 2007); Convenio Colectivo de estibadores y trabajadores portuarios de Guipúzcoa 2000-2004 (BOP Guipúzcoa de 12 de marzo de 2002); Convenio Colectivo del comercio mayorista y minorista de jugueterías de Guipúzcoa 2004-2006 (BOP Guipúzcoa de 22 de marzo de 2006); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Guipúzcoa 2007-2009 (BOP Guipúzcoa de 18 de enero de 2008); Convenio Colectivo del metal de Guipúzcoa 2005-2008 (BOP Guipúzcoa de 15 de enero de 2007); Convenio Colectivo del mueble de Guipúzcoa 2000-2003 (BOP Guipúzcoa de 31 de agosto de 2000); Convenio Colectivo de panaderías de Guipúzcoa 2000-2003 (BOP Guipúzcoa de 10 de julio de 2000); Convenio Colectivo de peluquerías de señoras, mixtas, institutos capilares, gimnasios y similares de Guipúzcoa 2005-2007 (BOP Guipúzcoa de 18 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo del sector de la piel de Guipúzcoa 2006-2009 (BOP Guipúzcoa de 8 de noviembre de 2007); Convenio Colectivo del sector del comercio textil de Guipúzcoa 2006-2009 (BOP Guipúzcoa de 7 de noviembre de 2007); Convenio Colectivo del sector del comercio de almacenistas de coloniales de Cantabria 2007-2010 (BO Cantabria de 1 de febrero de 2008); Convenio Colectivo de garajes, estaciones de lavado, engrase y aparcamientos de Cantabria 2007-2011 (BO Cantabria de 21 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo de fabricación, venta y distribución de panaderías de Cantabria 2006-2009 (BO Cantabria de 9 de agosto de 2006); Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia de Asturias 2003-2005 (BO Asturias de 22 de abril de 2004); Convenio Colectivo de estiba y desestiba del puerto de Gijón 2009-2010 (BO Asturias de 3 de marzo de 2010; Convenio Colectivo de la industria del metal de Asturias para 2010 (BO Asturias de 30 de abril de 2010); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Valladolid 2010-2012 (BOP Valladolid de 6 de agosto de 2010); Convenio Colectivo de la industria de la madera de Valladolid 2007-2011 (BOP Valladolid de 12 de diciembre de 2008); Convenio Colectivo de mantenimiento y conservación de piscinas e instalaciones acuáticas de Valladolid 2003-2007 (BOP Valladolid de 10 de junio de 2003); Convenio Colectivo de edificación y obras públicas de León 2007-2011 BOP de 30 de octubre de 2007; Convenio Colectivo de hostelería de León 2008-2010 (BOP León de 6 de agosto de 2008); Convenio Colectivo del comercio de madera y mueble de León (BOP León de 6 de julio de 2007); Convenio Colectivo de comercio y almacenistas de materiales para la construcción de León 2008 (BOP León de 23 de junio de 2009); Convenio Colectivo del metal de León 2008-2010 (BOP León de 15 de enero de 2009); Convenio Colectivo de la minería del carbón de León 2006-2010 (BOP León de 9 de julio de 2008); Convenio Colectivo de panaderías de León 2008-2010 (BOP León de 22 de enero de 2010); Convenio Colectivo del comercio de piel de León 2008-2009 (BOP León de 3 de febrero de 2009); Convenio Colectivo de laboratorios de prótesis dental de León 2003-2007 (BOP León de 4 de julio de 2005); Convenio Colectivo del comercio del textil de León 2008-2009 (BOP de 9 de enero de 2009); Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de León 2008-2009 (BOP León de 4 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo de la industria y el comercio de vid de León 2008-2010 (BOP León de 5 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de alimentación de Palencia (mayoristas de coloniales, detallistas de ultramarinos y supermercados de artículos de alimentación y almacenes de fruta al por mayor) 1999-2000 (BOP Palencia de 24 de noviembre de 1999); Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de Palencia 2009-2010 (BOP Palencia de 7 de abril de 2009); Convenio Colectivo de transporte de viajeros por carretera de Palencia 2007-2010 (BOP Palencia de 28 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo de empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos de Salamanca 2007-2010 (BOP Salamanca de 25 de septiembre de 2007); Convenio Colectivo de hostelería de Salamanca 2010 (BOP Salamanca de 19 de febrero de 2010); Convenio Colectivo de comercio en general de Segovia 2008-2010 (BOP de 18 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de Segovia 2009-2011 (BOP Segovia de 1 de marzo de 2010); Convenio Colectivo de montajes y empresas auxiliares del metal de Asturias 2008-2011 (BO Asturias de 23 de enero de 2008); Convenio Colectivo de talleres de reparación del automóvil de Asturias 2008-2009 (BOP de 7 de abril de 2009); Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios privados de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clíni-

cos de A Coruña 2007-2009 (BOP de 13 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de panaderías de A Coruña 2008-2010 (BOP A Coruña de 14 de enero de 2009); Convenio Colectivo del comercio del textil de A Coruña 2001 (DOGA de 15 de octubre de 2001); Convenio Colectivo del comercio de la piel de Ourense 2008-2009 (BOP Ourense de 7 de julio de 2009); Convenio Colectivo de la sanidad privada de Ourense 2008-2009 (BOP Ourense de 9 de febrero de 2009); Convenio Colectivo del comercio textil de Ourense 2009-2010 (BOP Ourense de 25 de junio de 2009); Convenio Colectivo de carpintería, ebanistería y actividades afines de Pontevedra 2008-2010 (BOP Pontevedra de 8 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo de la construcción de Pontevedra 2007-2009 (BOP de 10 de diciembre de 2007); Convenio Colectivo de panaderías de Ávila 2009-2010 (BOP Ávila de 24 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de transportes por carretera, garajes y aparcamientos de Burgos 2009-2011 (BOP Burgos de 10 de febrero de 2010); Convenio Colectivo del comercio mayorista y detallista, distribuidores, cooperativas de consumo y economatos de alimentación de León 2008-2010 (BOP León de 19 de enero de 2009). Además de los derechos de información, recogen también el derecho legal de consulta, mediante la emisión de un dictamen, los siguientes convenios: Acuerdo Marco de industrias de bebidas envasadas 2008-2011 (BOE de 1 de octubre de 2008); Convenio Colectivo de industrias extractivas y comercio exclusivista de vidrio y cerámica 2007-2009 (BOE de 31 de agosto de 2007); Convenio Colectivo del metal de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (BOIB de 9 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo de piel- marroquinería de la provincia de Cádiz para el período 2009-2010 (BOP Cádiz de 22 de septiembre de 2009); Convenio Colectivo del sector del comercio de Córdoba (BOP de 19 de enero de 2009); Convenio Colectivo de confitería, pastelería, repostería y bollería de la provincia de Córdoba 2008-2009 (BOP Córdoba de 9 de junio de 2008); Convenio Colectivo de industrias del aceite y derivados de Málaga (BOP Málaga de 3 de junio de 2002); Convenio Colectivo de confitería, pastelería, tortas, mazapanes, bollería y otros productos para el desayuno de Sevilla 2009-2013 (BOP Sevilla de 18 de agosto de 2010); Convenio Colectivo de fabricación y venta de mantecados, polvorones, roscos, alfajores y demás productos de Estepa (BOP Sevilla de 10 de julio de 2007); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Sevilla 2009-2011 (BOP Sevilla de 28 de enero de 2010); Convenio Colectivo de ayuda a domicilio de Madrid 2006-2009 (BOCM de 27 de marzo de 2007); Convenio Colectivo de comercio vario de Madrid (BOCM de 11 de marzo de 2009); Convenio Colectivo de prevención y extinción de incendios forestales de Madrid 2007-2011 (BOCM de 19 de junio de 2008); Convenio Colectivo de juguetes, deportes, armerías deportivas, cerámica, vidrio, iluminación y regalo de Madrid 2006-2010 (BOCM de 18 de mayo de 2007); Convenio Colectivo de piel de Madrid 2007-2009 (BOCM de 23 de enero de 2009); Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de La Rioja (BOR de 24 de diciembre de 2008); Convenio Colectivo de ayuda a domicilio de Vizcaya 2007-2012 (BOP Vizcaya de 30 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo de hostelería de Guipúzcoa 2008-2010 (BOP de 5 de febrero de 2009); Convenio Colectivo del comercio del metal de Cantabria 2009-2012 (BO Cantabria de 9 de febrero de 2010); Convenio Colectivo del comercio textil de Cantabria 2005-2008 (BO Cantabria de 10 de noviembre de 2005); Convenio Colectivo de confitería, pastelería, bollería y repostería industrial de Valladolid 2008-2010 (BOP Valladolid de 19 de mayo de 2009); Convenio Colectivo de comercio de almacenes de pescado de Palencia 2002-2004 (BOP Palencia de 16 de abril de 2003); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Segovia 2009-2012 (BOP Segovia de 30 de abril de 2010); Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Soria 2008-2011 (BOP Soria de 26 de septiembre de 2008); Convenio Colectivo de la construcción de A Coruña 2007-2009 (BOP A Coruña de 17 de diciembre de 2007); Convenio Colectivo de siderometalúrgica y talleres de reparación de vehículos de Ourense 2010 (BOP Ourense de 4 de junio de 2010). Como se puede observar, los convenios que recogen la obligación legal de consulta de los representantes de los trabajadores son mucho menos numerosos que los que lo hacen respecto a la obligación de información.

# **PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO. LA COMISIÓN PARA EL PERÍODO DE CONSULTAS**

**J. JAVIER ORCARAY REVIRIEGO**

*Profesor Asociado, Área Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Cantabria  
Jefe de Servicio de Relaciones Laborales, Dirección General de Trabajo, Administración de Cantabria  
orcaray\_jj@gobcantabria.es*

## **RESUMEN**

**Participación de los trabajadores en  
el expediente de regulación de empleo.  
La comisión para el período de consultas**

La participación de los trabajadores en los procedimientos de regulación de empleo y, especialmente, en la fase de consultas, se configura como uno de los pilares en que se asienta el modelo de reestructuración de plantillas cuando concurren en la empresa causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Este sistema tiene su base en la existencia de una representación legal de los trabajadores derivada de los procesos electorales pertinentes. Sin embargo, ante la ausencia de aquella representación, los trabajadores deben contar con algún otro instrumento que les permita participar y decidir junto con la empresa las medidas laborales que deban adoptarse para superar la crisis. En este sentido, aunque ya existían precedentes en las normas anteriores, la reforma laboral de 2010 ha introducido una nueva instancia representativa, la comisión *ad hoc*, que deberá servir para cubrir el vacío derivado de la ausencia de representación unitaria. Que se consiga este objetivo dependerá, no obstante, de la interpretación que se obtenga de ciertas cuestiones que quedan indeterminadas con la nueva regulación.

## **ABSTRACT**

**Employees' participation in the labor  
force adjustment plan. Commission  
for the consultation period**

The employees' participation in the labor force adjustment plan, especially in its consulting stage, it is configured as one mainstay of the reorganizing staff model when economic, technical, organizational or production circumstances are combined. This system is based on the existence of a legal representation of the employees derived from the pertinent voting process. However, in case of a representation absence, the employees must count with a different instrument that permits them to participate and to decide with the company, the labor measurements to be taken to overcome the crisis. In this respect, and even with the existence of precedent norms, the 2010 labor reform has introduced one new representation authority, the *ad hoc* commission, that will be used for covering the absence derive from an unitary representation authority. Nevertheless, the achievement of this objective will depend on the interpretation obtained from certain indeterminate questions included in the new regulation.

---

## **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN.

II. INTERESADOS Y LEGITIMADOS EN EL PROCEDIMIENTO.

**1. La confusión derivada de las reglas generales sobre la atribución de la cualidad de parte en el procedimiento de regulación de empleo.**

2. **Inicio del procedimiento.**
3. **Fase de consultas.**
4. **Instrucción del expediente: el trámite de audiencia.**

III. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN.

1. **La solución reglamentaria previa a la reforma.**
2. **Comisión de trabajadores para la fase de consultas: la reforma laboral de 2010.**

- A) La configuración de un nuevo órgano de representación de los trabajadores.
- B) Modalidades de la Comisión.
  - a) La idea inicial del RDL 10/2010.
  - b) La comisión compuesta por trabajadores de la empresa.
  - c) La comisión sindical.
- C) Funcionamiento del órgano de representación.
  - a) Plazo de designación.
  - b) Adopción de acuerdos.

IV. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DERIVADOS DE LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL.

1. **Los supuestos necesitados de interpretación.**
2. **La inoperancia de la reforma ante la ausencia de voluntad de los trabajadores para nombrar la comisión.**

V. LAS INSUFICIENTES SOLUCIONES QUE APORTA EL PROYECTO REGLAMENTARIO.

1. **Interesados/Legitimación.**
2. **Iniciación del ERE y apertura del período de consultas.**

---

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de los expedientes de regulación de empleo (ERE) para la reorganización productiva en referencia a las redimensiones de plantilla, en lo que se refiere a las comunicaciones entre la empresa y sus trabajadores y, en especial, en relación con el período de consultas ha sido tradicionalmente origen de controversia, tanto en sede doctrinal como judicial, en aquellos contextos laborales de ausencia de representación legal de los trabajadores, y no sólo en pequeñas empresas —menos de diez trabajadores— donde dicha representación no se alcanza por falta de previsión legal —salvo la existencia de voluntad manifiesta de los propios implicados (empresas con plantilla entre seis y diez trabajadores)—, sino también en aquellas otras de mediano tamaño en las que, por la particularidad de su estructura productiva o la dispersión de centros o lugares de trabajo, la falta de implantación sindical, la dificultad de contar con candidatos, etc., la promoción de elecciones a Delegados de Personal o Comités de Empresa resulta, cuando menos, dificultoso.

A este respecto, dado que el conjunto de esta pequeña y mediana empresa ha resultado extraordinariamente afectado por la crisis económica, y teniendo en cuenta que, además de los despidos colectivos, en materia de suspensiones de contratos o reducciones de jornada (que son las medidas laborales colectivas de mayor utilización) habrá de acudir al procedimiento de regulación de empleo «cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la suspensión-reducción» (artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, LET), aparece, ineludiblemente, el problema de instrumentar o conformar una auténtica relación bilateral en materia de información, consulta y eventual acuerdo entre la empresa y su plantilla ante la ausencia de representación unitaria o sindical de los trabajadores<sup>(1)</sup>. Como bien ha señalado la doctrina, no existe en estos casos claridad sobre la titularidad de las consultas o sobre su misma existencia, como tampoco parece existir una determinada convicción doctrinal o judicial que arroje luz a este problema<sup>(2)</sup>.

Es por ello que, con el objetivo de superar estas situaciones, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, añade un nuevo párrafo (cuarto) al artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, referenciado al artículo 41.4 de la misma norma, en previsión de supuestos de ausencia de representantes legales de los trabajadores, posibilitando la atribución de representación para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada *ad hoc*, comisión que, como luego se dirá, admite dos modalidades de configuración y consecuencias bien distintas.

Esta comisión, prevista inicialmente —aunque con distinta composición— para los supuestos de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículos 40 y 41 LET), no se admitió en un primer momento para los expedientes de regulación de empleo, siendo por ello que no aparece en la reforma del artículo 51 LET acometida por el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, y sí en la posterior y derivada Ley 35/2010, como uno de los aspectos novedosos de la remozada fase de consultas en estos procedimientos. No obstante, la ausencia de representación colectiva de

La intervención a título individual de un trabajador en la tramitación de un ERE no es posible puesto que carece de legitimación para ese trámite. Los únicos interlocutores de los trabajadores en relación con la Administración son, como impone la norma, los representantes legales de los trabajadores

---

(1) Aunque la Directiva comunitaria 98/59/CEE sólo menciona las «consultas» a los representantes de los trabajadores, su trasposición a nuestro Derecho interno fue más allá al instaurar en sede del ERE un auténtico procedimiento negociado entre la empresa y los representantes de los trabajadores con vistas a la consecución de un acuerdo.

(2) En este sentido, BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010», en *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 73. A decir de DSENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «La reforma del despido en la Ley 35/2010», en *La reforma del mercado de trabajo*, dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Lex Nova, Valladolid 2010, p. 99, cómo y con quién debían desarrollarse las consultas (ante la ausencia de representantes) es una cuestión que no obtenía respuesta expresa en la normativa anterior a la reforma y que tampoco había sido resuelta de forma clara por la doctrina judicial.

los trabajadores en la empresa tenía ya alguna solución parcial en la norma reglamentaria sobre regulación de empleo que fue ignorada en el texto del RDL.

En todo caso, como en la Ley 35/2010 no se establece una «obligación» que determine el nombramiento de la citada comisión —la reforma legal sólo faculta para ello: los trabajadores *podrán atribuir su representación*—, los problemas derivados de la ausencia de una reconocible representación de la plantilla en el curso del ERE, y señaladamente para acometer la importante fase de consultas, seguirán siendo de primer orden.

## II. INTERESADOS Y LEGITIMADOS EN EL PROCEDIMIENTO

### 1. La confusión derivada de las reglas generales sobre la atribución de la cualidad de parte en el procedimiento de regulación de empleo

Tres únicas menciones explícitas se contienen en el artículo 51 LET a propósito de la condición de parte en el procedimiento de regulación de empleo:

- a) En el apartado 4 —que trata del período de consultas, aunque lógicamente esta mención se refiere a todo el procedimiento— se determina que serán los representantes legales de los trabajadores «quienes ostentarán la condición de *parte interesada* en la tramitación del expediente».
- b) En el apartado 12, referido a los supuestos de fuerza mayor, se menciona también a los representantes legales de los trabajadores para otorgarles «la condición de parte interesada en la *totalidad* de la tramitación del expediente».
- c) En el apartado 13, a cuyo tenor<sup>(3)</sup>: «Todas las actuaciones a seguir y las notificaciones que deban efectuarse a los trabajadores se practicarán *con los representantes legales* de los mismos».

Como puede observarse, dado que la literalidad de la norma no parece admitir una interpretación equívoca, la regla parece de elemental comprensión: serán los *representantes legales* de los trabajadores quienes van a ostentar la condición de *interesados en el procedimiento*, en *todos* los trámites y será a ellos a quienes se practiquen las notificaciones que fueran pertinentes de parte de la autoridad laboral<sup>(4)</sup>. Representantes «legales» y, por tanto, en principio, sólo la representación unitaria «electiva», no la representación sindical<sup>(5)</sup>.

---

(3) Y después de señalar la supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(4) La jurisprudencia se ha mostrado clara al respecto, de modo que, como expone la STS (C-A) de 21 de noviembre de 2006, rec. núm. 4141/2004, «la intervención a título individual de un trabajador por muy preocupado que esté por el expediente no es posible puesto que carece de legitimación para ese trámite ya que durante la tramitación del procedimiento los únicos interlocutores de los trabajadores en relación con la Administración son, como impone la norma, los representantes legales de los trabajadores y solo ellos».

(5) Sobre la dualidad del sistema de representación de los trabajadores en la empresa, unitaria y sindical, ver la STC núm. 95/1996, de 29 de mayo, a cuyo tenor la representación sindical constituye un canal propiamente sindical formado por las secciones sindicales (compuestas por los afiliados al sindicato en la empresa o centro de trabajo) y, en su caso, delegados sindicales (elegidos de entre los miembros de la sección sindical); por el contrario, los representan-

La correspondiente norma reglamentaria, artículos 3, 4 y 16 del Real Decreto 43/1996<sup>(6)</sup>, abunda en esta inicialmente sencilla regulación introduciendo dos conceptos cuya aplicación práctica ha resultado de mayor complejidad que la prevista; nos referimos a la condición de «interesado» y de «legitimado».

- El artículo 3, bajo la rúbrica de *Interesados*, dispone que «de acuerdo con el artículo 51.4 (LET), ostentarán, en todo caso, la condición de parte interesada, la empresa y los trabajadores *a través de sus respectivos representantes legales*»; mención literal absolutamente desafortunada pues no parece que el término *representación legal* pueda ser utilizado con el mismo alcance y contenido para referirse a la empresa y a los trabajadores: la representación legal de la empresa puede recaer en cualquier mandatario habilitado para iniciar y seguir los trámites del expediente (empresario, administrador, gerente, director de recursos humanos, letrado o graduado social en ejercicio, etc.); pero no es ese el alcance del término cuando se aplica a los trabajadores, dado que la representación legal de éstos viene referida a la institucional, es decir, a los Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa<sup>(7)</sup>. En todo caso, resulta obvio que el empresario ostenta la condición de parte interesada en el ERE, no podía ser de otra forma, pero no es tan claro que tal condición pueda predicarse de los trabajadores como grupo (colectivo, plantilla de la empresa), sino que será conferida a la *representación legal (a través de sus representantes, como señala el precepto<sup>(8)</sup>)*. Como tampoco se indica el alcance de la actuación de los interesados, habrá de convenirse —porque así se contiene en el artículo 51.4 LET, por remisión— que se extenderá a la tramitación del ERE en su conjunto y todos los actos que de aquél deriven.
- El artículo 4, rubricado *Legitimación*, determina que «Estarán legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo, los sujetos señalados en el artículo anterior». Es decir, se confiere una suerte de legitimación activa en el ERE al empresario —o su representante legal— y a los representantes legales de los trabajadores.
- De los *Recursos* frente a las resoluciones en los procedimientos de regulación de empleo trata el artículo 16 y se refiere a la posibilidad de su interposición por los «interesados», sin mayor especificación, por lo que habrá de señalarse, de acuerdo al literal del precepto, que, de conformidad con los citados arriba artículos 3 y 4, tendrán la condición de interesados en exclusiva el empresario y los representantes legales de los trabajadores.

---

tes unitarios o electivos se eligen por todos los trabajadores de la empresa [artículos 8 y 10 LOLS y artículos 62, 63 y 69 LET].

(6) De 19 de enero, que aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

(7) «Por representación legal no hay duda que el legislador se refiere a la representación estatutaria de los comités de empresa y delegados de personal»; CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R., «Movilidad geográfica, artículo 40 LET», en *Comentarios al estatuto de los trabajadores*, dir. CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; GOERLICH PESET, J.M. y MERCADER UGINA, J.R., Lex Nova, Valladolid 2001, p. 401.

(8) La STS, C-A, de 21 de octubre de 2008, rec. núm. 5857/2006, estima que los trabajadores ostentan en el ERE la condición de legitimados pero «a través de sus representantes legales».

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido admitiendo la legitimación de los trabajadores individualmente considerados para impugnar la resolución de la autoridad laboral tanto en vía administrativa (interposición del recurso de alzada) como contenciosa-administrativa dado que «independientemente de los intereses colectivos que representa el Comité de empresa, se ven afectados de forma individual y directa los derechos e intereses de determinados y concretos trabajadores (...), y ello es así porque la intervención de los representantes legales de los trabajadores no actúa tanto en el plano de la defensa de los trabajadores afectados como en el del control sobre la concurrencia de las causas que justifican la modificación propuesta por el empresario»<sup>(9)</sup>.

En consecuencia, durante la tramitación del procedimiento de regulación de empleo no cabe atribuir la legitimación sino a los representantes de los trabajadores, dado el alcance plural derivado de la acreditación de las causas y de las medidas que se deban adoptar; pero a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, se hace necesario otorgar aquella legitimación también a los trabajadores individualmente considerados cuando las consecuencias del ERE les afectan directamente en su círculo personal y patrimonial.

## 2. Inicio del procedimiento

El expediente de regulación de empleo<sup>(10)</sup> se instrumenta en un procedimiento administrativo a instancia de parte<sup>(11)</sup> que da comienzo con la solicitud del empresario<sup>(12)</sup> a la autoridad laboral y la apertura simultánea de un período de consulta con los *representantes de los trabajadores*, sirviendo ambos extremos como condicionantes del acceso al ERE. De ello resulta que el empresario deberá comunicar, tanto a la autoridad laboral competente (autonómica o estatal)<sup>(13)</sup> como a los representantes legales de los trabajadores, su intención de solicitar la correspondiente medida de reestructuración de la plantilla; a la primera mediante la solicitud formal que inicia los trámites del procedimiento y a los segundos a través de la notificación de dicha solicitud; en ambos casos, se habrá de acompañar toda la documentación que resulte necesaria en orden a la acreditación de las causas que motivan el expediente y justifican las medidas de regulación que se pretende adoptar. Con ello se facilita que los trabajadores, a través de sus representantes, conozcan desde su inicio la intención empresarial y tengan acceso a la documentación que la sustenta (artículo 51.2, párrafos primero y segundo, LET). En este sentido tanto la autoridad laboral como los representantes de los trabajadores deben disponer de idéntica información sobre el estado de la empresa que origina el recurso al ERE.

---

(9) STS, C-A, de 6 de noviembre de 2000, rec. núm. 297/1995; criterio seguido por las SSTS, C-A, de 11 de febrero de 2002, rec. núm. 312/1997, y de 21 de octubre de 2008, rec. núm. 5857/2006.

(10) Aplicable tanto al despido colectivo como a las suspensiones de contratos o reducción de la jornada de trabajo (artículos 47 y 51 LET).

(11) Cabe también el expediente judicial, tramitado como incidente en el seno del procedimiento concursal, en aplicación del artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

(12) Cabe también la solicitud del ERE por los propios trabajadores, a través de sus representantes legales, ex artículo 51.9 LET.

(13) *Cfr.*: artículo 2 del Real Decreto 43/1996.

Al mismo tiempo (*simultáneamente* a la solicitud del ERE) al empresario le incumbe la obligación legal de iniciar un período de consultas con los representantes *legales* de los trabajadores, comunicándoles tal circunstancia por escrito y con traslado de una copia para la autoridad laboral<sup>(14)</sup> (artículo 51.2, párrafo tercero, LET). Con ello queda establecido el inicio formal del ERE —a salvo posibles defectos documentales necesitados de subsanación— y se pone en marcha la actuación de cada uno de los actores a desarrollar en los plazos establecidos.

Para los supuestos de fuerza mayor como causa determinante del ERE, el artículo 51.12 LET señala que el procedimiento se inicia «mediante solicitud de la empresa (...) y simultánea comunicación a los representantes *legales* de los trabajadores».

El reglamento, abundando en ello, se refiere a la iniciación del procedimiento —cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción— en su artículo 6, cuyo apartado d) contiene la obligación del empresario de aportar a la autoridad laboral en el inicio del ERE el documento que contenga la «solicitud de informe» a que se refiere el artículo 64.1.4.a) y b) [actual artículo 64.5] LET «a los representantes legales de los trabajadores»<sup>(15)</sup>. También el artículo 18 del texto, referido a los supuestos de ERE causados por fuerza mayor, dispone que el procedimiento se inicie «mediante solicitud de la empresa (...) y simultánea comunicación a los representantes *legales* de los trabajadores».

Por lo tanto, la regulación legal y la reglamentaria sobre el inicio del procedimiento no reconocían más sujetos que los citados: administración, empresario y *representantes legales de los trabajadores*, aunque la doctrina también ha señalado la posibilidad de iniciar en algún caso los trámites con la representación sindical en la empresa<sup>(16)</sup>.

El expediente de regulación de empleo se instrumenta en un procedimiento administrativo a instancia de parte que da comienzo con la solicitud del empresario a la autoridad laboral y la apertura simultánea de un período de consulta con los representantes de los trabajadores, sirviendo ambos extremos como condicionantes del acceso al ERE

---

(14) Es competencia de la autoridad laboral comprobar que, efectivamente, ha dado comienzo el período de consultas para su desarrollo en paralelo con el procedimiento administrativo.

(15) De conformidad con el artículo 64.5 LET: [...] «El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones: a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla. b) Las reducciones de jornada...». Debemos señalar que el contenido del informe y la postura que en él se adopte por los representantes de los trabajadores en relación con las medidas solicitadas en el ERE no tiene por qué coincidir —y en muchos casos así será— con la postura final que se adopte en la fase de consultas y en su acta final; SAN de 4 de marzo, núm. 20/2006, citada por LANTARÓN BARQUÍN, D., «Derechos de información y consulta, artículo 64 LET» en *Comentarios al estatuto de los trabajadores*, Lex Nova, *ob. cit.*, p. 651.

(16) Y así, «no existiría mayor dificultad para que los delegados sindicales iniciaran el procedimiento siempre y cuando entendamos como delegados sindicales a los definidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, es decir, aquellos que representen a los trabajadores afiliados a un sindicato que tenga representación en la representación unitaria —comité— de un centro de trabajo de más de 250 trabajadores»; PÉREZ CAPITÁN, L., *El expediente de regulación de empleo. Un análisis práctico jurídico*, Thomson-Reuter, Cizur Menor, 2009, p. 29.

### 3. Fase de consultas

El período de consultas constituye uno de los filtros que se antepone a la decisión empresarial de acudir a la regulación de empleo y determina la participación de los trabajadores en materia de tanto calado como la reestructuración de plantilla. Esta fase, que se instituye como una de las actuaciones fundamentales dentro del ERE y de cuyo resultado se deriva, incluso, una distinta actuación de la autoridad laboral, se articula mediante una o varias reuniones —plasmadas en las correspondientes actas— que se desarrollan entre el empresario y los «representantes *legales* de los trabajadores», como resulta del artículo 51.4 LET<sup>(17)</sup>.

La norma reglamentaria insiste en la misma opción sobre quienes sean los sujetos de las consultas, pero la desafortunada redacción conlleva a otras posibles interpretaciones. Así, parece, en principio, dejar abierta una definición más amplia respecto de aquellos sujetos, pues en el artículo 8.1 del RD 43/1996 la referencia se hace a las «partes interesadas» —e incluso, luego a «las partes», sin más—, y en el apartado 2 del mismo precepto se contiene la mención literal «Las consultas realizadas con las representaciones de los trabajadores» añadiendo «y la posición de las partes interesadas en las mismas...» se reflejarán en una o más actas y, en todo caso, en un acta final comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas. Consecuentemente, si bien la condición de parte interesada respecto del colectivo de trabajadores debe atribuirse —como se ha repetido *supra*— a sus representantes *legales*, el apartado 2 citado introduce una extensión subjetiva de gran calado, dado que al mencionar *las representaciones* de los trabajadores sin más calificativo, es factible interpretar de forma pacífica que a la fase de consulta también puedan ser llamadas otras representaciones de trabajadores, señaladamente la representación *sindical*, las secciones sindicales<sup>(18)</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante una situación jurídica de cierta confusión, a saber:

a) No se otorga la condición de interesado a los trabajadores individualmente considerados, b) será la representación legal, unitaria, de los trabajadores el sujeto titular de las consultas, c) la representación sindical debe considerarse incluida en el término reglamentario *representaciones* al efecto de participar como sujeto activo en la fase de consultas. Y así, toda representación existente en la empresa, unitaria, sindical o ambas, tendrá la condición de sujeto interesado para negociar y pactar en el período de consultas. Puede que esto suponga una extralimitación en la regulación reglamentaria, pues hemos visto cómo en el artículo 51 LET no se contiene otra mención para el conjunto de trámites del expediente y su impugnación administrativa que la referida a la representación *legal* de los trabajadores, no a la *sindical*: ¿deriva de ello alguna duda sobre la legalidad de la mención reglamentaria en relación a las secciones sindicales como sujeto de las consultas en representación de los trabajadores?

---

(17) Con idéntica terminología se expresa el artículo 40.2 LET a propósito de la movilidad geográfica, en el artículo 41.4 LET respecto a las necesarias consultas con los *representantes legales* de los trabajadores en las empresas donde exista dicha representación para la modificación de las condiciones de trabajo, o el artículo 82.3 LET en materia de descuelgue salarial.

(18) Sobre legitimación para participar en consultas, QUIRÓS HIDALGO, J.G., «Período de consultas y posible acuerdo entre las partes», en *Expedientes de regulación de empleo*, dir. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 152 y ss.; sobre las consultas en empresas carentes de órganos de representación, BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 153-158.

A la cuestión anterior debe responderse negativamente dado que el propio artículo 51 LET, en su apartado 4, párrafo tercero, hace referencia a un sujeto genérico: «las partes» sin otro adjetivo, y si la ley no distingue... Pero, además, en el siguiente párrafo cuarto del precepto ya se dispone claramente que el acuerdo en el período de consultas «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 aquellos»<sup>(19)</sup>. Y de esta forma se configura la representación de los trabajadores para el período de consultas del ERE en equivalencia a lo dispuesto para la negociación colectiva en los artículos 87 a 89 LET. No obstante, conviene llamar la atención sobre la inexistencia de una referencia específica a las representaciones sindicales para atribuirles la cualidad de sujetos interesados-legitimados en el procedimiento de regulación de empleo (a pesar de que el término representación legal aparece reiteradamente en el articulado), contentándose la norma con esta mención indirecta en sede de las mayorías necesarias para otorgar validez a los pactos alcanzados en el período de consultas. Y, por otra parte, no se alcanza a comprender cómo la obligación empresarial de iniciar el trámite de consultas se contrae sólo respecto de los representantes *legales* de los trabajadores (artículo 51.2 párrafo tercero LET) y no se apertura dicho trámite (no se contiene en la norma obligación alguna de comunicación al respecto) para la representación sindical que eventualmente debe jugar un papel decisivo en la consecución del acuerdo. ¿Cabe aquí de este modo entender por representación *legal* tanto la unitaria como la sindical?

De la exposición anterior resulta bien a las claras la gran confusión resultante de las disposiciones legales y reglamentarias a propósito de la legitimación en el ERE y, en concreto, de la legitimación para negociar —y eventualmente acordar— en la fase de consultas. La doctrina ha mantenido posturas bien distintas al respecto: elección de la representación por el empresario de entre las existentes en la empresa (unitaria, sindical); prevalencia de la representación sindical sobre la unitaria bajo un mayor amparo constitucional; preferencia de la representación unitaria, derivada de su elección directa por los trabajadores, pero con información y alguna participación de los delegados o secciones sindicales; creación de una comisión específica con participación de todos los anteriores, etc.<sup>(20)</sup>.

Pero aún más, la reforma de 2010 ha introducido otro elemento de confusión derivado del nuevo párrafo final que se añade al artículo 51.4 LET, a cuyo tenor: «El empresario y la *representación de los trabajadores* podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período»<sup>(21)</sup>. En efecto, se menciona aquí el término «representación», sin advertir de

---

(19) Puede que el convenio colectivo aplicable otorgue la competencia negocial al Comité Intercentros; en otro caso, es también práctica común que se designe una comisión de entre los distintos Comités de Empresa cuando el ERE afecta a varios centros de trabajo.

(20) Ver, al respecto, BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 108 y ss.; CAMPOS TARANCÓN, I. y MOLERO NAVARRO, I., «Tramitación de los despidos colectivos», en *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*, dir. SEMPERE NAVARRO, A.V., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 348-350.

(21) Este párrafo, no previsto en el texto de la reforma que salió del Congreso, se introdujo durante la tramitación parlamentaria como enmienda en el Senado (BO de las Cortes Generales núm. 81-12 de 6 de septiembre de 2010).

cuál de ellas se trata; no obstante, dado que los procedimientos de mediación o arbitraje señalados forman parte de la fase de consultas (ni siquiera se interrumpe el plazo máximo conferido en la norma), debe apreciarse que serán los sujetos titulares o partícipes de aquéllas los que facultativamente adopten otro procedimiento de consecución de un resultado acorde con las posturas de las partes distinto del pacto directo. Por tanto, cabe apreciar que las representaciones legales y sindicales, con idénticas mayorías de las precisas para acordar en fase de consultas, son las legitimadas para instar los procedimientos de mediación o arbitraje.

#### 4. Instrucción del expediente: trámite de audiencia

Por último, cabe señalar que del resto de diligencias del procedimiento es en el trámite de audiencia donde se contiene otra referencia a las partes, referencia legal indirecta dado que existe una remisión a la norma supletoria que rige el procedimiento administrativo común (artículo 51.13 párrafo primero LET), pero referencia explícita en la norma reglamentaria, RD 43/1996, cuyo artículo 10 dispone que «En el plazo de tres días a contar desde la finalización del período de consultas, la autoridad laboral procederá a dar audiencia del expediente a las partes...». Y también para el supuesto de ERE motivado por fuerza mayor (artículo 19 párrafo segundo) se contempla la audiencia a las partes, pero, en este caso, a los *representantes legales* de los trabajadores en exclusiva.

El trámite de audiencia se configura en el procedimiento administrativo común, que sirve de referencia general para el ERE, como el último y de carácter previo a la confección de la resolución (o la propuesta de resolución, en su caso), de ahí que sirva también como último recurso para que las partes aleguen lo que consideren oportuno y adjunten la documentación complementaria que estimen conveniente; claro que todo ello «... en el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aducidos por las (partes)...».

De nuevo surge la duda sobre quién estará legitimado en nombre de los trabajadores para evacuar este trámite: ¿los representantes legales unitarios, los sindicales, ambos?

### III. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN

#### 1. La solución reglamentaria previa a la reforma

Ante la ausencia de representación de los trabajadores en la empresa, las normas del procedimiento de regulación de empleo habían previsto un cauce participativo específico articulado en el RD 43/1996<sup>(22)</sup> de manera que «En caso de no existir representación colectiva

---

Esta previsión legal ya se contemplaba para los supuestos de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo desde el RDL 10/2010.

(22) Aunque en el artículo 51 LET no se contempla esta situación, de modo que puede afirmarse que el precepto reglamentario carece de respaldo legal.

de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones» (artículo 4 del reglamento). Claro que el contenido de este precepto reglamentario sería de dudosa legalidad<sup>(23)</sup> toda vez que contradice lo dispuesto en el artículo 51.13 LET: «Todas las actuaciones a seguir y las notificaciones que deban efectuarse a los trabajadores se practicarán *con los representantes legales* de los mismos», y en igual medida en los apartados 4 y 12 del mismo precepto legal, como antes se ha indicado.

Por otra parte, existen más sombras que luces en esta reglamentación: a) se habla de ausencia de representación *colectiva*, no sabemos si en referencia a la unitaria o a la sindical o a ambas; puede admitirse que aunque falte representación legal electiva, si existiera representación *sindical* sería inoperante el nombramiento de cualquier otra comisión; b) se contempla una facultad de los trabajadores —éstos *podrán* intervenir—, luego también cabe que no quieran intervenir en el procedimiento; c) ¿significa esto que se extiende la condición de interesado y la legitimación a todos y cada uno de los trabajadores?, extremo que parece contradecir la regla general sobre legitimación; d) si el número de trabajadores es superior a diez deberán designar una comisión, pero ¿y si su número es inferior?, pues si en las suspensiones de contrato y reducciones de jornada se tramita el ERE cualquiera que sea el número de trabajadores, y si el despido colectivo cabe siempre que se produzca el cese de actividades y existan seis trabajadores ¿no habrá comisión por debajo de aquella cifra de diez?; e) si pueden designarse hasta un máximo de cinco representantes, pero ¿y si se designa un número superior a esa cifra?, pues no parece que tenga mayor trascendencia; por otra parte, ¿deberán ser trabajadores afectados por la medida de regulación de empleo? y, en todo caso, ¿cuál podría ser el criterio de designación distinto del aleatorio derivado de la voluntad de la asamblea?

En la práctica, dada la dificultad para designar esta comisión, bien por falta de voluntad de los trabajadores de la plantilla, bien por los inconvenientes derivados de la elección de representantes, lo cierto es que en las empresas pequeñas y medianas ha prosperado el criterio según el cual para la tramitación del ERE el empresario se entendía con la totalidad de la plantilla, en unos casos<sup>(24)</sup>, o simple-

El período de consultas constituye uno de los filtros que se antepone a la decisión empresarial de acudir a la regulación de empleo y determina la participación de los trabajadores en la reestructuración de plantilla. Esta fase se articula mediante una o varias reuniones que se desarrollan entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores

(23) TÁRREGA POVEDA, J., «Despidos colectivos», en *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, coord. CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, F., Laborum, Murcia, 2010, p. 179.

(24) En este sentido, PÉREZ CAPITÁN, L., *El expediente de regulación de empleo. Un análisis práctico jurídico*, ob. cit., p. 31, para el que si no hubiera representación y los trabajadores no designaran representantes «se obliga a que la tramitación del ERE deba ser efectuada con todos y cada uno de los trabajadores».

mente con el colectivo de trabajadores afectados, en otros, y en muchos procedimientos contando con asesoría sindical derivada de la pertenencia de algún trabajador de la empresa a los sindicatos.

Así la cuestión, dado que la titularidad de las consultas queda atribuida a la representación legal de los trabajadores (con participación de las secciones sindicales), esta fase del procedimiento no queda articulada formalmente ante la inexistencia en la empresa de aquella representación legal, por más que se pueda designar a una comisión de representantes que, en ningún caso, pueden ser considerados como titulares de las consultas<sup>(25)</sup>. No quiere ello significar que el empresario y el grupo de sus trabajadores no puedan reunirse y desarrollar consultas, incluso alcanzar acuerdos (de hecho así es en la práctica<sup>(26)</sup>), pero ni estas consultas pueden conformar una auténtica fase procedimental dentro del ERE ni el resultado de éstas puede ser asumido por la autoridad laboral en orden a producir una resolución que sea mera «homologación» del pacto<sup>(27)</sup>, como sí ocurre cuando la fase de consultas se desarrolla con los sujetos y formalidades previstos en la norma. En estos casos, sí resulta de todo punto conveniente que la resolución del ERE contemple con la mayor amplitud el resultado de esas consultas «informales» y sea receptiva a los términos del eventual pacto alcanzado entre las partes; de esta forma, si hubiera acuerdo en orden a la necesidad del ERE, sobre la existencia de la causa, sobre la razonabilidad de las medidas de regulación de empleo solicitadas y sobre cualquier otro extremo (complementos económicos, aplicación rotatoria en la plantilla, acciones formativas, etc.), la resolución debería acomodarse a lo pactado y decidir favorablemente.

La disfuncionalidad que se produce ante la ausencia de representación legal de los trabajadores no puede ser considerada de tono menor en el desarrollo del ERE. Cabe entender que si no existe representación legal no hay titular de las consultas y esta fase del procedimiento debe ser amortizada con pérdida del derecho formal al trámite<sup>(28)</sup>. Pero admitido esto y asumiendo que el empresario pueda «consultar» con el colectivo de trabajadores de su plantilla, ¿qué sucede cuando el eventual acuerdo alcanzado no lo es con todos?, ¿cabe aquí aplicar mayorías pro-acuerdo como sucede con las representaciones legales o sindicales? Parece lógico pensar que ante la adopción de una medida de suspensión o extinción de contratos, sean los trabajadores afectados (si estuvieran determinados desde el inicial momento de la solicitud del ERE) los que muestren mayor reticencia a

---

(25) Estos «interlocutores» no tendrían legitimidad para alcanzar un acuerdo, por lo que sería necesario el voto favorable de la mayoría de los trabajadores afectados; CAMPOS TARANCÓN, I. y MOLERO NAVARRO, I., «Tramitación de los despidos colectivos», ob. cit., p. 350, con cita de la STSJ (C-A) de Cataluña de 8 de junio de 2005, Rec. núm. 154/1999.

(26) Como también resulta habitual que ante la falta de representación sean los sindicatos más representativos o los representativos en el sector de actividad los que presten su apoyo a los trabajadores en las consultas.

(27) La obligación de la autoridad laboral respecto de la homologación del acuerdo alcanzado en consultas deviene firme en tanto no se haya impugnado dicho acuerdo final de las consultas vía demanda de oficio por la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (cfr. artículo 51.5 LET y 146 de la Ley de Procedimiento Laboral).

(28) Existen pronunciamientos doctrinales al respecto de la amortización del período de consultas ante la ausencia de representación de los trabajadores, como BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación de empleo*, ob. cit., pp. 116-117; más recientemente, en el mismo sentido sobre las consultas en empresas carentes de órganos de representación, BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo*, ob. cit., pp. 153-158, y BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010», ob. cit., p. 74.

pactar la medida. Si la lista de afectados no estuviera determinada, ¿cómo se va a pactar dentro del colectivo sin generar problemas? En fin, es por esto que, a diferencia de la adopción de acuerdos responsabilidad de los representantes, el período de consultas con los trabajadores en su conjunto deviene disfuncional en orden a la consecución de una solución definitiva y vinculante para la autoridad laboral. No quiere esto significar que no pueda alcanzarse un acuerdo, pero la eventual validez del pacto, si es que se alcanza, pudiera generar sospecha de abusos, fraude, etc. y, de cualquier modo, ni aun así se tendría una mínima seguridad como la que resulta de la participación y adopción de acuerdos con los representantes colectivos.

### 2. Comisión de trabajadores para la fase de consultas: la reforma laboral de 2010

#### A) *La configuración de un nuevo órgano de representación de los trabajadores*

Aunque en principio, y a pesar de la existencia de los antecedentes derivados del artículo 4 del RD 43/1996, el RDL 10/2010 no lo contemplaba para los ERE —sí, en cambio, para los supuestos de traslados y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo— en la posterior tramitación legislativa origen de la Ley 35/2010 se considera necesario extender también a los procedimientos de regulación de empleo esta institución de la «comisión» como solución<sup>(29)</sup> específica ante la ausencia de representación legal de los trabajadores. En este sentido, el nuevo párrafo cuarto del artículo 51.2 LET dispone que «En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4»<sup>(30)</sup>. Dos cuestiones de orden previo derivan del contenido del precepto: a) el nombramiento de la comisión *ad hoc* se producirá ante la ausencia de representación *legal* de los trabajadores, como dispone literalmente la norma; b) debemos deducir que no sólo hay remisión al artículo 41.4 LET en cuanto al hecho del nombramiento de la comisión, sino también en todo lo que respecta a su composición y funcionamiento así como a las distintas modalidades previstas.

---

(29) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales», en *La reforma del mercado de trabajo*, dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 159.

(30) El artículo 41.4 LET determina lo siguiente: «En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de (que)\* la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial» [\* Advertida la ausencia de esta conjunción en el texto legal].

Esta nueva regulación sobre la designación de una comisión *ad hoc* puede concebirse como una «mutación de jerarquía»<sup>(31)</sup> de la anterior norma contenida en el artículo 4 del RD 43/1996 que ahora más o menos se transmuta en el nuevo párrafo, el cuarto, que se añade al artículo 51.2 LET. En todo caso parece obvio que la nueva ordenación legal debe producir una derogación tácita del anterior precepto reglamentario, y aun no entenderse así, es lo cierto que la regulación legal «prevalece»<sup>(32)</sup> sobre el citado reglamento en caso de oposición en cuanto al contenido.

Sin embargo, nótese que el precepto reglamentario parecía referirse a la representación para *todos los trámites* del procedimiento (legitimación en sentido genérico), de forma que las sucesivas actuaciones entre los trabajadores y la autoridad laboral en el curso del ERE debían llevarse a cabo, precisamente, con esa «comisión» o «grupo de trabajadores designados». Es decir, que, a salvo del período de consultas, cuya titularidad pertenece en exclusiva a la representación legal de los trabajadores (aunque puedan concurrir otras representaciones), para los demás trámites y comunicaciones dentro del procedimiento aquel grupo de trabajadores designados actuaba como interlocutor de la autoridad laboral (y debemos suponer que también del empresario). Y, desde luego, del tenor literal del reformado artículo 51.2 LET lo que resulta es algo bien distinto: la instauración de una comisión que debe servir para el cumplimiento de una función perfectamente determinada, cual es la actuación *para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo*. En consecuencia, no parecen idénticos los cometidos de ambas comisiones, la prevista de antiguo en el reglamento (legitimada para los trámites administrativos del ERE) y la novedosa derivada de la reforma (para actuar en el período de consultas y concluir acuerdos). Obviamente ahora, por el juego conjunto del artículo 4 del RD 43/1996 y el artículo 51.2 LET, será más sencillo interpretar con acierto la cuestión suscitada de forma que la comisión que se cree, ante la ausencia de representación colectiva de los trabajadores, tendrá legitimación completa en la tramitación del procedimiento, incluido el período de consultas.

Por otra parte, la reforma de 2010 no entra a valorar la existencia en la empresa de representación sindical, aun cuando es admitida como sujeto negociador dentro del período de consultas junto a la representación unitaria (artículo 51.4 LET), y sólo se refiere a la ausencia de representación *legal* dando por cierto que es ésta —la unitaria— la única titular de las consultas. Siendo así que, para el caso de inexistencia de esa representación unitaria, debe articularse la creación de otro sujeto a través del cual se instrumente la relación jurídica bilateral y formal con el empresario para llevar a efecto esta decisiva fase procedimental de las consultas. Pero esto sigue generando incertidumbre respecto del papel que se deba atribuir a la representación sindical, si la hubiera, negada su titularidad como sujeto legitimado pero admitida su participación en la consulta y en la adopción de acuerdos.

También será práctica habitual, como lo es ahora incluso existiendo representantes legales, que la comisión nombrada al efecto y mandatada para negociar y acordar lo pertinente en la fase de consultas consulte a su vez con el conjunto de los trabajadores y, desde

---

(31) TÁRREGA POVEDA, J., Despidos colectivos», *ob. cit.*, p. 178.

(32) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales», *ob. cit.*, p. 160.

luego, con los que vayan a ser afectados, a fin de legitimar aún más su actuación en orden a la consecución de un pacto<sup>(33)</sup>.

La elección de una comisión no garantiza, de este modo, que los representantes actúen sólo a su criterio y adoptando decisiones en exclusiva; bien al contrario, la práctica ha demostrado como, ante la ausencia de representación *legal*, las comisiones de trabajadores buscan el respaldo del conjunto de los trabajadores quizá para dotar de mayor consistencia al pacto<sup>(34)</sup>.

### B) Modalidades de la Comisión

Si bien en un primer momento la composición de la comisión quedaba establecida en referencia a los sindicatos más representativos y representativos, posteriormente, con la Ley 35/2010, se determina que sean los propios trabajadores de la empresa los que a su opción elijan los miembros que vayan a representarles<sup>(35)</sup>, designados de entre ellos mismos o de entre los sindicatos (artículo 41.4 LET). Esta doble posibilidad de elección<sup>(36)</sup> otorgada a los trabajadores tendrá también una distinta repercusión para el empresario, como veremos. También es posible considerar que el empresario pueda influir en la designación de los representantes en orden a conseguir un control directo sobre el pacto, y más habida cuenta de la ausencia de garantías reconocidas a los trabajadores designados que pudieran debilitar su postura negociadora<sup>(37)</sup>.

En el plazo de tres días, a contar desde la finalización del período de consultas, la autoridad laboral procederá a dar audiencia del expediente a las partes

#### a) La idea inicial del RDL 10/2010

Como se dijo, fue el RDL 10/2010 el que de inicio introdujo la posibilidad de crear una comisión, en caso de ausencia de representación

(33) En este sentido, ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUEIRAL, E., *La reforma laboral de 2010. Comentarios prácticos a la ley 35/2010, de 17 de septiembre*, La Ley, Madrid, 2010, p. 81, cuando señalan que la comisión «quiera apoyarse para manifestar sus decisiones en lo que diga la asamblea de trabajadores de la empresa».

(34) Éste es el caso que contempla la STSJ de Cataluña, C-A, de 8 de junio de 2005, rec. núm. 154/1999, donde habiéndose nombrado una comisión de cuatro trabajadores para las consultas, al final el acuerdo viene rubricado por la mayoría del conjunto de trabajadores —además de los comisionados—; claro que esto no impidió que tres de los veintín trabajadores mantuvieran una postura contraria que a la postre les llevó a impugnar la resolución administrativa por no haber sido llamados personalmente a consultas.

(35) Es así que la Ley 35/2010 rectifica al anterior RDL 10/2010 que «alejaba el centro de decisión desde los más directamente afectados a una representación sindical que, a pesar de estar capacitada para defender los intereses en presencia, tendrá en su contra no conocer de primera mano la problemática particular de la concreta unidad productiva»; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; ABRIL LARRAINZAR, M.P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D., *La reforma laboral de 2010: un análisis teórico-práctico*, CEF, Madrid, 2010, p. 67.

(36) Que parece acertada en tanto deja en manos de los trabajadores la decisión sobre quiénes serán los sujetos que negociarán durante la fase de consultas; BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010», *ob. cit.*, p. 74.

(37) ALFONSO MELLADO, C.L., «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 112.

legal de los trabajadores, para acometer las consultas con el empresario en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículos 40.2 y 41.4 LET). Para ello se articuló una especie de *representación sindical* dado que la comisión a crear estaría compuesta de un máximo de tres miembros e «integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta». Es decir, que los trabajadores se limitaban a *atribuir* su representación a una comisión *designada* por un ente que sería ajeno a la empresa: la Comisión paritaria del convenio aplicable. Esta primera versión de la comisión, con una composición únicamente sindical, respondía a la idea de atribuir algún papel a los sindicatos en aquellas pequeñas y medianas empresas donde carecen de representación para que pudieran participar en las consultas sobre traslados y modificación de condiciones de trabajo.

b) La comisión compuesta por trabajadores de la empresa

A partir de la Ley 35/2010 los trabajadores de la empresa gozan de una facultad de elección al efecto de determinar la composición de la comisión que habrá de representarles. De este modo, una primera opción consiste en atribuir su representación a los compañeros, trabajadores de la propia empresa, mediante una elección democrática y en número máximo de tres. Como la norma no indica nada más al respecto, será la asamblea de trabajadores, constituida al efecto y con las exigencias legales sobre convocatoria y adopción de acuerdos previstas con carácter general en los artículos 77 y siguientes LET<sup>(38)</sup>, la que tenga que proceder a la elección. Respecto del número de trabajadores, la cifra de tres parece acertada<sup>(39)</sup>, sin embargo, también podría haberse mantenido la de cinco prevista en el artículo 4 del RD 43/1996, quizá más adecuada para los eventuales casos de ausencia u otros imponderables. Tampoco, como luego se verá en materia de adopción de acuerdos, la cifra de cinco miembros hubiera sido desproporcionada.

c) La comisión sindical

Una segunda opción permite a los trabajadores dirigirse a los sindicatos para que sean ellos quienes les representen; en este sentido la norma dispone que sean las propias organizaciones sindicales, según su representatividad, las que designen a tres representantes de entre sus miembros (o tal vez de entre personas ajenas a la organización, pues la norma nada indica al respecto), a los que luego los trabajadores de la empresa atribuirán su representación. No hay, pues, una elección directa de representantes por los propios trabajadores, sino que serán los sindicatos quienes asuman esta función, si bien, a la postre, los trabajadores deberán otorgar expresamente a los designados su representación. Sobre qué organizaciones puedan integrar la comisión, se dispone que sean tanto los sindicatos más representativos o simplemente representativos del sector de actividad al que pertenezca la

---

(38) Aunque también aquí nos encontramos con una laguna legal por cuanto a decir del artículo 77 LET la asamblea debe estar presidida «en todo caso» por la representación unitaria de los trabajadores.

(39) BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010», *ob. cit.*, p. 74, considera que el número de tres representantes parece adecuado por operativo.

empresa y también<sup>(40)</sup> aquellos otros que, sin tener esta condición, estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable a la empresa. La designación en términos de proporcionalidad según la distinta representatividad sindical no resulta en absoluto novedosa, sino que se sigue el criterio aplicable para las comisiones negociadoras del convenio colectivo.

De elegirse esta opción, se ha previsto que el empresario pueda actuar no directamente en las consultas sino también representado por sus organizaciones; de este modo, se dispone en la norma que si la comisión elegida se compone de miembros designados por los sindicatos, «el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de (que) la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial».

### C) *Funcionamiento del órgano de representación*

#### a) Plazo de designación

El período de consultas se ha visto reducido en su duración total tras la reforma de 2010, estableciéndose ahora plazos máximos; dicha fase tendrá una duración máxima («no superior») a treinta días naturales o a quince si la empresa tiene menos de cincuenta trabajadores y se trata de un supuesto de extinciones de contratos (artículo 51.4 LET), reduciéndose tales plazos a la mitad cuando se solicite la suspensión de contratos o la reducción de jornada [artículo 47.1.b) LET]. Si el período de consultas debe abrirse simultáneamente a la solicitud del ERE, será desde ese momento que los trabajadores de la empresa dispongan del plazo establecido de cinco días para designar la comisión, plazo que se incluye en el total de duración de las consultas sin que éste se vea ampliado en ningún caso, dado que no se dispone su paralización o suspensión por el recurso a la citada comisión, lo cual se corresponde exactamente con la idea que subyace a la reforma de dotar de mayor agilidad la tramitación del ERE y evitar retrasos innecesarios en la propia fase de consultas, como los que se venían produciendo con la designación de la comisión *ex* artículo 4 del RD 43/1996, supuesto en el que el inicio de las consultas se demoraba en la práctica hasta la constitución del grupo de representantes interlocutores del empresario<sup>(41)</sup>. Claro que, en la práctica, este brevísimo plazo de cinco días seguramente conllevará la imposibilidad de articular en tiempo la citada comisión, lo que obviamente supone una restricción poco razonable<sup>(42)</sup>.

---

(40) Aunque esta mención no se hacía en el RDL 10/2010.

(41) Se ha advertido, no obstante, que «no queda claro si esos cinco días se cuentan dentro de los quince, o se trata de un plazo previo a partir del cual el período de consultas ya no presenta obstáculo alguno para su transcurso»; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, *ob. cit.*, p. 120. Se señala también que «no siempre será fácil que la comisión paritaria haga la designación en el plazo de cinco días a contar desde el inicio» de las consultas; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales», en *La reforma del mercado de trabajo*, *ob. cit.*, p. 160.

(42) En este sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; ABRIL LARRAINZAR, M.P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D., *La reforma laboral de 2010: un análisis teórico-práctico*, *ob. cit.*, p. 68.

b) Adopción de acuerdos

La norma es tan escueta al respecto que, en la práctica, se habrá de generar más de un problema: «Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros». En este sentido se ha dispuesto que el número de miembros de la comisión —en cualquiera de sus dos modalidades— sea de un máximo de tres, de forma que, como difícilmente puede considerarse una comisión compuesta por un solo miembro, el número de ellos para articular válidamente este órgano sólo podría ser dos o tres. Si fueran dos los miembros de la comisión resultaría imposible la adopción de un acuerdo cuando hubiera dos posiciones encontradas: ninguna obtendría «el voto favorable de la mayoría»<sup>(43)</sup>. Deberá, por tanto, estar compuesta de tres miembros para que la adopción de un acuerdo sea factible, y aun así siempre quedará la duda cuando uno de los miembros se incline por la abstención frente a dos posiciones encontradas. Quizá el número de cinco miembros —que no parece excesivo— hubiera sido más operativo a los efectos que se pretenden sobre consecución del acuerdo, pero sobre todo serviría para evitar paralizaciones y puntos muertos que mal se compadecen con la brevedad del período de consultas en el que se debe actuar.

#### IV. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DERIVADOS DE LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL

Es justo reconocer que la reforma de 2010 ha pretendido aportar soluciones ante la ausencia de representación de los trabajadores en materias que se estiman de extraordinaria importancia para sus intereses individuales y colectivos, soluciones que podemos calificar como voluntaristas aunque no excesivamente novedosas, como hemos visto en los antecedentes. No obstante, a pesar de este loable intento la nueva regulación legal ha quedado excesivamente limitada para solventar los múltiples problemas de todo orden que no dejarán de presentarse. Alguno de estos inconvenientes se ha señalado ya, pero existen otros de gran relevancia que no encuentran un apropiado tratamiento legal y serán motivo de discrepancias.

##### 1. Los supuestos necesitados de interpretación

A) Si la solicitud empresarial de apertura del ERE debe comunicarse a los *representantes legales* de los trabajadores y recabar de ellos el informe previsto en el artículo 64.5 LET, ¿cómo actuar ante la ausencia de representantes?, ¿a quién debe comunicar el empresario aquella solicitud: a todos los trabajadores o a los trabajadores afectados si estuvieran determinados?, ¿quién emitirá el informe: deja de ser preceptivo en estos casos? Ante tales interrogantes no cabe sino señalar el vacío que deja la norma legal<sup>(44)</sup>, si bien indirectamente

---

(43) Será sumamente desaconsejable que se elija una comisión de dos miembros por el riesgo de conducir a situaciones de bloqueo, como ha puesto de manifiesto GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales», en *La reforma del mercado de trabajo*, ob. cit., p. 158.

(44) Tal como se ha indicado, «en puridad ningún período de consultas puede arrancar como tal sin alguien con quien entablar conversaciones»; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; ABRIL LARRAINZAR, M.P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D., *La reforma laboral de 2010: un análisis teórico-práctico*, ob. cit., p. 68.

cabe interpretar que será con la totalidad de la plantilla con quien el empresario habrá de contactar a los efectos de iniciar el procedimiento<sup>(45)</sup>. Y esto es así por cuanto de la reforma legal no resulta otra cosa sino que son el conjunto de *los trabajadores en la empresa* los que podrán designar la comisión que se instaura, para lo cual es obvio que previamente deben conocer la solicitud empresarial de acudir al ERE. No obstante, respecto de la emisión del informe habrá de considerarse que resulta improcedente por inoperante en estos casos.

B) Si el período de consultas se abre con la comunicación del empresario a los representantes *legales* de los trabajadores y aquellos no existen, teniendo en cuenta que el artículo 51.4 LET permite la participación en las consultas y la adopción de acuerdos con las representaciones *sindicales*, ¿debe entenderse que será con las secciones sindicales con quien se abrirán las consultas?, o, por el contrario, si la norma legal es literalmente tajante al disponer que frente a la ausencia de representación *legal* pueden los trabajadores de la empresa designar una comisión ¿deberá ser con el colectivo de trabajadores con los que se abra esta fase obviando a la representación sindical? Aunque resulta perfectamente admisible que las consultas puedan comenzar (y, desde luego, ser anunciadas) con los representantes sindicales comunicándolo también a todos los trabajadores, de nuevo el legislador arroja confusión en tanto decide omitir a las secciones sindicales en este momento del comienzo de las consultas —a pesar del importante papel que él mismo luego les otorga en el pacto— y dar el siguiente paso facultando al colectivo de trabajadores para nombrar la comisión<sup>(46)</sup>.

C) En relación con el plazo de las consultas y el destinado para el nombramiento de la comisión, también se generan dudas por cuanto si el comienzo de esta fase se comunica a todos los trabajadores, habrán de constituirse en asamblea y utilizar este breve plazo de cinco días para designar la comisión, en el entendido que el plazo total de las consultas sigue corriendo. Si la opción fuera elegir la comisión de entre los trabajadores, el plazo parece algo más atinado (a expensas de que los elegidos acepten el encargo y no se genere de ahí mayor contratiempo), pero si fuera decisión de la asamblea de trabajadores

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión

---

(45) En este sentido, ALFONSO MELLADO, C.L., «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en *La reforma laboral en la Ley 35/2010, ob. cit.*, p. 111: «si el empleador tiene que iniciar el período de consultas y no existen representantes, la única posibilidad es que dirija una comunicación en este sentido a todos los trabajadores interesados, pues no hay todavía representantes a través de los que comunicarse con los trabajadores».

(46) Efectivamente, se ha señalado que esta manera de obrar del legislador «genera dudas sobre si se está excluyendo indirectamente la interpretación amplia mantenida hasta ahora por los tribunales a favor de entender que la alusión a los representantes legales comprendía también a los sindicales»; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en *Guía práctica de la reforma laboral de 2010, ob. cit.*, p. 119, y se pregunta la autora ¿no cabe abrir período de consultas con los representantes sindicales?, a lo que responde afirmativamente.

dejar en manos de los sindicatos —en función de su representatividad— la designación de los miembros de la comisión, el plazo se nos antoja muy difícil de cumplir por su brevedad, como ya se dijo<sup>(47)</sup>. Pero, en cualquier caso, ¿quedaría invalidada la comisión cuya designación se hubiera producido transcurrido dicho plazo?; no debe ser así desde el momento en que la finalidad primordial de las consultas sigue siendo la de conseguir un acuerdo y, en consecuencia, constituida la comisión —aun de forma extemporánea— no cabe la opción de invalidar formalmente esta trascendental fase dentro del ERE<sup>(48)</sup>.

D) Por otra parte, si la comunicación de apertura del período de consultas se efectúa a la representación sindical que hubiera en la empresa, ¿cabría sospechar que la designación de la comisión estuviera más cerca de los sindicatos que de los trabajadores?, ¿introduce esta cuestión alguna distorsión en el diseño realizado por el legislador?; será la práctica la que responda a este interrogante pues aunque la asamblea de trabajadores es soberana la influencia sindical puede inclinar la designación hacia su lado, y más teniendo en cuenta que en las consultas del ERE se permite desde siempre la presencia de «asesores» que, en la mayoría de los casos, pertenecen a los propios sindicatos. Y, por último, ¿podrá mostrar alguna preferencia el empresario por negociar con unos u otros, dado que la norma no se expresa con claridad?

## 2. La inoperancia de la reforma ante la ausencia de voluntad de los trabajadores para nombrar la comisión

Como la reforma continúa asumiendo (como antes también la regulación reglamentaria) que el nombramiento de la comisión debe configurarse como una *facultad* de los trabajadores: «podrán optar por atribuir su representación», ante la ausencia de una decisión de los trabajadores al respecto o frente a una opción contraria al citado nombramiento, nos encontramos con que la solución que el legislador ha pretendido de tanto calado y extendido a diversos supuestos de los más importantes en el desarrollo de las relaciones laborales queda en la nada. No puede resultar acertado un diseño como el que se efectúa de una institución que se articula como novedosa y luego dejar en el olvido las consecuencias de su falta de utilización, extremo que perpetúa los problemas de interpretación teórica pero, sobre todo, de aplicación práctica que se han mostrado en la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo. El legislador a lo más que alcanza es a disponer que la falta de designación de la comisión no paraliza el período de consultas, en persecución obsesiva de una de las ideas capitales de la reforma de 2010 cual es la de dotar de mayor «velocidad» la tramitación de los ERE.

Así la cuestión, dado que los trabajadores deben expresar democráticamente su parecer en asamblea, puede ocurrir que no se decidan a constituir la comisión, que opten por una

---

(47) Efectivamente, «el plazo de los 5 días puede tener poco valor práctico»; CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R., «Movilidad geográfica, artículo 40 LET», en *Comentarios al estatuto de los trabajadores*, Lex Nova, *ob. cit.*, p. 402.

(48) Puede seguramente entenderse «que es posible que se realice una designación posterior a los mencionados cinco días, siempre que se haga antes de que finalicen (las consultas)»; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales», en *La reforma del mercado de trabajo*, *ob. cit.*, p. 160.

representación de trabajadores pero no encuentren a quien designar, que los designados no acepten el mandato... ¿qué sucede entonces ante la falta de designación de la comisión? Pues la respuesta aparece bien simple a la vista: nos colocamos de nuevo en el «punto de partida previo a la reforma»<sup>(49)</sup>.

Es decir, de nuevo interpretar-decidir sobre qué hacer respecto al período de consultas. Optar por admitir su desarrollo con todos los trabajadores de la empresa, o solamente con los trabajadores afectados, u optar por una solución más drástica y entender amortizada esta fase del procedimiento pensada para su evacuación con los representantes de los trabajadores ante la ausencia de sujeto legitimado. Porque si los trabajadores no acogen la opción que les ofrece el legislador volvemos al anterior dilema respecto de quiénes sean los sujetos legitimados para las consultas.

Tal vez arroja algo de luz el propio legislador —aunque de manera totalmente inopinada— cuando se refiere a la no paralización del período de consultas en caso de no nombramiento de representantes. Es decir, si el legislador está admitiendo —aunque esto sea contradictorio con lo que se contiene en otros preceptos anteriormente citados— que la inexistencia de comisión por falta de designación no paraliza la fase de consultas es porque indirectamente nos está señalando que dicha fase quedará abierta «con los trabajadores» en su conjunto. Y a este respecto, a pesar de que se pueda interpretar que sean los trabajadores «afectados» los sujetos de las consultas, quizá conviene entender que esta legitimación debe extenderse a «todos» los trabajadores<sup>(50)</sup>, al menos así debe ser en el inicio de las consultas pues en ese momento cabe la posibilidad de que los trabajadores afectados no estén aún determinados y sea en la propia fase de consultas donde esto se complete.

En todo caso, nos inclinamos por la interpretación que da por amortizada formalmente esta fase del procedimiento<sup>(51)</sup>, aunque debemos reiterar aquí lo señalado en párrafos anteriores respecto a la validez de los eventuales *acuerdos* que puedan alcanzarse en las consultas entre el empresario y los trabajadores y su incidencia directa en el contenido de la resolución que deba dictar la autoridad laboral.

## V. LAS INSUFICIENTES SOLUCIONES QUE APORTA EL PROYECTO REGLAMENTARIO

### 1. Interesados/Legitimación

A) Los artículos 3 y 4 del proyecto reglamentario contienen las menciones señaladas aportando pocas variaciones respecto al modelo ya conocido. A este respecto, el artículo 3 se refiere como legitimados a los trabajadores *a través de sus respectivos representantes*

---

(49) Tal como lo expresa SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en *Guía práctica de la reforma laboral de 2010, ob. cit.*, p. 119.

(50) De cualquier modo, la doctrina de los tribunales acoge pacíficamente cualquier proceso de consultas, sea con el total de trabajadores del centro o solo con los trabajadores afectados (si estuvieran ya determinados); ver, en relación con las consultas de los trabajadores afectados, la STSJ de Cataluña (C-A), de 24 de abril de 2007, rec. núm. 112/2003.

(51) Así también resulta en la STS, C-A, de 21 de septiembre de 1995, rec. núm. 994/1992.

*legales*, es decir, nada nuevo en relación a estos sujetos. No obstante, la nueva norma reglamentaria añade en su texto un criterio ya acogido por la jurisprudencia en tanto considera interesados a *los trabajadores afectados* por el ERE a efectos de la interposición del recurso de alzada —y eventual impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— frente a la resolución que dicte la autoridad laboral.

Por tanto, solamente los representantes legales de los trabajadores tendrán (siguen teniendo) la condición de interesados durante la tramitación del procedimiento, accediendo a dicha condición de forma individual los trabajadores afectados pero una vez se haya dictado la correspondiente resolución en el ERE.

Se contempla ahora con carácter más específico, aunque esta cuestión no venía generando problemas, la atribución de la condición de interesado a los trabajadores afectados por el ERE para que puedan exigir en vía Jurisdiccional Social el cumplimiento de las medidas aprobadas de acompañamiento social (plan social) del ERE y, en concreto, lo relativo a la indemnización legal o pactada (artículo 18 del proyecto).

B) Por lo que se refiere a la legitimación, el artículo 4 del proyecto recoge la prescripción legal sobre la designación de la nueva comisión representativa prevista para los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa. Sin embargo, la redacción reglamentaria no se limita a reproducir el contenido de la norma legal, sino que añade algunas precisiones de interés, a saber:

- La referencia a los trabajadores de la empresa se extiende también en vía reglamentaria a los trabajadores de *cualquiera de sus centros de trabajo* que estén afectados por el ERE. Se convierte así esta menor unidad productiva en la sede de toma de decisiones en esta materia. Y la previsión del reglamento es buena teniendo en cuenta que la empresa puede contar con distintos centros de trabajo, incluso ubicados en distintas Comunidades Autónomas con la distinta atribución competencial que ello conlleva, y sólo resultar afectado por el ERE alguno o algunos de tales centros. Pues será en el centro afectado donde se instale naturalmente la sede de toma de decisiones en lo que respecta a los trabajadores: consulta, negociación, pacto.
- En cuanto a las modalidades de representación, que en la norma legal eran dos: la comisión de trabajadores y la comisión sindical, ahora se extiende a una nueva posibilidad que va a generar no poca confusión práctica. En este sentido, a tenor de la norma reglamentaria «los representantes legales de un centro de trabajo de la misma empresa podrán asumir a estos efectos y mediante el mismo sistema de designación la representación de los trabajadores del centro que carezca de representación legal» [artículo 4.2.a), párrafo segundo, del proyecto].

Así la cuestión, los trabajadores de un centro de trabajo afectado por un ERE podrán optar por designar la comisión *ad hoc* no eligiendo miembros de entre ellos, ni acudiendo a los sindicatos, sino integrando en ella como representantes a quienes ya lo sean de sus compañeros en otro centro de trabajo de la empresa. De esta forma, uno o varios Delegados de Personal o un Comité de Empresa de un centro de trabajo podrían ser elegidos para integrar la comisión que los trabajadores de otro centro de la misma empresa carente de representación quisieran constituir.

Claro que esto no deja de ofrecer alguna inseguridad que quedará al arbitrio de la práctica. Así, por ejemplo, resulta indeterminado si el mandato de representación debe hacerse extensivo a todos los Delegados electos o al Comité de Empresa en su conjunto o sólo a parte de ellos; porque no se aclara en el proyecto reglamentario si el número de miembros de la comisión se mantendrá en tres, como debe ocurrir —regla general— para las otras dos modalidades. Y si el número es de tres y pueden concurrir más, por ser superior el número de Delegados, ¿cómo se elige de entre ellos a los que vayan a formar parte de la comisión?, ¿será quizá proporcionalmente a su pertenencia sindical, si fuera el caso, y en equivalencia a lo señalado para la comisión sindical? Dudas que, ante la escasa previsión de la norma, deberán ser resueltas con la práctica en los diferentes supuestos que se presenten, si bien parece que cuando el proyecto contempla que debe adoptarse «el mismo sistema de designación» se está refiriendo a que el régimen jurídico de la comisión será el diseñado legalmente y a él deberá circunscribirse cualquier actuación.

### 2. Iniciación del ERE y apertura del período de consultas

— Tanto en la fase de iniciación del procedimiento (solicitud) como en la simultánea apertura del período de consultas, la norma legal, tras la reforma, insiste en atribuir la condición de sujeto legitimado a la *representación legal de los trabajadores*; pero el proyecto de reglamento, en su artículo 5, extiende esta legitimación a «los representantes de los trabajadores» de forma genérica, si bien en remisión a lo que ya se dijo en los artículos 3 y 4. Por tanto, el empresario deberá comunicar el inicio del procedimiento y la apertura de la fase de consultas a la representación legal de los trabajadores, o a éstos en su conjunto si no existiera aquella representación para que designen la comisión *ad hoc*. A mayor abundamiento, el reglamento establece una obligación para la empresa en orden a «comunicar a los trabajadores la posibilidad de esta designación (de la comisión) a la apertura del período de consultas, si no lo hubiera hecho antes, indicando que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento».

No es extraño suponer que el empresario haya iniciado las conversaciones con sus trabajadores en momento previo a la presentación de la solicitud del ERE, de forma que la fase de consultas pueda iniciarse formalmente de inmediato, sin demora alguna y en simultaneidad con la puesta en marcha del procedimiento de regulación de empleo, y es dado entender que se haya propiciado (por el empresario o por la plantilla, según quien tenga más conocimiento de ello) la creación de la comisión si no hubiera representantes. En todo caso, si no se hizo antes, el reglamento

Si la comisión elegida se compone de miembros designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado

impone una clara obligación al empresario para que sea él quien comunique a los trabajadores la posibilidad de esta designación en el preciso momento de la apertura de la fase de consultas, dato relevante por cuanto no responde a ninguna previsión legal ni se contempla consecuencia alguna para el caso de incumplimiento —que, por otra parte, no será fácil de constatar—.

- Contempla también el texto del proyecto (artículo 5.2), dentro del trámite de subsanación de eventuales defectos observados en la solicitud, que la autoridad laboral se dirija a *los representantes legales de los trabajadores* al objeto de facilitarles copia de la subsanación que se lleve a efecto. De nuevo la dicción literal del precepto se acomoda a la regla general sin observar excepciones y parece obviar la posibilidad de inexistencia de representación legal y los nuevos cauces representativos que se establecen tras la reforma de 2010, salvo que se trate de otro olvido y la comunicación de subsanación y su resultado se efectúe a los *trabajadores*, cualquiera que sea su modalidad de representación.
- Otra cuestión a tener en cuenta es la permanencia en el nuevo texto reglamentario de la obligación empresarial de presentar junto a la solicitud del ERE la solicitud de informe dirigido a la representación legal de los trabajadores (el previsto en el artículo 64.5 LET y que deberá evacuarse en este procedimiento); escrito de petición de informe que el empresario, como se dijo, debe aportar obligatoriamente a la autoridad laboral contenido mínimo de dicha solicitud de ERE. Como dicho informe se ubica en sede de derechos de información y consulta y competencia del Comité de Empresa, seguirán creándose distorsiones ante la posibilidad de inexistencia de aquella representación legal de los trabajadores, pues en estos casos, ¿deberá emitirse informe? ¿quién deberá suscribirlo?
- Se contiene en el texto del proyecto —en el acto de la solicitud del ERE [artículo 8.d)]— un punto verdaderamente novedoso que introduce una nueva obligación empresarial para con la autoridad laboral. Se trata del deber que se impone al empresario solicitante de informar a la Administración respecto de «la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento de regulación de empleo», entendiéndose que pueden ser instancias distintas; y se añade la obligación de especificar «si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo». Pero la obligación establecida es más amplia aún dado que el empresario deberá también informar «sobre los centros de trabajo sin representación unitaria» y, por último, sobre las «actas relativas a la atribución de la representación a la comisión» negociadora creada al amparo de la reforma de 2010.

En este sentido, lo que se está introduciendo con el nuevo precepto es una verdadera obligación del empresario en relación con la aportación a la autoridad laboral de un auténtico «mapa de representación» de los trabajadores en la empresa y en sus distintos centros de trabajo, que deberá poner de manifiesto la existencia o ausencia de representación legal, las unidades productivas con representación y sin ella, la composición de la comisión negociadora del ERE si fuera distinta a la representación legal, el eventual nombramiento de la comisión *ad hoc* diseñada para las consultas y el ámbito de la negociación, empresa o centro/s. La cuestión resulta de interés para la autoridad laboral en cuanto puede disponer con ello de un mejor instrumento de comunicación-notificación de actos dentro del ERE

y a los efectos de valorar la legitimación subjetiva en las consultas y eventual pacto alcanzado. Sin embargo, la Administración laboral puede disponer de gran parte de estos datos obtenidos en su propia Oficina Pública de elecciones sindicales al respecto de la representación legal de los trabajadores en la empresa y sus centros productivos. Por el contrario, nada aporta la nueva norma sobre la información referida a la existencia de representación sindical en la empresa; nuevo olvido de estos sujetos llamados a participar en las consultas, como se vio. En todo caso, frente al incumplimiento de esta obligación empresarial la autoridad laboral podría solicitar subsanación y mantener paralizado el inicio del procedimiento en tanto se atiende aquel requerimiento.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFONSO MELLADO, C.L., «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BLASCO PELLICER, A., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010», en *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, AA.VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CAMPOS TARANCÓN, I. y MOLERO NAVARRO, I., «Tramitación de los despidos colectivos», en *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*, dir. SEMPERE NAVARRO, A.V., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «La reforma del despido en la Ley 35/2010», en *La reforma del mercado de trabajo*, dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Lex Nova, Valladolid, 2010.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; ABRIL LARRAINZAR, M.P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D., *La reforma laboral de 2010: un análisis teórico-práctico*, CEF, Madrid, 2010.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales», en *La reforma del mercado de trabajo*, dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Lex Nova, Valladolid, 2010.
- ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUEIRAL, E., *La reforma laboral de 2010. Comentarios prácticos a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, La Ley, Madrid, 2010.
- PÉREZ CAPITÁN, L., *El expediente de regulación de empleo. Un análisis práctico jurídico*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.
- QUIRÓS HIDALGO, J.G., «Período de consultas y posible acuerdo entre las partes», en *Expedientes de regulación de empleo*, dir. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.
- SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, coord. CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, F., Laborum, Murcia, 2010.
- TÁRREGA POVEDA, J., «Despidos colectivos», en *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, coord. CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, F., Laborum, Murcia, 2010.



Revista de Derecho del Trabajo

---

# Justicia Laboral

---

---

**CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA**

---



## I. FUENTES DEL DERECHO

---

### SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. **NORMATIVA COMUNITARIA. INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO MARCO SOBRE EL PERMISO PARENTAL.**
2. **CONVENIO COLECTIVO.**
  - A) **Interpretación del convenio colectivo.**
  - B) **Declaración de nulidad de convenios colectivos. Efectos *ex tunc* o *ex nunc* del convenio anulado.**
  - C) **Impugnación de determinadas cláusulas del convenio colectivo de Telefónica.**
  - D) **Convenios colectivos extra estatutarios.**
3. **CONTRATO DE TRABAJO.**
  - A) **Inexistencia de obligación legal de novar el contrato. Jubilación parcial anticipada en la Administración pública.**
  - B) **Contratación temporal en fraude de ley.**
4. **PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**
5. **ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN SALARIAL.**
6. **PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS.**
7. **COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

---

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral – Jurisprudencia (marginales J 1225 a J 1807). Se inicia la crónica destacando la jurisprudencia comunitaria sobre los criterios de interpretación del Acuerdo Marco sobre el permiso parental en el caso de parto gemelar. Esencialmente, las resoluciones comentadas hacen referencia a determinados aspectos de la norma esencial del ordenamiento laboral y, en concreto, a

la aplicación, vigencia y legalidad del convenio colectivo, la primacía de la ley sobre la norma convencional, así como los criterios jurisprudenciales en materia de interpretación de los convenios colectivos. Asimismo, se relatan diversas sentencias sobre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* en supuestos de convenios que resultan anulados por sentencia. Por otro lado, se analizan sentencias en las que se recoge el concepto y los requisitos del principio de aplicación de condición más beneficiosa y las cláusulas de absorción y compensación. El contrato de trabajo y la contratación temporal en fraude de ley son objeto de análisis en esta crónica. Y, en fin, el principio de irrenunciabilidad de derechos y la competencia del Orden Jurisdiccional Social en el supuesto de contratos administrativos celebrados por la propia Administración completan el panorama de sentencias contenidas en los tomos de referencia.

## 1. NORMATIVA COMUNITARIA. INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO MARCO SOBRE EL PERMISO PARENTAL

La **STJCE de 16 de septiembre de 2010, IL J 1514**, resuelve sobre la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Justicia griego en el caso *Chatzi contra Ypourgos Oikonomikon*, en orden a cómo ha de interpretarse el Acuerdo marco sobre el permiso parental que figura como anexo único a la Directiva 96/34/CEE. En concreto, la cuestión prejudicial versa sobre la interpretación de la cláusula 2 apartado 1) del citado Acuerdo.

La petición se presentó por un órgano jurisdiccional griego en el marco de un litigio entre la señora Chatzi, funcionaria, y el Ministerio de Economía griego, respecto de la decisión adoptada por el director de su centro de trabajo de denegarle el derecho a un permiso parental adicional por nacimiento de gemelos. En concreto, la cláusula 2 apartado 1) del citado Acuerdo marco concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores por motivo de nacimiento o adopción de un hijo para poder ocuparse de él durante un mínimo de 3 meses. Las condiciones de acceso y las modalidades del permiso, establece el apartado 3) de la cláusula, se definirán por ley y/o en los convenios colectivos en los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones mínimas del Acuerdo. El Ordenamiento Jurídico Helénico, aplicable a la relación de la funcionaria, reconoce el derecho a un permiso parental remunerado de 9 meses para cuidar de los hijos.

Como cuestiones prejudiciales se plantean, por un lado, la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar el Acuerdo marco y, por otro, el ámbito de aplicación del Acuerdo marco al personal funcionario. Respecto de la primera cuestión el Tribunal de Justicia se estima competente para interpretar el Acuerdo, sin perjuicio de la posible competencia de los interlocutores sociales para determinar el alcance e interpretación del Acuerdo marco (el acuerdo nace del diálogo sobre política social entre agentes sociales del ámbito comunitario). En cuanto a la segunda cuestión, la sentencia considera aplicable el Acuerdo marco a las relaciones de empleo del sector público pues comprende a todos los trabajadores, independientemente de la naturaleza de su relación de trabajo pública o privada.

En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente plantea dos cuestiones: La primera cuestiona el sentido de si al niño se le confiere, en dicho Acuerdo marco, un derecho individual al permiso parental y, en consecuencia, si la denegación de un segundo

permiso lesiona el derecho que el Ordenamiento Europeo reconoce a los gemelos. Razona la sentencia que el Acuerdo marco establece, expresamente, un derecho individual a los trabajadores del que se deduce claramente que los beneficiarios del derecho son los progenitores por su condición de trabajadores y sólo a ellos. Y ello, sin perjuicio del derecho de protección que la Carta Social Europea reconoce a los menores, derecho que no implica, necesariamente, el reconocimiento a su favor de un derecho individual a la obtención del permiso parental, siendo suficiente que éste se confiera a los propios progenitores, a los que corresponde garantizar la protección de sus hijos y, por ello, pueden decidir sobre el mejor modo de cumplir con sus responsabilidades parentales.

Como segunda cuestión, el órgano judicial griego pregunta, en sustancia, si la referida cláusula del Acuerdo marco puede interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido o si, por el contrario, sólo se genera, en el debatido caso, derecho a un permiso parental. Recuerda la sentencia reiterada jurisprudencia sobre los criterios de interpretación del Derecho Comunitario, en las que se señala que no sólo debe atenderse al tenor literal de la norma o disposición sino también a su contexto y a los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. Además, según un principio general de interpretación, señala la resolución comentada, que todo acto comunitario debe interpretarse en la medida de lo posible, de un modo que no cuestione la validez y conformidad del derecho primario.

En este contexto y teniendo en cuenta la finalidad de la norma de la que la disposición cuestionada (Acuerdo marco) forma parte, deduce el tribunal europeo que la finalidad del permiso parental es ofrecer a los progenitores la posibilidad de ocuparse de su hijo interrumpiendo su actividad profesional durante un período libremente fijado por cada Estado miembro y respetando la duración mínima de tres meses. Ahora bien, el aumento de cargas a las que deben enfrentarse los progenitores de gemelos, es de orden cuantitativo, pues responden concomitantemente a las necesidades de dos niños, pero este esfuerzo adicional no se prolonga más en el tiempo, pues los gemelos atraviesan las mismas fases de crecimiento. En definitiva, argumenta la sentencia que doblar la duración del permiso parental no constituye, necesariamente, la única medida adecuada a la que pueden recurrir los Estados miembros para conciliar la vida familiar y profesional de los progenitores de gemelos, pudiendo establecerse otro tipo de medidas destinadas a paliar o responder a las dificultades a que se enfrentan los progenitores en estos casos.

Por último, se plantea el Tribunal el respeto al principio de igualdad de trato en el supuesto planteado por la norma nacional. En este contexto el Tribunal reitera que el Acuerdo marco sólo establece disposiciones mínimas y que los Estados miembros tienen plena libertad para fijar la duración del permiso, respetando el mínimo establecido en el Acuerdo europeo. No obstante, la cláusula del Acuerdo marco, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato, obliga a establecer un régimen de permiso parental que, en función de la situación del Estado miembro en cuestión, garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga en cuenta sus necesidades específicas. En definitiva, corresponde al juez nacional verificar si la normativa interna responde a esta exigencia y, en su caso, interpretarla, en la medida de lo posible, de modo conforme con el Derecho de la Unión.

En conclusión, el fallo de la sentencia determina, en primer lugar, que la cláusula 2, apartado 1) del Acuerdo marco sobre el permiso parental, no puede interpretarse en el

sentido que confiere al hijo un derecho individual al permiso parental. En segundo lugar, la resolución establece que la cláusula 2, apartado 1, de dicho Acuerdo marco no debe interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido. No obstante, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato, esa cláusula obliga al legislador nacional a establecer un régimen de permiso parental que, en función de la situación en el Estado miembro de que se trate, garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga debidamente en cuenta sus necesidades específicas. Corresponde al juez nacional verificar si la normativa interna responde a esa exigencia y, en su caso, interpretar la normativa interna, en la medida de lo posible, de modo conforme con el Derecho de la Unión.

## 2. CONVENIO COLECTIVO

### A) Interpretación del convenio colectivo

La **STS, Sala Cuarta, de 1 de junio de 2010, IL J 1414**, resuelve sobre la demanda de conflicto colectivo planteada por el Comité Ínter centros de la empresa «RENAULT ESPAÑA, S.A.». La demanda del órgano de representación unitaria pretendía determinados pronunciamientos sobre la aplicación de la bolsa de horas colectivas para las trabajadoras en situación de baja maternal y para el personal que accede a la jubilación parcial y a los trabajadores eventuales o fijos que extinguen la relación laboral a través de un expediente de regulación de empleo. La demanda fue desestimada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida en base a diversas argumentaciones. Por un lado, entiende que no se está en presencia de lo que es el objeto propio de un conflicto colectivo sino más bien del que corresponde al llamado conflicto de intereses. En efecto, lo cuestionable en el proceso de conflicto colectivo es la existencia, alcance o contenido de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio, mientras que el conflicto innovatorio tiene como finalidad modificar el orden jurídico preestablecido. Y esta controversia no puede encontrar solución en derecho, porque el juez no puede suplantar la actividad negociadora de las partes, que es el único procedimiento para pacificar la situación.

Por otra parte, señala la sentencia que, en materia de interpretación de cláusulas de convenios colectivos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, pues ante ellos se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y de los hechos concomitantes. Por lo tanto, éste es el criterio que ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que exista una notoria infracción de alguna de las normas que regula la exégesis contractual. En definitiva, la Sala confirma la decisión recurrida, pues no ha sido demostrada la alogicidad o ilegalidad de la interpretación que, a través del recurso, se combate, pues muy al contrario se evidencia el perfecto ajuste de la sentencia a las reglas de la hermenéutica y de la lógica.

También en procedimiento especial de conflicto colectivo, la **STS, Sala Cuarta, de 28 de junio de 2010, IL J 1714**, resuelve sobre la interpretación de un convenio colectivo y, en concreto, sobre la coordinación entre dos de sus artículos relativos al descanso semanal y las vacaciones. Lo que la parte sindical demanda en este conflicto colectivo es «que la empresa se avenga a reconocer el derecho de los trabajadores afectados, consistente en el

disfrute de dos fines de semana de descanso al mes que regula el artículo 26 del convenio colectivo de aplicación, con independencia de la forma fraccionada de los días de vacaciones que se hayan disfrutado». En cambio, la empresa mantiene que «en el supuesto de que un trabajador disfrute sus vacaciones de manera fraccionada no tiene derecho a los dos fines de semana que garantiza el artículo 26 del Convenio». La cuestión a resolver es si se considera o no contraria a derecho la práctica de la empresa demandada de limitar a un fin de semana de descanso, en lugar de los dos que reconoce el Convenio, en aquellos supuestos en que el trabajador haya optado por un disfrute fraccionado de las vacaciones, y en el mes en que éste disfrute una o dos semanas de vacaciones.

La sentencia recurrida, coincidiendo con la apreciación de un laudo arbitral sobre esta cuestión, afirma que no cabe el solapamiento de ambos derechos. Siendo indiferente que el trabajador disfrute las vacaciones fraccionadas o no, el convenio le garantiza el disfrute de dos fines de semana al mes, vinculados a cada mes en concreto, con independencia de las vacaciones, son, pues, dos derechos distintos. Esta postura del no solapamiento de ambos derechos, es coincidente con la de la Sala. Sin embargo, entiende que, una vez establecida la doctrina general sobre la cuestión, procede interpretar el significado exacto del artículo 26 del convenio y ponerlo en relación con el artículo 24 que regula el descanso semanal.

Tras reconocer el día y medio semanal acumulable en períodos de catorce días, añade una limitación: «No obstante, los trabajadores disfrutarán en cada período de siete días, como mínimo, de un día de descanso, de los tres correspondientes a cada período de catorce días». Pues bien, el necesario respeto a esta regla hace que el significado del artículo 26 sea el siguiente: en la semana que toca disfrutar de dos días de descanso semanal, esos dos días coincidirán necesariamente con sábado y domingo. Si se opta por acumular el descanso por períodos de catorce días, el descanso deberá organizarse a lo largo del año según una secuencia alterna: una semana un día de descanso y a la siguiente, dos días de descanso coincidiendo con sábado y domingo, y así sucesivamente.

Una vez hecha esa interpretación considera que el descanso semanal opera, precisamente, cuando no se está de vacaciones. Por consiguiente, una vez finalizadas las vacaciones (sean continuas o fraccionadas) procederá recuperar esa secuencia alterna y con ello da respuesta a la cuestión planteada en este conflicto colectivo, considerando que no es contraria a derecho la práctica de la empresa de limitar a un fin de semana de descanso, en concepto de descanso semanal, cuando en un mes se disfrute de una fracción de vacaciones.

Reiterando la doctrina antes señalada en esta materia de interpretación de los convenios colectivos, la **STS, Sala Cuarta, de 23 de junio de 2010, IL J 1282**, resuelve, en recurso de casación ordinario, un proceso de conflicto colectivo sobre la interpretación del convenio colectivo de la Agencia EFE SA, sobre la definición y funciones de determinados puestos de trabajo que figuran en la norma convencional de referencia.

La sentencia desestima el recurso interpuesto por el Comité Ínter centros reproduciendo, entre otros argumentos, la doctrina reiterada de la propia Sala en materia de interpretación de los convenios colectivos. Establece la Sala de lo social que los órganos de instancia gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado entre ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes. Partiendo de esta premisa, establece la sentencia que los argumentos esgrimidos en el recurso carecen

de fuerza suficiente para desvirtuar los de instancia, al menos en los términos fácticos que se desprenden de la incombatida declaración de hechos probados. Todo ello lleva a la Sala, tal como ya se anticipó, a la desestimación íntegra del recurso de casación común interpuesto.

Con ocasión de una demanda de conflicto colectivo interpuesta por Comisiones Obreras y UGT, en la que reclamaban la declaración de que la subida salarial del Convenio Colectivo de Transportes por Carretera del Principado de Asturias fuese del cuatro por ciento, la **STS, Sala Cuarta, de 14 de julio de 2010, IL J 1750**, desestima el recurso interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que había estimado íntegramente la referida pretensión. Entre otros argumentos, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reitera doctrina consolidada respecto de los criterios acerca de la interpretación de los convenios colectivos. Éstos pueden resumirse en que, al tratarse de un contrato de eficacia normativa (naturaleza atribuible al convenio colectivo), no hay que olvidar que el primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos es el sentido propio de sus palabras, es decir, el sentido literal de sus cláusulas, de forma que, cuando los términos son claros, debe estarse a su literalidad, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación. Ello con independencia de la también reiterada doctrina de la Sala que entiende que la interpretación de los contratos y convenios colectivos corresponde hacerla al juzgador de instancia que es el que presenció los juicios y oyó directamente las alegaciones de las partes, procediendo a su modificación por vía casacional únicamente cuando ésta es manifiestamente desacertada y contraria a las reglas legales de interpretación y las que en ellas se citan.

En este caso concreto, se trataba de la interpretación de dos cláusulas del precitado convenio colectivo que ya habían suscitado anteriores controversias resueltas por el Tribunal. Y así se establece en dichas previsiones convencionales el derecho a los incrementos fijos y variables que, en función del IPC, se establecen en materia salarial y en el convenio colectivo de aplicación. Entiende, en definitiva, la sentencia que la única voluntad de las partes, claramente expresada, es la de garantizar el incremento del IPC previsto, coincidiendo así la finalidad del precepto y su sentido literal.

En fin, sobre los criterios interpretativos y la intención de las partes en la redacción de las cláusulas convencionales se pronuncia la **STSJ de Baleares, de 1 de septiembre de 2010, IL J 1725**, en ella se resuelve sobre la pretensión que ejercita un trabajador demandante con categoría de capataz (grupo I), que solicitó una excedencia voluntaria y se mantuvo en tal situación por el período máximo de cinco años. Estando en situación de excedencia, se procedió por la empresa a una reestructuración organizativa, lo que llevó a la supresión de los puestos de trabajo de capataz, desapareciendo esta categoría del sistema de clasificación profesional del convenio. Al solicitar el reingreso en la empresa, ésta le comunicó que no existía vacante de igual o similar categoría y le ofreció la reincorporación en el puesto de trabajo de ayudante de pesado cuya categoría es la de especialista de segunda (Grupo III) siendo sus retribuciones las previstas en el convenio para esta categoría.

El artículo 43 del convenio colectivo de la empresa demandada establece lo siguiente: «El trabajador en excedencia voluntaria conservará su derecho de reserva preferente al reingreso de igual o similar categoría o grupo profesional que hubiera o se produjera en la empresa...». A juicio de la Sala el tenor de la norma es confuso en este extremo pues no se refiere a «un derecho preferente al reingreso» como hace el artículo 46.5 ET, sino a «un

derecho de reserva preferente al ingreso», pareciendo que se quiso otorgar a los excedentes voluntarios algo más que un derecho al reingreso condicionado a la existencia de vacante, en concreto, la reserva de una plaza de igual o similar categoría.

A la vista de esta confusa redacción, debe intentar buscarse cuál fue la intención de las partes y para ello se acude a la fórmula empleada por el convenio: «... En todo caso se reincorporará a la empresa como máximo a los tres meses de haber solicitado su reingreso salvo un acuerdo de las partes para prorrogar la excedencia más allá del plazo máximo de cinco años». Pues bien, entiende la Sala que una previsión de estas características implica que el reingreso debe producirse en plaza de igual o similar categoría, sin perjuicio de que durante un período transitorio pueda ser incorporado a una plaza de categoría inferior, pero entre tanto, deberá mantenerse su retribución. Para aceptar que la norma establece una reincorporación obligatoria en cualquier plaza, en el presente caso de una categoría correspondiente a dos grupos inferiores, debería haberse pactado con toda claridad de modo que el trabajador que se coloca en excedencia sepa que su solicitud puede llevar aparejada la obligación de reincorporarse en una plaza de inferior categoría. Se mantiene, pues, la retribución de origen mientras se regulariza la situación y se asigna al demandante un puesto de trabajo con categoría correspondiente al grupo I. En conclusión, la Sala estima el recurso, dejando sin efecto la sentencia recurrida y, en su lugar, estima la demanda, declarando el derecho accionado por el demandante a ocupar la vacante que se produzca en un puesto de trabajo igual o de similar categoría, con derecho a las diferencias salariales.

## **B) Declaración de nulidad de convenios colectivos. Efectos *ex tunc* o *ex nunc* del convenio anulado**

La cuestión planteada en la **STS, Sala Cuarta, de 15 de junio de 2010, IL J 1403**, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina y que ya había sido resuelta por la misma Sala, versa sobre la eficacia en el tiempo de las sentencias que declaran la nulidad de un convenio colectivo o de una cláusula de éste. En el caso enjuiciado, se trata de la anulación del Convenio Marco de Acción e Intervención Estatal, convenio anulado por sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2008. La demandante pretendía en el proceso la aplicación *ex nunc* (desde el momento en que se dictó la sentencia anulatoria) y no la aplicación *ex tunc* (desde el momento inicial de la aprobación del convenio anulado). El interés de una u otra tesis de aplicación radica en que la declaración de nulidad tuvo lugar después de extinguida la relación laboral del trabajador, por lo que entiende que le son de aplicación, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, los incrementos salariales producidos por el convenio colectivo anulado con posterioridad.

La Sala soluciona la cuestión controvertida conforme a diversas sentencias anteriores que se pronunciaban sobre casos sustancialmente idénticos y que, por su reiteración, se convirtieron en jurisprudencia. El fundamento de la decisión de dichos pronunciamientos se constituye, en primer lugar, por el criterio de que las sentencias que declaran nulo un convenio o parte de él no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, pues se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión. En segundo lugar, la pretensión que postula la nulidad de una norma pactada es una de las denominadas por la doctrina procesalista «declarativas negativas» y sus efectos son los que se contemplan en el artículo 6.3 del Código Civil, de lo que se deriva la consecuencia de

que el efecto de la sentencia anulatoria se producirá *ex tunc*. Por último, y en tercer lugar, la Sala añade a las argumentaciones anteriores que la privación de eficacia originaria al convenio colectivo anulado constituye una garantía necesaria del respeto a las leyes por parte de los convenios colectivos, respeto expresamente exigido en nuestro ordenamiento laboral (artículo 85.1 ET), habida cuenta que la anulación *ex nunc* consentiría infracciones legales injustificadas por parte de la autonomía colectiva durante la tramitación de la acción de nulidad.

En este sentido y en un supuesto similar al anterior, la **STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2010, IL J 1432**, con cita de la jurisprudencia señalada en la sentencia precedente, sustancia la doctrina en esta materia. Expresamente señala que «la doctrina correcta es la que contiene la resolución combatida, toda vez que las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo no tiene naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limita a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión por oponerse a una norma de superior rango jerárquico, en este caso la Ley, a la que nunca pueden contradecir los convenios, pues el artículo 85.1 del ET previene que los convenios se mantendrán “dentro del respeto a las leyes”, de tal suerte que la pretensión que postula la anulación de una norma paccionada es una de las denominadas por la doctrina procesalista declarativas negativas [...]. A salvo únicamente el caso de que la Ley estableciera un efecto distinto para algún o algunos supuestos concretos de contravención legal, supuestos éstos que aquí no concurren».

### **C) Impugnación de determinadas cláusulas del convenio colectivo de Telefónica**

La cuestión que se resuelve en la **STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2010, IL J 1429**, dictada en recurso de casación ordinario, consiste en determinar si la regulación de las distintas Comisiones previstas en el Convenio Colectivo de Telefónica para el período 2008-2010 adolece de ilegalidad o, por el contrario, sus cometidos se ajustan a Derecho. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó íntegramente la demanda planteada por el Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores (AST), al entender que ninguna de las Comisiones o Grupos de trabajo reguladas en el referido convenio llevaba a cabo funciones negociadoras sino que sus actividades eran de carácter deliberante o de mera administración del Convenio, sometiéndose posteriormente a deliberación y discusión en el seno de la Comisión de Negociación Permanente. En consecuencia, la sentencia de la Audiencia Nacional entendió que las cláusulas del Convenio impugnadas no infringían el artículo 87 del ET ni el 37 de la CE. Planteado frente a esta sentencia recurso de casación por el referido Sindicato, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, concluyendo que ninguna de las cláusulas del convenio analizado son ilegales ni se aprecia vulneración de los preceptos que se dicen denunciados por el recurso.

Para llegar a este pronunciamiento, la sentencia analiza detenidamente las diversas cláusulas del Convenio que establecen las respectivas Comisiones que el Sindicato accionante señala que tienen competencias negociadoras. Previamente, el propio Tribunal Supremo había resuelto, por Sentencia de 6 de julio de 2006, sobre la impugnación del anterior convenio de Telefónica en relación, también, con las competencias de diversas Comisiones, llegando a la conclusión de que eran ilegales varias de ellas, por entender que

las competencias que tenían atribuidas no eran de mera administración sino que tenían competencias negociadoras. Conviene precisar que el Sindicato demandante no formaba parte de las Comisiones reguladas en las cláusulas impugnadas en su demanda. A tal respecto, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se establece que la exclusión de un sindicato de algunas Comisiones creadas por un pacto que no ha firmado puede constituir lesión del derecho de libertad sindical en cuanto suponga una limitación y un desconocimiento del derecho a la negociación colectiva y ello cuando se trata de Comisiones «negociadoras», con la función de establecer modificaciones del convenio con nuevas reglas no contenidas en él.

La Sala del Tribunal Supremo entiende, en el análisis pormenorizado de las competencias de diversas Comisiones tachadas de ilegales por el Sindicato recurrente, que ninguna de ellas tiene competencias que supongan el ejercicio de facultades negociadoras, sino de mera discusión, debate o administración, por lo que, como ya señalamos, desestima el recurso, confirmando íntegramente la sentencia de la Audiencia Nacional.

#### D) Convenios colectivos extra estatutarios

En recurso de casación ordinario y en proceso especial de conflicto colectivo la **STS, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2010, IL J 1292**, confirma la sentencia dictada en su día por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2009. Dicha resolución había estimado la demanda formulada por el sindicato de empleados de la Caixa en la que se pretendía la declaración de que la empresa había vulnerado un precepto del convenio colectivo de aplicación. La Caixa había acordado con dos sindicatos un acuerdo sobre la forma de cobertura de determinados puestos en régimen de promoción. Tres años más tarde se firmó el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros que, en el artículo citado, regulaba dicho sistema de promoción. La sentencia entiende que la empresa ha incumplido el convenio estatutario al entender que el, asimismo, precitado acuerdo era más beneficioso. La Sala del Tribunal Supremo, recordando doctrina anterior, establece que los pactos colectivos de la Caixa no son, en modo alguno, convenios colectivos estatutarios, toda vez que ni han sido publicados en el boletín oficial correspondiente ni consta que en su aprobación se hubiesen cumplido las exigencias y seguido los trámites que imponen los artículos 82 al 92 del ET. Aún más, el convenio colectivo aplicable es el de cajas de ahorro que, como es sabido, es un convenio colectivo sectorial de ámbito nacional. Añade la sentencia que «No cabe, por tanto, calificar de convenios colectivos estatutarios a aquellos pactos y normativa; se trata de acuerdos o pactos de carácter colectivo que tienen la fuerza vinculante propia de los contratos, pero que no son normas jurídicas, y por ello la alegación de su infracción, por sí sola no puede servir de fundamento a un recurso de casación».

En definitiva, la sentencia casacional establece que el tan repetido acuerdo es simplemente un pacto extra estatutario y que, como ya decía en otras sentencias el Tribunal Supremo «Es doctrina jurisprudencial sólidamente establecida que los convenios extra estatutarios son lícitos y válidos en el Ordenamiento español siempre que limiten su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que lo suscriben y, en su caso, a quienes se adhieran a ellos, por eso se llaman, también, convenios o acuerdos de eficacia limitada». «Por ello, al no tener dicho pacto eficacia *erga omnes* (a diferencia de lo que sucede con

el convenio colectivo estatutario) no puede prevalecer aquél sobre lo establecido en éste y tampoco puede privar a éste de su fuerza obligatoria».

También sobre la aplicación de unos u otros tipos de convenios colectivos (estatutarios y extra estatutarios) se pronuncia la **STS Sala de lo Social de 23 de junio de 2010, IL J 1281**. La cuestión planteada en el litigio se reduce a determinar si un trabajador de FEVE, que en su día se adhirió a un convenio extra estatutario suscrito por la empresa y un sindicato, tiene derecho a percibir un determinado concepto salarial en la cuantía que reclama o en la que le abonó la empresa. En concreto, el actor reclamaba las diferencias adeudadas en base a su adhesión al convenio extra estatutario. La sentencia de suplicación había estimado su pretensión condenando a la empresa al abono de las cuantías peticionadas. La Sala del Tribunal Supremo, en base a su propia doctrina de unificación, contenida en la Sentencia de 23 de febrero de 2010, dictada en un supuesto idéntico, estima el recurso de casación para unificación de doctrina planteado por la empresa, casando y anulando la sentencia recurrida. Señala la resolución comentada que, ante la coexistencia entre una regulación normativa (convenio colectivo) y una regulación contractual (convenio extra estatutario), se deben aplicar las condiciones más favorables que, en este caso, son las previstas en el convenio extra estatutario al que el trabajador se había adherido. Sin embargo, en este caso, las cuantías han de percibirse en las mismas condiciones que los demás trabajadores, en aras de la homogeneización de las retribuciones, lo cual implica que los trabajadores adheridos al convenio extra estatutario no tengan derecho a cobrar una cantidad superior a la que perciben el resto de los trabajadores por el concepto objeto de discusión.

A estos argumentos añade la sentencia, que no es correcto pretender la aplicación de los diversos convenios sólo en lo que beneficia y pedir la aplicación de uno u otro sólo en lo que mejora, pues la propia Sala ha mantenido siempre que no es correcta la técnica del espiguelo de normas, sino que se debe aplicar la norma más favorable en su conjunto y cómputo anual. No cabe elegir, por lo tanto, la disposición más ventajosa de cada norma.

### 3. CONTRATO DE TRABAJO

#### A) **Inexistencia de obligación legal de novar el contrato.** **Jubilación parcial anticipada en la Administración pública**

La cuestión que se debate en la **STS, Sala Cuarta, de 6 de julio de 2010, IL J 1440**, dictada en casación para unificación de doctrina, consiste en determinar si cuando un trabajador pretende ejercitar su derecho a jubilarse anticipada y parcialmente comporta el que previamente a la conversión de su contrato en a tiempo parcial, el empleador está obligado a realizar tal novación y nueva contratación del trabajador relevista.

El trabajador demandante solicitó al Juzgado que el demandado Ministerio de Defensa llevase a cabo cuantos actos fueran precisos para que pudiese solicitar al INSS la correspondiente prestación de jubilación parcial. El Juzgado de lo Social desestimó su demanda y, recurrida la sentencia en suplicación, la Sala de lo Social desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia. Contra la sentencia del TSJ se interpuso el recurso de casación resuelto por la sentencia comentada. El Tribunal Supremo razona, como ya lo hizo en

sentencia anterior de 22 de junio de 2010, en la que resolvió un supuesto prácticamente idéntico, que no existe vulneración, en las sentencias recurridas, del artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores. Entre otras líneas argumentales, la Sala, confirmando anteriores razonamientos, entiende que los preceptos aplicables del Estatuto Básico del Empleado Público y del convenio colectivo de aplicación no pueden amparar la pretensión del recurrente. Se desestima, así, el recurso de casación interpuesto por el trabajador que presta sus servicios para la Administración pública demandada, pues ésta no tiene obligación alguna de realizar una novación de su contrato de trabajo para convertirlo en otro a tiempo parcial, ni derivadamente a realizar de forma simultánea un contrato de relevo a favor de otro trabajador para facilitar su derecho al acceso a la jubilación anticipada parcial. La previsión del artículo 12.6 relativa al establecimiento, por la negociación colectiva, de medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo, en ningún modo puede interpretarse en el sentido de que deban establecerse en obligaciones empresariales de carácter ineludible. Estas medidas de fomento, en cambio, sí podrían consistir en impulsar, estimular o promover la jubilación de los trabajadores, pero, en ningún caso, obligar a éstos a su jubilación anticipada.

## **B) Contratación temporal en fraude de ley**

Sobre la conversión del contrato en indefinido cuando se evidencia fraude en la contratación temporal se pronuncia la **STSJ de Valencia, Sala Social, de 17 de junio de 2010, IL J 1530**. El actor había prestado servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de construcción, a través, inicialmente, de un contrato de trabajo temporal por circunstancias de la producción que fue prorrogado en diversas ocasiones. Posteriormente, sin que el actor hubiera dejado de prestar servicios para la empresa demandada, las partes firmaron otro contrato temporal para obra o servicio determinado. Desde el inicio de la relación laboral, el actor había venido prestando servicios en las distintas obras que realizaba la patronal demandada. La sentencia entiende que se produce la contratación en evidente fraude de ley, infringiéndose, así, el artículo 15.5 ET. Se desprende de los hechos que ya el primer contrato celebrado por circunstancias de la producción, cuya duración excedió el plazo máximo sin causa alguna que lo justificase, era fraudulento y, en consecuencia, la relación laboral ya había devenido indefinida, lo que, asimismo, implica fraude en la segunda contratación, pues el actor ya era fijo. Todo lo anterior supone que el cese del trabajador constituye un despido que debe calificarse como improcedente. En fin, la sentencia de la Sala confirma la sentencia de instancia en todos sus términos, calificándola como fraudulenta y ratificando la calificación de improcedencia del despido operado por la empresa.

Asimismo, sobre la contratación fraudulenta en base al carácter permanente de la actividad en un contrato de obra o servicio determinado resuelve la **STS, Sala Cuarta, de 14 de junio de 2010, IL J 1301**. En el litigio se trata de determinar si resulta lícita la extinción del contrato de trabajo para obra o servicio determinado suscrito entre una empresa dedicada a la actividad hospitalaria y una técnico especialista de laboratorio, cuando se decide prescindir de sus servicios a la terminación de una de las sucesivas prórrogas de concierto suscrito con la Administración sanitaria para la prestación concertada de servicios de hospital, con la particularidad de que, tanto el concierto como la actividad, continuaron desarrollándose en los mismos términos después del cese.

La trabajadora fue contratada a través de un contrato, inicialmente de interinidad por vacante, a continuación otro eventual por circunstancias de la producción y, los últimos, por obra o servicio determinado. Estos contratos se vinculaban a la vigencia de un convenio suscrito entre su empresa y el Servicio Canario de Salud. Al término del último contrato, la clínica demandada comunicó la extinción de la actora por conclusión del término pactado. La Sala razona que el cese de la trabajadora constituyó un verdadero despido al haberse producido el cese bajo la forma de una extinción del contrato de trabajo por causa en él consignada [artículo 49.1.b)] cuando realmente se trataba de una contratación indefinida, no sujeta a término. En consecuencia, la sentencia procede a estimar el recurso de casación para unificación de doctrina planteado.

Sobre la correcta interpretación del artículo 15.1.a) del ET, precepto que se denuncia como infringido en el recurso, la sentencia de suplicación, ratificando la de instancia, viene a justificar la inexistencia de contratación fraudulenta en que la utilización de este tipo de contrato, en el caso de autos, venía permitida en el convenio colectivo de aplicación que identificaba y afirmaba la validez de estos contratos cuando la empresa hubiese suscrito acuerdos con terceros para prestarles todo tipo de servicios. Sin embargo, la Sala entiende que la sola inclusión de tal posibilidad en el convenio no determina su licitud o la imposibilidad de apreciar que tales contrataciones se hayan podido suscribir en fraude de ley pues «... La ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla». No basta, entonces, añade al resolución que tratamos, que el convenio identifique una actividad como propia de una modalidad de contrato temporal para considerarla lícita pues deberá analizarse, en cada caso, si se cumplen las exigencias legales del contrato empleado, para concluir su posible realización en fraude de ley. En consecuencia, la Sala establece que la modalidad contractual empleada de obra o servicio determinado fue utilizada de manera fraudulenta por la empleadora.

Por otro lado el Tribunal Supremo argumenta, recordando doctrina anterior sobre la utilización de dicho contrato en supuestos de vinculación de la actividad de la empresa a conciertos o actividades sujetas a contrataciones o planes de actividad financiados con subvenciones de las Administraciones, que «... la naturaleza temporal del contrato laboral para obra o servicio determinado viene determinado, esencialmente, por la duración de estos últimos, de tal forma que, en tanto éstos subsistan, el contrato no debe darse por extinguido aunque, el mismo, aparezca íntimamente ligado a la existencia de una contrata pública, cuya natural temporalidad no parece dable trasladarla al contrato laboral de referencia concebido, en lo que hace a su normal vigencia, por la culminación de la obra o servicio para los que fue suscrito».

#### 4. PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Sobre las decisiones empresariales que constituyen una condición más beneficiosa se pronuncia la **STS, Sala Cuarta, de 6 de julio de 2010, IL J 1623**. Es objeto de pronunciamiento por la Sala de lo Social determinar si procede o no declarar la nulidad o improcedencia de la decisión empresarial relativa a la jornada de los trabajadores de los meses de julio, agosto y septiembre. En concreto, se plantea si la reducción de una hora

en tales meses constituye o no una condición más beneficiosa que quedaría incorporada al nexo contractual o si, por el contrario, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 12 del convenio colectivo. La Sala, con cita de anteriores sentencias, reitera que «que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión.

Que conste la voluntad de atribuir a los trabajadores una ventaja social que supere las establecidas en las fuentes legales o convencionales pudiendo tener un alcance colectivo siempre que inicialmente naciese de un ofrecimiento empresarial que aceptado se incorpora a los respectivos contratos».

En cuanto a su supresión, también incluye reiterada doctrina que se reproduce en las de 3 de diciembre de 2008 y 11 de febrero de 2010, de manera que pervive mientras no acuerden otra cosa o no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable siendo de aplicación, en el caso, las previsiones del artículo 1901 CC y del 1256 respecto de la imposibilidad de modificar de forma unilateral. Es posible, también, su supresión por la vía del artículo 41 ET sin que sea lícita la unilateral supresión del beneficio voluntariamente otorgado y mantenido durante largo tiempo, sin acudir al procedimiento legalmente previsto.

La Sala considera incontrovertido que la jornada de verano realizada por los trabajadores en la empresa durante los meses de julio, agosto y septiembre referida a los años 1990 a 1999 configuró una condición más beneficiosa. Pero entiende que tal condición merece, asimismo, la realizada durante los diez años siguientes, y sin que a ello obste el contenido del artículo 12 del convenio colectivo del que la empresa ha consentido su no aplicación, al continuar con el horario estipulado en 1990. Ciertamente es que a partir de la vigencia del convenio colectivo de 1999 pudo la empresa imponer el horario estival fijado en dicha norma convencional pero lo cierto es que no lo hizo, lo cual evidencia una clara voluntad empresarial de permisión del mismo horario y su incorporación al nexo contractual.

Sobre la naturaleza que haya de atribuirse a la percepción de una retribución variable reconocida en función de un sistema de cálculo anterior a la decisión empresarial impugnada, se pronuncia la **STS, Sala Cuarta, de 7 de julio de 2010, IL J 1743**. La parte demandante considera que se trata de un derecho consolidado como condición más beneficiosa, la sentencia recurrida niega que pueda ser calificado como tal basándose en la retribución anual del bonus, lo que, a entender de la Sala de instancia, limita a cada anualidad la voluntad empresarial de efectuar su concesión. De nuevo se reitera en esta sentencia la doctrina jurisprudencial de la Sala IV sobre el concepto y caracteres de la condición más beneficiosa (entre otras, SSTs 18 de septiembre de 2000; 30 de diciembre de 1998; 14 de marzo de 2005). Como recuerda la STS 7 de abril de 2009, «No siempre es tarea sencilla determinar si esa situación jurídica se produce...». Por lo tanto, lo decisivo en cada caso serán las conclusiones que se alcancen de la apreciación de los hechos, de suerte que pueda establecerse si la empresa ha venido actuando en atención de una decisión inicial que, tras pasada la mera tolerancia, ha pasado a crear una nueva obligación.

Argumenta la Sala que la concesión del bonus no puede ser analizada con independencia de los avatares relativos a los parámetros de su atribución y de la cuantía finalmente resultante, pues, de otro modo, se estaría postulando el reconocimiento de un derecho

abstracto, cuyo contenido y configuración se deja al arbitrio absoluto de la parte que debe satisfacerlo lo cual lo vacía de efectividad (artículo 1256 Código Civil). En consecuencia, de la conducta observada a lo largo del tiempo por parte de la empresa no puede deducirse la voluntad de incluir en la remuneración de sus trabajadores un sistema permanente de retribución variable. Queda acreditado que la concreción del bonus se hacía año por año, sin que las condiciones de su fijación fueran perdurables en el tiempo.

Sobre la naturaleza y el nacimiento de la condición más beneficiosa trata, también, la **STS, Sala Cuarta, de 26 de julio de 2010, IL J 1675**, cuyos hechos relatan que los trabajadores de la empresa demandada habían venido percibiendo de forma prolongada y sin interrupción la cantidad resultante de aplicarles, al porcentaje de cumplimientos de objetivos para cada uno de ellos, un coeficiente multiplicador. La discusión versa sobre si la cuantía concreta de dicho coeficiente se refiere al segundo semestre del año 2007 o si la concesión tenía carácter indefinido, y la fijación de la cuantía concreta se llevaba a cabo «para cada período semestral», lógicamente de cada año. De los hechos probados se deduce, certeramente, la existencia de condición más beneficiosa lo que supone, para los empleados, un derecho adquirido del que no puede privárseles sin su consentimiento o, en su defecto, sin acudir la empleadora al procedimiento prevenido en el artículo 41 ET.

## 5. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN SALARIAL

Sobre la posibilidad de la aplicación de las técnicas de la absorción y compensación se pronuncia la **STS, Sala Cuarta, de 19 de julio de 2010, IL J 1762**.

La cuestión que se debate en este recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si un trabajador del mar que percibe su retribución mediante el sistema tradicional en aquella actividad denominado «a la parte», tiene o no derecho a percibir la retribución correspondiente a las pagas extraordinarias de verano y Navidad, cuando, como sucede en el caso, el demandante ha percibido durante el período de referencia cantidades superiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional. La empresa, condenada en suplicación, denuncia implícitamente la infracción del artículo 26.5 ET en relación con el artículo 12 del Acuerdo de Cobertura de Vacíos (aplicable al carecer de regulación convencional) sosteniendo que la única garantía salarial derivada del Acuerdo sólo es la percepción del SMI en cómputo anual, y como quiera que el actor superó con creces el importe del SMI durante el período de prestación de servicios, nada se le adeuda. La sentencia recurrida entiende que el del SMI es un mínimo superado, en ese caso, mediante las nóminas, por un acuerdo entre las partes para recibir unas cuantías superiores. Por el contrario, la sentencia referencial considera de directa y plena aplicación el artículo 12 del Acuerdo de Cobertura de Vacíos («... el salario base de grupo en ningún caso podrá ser inferior al SMI en cómputo anual»). La Sala estima el recurso empresarial y entiende que opera la compensación y absorción prevista en el artículo 26.5 ET respecto a conceptos homogéneos como los aquí cuestionados. Tal como se reconoce, entre otras, en las sentencias del TS 9 de marzo de 1992 y 6 de julio de 2004 «La revisión del SMI dispuesta para cada anualidad no debe afectar ni a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos en su conjunto y en cómputo anual, resulten superiores a dicho suelo retributivo considerado, también, en su dimensión anual, si bien de manera completa, ya que el SMI, no sólo se

integra con el valor estricto en que quedara fijado, sino con el resultado de adicionar a éste los complementos salariales correspondientes». En consecuencia se estima el recurso.

## 6. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

La **STSJ de Aragón, de 15 de marzo de 2010, IL J 1716**, examina si, en el caso de autos, se ha vulnerado el principio de indisponibilidad de derechos de los trabajadores. Se trata de uno de los principios generales de aplicación del Derecho del Trabajo, cuyo fundamento histórico se encuentra en la remoción de la desigualdad económica y social que subyace en el contrato de trabajo, que obliga a buscar instrumentos de reequilibrio. La sentencia dictada en sede de suplicación desestima el recurso formulado contra la sentencia de instancia por un futbolista del «Real Zaragoza, SAD», sentencia que había estimado parcialmente su demanda y que había condenado a la mercantil demandada al abono de determinadas cantidades, correspondientes a remuneraciones por contrato federativo e indemnización por la transferencia de los derechos federativos del referido Club de Fútbol a otro italiano.

El Tribunal Superior de Justicia, analiza, entre otras cuestiones, de forma detenida y pormenorizada, el principio general de aplicación de las normas laborales de irrenunciabilidad de derechos. En el supuesto enjuiciado se debatía si el jugador había renunciado válidamente a percibir una indemnización por cesión definitiva a otro Club. Dicha renuncia fue pactada con el «Zaragoza, SAD» en su día, a través de una transacción en la que ambas partes, ante una situación de conflicto, cedieron parte de sus derechos, lo que posibilitó un acuerdo que desembocó en el traspaso del actor a un Club italiano. A juicio de la Sala, el acuerdo no vulnera el artículo 3.5 ET, al no haberse probado vicio del consentimiento alguno que desvirtúe la validez transaccional. La sentencia entiende que la norma jurídica que se cita como infringida (el precitado artículo 3.5 ET) pretende evitar que la autonomía privada produzca espacios de impunidad para la aplicación del Derecho del Trabajo, a fin de evitar que se desvirtúe éste, no pudiendo dicha autonomía establecer excepciones a la eficacia de normas imperativas. Se produce, en definitiva, en este litigio, un acto de disposición válidamente decidido por el trabajador que resuelve mediante un acuerdo de naturaleza transaccional una situación de conflicto correcta y equilibradamente resuelta, sin que se produzca un consentimiento no deseado que perjudique sus intereses. Por ello, la Sala procede a confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de lo Social.

## 7. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En la **STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 2010, IL J 1686**, se plantea la cuestión de si resulta competente la jurisdicción social para conocer de las pretensiones de las demandas de despido formuladas por las actoras, contratadas en régimen de derecho administrativo por la Administración Educativa de la Comunidad de Castilla-La Mancha como profesoras especialistas en lenguaje de signos y actividades relacionadas con éste. Ambas celebraron sucesivos contratos de naturaleza administrativa temporal para profesor especialista que la Administración contratante no renovó mediante comunicación verbal efectuada a las

trabajadoras, lo que motivó el planteamiento de la reclamación previa y después demanda por despido. El Juzgado de lo Social en su sentencia acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que era el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer las demandas de las actoras, resultando de aplicación la Ley Orgánica 10/2006 que contiene la justificación legal del bloque normativo por el que habían de regirse las relaciones entre las partes, de naturaleza evidentemente administrativa, razón por la que era la jurisdicción de esa clase la competente para conocer las pretensiones de las actoras.

Recurrida esta sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha revocó la decisión de instancia y acordó devolver las actuaciones al Juzgado para que se realizase un pronunciamiento sobre el fondo, partiendo de la naturaleza laboral de los vínculos y, por tanto, de la competencia del orden jurisdiccional social para resolver la controversia.

Contra dicha sentencia se recurre en casación para unificación de doctrina y, a la vista de la disparidad de soluciones adoptadas entre la sentencia de aplicación y la de contraste, el Tribunal Supremo entra a conocer el fondo del asunto. La resolución de la Sala recuerda que la STS de 2 de febrero de 1998, ratificada por otras posteriores, estableció que la delimitación de los ámbitos laboral y administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, ante la idéntica alineación de las facultades y condiciones para el trabajo. Tal apreciación, llevó al legislador laboral [artículo 3.a) ET] y a la doctrina jurisprudencial a señalar como criterio diferenciador el ámbito normativo regulador, y no la naturaleza del servicio prestado, de forma tal que ese bloque normativo, al que voluntariamente se acogen las partes, es el que destruye la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 ET. Ello significa la necesidad de que el contrato incorpore expresamente esa remisión excluyente del Orden Social. Precisamente el caso a resolver se rige por un conjunto de normas coordinado y homogéneo que supone una excepción a la regla general antes expresada. La LOGSE, norma legal de aplicación en el ámbito educativo, establece que: «Para determinadas áreas o materias se podrá contratar a través de contratos de carácter temporal y en régimen de derecho administrativo».

En coherencia con ello, las actoras, una vez superado el sistema público de selección, firmaron sucesivos contratos administrativos en los que con absoluta claridad se hacía referencia a las citadas normas. Tal vinculación se calificaba inequívocamente de temporal y administrativa y en ella se hacía remisión, para la resolución de posibles controversias, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ello conlleva, en definitiva, que la Sala estimase el recurso de casación para unificación de doctrina planteado, declarando que dicho orden jurisdiccional es el competente para resolver la controversia que dio origen a las actuaciones.

OLGA ESTRADA ALONSO

## II. TRABAJADOR

---

### SUMARIO<sup>(1)</sup>

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

##### A) *Presupuestos sustantivos.*

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

##### B) **Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.**

#### 2. SUPUESTOS INCLUIDOS.

##### A) **Trabajadores a domicilio.**

##### B) *Contratos de grupo.*

##### C) *Relaciones laborales de carácter especial.*

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

##### D) **Otros: Abogados en despachos profesionales.**

#### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS.

##### A) **Relaciones funcionariales y estatutarias.**

##### B) **Prestaciones personales obligatorias.**

##### C) *Administradores sociales.*

##### D) **Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.**

---

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

- E) **Trabajos familiares.**
- F) **Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.**
- G) **Trabajos de colaboración social.**

4. *ZONAS GRISES.*

- A) **Transportistas.**
- B) **Personal contratado en Administraciones Públicas.**
- C) *Autónomos.*
- D) **Profesiones liberales.**
- E) **Socios empleados.**
- F) **Arrendatarios y aparceros.**
- G) **Toreros.**
- H) **Religiosos.**
- I) **Trabajadores extranjeros.**
- J) *Otros.*

5. **NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

**A) Trabajador por cuenta ajena.**

- a) Familiares.
- b) Extranjeros.

**B) Inclusiones por asimilación.**

- a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.
- b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
- c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.
- d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.
- e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas.
- f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.
- g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.
- h) Funcionarios en prácticas.
- i) Funcionarios del Estado transferidos a las CC.AA.
- j) Miembros de las corporaciones locales.
- k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.
- l) Otros.

**C) Exclusiones.**

- a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.
- b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial.
- c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. **TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.**

---

## 1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

### A) Presupuestos sustantivos

**STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 1833/2010) IL J 2155.

1. El procedimiento que nos ocupa enfrenta, de una parte, a dos sociedades y al administrador único de ambas, y, de otra, al demandante que solicita a la jurisdicción laboral el reconocimiento de que la relación que le unía con una de las citadas mercantiles era de naturaleza laboral.

El litigio comienza cuando el demandante suscribe un contrato con una de las mercantiles denominado por las partes en el propio documento «de trabajo». Mediante dicho contrato el actor se obligaba a prestar sus servicios en unas obras de construcción de un edificio que la mercantil poseía a cambio de una retribución de 1.500 euros. Asimismo, el actor aportó a la sociedad la cantidad de 50.000 euros que, según se pactó, el actor recuperaría al finalizar las citadas obras de construcción de los inmuebles y una vez llevada a cabo su venta.

A los siete meses de suscribir el contrato la propiedad del solar donde debían llevarse a cabo las obras es transmitida entre las mercantiles.

En 2009 el actor demanda a las sociedades antes mencionadas, así como a su administrador único, en reclamación de cantidad tanto ante el orden laboral como ante el orden civil.

El actor nunca estuvo dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, pero sí estuvo dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

El Juzgado de lo social estimó que entre las partes no existía ninguna relación laboral y, por tanto, el orden laboral no era competente para conocer de la reclamación.

2. El demandante recurre en suplicación frente a la sentencia de instancia. En primer lugar el Tribunal *ad quem* señala la deficiente calidad del recurso que, llamativamente, no cita ningún artículo infringido, ni solicita la modificación de los hechos declarados probados. Estas infracciones ya permitirían a la sala desestimar el recurso por defectuoso, no obstante, a mayor abundamiento, debe señalarse que la relación que unía a las partes no era de naturaleza laboral y, por tanto, el orden social no es competente para conocer de la reclamación de cantidad articulada por el actor.

La sala entiende que no hay relación laboral conforme a la pacífica jurisprudencia que viene interpretando que para delimitar la naturaleza jurídica de los contratos hay que prestar atención al contenido y no al *nomen iuris* pactado por las partes. En el presente caso, por tanto, el término «contrato de trabajo» usado por las partes no debe predisponer el resultado. Lo cierto es que el actor no ha conseguido acreditar ningún pago por parte de la mercantil, tampoco ha conseguido demostrar estar inserto en el círculo organizativo y rector de las entidades demandadas, nunca ha estado dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Los anteriores indicios suponen que la sala determine que el orden

social no es el competente para dilucidar sobre la reclamación de cantidad al no existir una relación de laboralidad entre las partes.

3. El fallo debe ser compartido. Es incuestionable que la naturaleza de los contratos es la derivada de las cláusulas pactadas por las partes y no del *nomen iuris* usado por ellas. La ausencia de los elementos esenciales exigidos por el artículo 1.1 del ET, laboralidad y dependencia, tal y como ha quedado señalado en el análisis de la argumentación jurídica de la sentencia, hace imposible estimar la demanda y posterior recurso presentado por el actor.

Aunque la relación es claramente no laboral hay un elemento en los hechos que, sin duda, llama la atención. La gran mayoría de los casos en los que se reclama la condición de laboralidad se produce en supuestos en los que previamente se había intentado ocultar por las partes esa naturaleza laboral. Esa actitud fraudulenta pretende sortear los derechos y obligaciones que el ordenamiento laboral garantiza para el trabajador por cuenta ajena. Sin embargo, en el presente caso, de manera excepcional, no nos encontramos ante un supuesto en el que las partes simulen que no hay relación laboral, sino absolutamente lo contrario. Las partes tratan de aplicar a una relación no laboral el régimen del ordenamiento social. Para ello incorporan al contrato el *nomen iuris* de «contrato de trabajo». Sin duda, aunque la gran mayoría de las ocasiones la obligación de tener en cuenta el contenido real y efectivo del contrato de trabajo y no el *nomen iuris* usado por las partes permite desenmascarar contrataciones fraudulentas que pretenden simular relaciones ajenas al ordenamiento laboral en el caso de autos se produce, atípicamente, la situación inversa. En cualquier caso, no solamente no hay ningún obstáculo a dicha aplicación sino que su empleo es obligado.

**STSJ de Extremadura de 11 de octubre de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 366/2010) IL J 2175.

1. El actor prestaba sus servicios para una empresa audiovisual. Dicha prestación de servicios consistía en la cobertura informativa de las noticias acaecidas en el norte de Extremadura. Para ello el trabajador creó una Comunidad de Bienes, entidad que era la encargada de emitir las facturas correspondientes por los servicios prestados indistintamente por el actor o su socio.

El correcto desempeño de sus funciones era posible porque la mercantil ponía a disposición del reclamante los mecanismos necesarios para su correcta identificación, tales como pegatinas, acreditaciones, etc. Por el contrario, los medios esenciales para la prestación laboral (micrófonos, cámara de vídeo) eran de propiedad del demandante.

El verdadero conflicto surge cuando se procede a transformar la entidad en una sociedad anónima. A raíz de dicho proceso la actora convoca plazas para personal fijo. Proceso selectivo al que no se presenta el actor y, en consecuencia, la mercantil le comunica al trabajador la extinción de su contrato de trabajo por causas organizativas.

El presunto trabajador presenta demanda de reconocimiento de laboralidad que no merece la estimación de la sala por no cumplirse los requisitos esenciales de laboralidad del artículo 1.1 del ET. El juzgado de la social desestima la demanda presentada por la trabajadora. Motivo por el cual varios alumnos tratan de determinar si estará.

2. El demandante presenta recurso de suplicación interesando se dé acogida a su interpretación y a su visión de la realidad y se declare la existencia de una relación laboral entre las partes.

En primer lugar, el Tribunal Superior de Justicia debe dilucidar si corresponde llevar a cabo la revisión fáctica propuesta por el demandante. Es notorio que ésta sólo corresponde cuando se aporte una redacción alternativa que pueda extraer de la prueba que conste en el procedimiento, debiendo ser inferida sin deducciones subjetivas o elaboraciones complejas. Como quiera que dichos requisitos no se cumplen no es posible aceptar la petición de revisión planteada en el recurso.

Una vez solventada la reclamación de revisión de los fundamentos de hecho corresponde a la sala entrar en la valoración del fondo de asunto. La sala entiende que tampoco nos encontramos ante una relación laboral porque no se cumplen los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto. Gran parte de los medios que el recurrente utilizaba en su prestación de servicios eran de su propiedad, incluidos los más importantes como el coche y la cámara utilizada en la elaboración de las noticias. Asimismo, el trabajador no seguía órdenes estrictas de cómo y en qué condiciones debía realizar su trabajo, sino que la dirección de la mercantil se limitaba a indicarle el evento o eventos que debía cubrir de entre los indicados por el propio actor para su realización y posterior emisión. Es también relevante que la prestación de servicios del trabajador no tenía la condición de personalísima sino que cualquiera podía llevar a cabo su trabajo, de tal suerte que era habitual que las crónicas de las noticias no fueran elaboradas por el propio actor sino por su socio en la Comunidad de Bienes creada para la emisión de facturas.

Por todo lo anterior, la sala entiende que no nos encontramos ante una relación laboral. Corresponde decretar la excepción de competencia del orden social, por no encontrarnos ante una relación laboral, y, por tanto, desestimar el recurso.

3. Debe compartirse el sentido del fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Es cierto que existen múltiples sentencias sobre corresponsales territoriales de prensa en las que reconoce la laboralidad de la relación. No obstante, el presente caso tiene algunos rasgos que le hacen apartarse de la regla general y, en consecuencia, de los requisitos de laboralidad exigidos por el artículo 1.1 del ET.

En el presente caso el actor no usaba los medios propios de la mercantil demandada. Es cierto que ésta le suministraba algunas pegatinas y material para que durante la realización de las piezas a emitir quedara clara la identidad corporativa de la mercantil, pero lo cierto es que ésta era de escasa entidad, predominando la aportación de los medios materiales por parte del trabajador. También destaca la gran libertad de la que gozaba el trabajador en la realización de su trabajo. Es cierto, como ha sido señalado en numerosas ocasiones por la doctrina científica y por la jurisprudencia, que los rasgos de dependencia en las prestaciones de servicios actuales, sobre todo en las prestaciones de servicios de trabajadores más cualificados, no están presentes con la misma claridad que en el pasado. Es evidente que profesiones cualificadas, como puede ser la del actor, no pueden quedar constreñidas en todo momento al poder de dirección del empleador pues con ello se limitaría, precisamente, el objeto del contrato, esto es, la libertad creativa y el buen hacer del trabajador en la realización de las noticias de la zona norte de Extremadura. Pero lo cierto es que si bien es

posible y aceptado entender que el requisito de dependencia puede ser flexibilizado y modulado en algunos supuestos en el caso que nos ocupa esta flexibilización es excesiva y, por tanto, no es posible identificar uno de los elementos nucleares de la noción de laboralidad. Baste con recordar que el trabajador habitualmente era sustituido por su socio en la realización de las noticias, lo que, sin duda, incumple el carácter personalísimo de la relación pero también es un elemento importante para entender que el recurrente no se encontraba bajo la esfera de control y dirección del empleador. En consecuencia, debe compartirse absolutamente el fallo de la sentencia.

*c) Actividad dependiente*

*Se comentan bajo este epígrafe tres sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que, con ocasión de resolver acerca de la laboralidad del vínculo, realizan un repaso de la doctrina jurisprudencial sobre la dependencia entendida como pertenencia al círculo rector y organizativo del empresario. Se cierra con el comentario de una cuarta sentencia del Tribunal Supremo en la que analiza las notas de la dependencia y de la ajenidad en la prestación de servicios de una limpiadora.*

**STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 240/2010) IL J 1497.

1. El actor contactó con la empresa demandada en FITUR de 2008, cuando aún prestaba servicios en otra empresa del sector en la que cesó el 30 de noviembre de 2008 por terminación de contrato temporal. El 16 de enero de 2009 el actor empezó a colaborar con la demandada como comercial al tener experiencia en el sector. Habiéndose pactado el abono de unas comisiones en función de los resultados obtenidos. El actor percibió como anticipo de comisiones 1.000 € en enero de 2009. El actor realizaba sus cometidos profesionales con su cartera de clientes y con libertad para realizar las visitas, gestiones y establecer las pautas. En ocasiones se pasaba por el centro de trabajo y utilizaba el teléfono fijo, fax, ordenador, fotocopidora y demás enseres del centro. No cumplía el horario que tenía el personal de ese centro. El actor ha estado inscrito como demandante de empleo desde noviembre de 2008 hasta el 2 de marzo de 2009. Desde el 23 de marzo de 2009 el actor no va a la empresa, siendo de fecha 18 de febrero de 2009 los últimos correos electrónicos sobre su actividad en la empresa.

2. Frente a la sentencia de instancia que declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la controversia existente entre las partes, el TSJ de Madrid, que acepta básicamente el relato fáctico expresado, esto es, que el 16 de enero de 2009 el demandante empezó a colaborar con la demandada como comercial pactándose el abono de unas comisiones en función de los resultados obtenidos, sin que respondiese, por tanto, del buen fin de las operaciones, realizaba su cometido con su cartera de clientes, con libertad de visitas, gestiones y establecer pautas, cuando se pasaba por el centro de trabajo utilizaba el teléfono, fax, ordenador, fotocopia y demás enseres del centro, no cumplía horario, llevan a calificar la relación como laboral pues es inherente a la actividad comercial la libertad en el desempeño del trabajo, el que no se cumpla la jornada laboral en el centro de trabajo al tener que estar en contacto directo con el potencial cliente, permaneciendo cortos períodos

de tiempo en el local, no acudiendo los viernes, y el elemento retributivo se afirma por la existencia, aunque sea de modo exclusivo, de comisiones devengadas. Realiza personalmente la actividad, sin contar con una organización empresarial propia, aportando su trabajo, utilizando medios de la empresa para el desarrollo de sus tareas.

La laboralidad del vínculo se detecta en que está integrado en el círculo rector y disciplinario del empresario, al prestar servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona y estimar el recurso.

3. La concreta sujeción a un horario, no es más que uno de los referentes, tendenciales, aproximativos, tópicos, que sugieren que existe la dependencia. No es la dependencia. Ésta es jurídica, y se caracteriza por una sujeción no uniforme, graduada según los casos, plural, multiforme, de manera que bastará la concurrencia de ciertos elementos relevantes de esa sujeción al ámbito jurídico del empresario, para que pueda afirmarse su existencia, sin que se precise que uno o alguno o muchos de esos referentes tendenciales concurren, si el elemento jurídico existe desde otras perspectivas más contundentes.

En efecto, la jurisprudencia afirma que los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son, seguramente, la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones, la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

Pues bien, la dependencia, entendida como pertenencia al círculo rector y organizativo del empresario concurre en el supuesto enjuiciado, al constar que a la demandante se le transmiten órdenes, ya que RNE le señalaba la duración, lugar y hora de la emisión de cada crónica y de cada reportaje y RNE elegía el de su conveniencia. Asimismo, la actora tenía limitada la zona geográfica en la que podía desarrollar su actividad (Majadahonda, Pozuelo, Las Rozas y las Matas). Es irrelevante que la demandada no transmitiera instrucciones sobre el modo de realizar las crónicas, ya que el profesional de la información goza de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlas, trabajando habitualmente a considerable distancia del empresario en el lugar en el que se producen las noticias que va a comentar (STS de 11-05-2009).

Como se ve, se abandona el fetichismo que se vino asignando a ciertos datos fácticos meramente aproximativos, porque no son más que eso, apariencias, y se opta por la perspectiva jurídica, más allá de ciertos atajos facilones, a veces demasiado superficiales y dispuestos para encontrar y, en general, expresivos de casi nada.

**STSJ de Murcia de 7 de junio de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 271/2010) IL J 1276.

1. El Tribunal resuelve en suplicación el Recurso interpuesto por la Sociedad Anónima Mediterráneo Beach contra la sentencia de instancia que declaraba la improcedencia del despido verbal de D. Florencio. Los hechos en los que se fundan ambas resoluciones son los siguientes: D. Florencio vino prestando sus servicios desde julio de 2007 para la socie-

dad recurrente, dedicada a la construcción y promoción, con la categoría de encargado de obra; lo hacía en la totalidad de las obras de la empresa, entrevistándose con el aparejador y con los titulares y administrativos de la empresa, de quienes recibía las órdenes de trabajo; D. Florencio no estaba dado de alta en el RGSS ni en el RETA, no obstante, firmó algunos recibos donde hacía constar la recepción como autónomo de honorarios con IVA; en los últimos meses se negó a firmar dichos recibos y solicitó la regularización de su situación; el 20 de mayo de 2009 fue despedido verbalmente.

2. La parte recurrente solicita la supresión de los hechos declarados probados en instancia y su sustitución por otros. Ante tal solicitud la Sala de lo Social del TSJ de Murcia declara, *obiter dicta*, que dicha supresión no puede ser aceptada, pues es doctrina consolidada del TS, la imposibilidad de sustituir el libre y objetivo criterio de valoración de la prueba efectuado por el Juez de instancia, por el más interesado de parte, en el ejercicio de su legítimo derecho de defensa. De otro lado, la Sala procede a desestimar el recurso planteado por Mediterráneo Beach, en la medida en que la sentencia de instancia no infringió ni norma legal ni de jurisprudencia. En efecto, no existe incompetencia de jurisdicción, pues existe relación laboral; tampoco se puede entender caducada la acción de despido en cuanto obra en autos la prueba testifical de un subcontratista de la empresa por la que queda acreditado que la fecha de extinción verbal de la relación entre los litigantes se produjo el 20 de mayo de 2009.

3. Ante la ausencia de argumentación jurídica de la parte recurrente, ni de pruebas que anulen los hechos en los que se basa la sentencia de instancia, existen datos más que suficientes para afirmar con la rotundidad con que lo hace la Sala de lo Social del TSJ de Murcia que existe una relación laboral, ya que existe una retribución fija y no por obra; concurre asistencia habitual del trabajador a las oficinas de la constructora; y recibe las directrices para organizar su trabajo por parte del aparejador y de los titulares y administrativos de la empresa en entrevistas periódicas. Concurren, en consecuencia, los presupuestos sustantivos de dependencia, ajenidad, retribución y voluntariedad que tipifican las prestaciones de servicios como de trabajo por cuenta ajena. Por otra parte, la terminología empleada durante el proceso por todas las partes implicadas, sin que se oponga ningún argumento es la de despido, vía de extinción de la relación laboral contemplada expresamente como tal por el Estatuto de los Trabajadores.

**STSJ de Madrid de 20 de julio de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 1435/2010) IL J 1616.

1. La presente sentencia resuelve el Recurso de Suplicación presentado por la Sociedad Anónima Vamos a Ver Televisión frente a la resolución de instancia que declaraba la laboralidad de la relación que la vinculaba con la actora, D.<sup>a</sup> Caridad, así como la improcedencia del despido de ésta. Los hechos probados de los que hay que partir son los siguientes: 1. Que D.<sup>a</sup> Caridad ha venido prestando servicios con la empresa recurrente con un íter contractual complejo, que queda recogido en la sentencia, por el que se sucedían los contratos de obra con el objeto de que llevara a cabo «la producción y postproducción del programa Cifras y Letras»; 2. Su categoría profesional era Experta en Cifras, y la actora actuaba como copresentadora del programa; 3. En la sucesión de contratos de obra se hallaban intercalados otra serie de contratos de arrendamiento de servicios con el mismo objeto que

los primeros; 4. Durante los períodos de prestación de servicios la actora figuraba inscrita en el RETA, y durante los espacios en que no realizaba dicha prestación, aparecía inscrita como desempleada; 5. El programa Cifras y Letras siempre se ha elaborado en los estudios de Telemadrid y se ha emitido por ésta y otras cadenas autonómicas; 6. Era Telemadrid la que marcaba los criterios a que se debía ajustar el programa en el que intervenía la actora a efectos de cuota de audiencia; 7. D.<sup>a</sup> Caridad recibió un sms del representante legal de la empresa recurrente indicándole que por cambios estructurales exigidos por Telemadrid, la empresa se veía obligada a prescindir de sus servicios; 8. La sentencia de instancia condena a la empresa recurrente y absuelve a Telemadrid.

2. La Sala desestima los motivos por los que la parte recurrente solicita incorporar nuevos hechos a los ya declarados probados en instancia. En cuanto al tercer motivo de recurso alegado, por el que se argumenta la inexistencia de relación laboral, el TSJ de Madrid destaca aquellos datos aportados por el relato fáctico, para confirmar, por el contrario, la existencia de relación laboral. Asimismo, desestima el cuarto motivo de recurso por el que se alega la caducidad de la acción de despido, pues el hecho de que el representante legal de la empresa condenada le comunicase el 12 de abril de 2009 a la actora que se pasase por las oficinas de la productora el día siguiente, momento en el que se le comunica verbalmente la decisión extintiva, demuestra que la relación se mantenía viva. Dicha conclusión se ratifica cuando el 13 de abril de 2009 se le envía a la actora el sms al que se hacía alusión. También se desestima el quinto motivo por el que la empresa pretende justificar la temporalidad de los sucesivos contratos de obra por razón de su vinculación al contrato con su cliente —Telemadrid—. El Tribunal señala que se está ante un único contrato y no ante sucesivos contratos porque no hubo finalización de un servicio e iniciación de otro, sino que se está ante el mismo servicio, que se continúa prestando en la actualidad. Respecto al sexto motivo, por el que se argumenta la no aplicación del artículo 15.5 del ET, el Tribunal lo desestima, en la medida en que existe una unidad esencial, vínculo laboral que obliga a calcular la indemnización sobre los años de servicio. El tribunal considera la existencia de un único contrato de obra o servicio, y que la antigüedad debe computarse desde el inicio de la relación laboral, incluso aunque se haya percibido prestaciones por desempleo.

3. La existencia de una prestación de servicios continuada en el tiempo, con una duración de seis años, y para la realización de una actividad que se sigue prestando en el presente no hace sino confirmar la existencia de una necesidad permanente que justifica la aplicación del artículo 15.5 del ET. Asimismo, la prestación de servicios por la empresa recurrente se realiza a petición de una sola entidad: Telemadrid, que es la que sigue demandando dichos servicios. Por otra parte, resulta indiferente la denominación de los sucesivos contratos dada por las partes, así como el alta en el RETA de D.<sup>a</sup> Caridad. Lo relevante es la clara concurrencia de los presupuestos sustantivos que evidencian la existencia de una relación laboral.

**STS de 20 de julio de 2010** (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3344/2009) IL J 1897.

1. La actora trabaja como limpiadora desde el año 1996 en las dependencias de la empresa demandada, fuera del horario de oficina cuando la limpiadora estimaba conveniente. Percibía al mes 321 euros. Ella compraba los artículos de limpieza que luego le abonaba la

empresa y las veces en que estuvo enferma le sustituyó su hija. También se desprende de los hechos probados que la actora había prestado servicios para otros empleadores durante cortos períodos de tiempo, que no disfrutaba de vacaciones retribuidas, que facturaba sus servicios por un importe global y que no poseía organización empresarial, constando en alta en el Régimen de Empleados de Hogar discontinuos desde 2008. La sentencia dictada en Suplicación declaró que la relación que unía a las partes tenía naturaleza laboral y frente a dicha sentencia se interpuso recurso de casación por parte de la entidad mercantil demandada. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve el recurso en la sentencia que ahora se comenta.

2. El Tribunal recuerda su doctrina, sistematizada ya en numerosas sentencias anteriores a ésta. Según dicha jurisprudencia, las notas características de ajenidad y dependencia que determinan que una relación deba entenderse como laboral, han sido configuradas de un modo amplio en función del tipo de trabajos prestados. En este sentido, y en particular sobre la naturaleza de la prestación de servicios de limpieza para una comunidad de propietarios, la presente sentencia se remite a la doctrina que fijó en su STS de 25 de enero de 2000 (núm. recurso: 582/1999). En aquel caso, las partes celebraron un contrato de arrendamiento de servicios en virtud del cual la actora se comprometía a limpiar la escalera una vez en semana, o más cuando se dieran circunstancias especiales, y una vez al día el portal y el ascensor, percibiendo como contraprestación el uso y disfrute del piso entrecubiertas del edificio. Los trabajos se realizaban sin sujeción a horario y aunque al principio eran de su cuenta los productos de limpieza, luego pasaron a ser costeados por la comunidad. También aquí se produjo la sustitución de la limpiadora por un familiar durante su baja por maternidad. Frente a estos hechos, el Tribunal declaró la «indiscutible» naturaleza laboral de la relación existente entre las partes aunque hubiera libertad de horario y sustitución esporádica, y ello porque «las funciones o requisitos del contrato son la prestación voluntaria de servicios por cuenta ajena mediante una retribución y dentro de la organización y dirección del empresario. La ajenidad del trabajo (...) es indiscutible como también es clara la retribución en especie del mismo (...). Y a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el carácter personal de la prestación aparezcan disimulados por la libertad de horario y la sustitución esporádica en la prestación de servicios por los familiares». El Tribunal sostiene que estos caracteres tampoco están ausentes de la relación enjuiciada porque las instrucciones y la dirección de la empresa están claras toda vez que están previstas, por ejemplo, circunstancias especiales en las que la empresa podrá exigir la realización de la limpieza con una frecuencia mayor de la habitual. Por todo ello se concluye que se trata de una prestación de servicios llevada a cabo de forma personal y directa por la limpiadora, de la que no existen noticias de que tuviera una infraestructura empresarial y en la que no asumía ningún riesgo pues se limitaba a limpiar la oficina, tarea para la cual no se necesitan instrucciones muy específicas más allá de la propia limpieza (dependencia). Además, lo hacía con el material que le era reembolsado por la empresa (ajenidad).

Así pues, aplicando los criterios anteriores, el Tribunal concluye que en el presente supuesto se dan igualmente las notas características de la relación laboral, teniendo en cuenta, además, la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del ET. El carácter laboral de la relación determina la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la

sentencia recurrida por contener ésta la doctrina jurídica correcta al haber declarado la competencia judicial para conocer de la cuestión planteada.

3. Nos encontramos, una vez más, ante un supuesto en el que la naturaleza de la actividad, que no reviste especialidad o complejidad, es utilizada como elemento determinante para la apreciación de las notas de dependencia y ajenidad. Y es que, en casos en los que nos encontramos frente a los trabajadores que más claramente se hallan en desigualdad de condiciones a la hora de celebrar un contrato de trabajo, más precisa es la aplicación de la presunción de laboralidad si en el contenido de sus funciones y en el modo de llevarlas a cabo se pueden apreciar la dependencia y la ajenidad interpretadas según la tarea contratada. Y eso es lo que hace, muy acertadamente en mi opinión, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en múltiples sentencias de las cuales la presente es la última conocida sobre el particular.

*d) Actividad por cuenta ajena*

**STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 152/2010) IL J 1484.

1. La demandante y la empleadora demandada suscribieron el 1 de marzo de 2005 un documento denominado de «contrato de agente afecto» en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones como entidad aseguradora, autorizada para realizar operaciones de seguro privado en diversos ramos. La demandante empezó a prestar servicios que consistían en el cobro a domicilio de recibos correspondientes a pólizas de seguro si bien, esporádicamente, y con motivo del cobro de aquellos recibos, la actora realizaba otras funciones como aclarar dudas sobre las pólizas, conseguir la suscripción de otros productos con los mismos clientes o sus familiares y vecinos, gestionar incidencias correspondientes a las pólizas vigentes, tales como altas, bajas o cambios o errores en los domicilios. La demandante, era «mantenedor de zona», recibía de la empresa mensualmente los recibos de cuyo cobro debía ocuparse en los domicilios de clientes, ingresando el dinero en la cuenta bancaria de la empresa y acudiendo también mensualmente a la empresa a fin de entregar los recibos que habían sido devueltos. La demandante acudía a las instalaciones de la empresa lunes, miércoles y viernes de una semana, y martes y jueves de la siguiente, disponiendo allí de una mesa y un teléfono para poder realizar gestiones, elementos ambos que eran compartidos con otros mantenedores o cobradores. La demandante, junto con otros cobradores, era convocada por la empresa para la celebración de reuniones en las que se les facilitaba información diversa acerca de los productos, participando, asimismo, en actividades de formación organizadas por la mercantil. Si existían quejas por parte de clientes, la empresa llamaba la atención a la demandante. Las causas de las bajas de clientes de su zona debían ser justificadas por la demandante al director, quien se ocupaba de validarlas, e impartía instrucciones a la demandante.

La demandante percibía de la demandada una cantidad fija de 250 € mensuales, equivalentes a la cuota del RETA, así como otro importe variable en concepto de comisiones por los cobros efectuados, y otro como comisión sobre otras operaciones, teniendo garantizado un mínimo por fijo y comisiones de cobros de 1.500 € mensuales. Ha percibido de la demandada, por el período de junio de 2008 a mayo de 2009 un importe bruto de 19.766,80

€, deducción hecha de los 250 € mensuales aludidos. La demandada ha extinguido el contrato de agencia con la demandante con efectos de 29 de mayo de 2009, ofreciendo indemnización de 6.673,43 € por falta de preaviso.

2. Dado que la demandada entregaba a la actora mensualmente los recibos a cobrar, acudía a las instalaciones de la empresa lunes, miércoles y viernes una semana, y martes y jueves a la siguiente, disponiendo de una mesa y un teléfono compartidos con otros cobradores, y, cuando realizaba los cobros procedía a ingresar el importe en la cuenta bancaria que se le había indicado, procediendo a final de mes a la devolución de los recibos no cobrados, debiendo justificar, asimismo, las bajas de clientes de su zona, el TSJ estima que estas características alejan totalmente la labor desempeñada por la actora de la propia de agente afecto, categoría que consta en su contrato, habida cuenta que no realiza funciones de mediación, y el argumento relativo a que la labor de cobro de recibos no es ajena a la mediación, pese a ser cierta, no sirve para convertir en agente a quien es un mero cobrador, puesto que lo que define la actividad es la labor desempeñada con carácter principal, no las accesorias o complementarias, dándose la circunstancia de que la actora únicamente realiza una función accesoria de las que componen el conjunto de funciones de un agente.

La prestación que realiza la parte actora no se corresponde con la de agente ni subagente de seguros, de ahí que no se ajuste a las previsiones del artículo 10 de la Ley 26/2006, que no es de aplicación al caso.

La nota de dependencia no se define de forma principal por la existencia de una sujeción a horario o jornada laboral concreta, sino por la inclusión en el ámbito de dirección de la empresa o en la esfera de organización de ésta, requisito que sí se cumple en el presente caso, dado que la actora debía proceder de forma diaria a liquidar los recibos cobrados, acudir de forma periódica, tres días por semana, seguidos de dos días por semana, dando cuenta del resultado de su actividad, justificando las causas de las bajas habidas en su zona, quedando sometida, asimismo, al poder disciplinario de la empresa, dado que, en caso de que se produjeran quejas sobre su actuación, era amonestada, constando expresamente en el ordinal segundo que la actora recibía órdenes del director, y que era convocada a reuniones para recibir información sobre productos, técnicas de trabajo e, incluso, a cursos de formación.

El TSJ concluye que la actora estaba incluida en el ámbito de dirección de la empresa, en un vínculo incardinable en el artículo 1.1 de la LET, dado que, además, la retribución se compone de una parte fija mensual garantizada y de una partida variable en función de los recibos cobrados e importe de éstos, a modo de comisión, todo lo cual redundaba en el carácter laboral del vínculo.

3. Como dice la jurisprudencia, los cobradores de primas correspondientes a pólizas de seguros que concierne la agencia para la que trabajan, con zona concreta establecida por la agencia de la que, mensualmente, reciben la relación de cobros a efectuar, siendo su trabajo controlado por un Inspector de la agencia que puede hacer visitas a los clientes acompañado de los reclamantes o por su cuenta, y con el elemento adicional de que los cobradores deben acudir semanalmente a la agencia a rendir cuentas en día predeterminado por dicha agencia, al margen de los días asignados para efectuar la liquidación mensual, sin tener instalaciones o personal propio, usando siempre las instalaciones y material de la empresa,

en cuyos cursos de formación participan, y carecen de cartera de clientes y cuando les «roban» el producto de la recaudación, previa denuncia a la Comisaría de Policía, la empresa asume el riesgo de la sustracción, no reúnen los caracteres propios de un contrato de agencia, sino que se trata de contratos de carácter laboral. No se puede sostener el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, han de seguir las instrucciones de la agencia de seguros respecto a liquidaciones semanales y mensuales de cobros, se hallan vigilados por un Inspector de la agencia, no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la expresada agencia, que es la que asume el riesgo de la sustracción de la recaudación robada a los cobradores recurrentes. El dato de que la agencia de seguros asuma el riesgo del trabajo desarrollado por los cobradores es, tal vez, la nota más decisiva que induce a pensar que se está ante una relación laboral y no ante una relación autónoma de carácter civil o mercantil (STS de 9-04-2002).

Es manifiesto que la demandante no cumplía una actividad subsumible en el artículo 2 de la Ley 26/2006, sobre mediación entre los tomadores de seguros o de reaseguros y asegurados, y las entidades aseguradoras o reaseguradoras, pues su actividad no consistía en la realización de funciones de promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguros privados y posterior asistencia al tomador o al beneficiario del seguro, ni que su tarea fuera la captación de clientes y producción de seguros, sino el mero cobro de recibos a domicilio, aunque esporádicamente podía realizar, con ocasión de ese cobro, alguna actividad de gestión, rectificación de errores en los datos, incluso, llegar a formalizar algún contrato sobre productos de la empresa, pero de forma absolutamente esporádica y accesoría.

Pero ante la dependencia en los medios y modo de trabajar y ajenidad en los riesgos, es cierto que el contrato era de trabajo (artículo 1.1 de la LET).

## 2. SUPUESTOS INCLUIDOS

### B) Contratos de grupo

**STSJ de Extremadura de 14 de octubre de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 374/2010) IL J 2177.

1. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura resuelve el Recurso de Suplicación presentado por D. Cornelio contra la sentencia de instancia en la que se declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de su demanda de cantidad interpuesta contra una Comunidad de Bienes. Entre los hechos probados de los que se parte hay que destacar los siguientes: 1. D. Cornelio aparece como firmante como trabajador, junto a la Comunidad de Bienes, a tiempo completo y duración determinada, de un contrato de obra o servicio determinada. Tal obra es la saca de corcho durante la campaña de 2008. Por parte de la comunidad firma uno de sus comuneros, D. Rogelio; También en 2008, el mismo comunero apalabra con D. Simón (igualmente, demandante en otro procedimiento de reclamación de cantidad seguido contra la comunidad) la realización de la campaña de saca de corcho, pactando una cantidad económica a cambio de cada quintal de corcho extraído. D. Simón se comprometía a realizar todas las labores y a aportar para ello tanto

los medios materiales necesarios como las personas necesarias para ejecutar la labor pactada; 3. La comunidad de bienes pagó determinadas cantidades a otro trabajador, D. Carlos Ramón, y a D. Simón.

2. La Sala de lo Social estima en parte el recurso interpuesto por el trabajador, declarando la competencia del orden social y devolviendo las actuaciones al momento anterior a ser dictada. Los argumentos que conducen a esta resolución tienen en cuenta los indicios fácticos que permiten identificar la existencia de una relación laboral en una de las modalidades previstas en el artículo 10 del ET; esto es, el trabajo en común o el contrato de grupo. El Tribunal excluye la figura del auxiliar asociado del artículo 10.3 del ET, pues no es posible concluir que se concertara un contrato de trabajo con un determinado trabajador y se pactara que éste pudiera asociar a un auxiliar o ayudante para llevar a cabo su tarea, sino que todos los trabajadores a los que se encomendó la prestación de servicios. Se toma en consideración la existencia de un contrato de trabajo escrito entre quien encarga el trabajo de la saca de corcho y la comunidad de bienes, así como la de una nómina en la que aparecen en la misma posición. Son datos que hacen entrever la existencia de un contrato de trabajo en común, si bien en la sentencia se destacan otros, como la aportación de maquinaria por D. Simón, que conducen a concluir la existencia de un contrato de trabajo de grupo. Según se argumenta en la resolución, la aportación de los materiales por D. Simón no excluye la existencia de relación laboral pues, lo que se remunera es el trabajo, la tarea de la saca del corcho, la actividad de los trabajadores. Tampoco excluye tal conclusión la forma de retribución pactada: por quintal de corcho extraído.

3. La sentencia analizada expone, de forma completa y sumamente pedagógica, el régimen jurídico de ambos contratos de trabajo: el de trabajo en común y el de grupo, incluyendo citas doctrinales y jurisprudenciales de gran interés. En la medida en que procesalmente no le es exigido, la Sala no determina, en efecto, cuál es el tipo de contrato que vincula a las partes en conflicto, pero sí que devuelve al juzgado de instancia los argumentos jurídicos suficientes para partir de la existencia de una relación laboral. A mi juicio, de los hechos probados se deriva que se está ante un contrato de grupo, por el cual se encarga una tarea a un representante de los trabajadores que es el que se encarga de coordinar la actividad del resto de sus compañeros, concurriendo una sola relación laboral. No obstante, el hecho de que existiera más de un contrato verbal y escrito introduce cierta distorsión, que deberá ser despejada atendiendo a las prácticas habituales en el ámbito en que se desarrollan los hechos: el campo y la actividad de extracción del corcho.

### **C) Relaciones laborales de carácter especial**

#### *a) Alta dirección*

**STSJ del País Vasco de 7 de junio de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 971/2010) IL J 1970.

1. La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco resuelve el Recurso de Suplicación interpuesto por la Sociedad Anónima EREBEGI contra la sentencia de instancia, que estimaba parcialmente la demanda de cantidad interpuesta por Obdulio contra la citada mercantil. Los

hechos probados de los que parten ambas sentencias son los siguientes: 1. El 1 de abril de 2003 D. Obdulio firmó con la demandada un contrato de alta dirección como Director Gerente. 2. En este contrato se pactan unas vacaciones anuales de 30 días naturales y el abono de un salario fijo al que se suma un complemento variable. 3. Desde el año 2005, y por tres años consecutivos y una vez al año, D. Obdulio percibió un talón nominativo por importe de 1.200 euros brutos en concepto de retribución por asistencia al Consejo de Administración de EREBEGI S.A. 4. En abril de 2008, el actor presentó demanda por despido, demanda que fue desestimada. 5. En junio de 2009, D. Obdulio presentó demanda de cantidad.

2. En este contexto, la Sala se debe pronunciar sobre varios motivos de suplicación. Entre ellos, resulta de especial interés el que alega la incompetencia de jurisdicción del orden social para entrar a enjuiciar el caso. La parte recurrente argumenta que la «retribución por asistencia al Consejo de Administración» no se corresponde a la relación laboral especial de alta dirección que le vinculaba con el actor, sino a otra relación de naturaleza mercantil, derivada de su condición de miembro del Consejo de Administración. De esta manera, entiende que las cantidades que reclama por su asistencia a este último pertenecen a la esfera jurisdiccional civil-mercantil. Ante esta alegación, el Tribunal concluye que no existe una doble relación, sino una sola. En particular, la de alta dirección. En consecuencia, declara la competencia de la jurisdicción social para poder conocer sobre la retribución por asistencia, en la medida en que todas las percepciones del trabajador derivan de la existencia previa de una relación laboral de carácter especial. Por ésta y otras razones, el Tribunal termina condenando a la empresa al pago de una cantidad, una vez efectuadas las correspondientes compensaciones, de 3.162,49 euros.

3. Por lo que a esta sección corresponde, la resolución examinada resulta de interés en la medida en que tiene que entrar a valorar la posible existencia de dos relaciones jurídicas para computar las cantidades adeudadas por la empresa demandada. En efecto, de los hechos probados resulta que D. Obdulio fue Presidente del Consejo de Administración de la recurrente, no por su condición de accionista, sino exclusivamente por su condición de Director Gerente. Así quedaba reflejado en su contrato de trabajo que, con especial fuerza en esta relación laboral especial, resulta determinante a estos efectos. Por tanto, no resulta aplicable la exclusión del artículo 1.3 del ET, pues no se está ante el mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración o, en otras palabras, ante un consejero independiente, sino ante un Director Gerente que, por su especial posición de «ejecutor» de la voluntad de quien le contrata, debe llevar a cabo la dirección efectiva de la Sociedad.

#### *d) Deportistas profesionales*

**STS de 21 de octubre de 2010** (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3843/2009) IL J 2000.

1. La cuestión que se plantea en el presente Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina es la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo de un «ojeador» deportivo. El trabajador pertenecía al departamento de captación de la sección de fútbol y su trabajo consistía en asistir a partidos de distintas categorías y equipos y analizar e informar acerca de la potencialidad de jugadores para la entidad deportiva para la que tra-

bajaba. Además, se reunía periódicamente en las instalaciones técnicas de la entidad y recibía directrices de lo que se buscaba. Sus informes eran técnicos y deportivos, no estando sujeto a horario. Cuando se produjo su cese, el trabajador demandó a la entidad deportiva solicitando la declaración de improcedencia de lo que calificaba como despido.

La sentencia del Juzgado de lo Social que conoció de la demanda en primera instancia, la desestimó por entender que la relación entre las partes era una relación laboral especial de deportista profesional que se regulaba por el RD 1006/1985 y, por lo tanto, su duración se regulaba de conformidad a dicha norma y la extinción producida no era un despido, sino una extinción por expiración del tiempo pactado. Por su parte, la sentencia dictada en suplicación por el TSJ de Madrid revocó la de instancia y declaró que se trataba de una relación laboral ordinaria porque el actor «no practica ninguna clase de deporte, ni hace falta que tenga las cualidades o condiciones básicas requeridas para el ejercicio de una actividad deportiva de carácter físico». Por ello, concluye que su cese constituye un despido improcedente con las consecuencias previstas en el artículo 56.1 del ET.

2. Contra la anteriormente mencionada sentencia del TSJ, interpone la empresa Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina invocando como contradictoria una sentencia dictada por el TSJ de Murcia de 5 de diciembre de 2005. En dicha sentencia se analizaba una demanda de despido entablada por un trabajador que, además de realizar actividades como «ojeador», ayudaba en sus tareas a los entrenadores del equipo contribuyendo a dar a conocer cómo desplegaban su estrategia los contrarios para poder adoptar un sistema de juego más adecuado en las futuras confrontaciones deportivas. La Sala de Murcia entendió que dada la actividad desplegada se trataba de una relación laboral especial de deportista profesional y, por ello, vencido el plazo convenido, el vínculo se extinguió por expiración del tiempo acordado.

A pesar de la similitud de la situación de los dos demandantes, dado que ambos eran ojeadores, a juicio del Tribunal existe una diferencia sustancial entre ellos, pues el trabajador de la sentencia invocada como de contraste, además de actuar como ojeador, también actuaba como ayudante del entrenador. Tal actividad se asimila a la de los propios entrenadores y la doctrina jurisprudencial ha incluido a estos últimos dentro del ámbito personal de los decretos reguladores de los deportistas profesionales. Sin embargo, en el caso de autos el trabajador no realizaba este tipo de actividad, razón por la cual se aprecia la inexistencia de identidad y no concurre el requisito de contradicción, por ello se debió inadmitir el recurso en su día y, por ello, el Tribunal entiende que procede su desestimación.

3. La especialidad de la relación laboral de los deportistas profesionales se centra, entre otros aspectos, en la temporalidad del vínculo. Así, el artículo 6 del RD 1006/1985 dispone que la relación laboral especial de los deportistas profesionales será siempre de duración determinada, pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en su conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva.

En el supuesto de la sentencia comentada es clara la existencia, no de una relación laboral de carácter especial, sino de una relación laboral ordinaria, toda vez que la actividad desempeñada por el trabajador se limitaba a la localización de futuros futbolistas para la entidad, sin practicar ningún deporte, ni preparar a los futbolistas, algo que sí lleva a cabo

el entrenador y, en su caso, el ayudante del entrenador y por ello están incluidos en la relación laboral de deportistas profesionales. En consecuencia, la extinción que se produjo constituye un despido improcedente y conlleva el reconocimiento de las indemnizaciones previstas legalmente para tales supuestos.

*e) Artistas en espectáculos públicos*

*Destaca en esta crónica la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2010 cuyo comentario aparece a continuación. Dicha sentencia, dictada en unificación de doctrina, versa sobre artistas en espectáculos públicos y declara la naturaleza laboral de la prestación de servicios de los actores de doblaje. A esta sentencia le siguen otras dictadas por el Tribunal en fecha inmediatamente posterior que reproducen sus fundamentos (SSTS de 19 de julio de 2010, IL J 1761, IL J 1763, IL J 1764 y SSTS de 5, 6 y 7 de octubre de 2010, IL J 1981, J 1985 y J 1866), si bien hay que señalar que una de ellas (J 1761) va acompañada del voto particular que formula un magistrado sosteniendo la naturaleza extralaboral por tratarse de un contrato de ejecución de obra.*

**STS de 16 de julio de 2010** (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3391/2009) IL J 1756.

1. Diversas personas realizaron labores de doblaje para una empresa dedicada a producciones cinematográficas y de televisión, sin sometimiento a contrato de trabajo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social consideró que la relación entre las partes era de naturaleza laboral y levantó actas de infracción y de liquidación de cuotas, cada una de ellas con el objeto y régimen jurídico correspondiente.

Planteado procedimiento de oficio, el Juzgado de instancia declaró probado que la empresa, una vez que recibía un encargo, procedía a traducir los diálogos, seleccionando luego al director de doblaje y a los actores de forma directa, sin realizar casting o proceso de selección de éstos al ser conocidos por la empresa. Una vez realizado el contacto, los actores propuestos aceptaban o no el trabajo encomendado, concertando, en su caso, el día de ejecución de la actividad, puesto que realizaban trabajos semejantes para otras empresas de doblaje. Las tareas de los actores se realizaban de forma individual, sin que fuera necesaria la presencia simultánea de todos los que intervinieran en cada escena, siendo incluso factible realizar las tareas en un estudio propio, remitiéndolas luego por correo electrónico. En todo caso, las labores de doblaje en el estudio de la empresa se realizaban bajo la supervisión del director de doblaje, siendo de propiedad de la empresa la infraestructura necesaria para la prestación de la actividad. Los actores disponían de libertad de horario, decidiendo individualmente sus períodos de descanso y vacaciones. Para la percepción de sus retribuciones emitían facturas, en las que reflejaban los trabajos (*takes*) realizados, cobrando por *takes*, con independencia del tiempo invertido en el doblaje a su cargo, facturando algunos de ellos a través de las sociedades mercantiles de las que eran socios. La mayor parte de los actores estaban dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

El Juzgado dictó sentencia considerando inexistente la relación laboral entre las partes, absolviendo a la entidad empresarial de los pedimentos incluidos en la demanda de oficio. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia dictó la sentencia de 24-03-2009 (rec. 3327/08), por la que se estimó el recurso de suplica-

ción interpuesto en nombre de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, declarando la naturaleza laboral de la relación entre la entidad demandada y los actores de doblaje incluidos en las actas correspondientes, aunque no relación laboral común, sino relación laboral especial de artistas de espectáculos públicos. Dicha sentencia fue, a su vez, recurrida por la entidad demandada en casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 07-12-2005 (rec. 2216/05). La Sala casacional, reconociendo previamente la contradicción entre las sentencias de suplicación contrastadas, y desechando algunas objeciones procesales, entra en el fondo del recurso para desestimarlos, confirmando en todos sus términos la sentencia recurrida por ser la que contiene la doctrina adecuada a Derecho.

2. Valora la Sala casacional afirmando el tenor de los artículos 2.1.e) del ET y 1.2 del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, en el sentido de afirmar que la existencia de dicha relación especial requiere que el artista se dedique «voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de estos últimos, a cambio de una retribución». Razona la Sala que las dificultades de calificación de las llamadas relaciones laborales especiales se hallan en los orígenes mismos de su aparición en el marco del ordenamiento jurídico laboral (en el artículo 3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales). Sin duda, una de las causas de la complejidad en la delimitación de los supuestos trae causa de la ausencia de una expresa justificación legal del carácter especial atribuido a ellas, inexistente en el artículo 2 del ET, cosa que, de modo particular, sucede en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, puesto que tampoco el Real Decreto de desarrollo contiene expresión de elementos justificadores del apartamiento del régimen ordinario del contrato de trabajo para los colectivos a los que abarca. A la vista de esas dificultades, añade la fundamentación de la sentencia, es labor de la jurisdicción social, a través de la casuística que se le plantea, discernir cuáles son las actividades sobre las que se desarrolla la relación especial y la naturaleza misma de esa relación. La primera cuestión aparece perfilada en lo que se establece en el apartado 3 del artículo 1 del RD 1435/1985, sin que en el caso que ahora se plantea haya sido discutido el encaje de la actividad de doblaje en ese ámbito artístico. Es respecto de la naturaleza de la relación, que se delimita en la expresión «por cuenta de» un organizador de espectáculos públicos o empresario, dentro de su «ámbito de organización y dirección» y «a cambio de una retribución», en donde se centra ahora el núcleo de la doctrina a unificar, pues son los perfiles de los distintos elementos de la prestación de servicio —coincidentes en ambas sentencias comparadas— los que han de valorarse a efectos de determinar su relevancia en la calificación misma de la relación laboral especial.

Tras de afirmar la coincidencia de las notas o requisitos de laboralidad exigidos por los artículos 1.2 del RD 1435/1985 y 1 del ET, la Sala recuerda su doctrina jurisprudencial sobre la materia en los siguientes términos:

«a) Se trata de un tipo de relación a la que se aplica con carácter preferente lo dispuesto en el Decreto regulador de esa relación especial, y sólo con carácter supletorio lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo que se deriva de lo dispuesto en el propio artículo 2 del ET y del artículo 12 del indicado Real Decreto (STS de 15 de julio de 2004, RCU 4443/2003).

b) La particularidad más destacada de esta relación especial se encuentra en la duración del contrato, puesto que, a diferencia de lo que indica el artículo 15 del ET, es posible tanto la contratación de duración indefinida como la de duración determinada, la cual, además, no exige la concurrencia de una causa específica (SSTS de 23 de febrero de 1991, rec. 854/90; 24 de julio de 1996, RCU 3636/1995 y 17 y 30 de octubre de 1996, RCU 3635/1995 y 1116/1996, respectivamente). Ello responde a la particular naturaleza de la actividad artística, que exige no sólo la necesaria aptitud del trabajador para desarrollarla en cada momento, sino la aceptación del público ante la que se realiza, que obviamente puede variar.

c) También en este régimen especial existe la posibilidad de que un artista contratado para varias temporadas pueda llegar a adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo, por lo que es preciso llegar a la conclusión de que en esta regulación la regla general viene constituida por la posibilidad de efectuar contrataciones temporales, y la excepción de la contratación indefinida, con el carácter de fijeza discontinua —o contrato a tiempo parcial como se habrían de calificar a partir de las previsiones contenidas en el artículo 12 del texto estatutario a partir de la reforma del año 2001— (SSTS de 15 de julio de 2004, RCU 4443/2003; 17 de mayo del 2005, RCU 2700/2004 y 15 de enero de 2008, RCU 3643/2006). En todos estos supuestos no estaba en discusión el carácter laboral de la relación. Sólo la STS de 21 de diciembre de 1989, en recurso de casación por infracción de ley, abordó el examen de la laboralidad de la relación; para negarla en aquel caso porque existía entre las partes un acuerdo para la explotación conjunta del grupo musical, de forma que todos ellos participaban igualmente y con idéntico riesgo en el desarrollo de la actividad, que era soportado por todos y cada uno en iguales partes, forma en la que, asimismo, se distribuían los beneficios resultantes».

Tras el recordatorio de esta doctrina jurisprudencial precedente, entra la Sala a considerar las alegaciones de la entidad recurrente, con cita del artículo 1 del RD 1435/1985, en relación con los artículos 1.2.c) y 8 del ET, así como el artículo 7.1.a) de la LGSS, el artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y el artículo 2 de la OM de 24 de julio de 1970, afirmando que en el caso de autos no podía apreciarse ajenidad —por tratarse de una actividad de resultado sin transferencia de la propiedad de la obra artística—, ni dependencia —porque los actores tenían también autonomía organizativa—, ni exclusividad. A propósito de estas alegaciones de la parte empresarial, resalta la Sala la discrepancia argumental contenida en las sentencias comparadas, que gira en torno a la valoración de los aspectos siguientes de una prestación de servicios análoga en ambos supuestos: a) la simultaneidad de trabajos para distintas empresas; b) la falta de sujeción a horario; y c) la determinación del tiempo de disfrute de las vacaciones. A partir de ahí, constata la Sala casacional que esos tres parámetros son, para la sentencia de contraste, decisivos para negar la laboralidad, mientras que la recurrida llega a conclusión opuesta respecto de la transcendencia de aquéllos y entiende que lo decisivo es que el doblaje se realizara siempre en las instalaciones de la empresa, con sus medios técnicos y humanos, coordinado siempre por un director que es quien fija con los actores las fechas y horas, así como que la utilidad patrimonial se atribuyera a la empresa y que los emolumentos de los artistas fueran análogos a los fijados en el convenio colectivo.

Con motivo de esa valoración, vuelve la Sala a reproducir su jurisprudencia consolidada en cuanto a la definición de los presupuestos sustantivos de dependencia y ajenidad:

«a) La calificación de los contratos no depende de la denominación dada por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto (véase, por todas la STS de 7 de octubre de 2009, RCUUD 4169/2008). En este sentido, y por lo que afecta al caso que enjuicamos, conviene añadir que tampoco puede tener relevancia en la calificación final de la relación la conducta procesal de los aquí codemandados, consistente en oponerse a la demanda de oficio, circunstancia que pone de relieve el Ministerio Fiscal.

b) La dependencia es entendida como la situación del trabajador que está sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa (STS de 29 de diciembre de 1999, RCUUD 1093/1999).

c) La ajenidad, por su parte, implica que los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios (STS de 12 de febrero de 2008, RCUUD 5018/2005).

d) Es la proyección de la acumulación de indicios de dependencia y ajenidad sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación. Ésta ha sido la técnica utilizada de modo constante por la Sala en múltiples supuestos [a título de ejemplo: odontólogos (STS 19 de junio, RCUUD 4883/2005; 7 de noviembre, RCUUD 2224/2006; 27 de noviembre, RCUUD 2211/2006 y 12 de diciembre de 2007, RCUUD 2673/2006; 12 de febrero de 2008, RCUUD 5018/2005 y 18 de marzo de 2009, RCUUD 1709/2007), médicos de entidades sanitarias (STS de 9 de diciembre de 2004, RCUUD 5319/2003), colaboradores de medios de comunicación (STS de 31 de marzo de 1997, RCUUD 3555/1996; 16 de diciembre de 2008, RCUUD 4301/2007 y 11 de mayo de 2009, RCUUD 3704/2007) y profesores de empresa de enseñanza no reglada (STS de 22 de julio de 2008, RCUUD 3334/2007)]».

Partiendo de estas premisas, afirma la Sala que en el caso de autos concurren las notas características de la relación laboral, puesto que:

«a) Los actores de doblaje no aportan infraestructura alguna, siendo la empresa que les contrata la suministradora de todos los medios técnicos y humanos necesarios para el desarrollo de la completa prestación de servicios.

b) Es intrínseca a la propia prestación de servicios del artista el sometimiento del mismo a un director de doblaje. Así se evidencia en el texto del Convenio Colectivo que señala que “la función del actor en el doblaje consiste en interpretar y sincronizar la actuación del actor original con la mayor fidelidad a la interpretación del mismo y siguiendo las indicaciones del Director de Doblaje” [artículo 7 del Convenio Estatal de Profesionales del Doblaje, Rama Artística, BOE 2.2.1994, no sustituido a nivel estatal hasta la fecha, reproducido literalmente por el Convenio Colectivo de Profesionales del Doblaje (Rama Artística) 1994-1996 del País Valenciano —DO. Generalitat Valenciana de 14 de diciembre de 1994—, modificado sólo parcialmente por el Convenio Colectivo de Trabajo para los Profesionales del Doblaje (Rama Artística) para los años 2002 y 2003 —DO. Generalitat Valenciana 23 octubre 2002—].

c) También resulta propia de la esencia de la relación laboral especial la coincidencia del tiempo de prestación de servicios con la de desarrollo de la obra o trabajo artístico, sin que la exclusividad pueda exigirse como nota de la misma. El propio Convenio Colectivo antes indicado refleja el abanico de situaciones posibles en cuanto a la duración de los contratos, e incluye, entre las modalidades de contratación, el contrato por convocatoria; lo que resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto. En este punto la sentencia de contraste efectuaba una simplificación de la lectura del Convenio que la llevaba a confundir

la cuestión de la eventual calificación de la duración indefinida de la relación con la de la laboralidad misma de aquélla, negando esta última al entender exigible la exclusividad para aceptar que el nexo fuera laboral. El que los actores de doblaje puedan decidir si aceptan o no participar en determinado doblaje y fijen los días de trabajo de mutuo acuerdo con la empresa —con la lógica consecuencia de que los períodos de descanso y de vacaciones quedan determinados por la voluntad de aquéllos—, no cabe interpretarlo —como también sostiene el Ministerio Fiscal— como una excepción a la dependencia. Si la prestación de servicio se perfila por cada obra el contrato nacerá cada vez que exista acuerdo de voluntades entre las partes sobre el objeto y circunstancia de la prestación, lo cual es congruente con lo apuntado respecto de la inexigibilidad de que el artista preste servicios en exclusiva para una empresa de doblaje, al no hallarse vinculado a ésta de forma indefinida y continuada.

d) La ajenidad queda también patente al examinar el sistema y cuantía de la contraprestación económica por la actividad de doblaje. Los artistas percibían sus emolumentos en atención a los parámetros de medición de la prestación de servicios pautados del convenio colectivo, en donde puede apreciarse una regulación de la unidad de obra (el *take*) y del canon de convocatoria general (cuantía fija en cada llamamiento), sistema plenamente coincidente con el empleado en el supuesto de la sentencia recurrida.

e) Asimismo, no cabe negar la ajenidad por el hecho de que los actores de doblaje mantengan sus derechos de autor, sin cesión a la empresa. Los derechos de propiedad intelectual no se encuentran de modo necesario en el paquete de las obligaciones básicas del contrato de trabajo, pudiendo incluirse entre las respectivas contraprestaciones de las partes o quedar al margen de éstas. Así resulta de modo indubitado de lo que establece el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril), en cuyo artículo 51.1 y 2 se dispone que “1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral”.

Esta afirmación ya la hizo esta Sala IV en la STS de 31 de marzo de 1997 (RCUD 3555/1996), en la que se razonaba que cuando el resultado del trabajo es una obra de autor, la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes, entendiéndose en aquel caso que éstos incluían los de explotación de las mismas en atención a su actualidad. Se argumentaba que es característica general del derecho de propiedad intelectual la pluralidad y complejidad de facultades de carácter personal y patrimonial que atribuye al autor (artículos 2 y 3 de la Ley de Propiedad Intelectual). Es más, determinadas facultades que componen el derecho de autor de contenido complejo son inalienables o no susceptibles de cesión a terceros. Tal es el caso de las facultades que integran el llamado derecho moral, dentro de las que se cuenta la de exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra (artículo 14.3.º de la Ley de Propiedad Intelectual).

A lo anterior debe añadirse que, dentro de las facultades de carácter patrimonial de la propiedad intelectual, los llamados derechos de explotación regulados en los artículos 17 y siguientes de la Ley presentan también una gran elasticidad en cuanto a las modalidades de ejercicio (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación), y en cuanto a los contenidos y alcance de los actos de transmisión (duración en el tiempo, ámbito territorial, exclusividad o no de la cesión, etc.). Esta diversidad y elasticidad de contenido

del derecho de propiedad intelectual lleva consigo que la verificación de si existe o no ajenidad en una relación de servicios de autor haya de depender de que los derechos cedidos incluyan los principales derechos de explotación dentro del giro o tráfico económico de la profesión y sector de actividad, o por el contrario tengan una importancia económica accesoria dentro de ellas. En fin, interesa puntualizar, a propósito de la ajenidad en las relaciones de servicios de creación de obras de autor, que el derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con el derecho de propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (artículo 3 de la Ley)».

3. Son destacados aspectos de esta sentencia los que se refieren a las notas diferenciadoras de la laboralidad común (cuando concurren los cuatro presupuestos sustantivos de actividad, remunerabilidad, dependencia y ajenidad) y de la laboralidad especial (cuando concurren las exigencias de la relación laboral especial de que se trate, en este caso la de los artistas en espectáculos públicos), para llegar a la conclusión, nada sorprendente, de que en el supuesto de autos los actores de doblaje, pese a la flexibilidad de su régimen de actuación frente a la empresa, eran trabajadores sometidos al ordenamiento laboral, en cuanto sujetos de una relación laboral de carácter especial. Junto a esos aspectos, deben resaltarse, cuando menos, otros tres como de considerable interés en la resolución casacional comentada.

En primer lugar, el «apoyo» en las cláusulas del convenio colectivo del sector para «reafirmar» la laboralidad del supuesto, lo que no habría sido técnicamente compatible si esa laboralidad se hubiese establecido sólo sobre la regulación convencional, fuera de la concurrencia de los presupuestos sustantivos de laboralidad —comunes y especiales—, requeridos por norma de rango de ley.

En segundo lugar, la rica doctrina establecida en la sentencia acerca de los derechos de autor de los artistas, particularmente en relación con la inexigencia de que el contrato de trabajo sea el vehículo imprescindible para la cesión de todos los que se contienen en el derecho de propiedad intelectual.

En último término, la configuración de la sentencia como una de esas sentencias pedagógicas que, de vez en cuando, dicta la Sala, no tanto para elaborar nueva jurisprudencia sino para resumir extensamente la ya establecida, lo que aquí se manifiesta en el recordatorio de una serie de supuestos pertenecientes a las «zonas grises», tales como los odontólogos, los médicos de entidades sanitarias, los colaboradores de medios de comunicación y los profesores de empresas de enseñanza no regladas, echándose en falta, sin embargo, otros supuestos recurrentes como, por ejemplo, los veterinarios o los prestadores de asesoramiento jurídico, sobre los cuales ha recaído, asimismo, una clarificadora doctrina jurisprudencial que habría sido conveniente recordar.

#### *h) Estibadores portuarios*

**STSJ de Baleares de 1 de junio de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 101/2010) IL J 1470.

1. La sentencia tiene que resolver el Recurso de Suplicación presentado por la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Palma de Mallorca, S.A. frente a la sentencia

de instancia que declaraba improcedente el despido efectuado por la empresa «Estibadora Palmaport S.L.» y, como consecuencia, declaraba el derecho de D. Roberto a optar entre: a) la reanudación de su relación laboral especial con la Sociedad Estatal recurrente, sin percepción de indemnización alguna, o b) la readmisión por cualquiera de las dos sociedades —«Estibadora Palmaport S.L.» e «Isleña Marítima de Contenedores S.A.»—, en las mismas condiciones que regían antes del despido o que se dé por extinguida la relación y le indemnicen y le paguen los salarios de tramitación correspondientes.

Los hechos probados de los que se parte son los siguientes: D. Roberto inició la prestación de servicios para la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Palma de Mallorca, S.A. en 1990, con una relación laboral especial de estibador portuario; en 1991, inició una relación laboral común indefinida con la categoría de «clasificador» con la Sociedad Anónima Isleña Marítima de Contenedores; en el año 2000, Estibadora Palmaport S.L., empresa del grupo al que pertenece la anterior, se subrogó en los derechos y deberes que aquella tenía con el trabajador; el 13 de enero de 2009, D. Roberto recibió una carta de despido por causas disciplinarias en la que se reconocía la improcedencia del mismo al no poder probar la empresa la causa de sanción alegada. Asimismo, se le comunicaba la imposibilidad de la empresa de pagar la indemnización correspondiente, remitiéndose a la regulación que ordena la particular situación laboral de D. Roberto para que éste se dirija a la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Palma de Mallorca, S.A. para reintegrarse en su plantilla. Su solicitud fue denegada, motivo por el cual se inició el presente procedimiento.

2. La Sala desestima el primer motivo de recurso presentado por la representación letrada de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Palma de Mallorca, S.A. Dicho motivo alega la existencia en la sentencia de instancia de un vicio de incongruencia *extra petita*, que da lugar a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El argumento del TSJ de Baleares es claro, y se basa en la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto. Dicha doctrina define la incongruencia como el «desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido» que da lugar a la vulneración del derecho fundamental citado cuando «sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal». El Tribunal argumenta que son muchas las cuestiones que se resuelven en el ámbito de una acción de despido sin que constituyan el objeto de una acción independiente, y que sólo resolviéndolas puede dictarse una sentencia plenamente congruente con la pretensión.

En segundo término, la Sala realiza un análisis de la regulación aplicable al caso para concluir la desestimación del segundo motivo alegado por la recurrente y proceder a ratificar la sentencia de instancia. Así, señala que del contenido del RD-Ley 2/1986 se desprende que la vinculación del trabajador con la Sociedad Estatal es el núcleo vertebral de todo el sistema de colocación del trabajador portuario y normalmente precede a la contratación por la empresa estibadora. La relación indefinida de carácter especial funciona de tal manera que vincula al trabajador con la Sociedad Estatal que lo cede, con carácter temporal, a las empresas que operan en el tráfico marítimo. Entre tanto, la relación laboral especial queda suspendida. Así lo contempla el artículo 10 del citado RD-Ley, que además reconoce el de-

recho del trabajador a reanudarla una vez extinguida aquélla. La reactivación de la relación laboral especial suspendida es inmediata y automática según los argumentos del Tribunal.

La lectura combinada del artículo 10 con el artículo 14 del mismo RD-Ley permite extraer un triple mecanismo extintivo del contrato especial: 1. la concurrencia de alguna de las causas comunes de extinción de todo contrato laboral *ex* artículo 49 del ET; 2. por la vía particular de extinción del artículo 14 del RD-Ley; 3. por el procedimiento indirecto de extinción que da lugar a alguna de las excepciones a la regla general de reanudación automática de la relación laboral especial; esto es, cuando la extinción se produce por mutuo acuerdo de las partes, por la dimisión del trabajador o por despido disciplinario declarado procedente. Tal y como señala el Tribunal en el presente caso, el despido disciplinario es improcedente por lo que no da lugar a la excepción previamente enumerada y, por tanto, no excluye la reanudación automática de la relación laboral especial.

3. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal son claros e inapelables. El reconocimiento de la improcedencia de su decisión extintiva por la última empresa para la que trabajó D. Roberto implica su reincorporación inmediata en la Sociedad Estatal, haciendo, incluso, innecesaria la solicitud previa enviada por D. Roberto y su consideración por el Consejo de dicha Sociedad Estatal. De este modo, se está permitiendo un despido injusto y gratuito por parte de las empresas estibadoras, que ha de soportar la entidad estatal. Ahora bien, se ofrece una protección adicional a los trabajadores amparados por esta regulación especial.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

#### C) Administradores sociales

*La sentencia comentada a continuación resuelve el supuesto de una trabajadora que simultaneaba su condición de administradora única con la de directora pedagógica de una escuela infantil y que ha continuado prestando servicios cuando dejó de ser administradora.*

**STSJ de Madrid de 1 de julio de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 853/2010) IL J 1495.

1. La demandante en instancia constituyó una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal con el declarado objeto social de «*gestionar espacios destinados a la educación*». A través de esta empresa la actora gestionaba una escuela de educación infantil.

La actora trasmitió completamente la propiedad de la empresa gestora de la escuela de educación infantil en agosto de 2008 a las demandadas en instancia. Fruto de esta transmisión las recurrentes se hicieron con el control completo de la mercantil, asimismo, se acordó entre las partes la cesión del contrato de alquiler del local que ocupaban las instalaciones de la escuela infantil, la licencia de apertura del mismo, así como del resto de los elementos subjetivos y objetivos propios del negocio jurídico transmitido.

La transmisión provocó el cese de la recurrente como administradora de la sociedad y su sustitución por las adquirentes en calidad de administradoras solidarias. Sin embargo,

continuó prestando sus servicios como Directora de la escuela, asistiendo a reuniones con los padres y profesores como tal directora, a reuniones del Consejo Escolar y encargándose, en definitiva, de la dirección pedagógica del centro.

En enero de 2009 la recurrente dejó de prestar sus servicios para la mercantil. Se inició un procedimiento por reclamación de cantidad contra las nuevas titulares de la empresa. Dicha reclamación fue estimada por el Juzgado de lo Social, condenando a las recurrente al pago de 3.900 € a la actora.

2. Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social se presenta Recurso de Suplicación por las demandadas pretendiendo la modificación del relato fáctico y la estimación de la falta de competencia del orden social al no encontrarnos ante una relación laboral.

El Tribunal *ad quem* desestima la solicitud de modificación de los hechos declarados probados por el Tribunal *ad quo* por no aportarse por las recurrentes una redacción alternativa a la emitida por el Tribunal tal y como es preceptivo.

La excepción de incompetencia alegada también por las recurrentes tampoco merece la acogida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirma íntegramente la sentencia de instancia. La actora era la titular de la mercantil propietaria de la escuela infantil. Condición que mantuvo hasta la transmisión del negocio empresarial a las recurrentes. A partir de ese momento la actora dejó de ser la administradora única de la sociedad permaneciendo sólo respecto de sus funciones de dirección pedagógica de la mercantil. Por ello no puede ser acogido por el Tribunal Superior de Justicia la excepción de incompetencia presentada por las recurrentes.

3. El caso que se analiza se encuentra dentro de las fronteras del Derecho del Trabajo. Es cierto que en los hechos declarados probados transcritos en la sentencia de suplicación no queda constancia de si la prestación de servicios de la trabajadora, una vez extinguida su condición de administradora única, se realizó bajo la cobertura de un contrato de trabajo, bajo la apariencia de un contrato mercantil o de manera tácita sin el amparo de ningún contrato. No obstante, el resultado en cualquier caso sería el mismo.

Por una parte si la prestación de servicios fuera laboral evidentemente el orden social sería competente para analizar la reclamación de cantidad que la trabajadora dirige contra sus empleadoras, y que de ninguna forma puede quedar desvirtuada al cumplirse los requisitos de laboralidad del artículo 1.1 del ET.

Si la prestación de servicios se hizo bajo la simulación de una relación mercantil el indiscutido y sólido criterio jurisprudencial, y la pacífica doctrina al respecto obligan a considerar las contraprestaciones pactadas entre las partes y no el *nomen iuris* usado por ellas. Ello supondría de tal suerte que identificada la dependencia y ajenidad bajo la que la trabajadora prestaba sus servicios deba reconocerse la competencia del orden laboral.

La última alternativa posible en la que la trabajadora podría haber prestado sus servicios sería de manera tácita. Probablemente esta hipótesis sea la que más se acerque a la realidad pues a consecuencia de la transmisión empresarial llevada a cabo entre las partes no es difícil imaginar que la actora mantuviera su relación con la escuela infantil a fin de garantizar el correcto cambio de titularidad. Es cierto que si la prestación de servicios

se hubiera limitado a facilitar la información esencial a las nuevas propietarias así como un somero asesoramiento y difusión de la transmisión a los padres y al Consejo Escolar habría sido más problemático la calificación de tal relación de laboral. Sin embargo, la relación ha ido más allá. La trabajadora, que simultaneaba su condición de administradora única con la de directora pedagógica de la escuela infantil, ha continuado prestando sus servicios para la mercantil una vez dejó de ser administradora única. La mencionada prestación de servicios se realizó no con la intención de finalizar las tareas y actividades pendientes iniciadas con anterioridad a la compra venta y, por tanto, con carácter temporal, sino que supuso una normal relación laboral por parte de la antigua administradora única que desarrolló su actividad conservando sólo parte de sus antiguas competencias, las de directora pedagógica.

En conclusión, como señalábamos al inicio, la decisión de Tribunal es ajustada a derecho y debe ser compartida sin duda.

#### 4. ZONAS GRISES

##### C) Autónomos

**STS de 17 de junio de 2010** (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3847/2009), IL J 1290.

El caso contemplado atañe a la calificación jurídica de la relación de la actora, dada de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social y en el Impuesto de Actividades Económicas, con una cadena de televisión a la que prestaba servicios de maquilladora desde el año 1980.

La actora acudía dos veces al día a las instalaciones de la demandada para maquillar a quienes intervenían en los informativos regionales y nacionales utilizando materiales propiedad de la empresa perfectamente dotados para la prestación del servicio en cuestión. Ocasionalmente, también acudía con motivo de la realización de algún programa especial o se desplazaba fuera de su lugar habitual de prestación de servicios si el programa se realizaba en sitio distinto, recibiendo, en este último caso, las correspondientes dietas y gastos de desplazamiento.

Como otras notas características de la relación existente entre las partes cabe destacar que cuando a la actora le era imposible acudir a las sesiones de maquillaje que la cadena de televisión le solicitaba, éstas eran realizadas por personas de su confianza que ella misma elegía.

La única indicación que procedía de la empresa demandada con respecto a la prestación de servicios de la actora era la determinación de la persona o personas a maquillar, sin recibir orden alguna acerca de la forma de desarrollar su trabajo, ni existir coordinación, supervisión o control de ningún tipo por parte de la cadena televisiva.

Adicionalmente, la actora percibía una retribución mensual que variaba en función de las sesiones de maquillaje realizadas, las cuales oscilaban a lo largo de los meses, sin disfrutar de vacaciones retribuidas ni estar sujeta a control de permisos o licencias por parte de la empresa demandada.

El caso se plantea cuando la actora presenta demanda en reclamación de cantidad ante el Juzgado de lo Social, centrándose el debate en la determinación de si la relación jurídica que unía a la maquilladora con la cadena de televisión era verdaderamente una relación laboral ordinaria o, por el contrario, una relación civil de arrendamiento de servicios.

Inicialmente, la sentencia del Juzgado de lo Social declaró el carácter no laboral de los servicios prestados por la maquilladora.

Dicha decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 14 de julio de 2009, declarando que la naturaleza jurídica del contrato entre las partes era laboral y ordenando la devolución de las actuaciones al Juzgado de origen para que resolviera sobre la pretensión de la trabajadora.

Por su parte, el Tribunal Supremo, tras contrastar que, efectivamente, se cumplía el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste, anuló la sentencia dictada en fecha 14 de julio de 2009 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al entender que la relación que unía a la actora con la empresa demandada no podía ser calificada como de trabajo, tal y como acertadamente declaraba la sentencia invocada de contradicción en un supuesto idéntico.

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal Supremo recuerda que es indiferente la denominación que los interesados dan al contrato, siendo esencial analizar las circunstancias concurrentes en la relación que une a las partes para poder determinar si se dan las notas que definen al contrato de trabajo, contenidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Así, siguiendo el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, el Tribunal entiende, en primer lugar, que no concurría el carácter personalísimo de la relación, requisito esencial del contrato de trabajo, puesto que la actora podía designar una sustituta de confianza sin consentimiento de la empresa, obedeciendo la prestación de servicios a la organización propia de la maquilladora.

Por otra parte, si bien los servicios propios de maquilladora se realizaban en las instalaciones de la cadena de televisión demandada, no existía dependencia alguna en tanto en cuanto la actora no recibía orden alguna en relación con la forma de prestar los servicios, ni tampoco existía ningún tipo de control ni de supervisión por parte de la empresa.

A mayor abundamiento, la retribución de la actora se determinaba en función de las sesiones de maquillaje realizadas.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal que en el supuesto analizado no concurren las notas de ajenidad y dependencia ni el carácter personalísimo de la prestación, no pudiendo ser calificada la relación como de trabajo.

3. Coincidimos con la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo toda vez que del relato fáctico de la sentencia se desprende, sin lugar a dudas, que la relación analizada no puede considerarse laboral.

La sentencia que se comenta toma como referencia la jurisprudencia en materia de ajenidad y dependencia del Tribunal Supremo, si bien en el presente supuesto es especialmente relevante el estudio del carácter personalísimo de la relación, ya que en el caso

analizado el prestatario podía sustituir a la persona que prestaba los servicios sin necesidad de consentimiento del principal.

De este modo, además de que quedó acreditado que los servicios no se llevaban a cabo dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, tampoco concurría una cualidad absolutamente esencial del contrato de trabajo como es la condición personal del trabajador, según la cual resulta imposible su sustitución como contraparte de un mismo contrato (STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002).

No obstante lo anterior, conviene recordar en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000 relativa a una limpiadora de una comunidad de vecinos, donde, a pesar de que se producían sustituciones esporádicas en la prestación de los servicios por familiares, el Alto Tribunal entendió que ello era un mero disimulo de la sujeción a la dirección de la empresa, puesto que la limpiadora estaba sujeta a las instrucciones de la demandada, siendo su relación de carácter laboral al concurrir las notas de ajenidad y dependencia.

## J) Otros

*Resultan de creciente aparición en estas crónicas las sentencias relativas a supuestos becarios con la consiguiente declaración de la real naturaleza laboral de la relación jurídica. La sentencia comentada a continuación recuerda la doctrina jurisprudencial existente en la materia. Se ha considerado oportuno incluir estas relaciones dentro del epígrafe correspondiente a «zonas grises» debido a la importancia de la delimitación entre beca y relación laboral.*

**STSJ Castilla y León de 23 de septiembre de 2010** (Recurso de Suplicación núm. 513/2010) IL J 1735.

1. La Inspección de Trabajo visitó una sucursal de Ibercaja de Soria una mañana del mes de agosto del 2009 y pudo comprobar que tras el mostrador se encontraba atendiendo a un cliente una persona que dijo ser becaria y cursar estudios de Administración y Dirección de Empresas en la Universidad de Zaragoza.

Las condiciones de la becaria eran las siguientes: Tenía un horario de 8.30 a 14.30 h de lunes a viernes, media hora antes y después que el resto de los compañeros. Sus funciones consistían principalmente en atender a los clientes en el puesto de caja así como el teléfono. Como tutores por parte de la empresa tenía a otro trabajador y por parte de la Universidad a una profesora. Recibía una contraprestación por sus servicios de 392 euros después del descuento del IRPF del 2%. La formación la realizaba la becaria ella sola en su domicilio y fuera del horario de oficina mediante cursos de internet. Durante los meses de julio, agosto y septiembre en que desarrolló su actividad, tenían planificadas las vacaciones la mayor parte de la plantilla, de hecho, el día de la visita, la Inspección sólo encontró un empleado más aparte de ella en la sucursal. La Inspección Provincial de Trabajo y de Seguridad Social incoó expediente por posible infracción laboral y por falta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social. El Juzgado de lo Social de referencia dictó sentencia en la que, estimando la demanda de oficio presentada por la Inspección de Trabajo, declaraba

haber lugar a ella calificando de naturaleza laboral la relación jurídica objeto de la actividad inspectora.

Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la Caja de Ahorros ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que dictó la sentencia que ahora se comenta.

2. La Sala de lo Social del TSJ invoca la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en cuanto a determinar si una aparente beca está encubriendo en realidad un contrato de trabajo (SSTS de 29 de mayo de 2008, RCUd núm. 4247/2006; de 29 de marzo de 2007, RCUd 5517/2005, entre otras.) Dicha doctrina establece que la beca se caracteriza por ser «una donación modal en virtud de la cual el becario recibe un estipendio, comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio». Así pues, se pone de relieve que el elemento fundamental que caracteriza la actividad del becario es la finalidad formativa y no el interés de la entidad donante por recibir esa actividad. Lo importante, en expresión de la propia sentencia, no es solo que la beca ayude a formar, sino que ésta ha de ser la finalidad por la que la beca se concede y no la de que el becario atienda determinados servicios porque para ello existen contratos de trabajo de carácter formativo.

La Sala, a la vista de los hechos probados, aprecia que éstos demuestran que en la relación mantenida entre la Caja de Ahorros y la becaria aparecen las notas de la dependencia y de la ajenidad porque lo primordial de esa relación no fue reforzar la formación de la becaria, sino incorporar a la empresa los frutos del trabajo desempeñado por ella a cambio de una retribución. En consecuencia, desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

3. La becaria estaba realizando unas prácticas en la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja formalizadas al amparo del Convenio de colaboración Educativa suscrito entre la Caja de Ahorros y la Universidad de Zaragoza. Según lo dispuesto en el RD 1497/1981 sobre Programas de Cooperación Educativa, los estudiantes universitarios de los dos últimos cursos de una Facultad, Escuela Técnica Superior o Escuela Universitaria pueden efectuar prácticas en empresas. Se trata, en todo caso, de prácticas que no pueden, de ningún modo, reunir los rasgos propios de una relación laboral y, de hecho, el artículo 7.2 de la norma precisa que la relación a que da lugar entre el alumno y la empresa no será de naturaleza laboral pero, ciertamente, ello dependerá de que se configure y se desarrolle de forma que no lleve consigo los requisitos de dependencia y de ajenidad constitutivos de la relación de trabajo.

Por ello, si las prácticas se desarrollan de manera que se asegura la finalidad formativa como finalidad primordial estaremos dentro del marco normativo referenciado más arriba, pero si la actividad desempeñada por el becario resulta ser de mayor provecho para la empresa y prevalece su beneficio por encima de la formación y beneficio del becario, entonces falta el presupuesto que habilita a la realización de las prácticas y estaremos ante un contrato de trabajo.

Es el elemento formativo el fin primordial de las prácticas, de la actividad del becario, de tal manera es así, que no basta con que esa formación exista de algún modo, eso no es suficiente, la formación y el beneficio que procure al becario debe prevalecer sobre el valor

de la actividad concreta que éste realice en la empresa. Y con todo y con eso, no hay que olvidar que pese a que una relación de este tipo no genera un beneficio para la institución en la que se desarrolla, sí puede comportar ciertas ventajas para ella, como publicidad, buenas prácticas o conocimiento directo de futuros candidatos a ser contratados, ya sí, laboralmente.

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) **Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia.**
3. CONTRATAS.
  - A) **Vigencia del contrato de trabajo y sucesión de contratas.**
  - B) **Sucesión de contratas por aplicación de la doctrina de la sucesión en la plantilla.**
  - C) **Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo.**
  - D) **Responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.**
4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
  - A) **Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: obligaciones de la empresa usuaria y de la empresa de trabajo temporal.**
5. CESIÓN ILEGAL.
  - A) **Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza.**
  - B) **Imposibilidad de mantener las retribuciones de origen en supuestos de cesión ilegal.**
6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
  - A) **Concepto de transmisión.**
  - B) **Mantenimiento de la representación de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas.**

---

#### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2010 de la Revista Información Laboral-

Jurisprudencia (marginales J 1225 a J 1807) 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 aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. GRUPO DE EMPRESAS

### A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

El ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático de los grupos empresariales, a pesar de lo cual la jurisprudencia laboral se ha ocupado tradicionalmente de este fenómeno en determinados supuestos, con el objetivo de reprimir comportamientos desviados. Como regla general, el hecho de que varias empresas formen parte de un grupo no produce efectos jurídicos sobre las relaciones laborales de quienes prestan servicio en alguna de ellas. Las empresas que componen un grupo empresarial poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos y, por ello, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas con sus trabajadores. Únicamente, cuando la constitución del grupo de empresas alberga fines contrarios a derecho, y a los lazos accionariales y organizativos que vinculan a las sociedades del grupo se adicionan otros elementos que pueden indicar la existencia de comportamientos patógenos, como el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo, o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales, la jurisprudencia laboral considera adecuado comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo, atravesando las barreras levantadas en torno a las respectivas personalidades jurídicas individuales de cada una de las empresas del grupo.

Como puede imaginarse, la mayor dificultad para los trabajadores que aspiran a que los tribunales reconozcan la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo estriba en la acreditación de los elementos anteriormente enumerados. La **STSJ de Cataluña de 27 de abril, IL J 1483**, aborda esta cuestión ante la pretensión de varios trabajadores, que reclaman por despido frente a su empleadora, con la petición de que se extienda solidariamente la responsabilidad a otra empresa con quien la primera pudiera haber conformado un grupo de empresas. La sentencia de instancia considera acreditado que ambas empresas habían suscrito un contrato de colaboración a cambio de sendas participaciones en los beneficios y un contrato de préstamo por valor de ochenta mil euros entre ambas, que las dos empresas se dedican al sector del marketing y que el administrador de una de las empresas es, también, propietario del cincuenta por ciento de la empleadora de los demandantes. Adicionalmente, ambas empresas mantenían el mismo domicilio. Pues bien, en opinión del TSJ de Cataluña, estos elementos determinarían la existencia de un grupo de empresas,

pero no se darían las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para extender la responsabilidad de la empleadora sobre la empresa codemandada.

«En contra del criterio mantenido por la Magistrada de instancia, consideramos que el contenido del hecho probado séptimo de la Sentencia determina, precisamente, que no deba producirse dicha extensión de responsabilidad. Los tres demandantes indican, específicamente, que no han percibido salarios de Origen Eñe de Comunicación. Dos de ellos, además, manifiestan que nunca han trabajado para la recurrente, ni han recibido instrucciones de la misma. Mientras que el tercer demandante simplemente manifiesta que trabajó dos años para la Liga de Fútbol profesional y que tenía colaboración con el grupo Eñe al que pedía directrices en algunas cuestiones, lo que tiene perfecta cabida en el contrato de colaboración suscrito entre las empresas demandadas. Por ello, debe concluirse que no concurren en el presente caso los elementos patógenos del grupo de empresas que determinarían la extensión de la responsabilidad solidaria a la recurrente». **STSJ de Cataluña de 27 de abril, IL J 1483.**

En el mismo sentido, desestimatorio de la pretensión de condena solidaria de las empresas que conforman un grupo de empresas, se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 2010, IL J 1768**. En esta ocasión, el litigio tiene por objeto la resolución de los contratos de varios trabajadores por impago de sus salarios.

### 3. CONTRATAS

#### A) Vigencia del contrato de trabajo y sucesión de contratas

La vinculación de un contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata permite el despido del trabajador cuando la empresa contratista cesa en la explotación de ésta, salvo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 ET o en los convenios colectivos aplicables, se disponga la continuidad del trabajador bajo la disciplina del nuevo contratista. La continuidad de la relación laboral por subrogación del contratista entrante presupone que el contrato de trabajo no ha sido previamente extinguido, en caso contrario, es evidente que no cabe sucesión empresarial sobre relaciones de trabajo inexistentes. Por ello, la acreditación de la subsistencia de la relación laboral se convierte en condición necesaria en los litigios sobre sucesión de contratas, tanto cuando se invoca la aplicación de preceptos legales como cuando se exige el cumplimiento de lo establecido en una norma convencional. El TS rechaza el recurso planteado por un trabajador despedido por la concesionaria del servicio de cafetería y comedor de un centro de mayores, que decide cesar en la explotación del servicio una vez finaliza la concesión de éste. La empresa concesionaria justifica, tanto el cese en la actividad como el despido del trabajador, en las pérdidas económicas que genera la actividad. El ayuntamiento responsable del centro de mayores adjudicó el servicio a una nueva contratista diez días después, aunque la firma del contrato se demoró algún tiempo más. Presentada por el trabajador demanda por despido, la sentencia de instancia absolvió a la nueva contratista y al ayuntamiento, considerando procedente el despido realizado por la saliente. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de suplicación, por entender que cuando la nueva contratista se hizo cargo de la concesión del servicio de cafetería y comedor la relación laboral del trabajador ya había sido extinguida.

El trabajador recurre en unificación de doctrina, aportando de contraste un pronunciamiento judicial sobre sucesión de contratistas en la explotación de una cafetería en una Universidad, en la que se interpreta que la garantía de continuidad en el empleo de los trabajadores afectados, establecida en convenio colectivo, debe mantenerse cuando el tiempo entre el abandono del servicio y su reanudación es el preciso para la realización de los trámites y actividades necesarios para la sustitución del adjudicatario. El Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto, por entender que no se dan los requisitos exigidos para la apreciación del requisito de contradicción, afirmación que sustenta en los siguientes elementos:

«No puede apreciarse la contradicción que se alega, porque, aparte de que los convenios colectivos aplicables son distintos (Sentencia de 19 de diciembre de 2008, rec. 881/2008), hay una diferencia esencial, pues mientras que en el presente caso el despido de la empresa saliente ha sido calificado como procedente por la sentencia de instancia y este pronunciamiento ha quedado firme, en la sentencia de contraste los despidos verbales realizados por la primera empresa no fueron declarados procedentes. Así, consta que el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo condenó solidariamente a la anterior y a la actual empresa adjudicataria del servicio... por el despido improcedente de los actores (fundamento jurídico primero de la sentencia de contraste).

La diferencia es relevante, porque, aunque, según la doctrina de la Sala, el despido, como acto unilateral de carácter recepticio del empresario, extingue la relación laboral (Sentencias de 31 de enero de 2007 y 19 de febrero de 2009), lo cierto es que en el caso de la sentencia de contraste esa extinción fue meramente provisional y no resultó confirmada judicialmente por la sentencia de instancia, que, en pronunciamiento que no fue impugnado en suplicación, lo declaró procedente. Por ello, la extinción del contrato por Serest Torrejón, SL ha adquirido firmeza y tiene efectos desde la fecha del despido. No ocurre lo mismo en la sentencia de contraste en la que los despidos realizados por el primer contratista no fueron confirmados judicialmente, por lo que no puede afirmarse que se haya producido un efecto extintivo anterior a la adjudicación que haya adquirido firmeza». **STS de 13 de julio de 2010, u.d., IL J 1685.**

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

El cambio de titularidad de una empresa no determina de forma automática la extinción de las relaciones de trabajo que se desarrollan en ella, correspondiendo al nuevo empresario la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social. Conforme establece el artículo 44 ET, esta garantía se extiende al cambio de titularidad de un centro de trabajo y al cambio de titularidad de una unidad productiva autónoma, esto es, una entidad económica que mantenga su identidad, como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias. El cambio de empresa contratista al término de la concesión de una contrata, aunque no se trate, en propiedad, de una transmisión de empresa, puede entenderse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET, siempre que se superen los requisitos exigidos por la normativa legal y la doctrina judicial. En numerosas ocasiones, el cambio de contratista no requiere la transmisión de elementos patrimoniales, suponiendo una mera sucesión en la actividad. Esta circunstancia suele determinar la inaplicación del precepto legal por nuestros tribunales. Es el caso de determinadas actividades habitualmente objeto de subcontratación como

la limpieza de edificios y locales en las que, salvo que junto a la sucesión en la actividad el empresario entrante se haga cargo de parte importante del personal que venía realizando dicha actividad, el empresario entrante no queda obligado a subrogarse.

El Tribunal Supremo se ratifica en la posibilidad de aplicar la doctrina de la sucesión en la plantilla, en un supuesto en que el empresario entrante no se hace cargo de una trabajadora de la contrata saliente que había sido despedida por motivos disciplinarios. Declarado por vía judicial dicho despido como improcedente, la trabajadora afectada solicita la incorporación a la nueva contrata. El empresario entrante sostiene que la subrogación en los contratos del resto de trabajadores se ha producido por aplicación de lo previsto en el convenio colectivo y, en función de las obligaciones formales previstas en dicha norma convencional, no quedaría obligado a subrogarse en la trabajadora demandante por no haber sido incorporada en el listado de personal por el contratista saliente.

En opinión del Tribunal Supremo, el hecho de que el empresario entrante haya asumido la actividad y al hacerlo se haya subrogado, por su voluntad o en cumplimiento de lo dispuesto en el convenio, en los contratos de los trabajadores que venían realizando dicha actividad, determina la existencia de una transmisión de empresa y, con ello, la aplicación completa de la normativa legal sobre la materia prevista en la norma legal.

«En efecto, si bien la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 ET cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las Sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 —reiteradas por las Sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008— para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea— en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos *Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal*), 25 de enero de 2001 (caso *Liikeene*), 24 de enero de 2002 (caso *Temco Service Industries*) y 13 de septiembre de 2007 (caso *Jouini*), que sostienen que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que, además, se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho, también, que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002).

Ello determina que, salvo las denominadas asunciones no pacíficas de plantilla, como las que contemplan las Sentencias de 20 de octubre de 2004 y 29 de mayo de 2008, los supuestos en que en una actividad en la que es predominante la mano de obra se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una parte significativa del personal que venía realizando las tareas de la anterior contrata, debe entenderse que hay que aplicar las garantías del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al menos en la parte coincidente con las que contempla

la Directiva 2001/23, y esto es lo que sucede en el presente caso a la vista de los hechos declarados probados, pues: 1.º) la empresa Limprosi se ha hecho cargo de la actividad de limpieza en la que prestaba servicios la actora, sucediendo en la contrata que antes ejecutaba Limpiezas Arosa; 2.º) la limpieza de edificios y locales es una actividad que se basa de forma esencial en el empleo de mano de obra; 3.º) la nueva contratista se ha hecho cargo de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata y que figuraban en la lista proporcionada por la anterior contratista y 4.º) la garantía de la continuidad de los contratos se establece tanto en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, como en los artículos 1.1 y 3.1 de la Directiva 2001/23.

La parte recurrente alega que en el presente caso la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Así es. Pero el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció la jurisprudencia del TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002 en el caso *Temco Service Industries*, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable». **STS de 12 de julio de 2010, u.d., IL J 1682.**

A similares conclusiones conduce el fallo contenido en la **STSJ de Asturias de 2 de julio de 2010, IL J 1494**, en un supuesto de reasunción del servicio de mantenimiento de servicios de comunicaciones inicialmente concertado con sucesivas empresas auxiliares, para posteriormente acometerlo directamente mediante la contratación de cinco de los siete trabajadores que hasta la fecha habían venido realizando dicho servicio.

«En el supuesto examinado, nos encontramos ante una transmisión de empresa en los términos expuestos pues, no es sólo que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por las subcontratas y por la contratista principal en el centro de Producción y Emisión de Gijón de la TPA sean similares, sino porque junto a la contrata o actividad propiamente dicha, se ha cedido a una parte muy significativa de los trabajadores adscritos a ella en cantidad y calidad suficiente para concluir que se ha cedido una actividad organizada, de suerte que sólo dos trabajadores no han sido transferidos. En tal caso, aplicando la doctrina expuesta sobre sucesión de plantillas, hay que considerar que la empresa en cuanto organización se identifica fundamentalmente como la actividad llevada a cabo por los trabajadores, pues son éstos quienes constituyen el conjunto organizado, cuando como aquí acontece han venido destinados desde la creación del servicio y de forma duradera a esa actividad común de mantenimiento, una entidad económica con propia identidad a falta de otros factores de producción. En definitiva, la ausencia de bienes materiales e inmateriales en la empresa no implica la total imposibilidad técnica de explotar una actividad económica, existiendo por ello la posibilidad de una transmisión de empresa aunque no se transmitan elementos patrimoniales si la actividad empresarial tampoco los requiere, como aquí acontece en que la aportación esencial es la mano de obra, pues son, sin duda, los conocimientos y la experiencia acumulados por el trabajador que ha venido atendiendo y reparando las incidencias de los equipos, el elemento estructural estable para el desempeño de la actividad empresarial». **STSJ de Asturias de 2 de julio de 2010, IL J 1494.**

### C) Sucesión de contratas prevista en convenio colectivo

En los supuestos en que, como se ha dicho más arriba, no es posible la aplicación de la normativa legal sobre sucesión de contratas, la subrogación del empresario entrante puede

también producirse por aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo; si bien, en ese caso, la continuidad de los contratos se hace depender del cumplimiento de los requisitos previstos en la norma convencional y se producirá en los términos y con los efectos previstos en ésta.

La **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2010, IL J 1594**, aborda un supuesto de subrogación por aplicación de lo previsto en el convenio colectivo de Edificios y Locales de la Provincia de Pontevedra. Se da la circunstancia de que el trabajador demandante había sido trasladado de centro de trabajo por la empresa saliente unos meses antes de que se produjese el cambio de contratista, hecho que, a juicio de la empresa entrante, determinaría el incumplimiento de los requisitos de antigüedad exigidos en la norma convencional. En opinión del Tribunal, la temporal adscripción del trabajador a otro centro de trabajo no permite a la empresa entrante eludir su obligación de subrogación.

«A la vista del inalterado relato de los hechos el recurso interpuesto por la demandada no puede prosperar, pues si bien es cierto que el actor lleva trabajando en el centro de Alcampo II desde 1991 y aceptó una comisión de servicios propuesta por la empresa a otro centro de trabajo, no es menos cierto que para tal situación se pactó que el trabajador vendría disfrutando de las mismas condiciones laborales que las que tenía en el centro de origen, esto es, Alcampo II, pudiendo regresar el actor antes del término pactado de un año siempre que lo considerase oportuno, siendo tal reingreso automático y en las mismas condiciones, siendo de destacar al respecto, como así se acredita de un examen de la prueba documental obrante en las actuaciones, en concreto de las nóminas percibidas por el actor durante el tiempo en el que estuvo en comisión de servicios como dirección del centro de trabajo de Alcampo II, sito en la Avda. de Madrid, en el que llevaba prestando servicios desde 1991. Y es en virtud de esta comisión de servicios, en los términos pactados manteniéndose todas las condiciones del centro de trabajo de origen con el cual sigue vinculado como se demuestra de la propia naturaleza y contenido del Acuerdo por el que tuvo lugar la comisión de servicios, por lo que se llega a la desestimación del recurso interpuesto por la representación de la empresa recurrente, ratificando la conclusión final a la que llegó la juzgadora de instancia, al mantenerse los requisitos para proceder a la subrogación, que no se desvirtúa por un hecho puntual consistente en un desplazamiento temporal, en que en relación con las cláusulas pactadas llevan a la conclusión de que el trabajador nunca estuvo fuera de la contrata de limpieza». **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2010, IL J 1594**.

Tampoco el hecho de que la vigencia del contrato de trabajo quede vinculada a la duración de la contrata resulta causa suficiente para eludir la obligación de subrogación del contratista entrante. La **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010, IL J 1609**, aborda un supuesto de despido de un trabajador por dicha causa, y considera que la empresa entrante debió subrogarse por aplicación del convenio colectivo.

«Los convenios colectivos del sector de limpiezas de edificios y locales suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo a favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, y esta garantía suele condicionar su efectividad a puesta en conocimiento, a cargo de la empresa contratista del servicio de limpieza que cesa en el encargo por terminación de la contrata y con destino a la empresa contratista que sucede en el mis-

mo, de información socio-laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante la entrega de la documentación pertinente que especifican los propios convenios colectivos. Se señala que la subrogación de la contratista entrante puede operar, incluso, cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar de las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de Seguridad Social (STS 28 de julio de 2003, recurso núm. 2618/2002). La STS de 11 de marzo de 2003, recurso núm. 2252/2002, considera que procede la subrogación cuando se remite documentación que permite a la contratista entrante conocer con exactitud las circunstancias laborales de la trabajadora, además de acreditar que la empresa saliente estaba al corriente de sus obligaciones respecto de ella.

El objeto de debate del recurso se centra en determinar si la empresa entrante en la contrata debe subrogarse en la relación laboral del recurrente aunque su contrato de trabajo estuviese vinculado al desarrollo del contrato de arrendamiento de servicios de la empresa saliente de la contrata. Al respecto debe señalarse que el artículo 24.1.ª) de la norma convencional citada establece que la subrogación en los derechos y obligaciones de los trabajadores en activo que presten servicios en el centro con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses, se producirá sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo, lo que lleva a considerar que, pese a la condición resolutoria del contrato, la empresa entrante en la contrata debió proceder a subrogar al trabajador con efectos de 1 de enero de 2009, fecha a partir de la cual se subrogaba en la contrata de limpieza de la Comunidad de Propietarios donde prestaba servicios la demandante». **STSJ de Madrid, de 20 de julio de 2010, IL J 1615.**

Pero, como venimos diciendo, la subrogación del nuevo contratista por aplicación del convenio colectivo de limpieza, únicamente es posible cuando se cumplen los requisitos previstos en el convenio colectivo, y siempre que éste sea aplicable a esta empresa. La **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010, IL J 1609**, aborda un supuesto complejo, en el que una Comunidad de Propietarios decide prescindir de la contrata de limpieza, encomendando dicho servicio a una empresa que ofrece servicios mixtos de conserjería y limpieza. La imposibilidad de aplicar el convenio colectivo de empresas de limpieza de locales y edificios a la contratista entrante, por su parte vinculada al convenio de empleados de fincas urbanas, permitiría eludir a ésta toda obligación de subrogación en el contrato de la limpiadora. Todo ello puede ser una muestra de las dificultades de la negociación colectiva para asegurar la estabilidad en el empleo en supuestos excluidos de protección por la normativa legal.

«Han de compartirse en lo sustancial las argumentaciones de la recurrente. De acuerdo con los hechos probados, la actora era limpiadora empleada de SEPROUR SL, que tenía contratada la limpieza de la Comunidad recurrente. Ésta decidió resolver dicho contrato y si bien manifestó que se proponía adjudicar el servicio a la codemandada LIMPIEZAS PAMARES SL, ello no se llevó a efecto, como tampoco se hizo realidad la comunicación de la Comunidad a SEPROUR SL en la que le advertía que tendría que realizar la limpieza pero por medio del conserje (también empleado de SEPROUR SL, siendo este servicio de conserjería objeto de contrata con la Comunidad) Lo cierto es que la contrata de limpieza quedó resuelta, la contratista SEPROUR SL comunicó a la actora que debería subrogarse la nueva empresa, pero no hubo nueva contrata de limpieza, sino que la Comunidad concertó

una contrata distinta, con la empresa LIMP SERPA SL, de un servicio de conserje polivalente que también realizaría funciones de limpieza.

Así las cosas, ha de convenirse con la Comunidad en que ésta no era empleadora de la demandante, y en que al no haberse realizado una nueva contrata de limpieza la trabajadora debe seguir vinculada a la anterior adjudicataria». «La decisión de haber extinguido la contrata no puede convertir a la Comunidad en responsable del despido de la trabajadora de la contratista, como parece haber entendido la sentencia de instancia, sin cita de precepto legal alguno o decisión judicial que avale tal tesis. Por el contrario, la empresa contratista tiene que mantener el contrato de trabajo a menos que haya lugar a la subrogación por mandato legal o mecanismos convencionales de estabilidad en el empleo. Si no se produce la subrogación, la decisión de la empresa principal se impone a la contratista, y ésta podrá, en su caso, hacerla valer como causa de índole productiva para la extinción del contrato de trabajo de la limpiadora». «En cuanto al contrato que suscribe con la codemandada LIMPIEZAS PAMARES SL, que no ha comparecido a juicio, tampoco es fácil comprender los reparos que le opone el juzgador de instancia al declarar que la doble actividad, de conserjería y limpieza, está expresamente excluida en el apartado b) del artículo 3 del convenio colectivo de Empleados de fincas urbanas (BOCM 16-1-2002). En realidad, este convenio no puede ser aplicable a la relación entre el conserje y la contratista, ya que ésta es una empresa de servicios y no un propietario o una comunidad de propietarios [artículo 2.a)]; y, además, en el caso de que fuera de aplicación, se atribuye a los empleados de fincas urbanas tanto la vigilancia como la limpieza [artículo 2.b)]. No hay, pues, irregularidades apreciables en esta nueva contrata. Y, por otro lado, no se produce la subrogación con LIMP SERPA SL, ya que no se trata de una nueva contrata de limpieza, sino de una contrata distinta de prestación de servicios mixtos de conserje y limpieza, por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 del convenio colectivo de Limpieza, si bien la condena a esta empresa no puede ser revocada al no haber recurrido contra la sentencia». **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010, IL J 1609.**

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

El artículo 123.1 LGSS permite imponer el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, según la gravedad de la falta, cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de prevención de riesgos laborales. La responsabilidad del pago del recargo corresponde de manera directa al empresario infractor de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Como es conocido, en supuestos de contratas y subcontratas, cuando el accidente se produce en el centro de trabajo del empresario principal, las obligaciones en materia de prevención de riesgos afectan a ambos empresarios, de manera común o individualizada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 LPRL. Es por ello que, cuando se produce un accidente de trabajo que afecta al trabajador de una contrata, cabe tanto la condena solidaria a ambos empresarios, principal y contratista, como la condena individualizada de cada uno de ellos, en función de su participación en los incumplimientos normativos que, finalmente, produzcan el accidente de trabajo. En este sentido, traemos a colación la **STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2010, IL J 1785**, que declara responsable del recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad al empresario principal en exclusiva, por considerar que las obliga-

ciones preventivas y de vigilancia con relación a la puerta metálica que causó el accidente eran de su exclusiva responsabilidad, motivo por el cual no cabría imponer solidariamente dicho recargo al empresario contratista. En palabras del Tribunal:

«Respecto a la segunda pretensión (imputación de responsabilidad solidaria a la empresa de los trabajadores), la misma tampoco puede prosperar. La imposición del recargo por omisión de medidas de seguridad puede no reservarse a la empleadora directa del trabajador accidentado, sino que, en supuestos de pluralidad de empresas vinculadas por el sistema de la subcontratación, pueden intervenir e imputarse responsabilidades a otras empresas, en concreto a la empresa principal o contratante de la obra o servicio a través del correspondiente negocio jurídico al que genéricamente se alude con el término contrata. Respecto a las responsabilidades que se deriven del incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, entre ellas el recargo de prestaciones, en tal caso la responsabilidad debe imputarse a quien resulte directamente responsable de la acción u omisión que han conducido al accidente de trabajo, aun cuando no se trate de trabajos correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, por lo que ésta deberá responder igualmente en estos casos. Como afirma la STS de 16-12-1997, el empresario principal (por tanto, no el verdadero empleador) puede ser empresario infractor a efectos del artículo 123 de la LGSS, siendo lo relevante que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. En el mismo sentido, la STS de 5 de mayo de 1999 señala que lo importante no es tanto la calificación de que la obra o servicio contratado corresponda a la propia actividad, como que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. En el caso que nos ocupa la responsabilidad viene referida a la entidad actora, la cual tenía la obligación de evaluar los riesgos inherentes a la puerta que produjo el accidente, como la de vigilar el estado y buen funcionamiento de los mecanismos de seguridad de la citada puerta, que evidentemente no cumplió, de ahí que no quepa extender la responsabilidad a la empresa de seguridad para la que trabajaban los trabajadores». **STSJ de Cataluña, de 3 de septiembre de 2010, IL J 1785.**

Por el contrario, el mismo Tribunal considera a los empresarios principal y contratista responsables solidarios en el recargo de prestaciones, en un supuesto de accidente de trabajo en la construcción, que se produce por caída de un trabajador de la contrata por un hueco de conducciones que no había sido cubierto adecuadamente. El Tribunal refuerza su decisión citando la doctrina del Tribunal Supremo en los siguientes términos:

«Y así mismo también la que se recoge en lo que es de aplicación al presente caso en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 7 de octubre de 2008 recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2426/2007, que establece que [...] Como señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1999, interpretando el artículo 93 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, sobre la noción de empresario infractor a la luz del artículo 153.2.º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene del Trabajo: Este precepto establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal. De acuerdo con esa interpretación, lo decisivo, como ocurre también en otros supuestos, como en el caso de la empresa usuaria en el trabajo temporal, es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa prin-

principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que, además, los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran y si es así —continúa diciendo la sentencia de 18 de abril de 1992— es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Así lo estimó también la sentencia de 16 de diciembre de 1997, que reitera que en esos casos el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y añade que, aunque esta doctrina se estableció en la sentencia de 18 de abril de 1992 en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad». **STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2010, IL J 1787.**

En sentido similar se pronuncia la **STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2010, IL J 1776**, en un supuesto de condena solidaria a empresa principal y contratista, por accidente de trabajo sufrido por un trabajador extranjero sin la correspondiente autorización para trabajar ni contrato de trabajo, que realizaba funciones de desemboque, para una empresa dedicada a la explotación forestal, por cuenta de la empresa pública TRAGSA, a quien el Organismo Autónomo Parques Nacionales encargó los trabajos de corta y eliminación de residuos de madera. La sentencia condena a ambas empresas solidariamente por incumplimiento de sus obligaciones de prevención, pero absuelve al Organismo Autónomo codemandado.

«Ya que la empresa TRAGSA no cumplió con sus obligaciones en materia de coordinación de actividades con anterioridad al accidente de trabajo, ya que teniendo conocimiento de la existencia de un trabajador extranjero y de las condiciones en que estaba no exigió a la empresa directamente contratante del trabajador el cumplimiento de las medidas a observar y no consta en las actuaciones hasta la fecha posterior al accidente la existencia, ni siquiera, de un estudio de evaluación de riesgos sobre las actividades de Servando Castro.

Constatada la presencia del trabajador por el encargado de TRAGSA debió reforzarse la labor de vigilancia que tiene encomendada por la ley de prevención de riesgos laborales esta empresa sobre la exigencia del cumplimiento de la normativa a Servando de Castro y por consiguiente teniendo medios personales, conscientes de las tareas forestales y sus peligros y permaneciendo a diario la empresa TRAGSA en el lugar y centro de trabajo debió extremar el deber de vigilancia y control hasta tener plena conciencia de que el problema respecto de dicho trabajador estaba resuelto.

Por ello se entiende que la responsabilidad declarada es conforme a derecho, no puede ser eximente de responsabilidad el argumento que alega TRAGSA de que el trabajador no le costaba en la relación de trabajo.

La conclusión no puede ser otra que a la que ha llegado el Magistrado de instancia, en consecuencia, si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial.

Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del ET, que no puede tener otra finalidad que la de reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente, y, por ello, se concluye que ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente.

El supuesto de hecho del artículo 42 del ET está conectado en el plano de las consecuencias jurídicas con la aplicación de un régimen severo de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la propia actividad, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios, como se pone de relieve en el debate sobre el denominado elemento locativo de la contrata.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, y sirviendo de base el contenido del relato de hechos probados no modificados de la sentencia, podemos entender que está justificada la aplicación del artículo 42 del ET.

No ocurre así respecto del Organismo Autónomo de Parques Naturales, que, por otro lado, ni intervino en el expediente administrativo.

Clara es la jurisprudencia que entiende que en el recargo de prestaciones no estamos ante un supuesto de responsabilidad de carácter objetivo y por consiguiente exige la existencia de una infracción en esta materia de incumplimiento de las obligaciones impuesta en este supuesto por la ley de prevención de riesgos laborales.

El trabajador accidentado fue contratado por la empresa de Cristóbal sin que constara ni en la Tesorería de la seguridad social, ni tuviere permiso de trabajo. Ocultando dicha relación laboral antes del accidente al Organismo Autónomo de parques naturales. Este organismo no tiene conocimiento ni siquiera de la producción del accidente hasta varios meses después de modo que no vistió información respecto, ni siquiera, de los riesgos presentes en las tareas que él debería realizar.

Estriba esencialmente la ausencia de responsabilidad no sólo por dichos supuestos, sino por el hecho de que precisamente encomienda a una empresa pública, que tampoco informa de las infracciones en los subcontratistas ni de una incidencia conocida a la dirección del servicio, remitiendo por consiguiente la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones sobre la seguridad en los centros de trabajo a aquella». **STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2010, IL J 1776.**

#### 4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

##### A) **Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: obligaciones de la empresa usuaria y de la empresa de trabajo temporal**

La **STSJ de Castilla y León, de 23 de septiembre de 2010, IL J 1734**, resuelve un supuesto de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, por un accidente sufrido por un trabajador en misión. La sentencia de instancia exime de responsabilidad

a la empresa de trabajo temporal por entender que no incurrió en irregularidad alguna. La empresa usuaria recurre con la pretensión de que se declare la responsabilidad solidaria de la empresa de trabajo temporal, por incumplimiento de sus obligaciones en materia de evaluación de riesgos y de formación del trabajador en misión.

En opinión del Tribunal, las facultades de dirección y control de la actividad laboral corresponden a la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios (artículo 15 LETT) y, por ello, es responsable de la protección en materia de prevención de riesgos laborales y, por tanto, del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo (artículo 16). Por su parte, a la empresa de trabajo temporal le corresponde la obligación de formar al trabajador según las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar, especialmente en lo referente a los riesgos profesionales (arts. 11 y 12 LETT). Si de los hechos probados cabe inferir que ninguna de las dos empresas implicadas cumplió con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos, ambas deben ser solidariamente responsables del recargo de prestaciones.

«En el presente caso no se discute la forma en que se produjo el accidente, que aparece detallada en hechos probados, no combatidos, de la sentencia de Instancia. El trabajador fue aprisionado por un transtoker por encontrarse en el interior del sistema cuando la máquina estaba en marcha. Los dispositivos de seguridad del sistema permiten el acceso del trabajador a las zonas de riesgo estando el sistema en funcionamiento. Careciendo de protección, el trabajador, frente al riesgo de atrapamiento entre los elementos móviles, permitiendo, ante la falta de esos mecanismos de protección, el acceso del trabajador al interior, con la máquina funcionando. Y, a raíz de ello, se originó el fatal desenlace.

No es discutida por la entidad recurrente su responsabilidad por vía prestacional (recargo) en el accidente acaecido. Limitándose, en todo caso, a señalar que su responsabilidad ha de ser solidaria con Adecco, empresa de trabajo temporal. Debiendo responder ambas por igual y solidariamente del recargo impuesto, según expuso en su demanda.

Tal como se deriva de la modificación de hechos probados aceptada por esta Sala, a partir de la declaración de hechos probados de la sentencia penal firme, el riesgo, en el desempeño de la concreta actividad laboral del trabajador, nunca fue valorado, ni evaluado, por el hecho de que no existía ninguna evaluación de riesgos específica para el almacén dinámico, en su conjunto, donde se produjo el accidente, ni específica para el personal de mantenimiento, como el del actor, único personal que podía acceder al interior, y debía llevar a cabo dentro de dicha instalación su labor. En definitiva, si bien es cierto que el accidente tuvo lugar por introducirse, estando la máquina en movimiento, el trabajador en el interior del transbroker, produciéndose su atrapamiento, también lo es, que el trabajador no tenía una evaluación de riesgos concretos en el ejercicio de su actividad. Y motivo por el cual, en su omisión, le fue impuesta una sanción administrativa a la empresa de trabajo temporal». «En el caso de autos aparece que el trabajador desempeñó la labor para la que fue contratado y no otra. Y la empresa ETT no evaluó nunca el riesgo de la actividad laboral que iba a llevar a cabo el trabajador, no existió evaluación de riesgo alguno, ni el general, ni el específico para el puesto de trabajo que ocupó y desempeñó, por lo que es obvio, que incumplió las obligaciones estipuladas en la normativa antes citada, pues no dio a su trabajador formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo que ocupaba. Siendo obvio, que si esto fue así, es perfectamente responsable de lo acaecido, al igual que la empresa recurrente. Pues si el trabajador hubiera tenido formación suficiente, posiblemente no hu-

biera entrado en el interior del transbroker, estando éste en marcha, y con ello se hubiera evitado su muerte.

Dicha responsabilidad no resulta discutida por el contenido del artículo 123 de la LGSS, por cuanto, si como sucede en el caso de autos, existe responsabilidad en el acaecimiento del accidente por la empresa ETT, por incumplimiento de sus obligaciones en materia de formación, nos encontramos ante una responsabilidad solidaria, y no exclusiva de la empresa usuaria». **STSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2010, IL J 1734.**

## 5. CESIÓN ILEGAL

### A) Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza

Conforme a la ya consolidada doctrina del Tribunal Supremo (STS de 7 de mayo de 2010, u.d., IL J 1078), la acción solicitando la declaración de fijeza en supuestos de cesión ilegal debe ejercitarse durante la vigencia de la situación de cesión irregular, no siendo admisible cuando dicha situación ha finalizado. Por el contrario, no se exige que la cesión ilegal permanezca viva en el momento posterior a la presentación de la demanda, en el acto del juicio o en la fecha en que se dictó la sentencia. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 2010, IL J 1564**, aborda un supuesto en el que el trabajador, supuestamente sometido a tráfico prohibido, plantea demanda tras ser trasladado de centro de trabajo, circunstancia que se entiende da por concluida la situación supuestamente irregular.

«Hemos de partir de los hechos fundamentales que configuran el supuesto de hecho, según el relato no combatido de la sentencia recurrida:

- El demandante vino prestando servicios primero con contrato temporal y luego con indefinido figurando como trabajador de la empresa EUROSERVICIOS BS, SL y haciéndolo en la Gerencia de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario del SESCAM en Toledo, desde el 10-8-05 hasta el 31-1-09.
- A partir del 1-2-09 pasa al centro de trabajo de Villaseca de la Sagra en Toledo de la empresa EURISERVICIOS BS, SL, en virtud de comunicación escrita de dicha sociedad efectuada al actor el 21-1-09.
- El 6-3-09 presenta demanda en Decanato de los Juzgados de lo Social impugnando el traslado y por cesión ilegal de mano de obra frente a EUROSERVICIOS BS, SL y al SESCAM.
- Mediante carta de 8-4-09, recepcionada el 13-4-09, es despedido por EUROSERVICIOS con efectos 9-5-09.
- El 9-6-09 presentó la demanda impugnatoria de tal despido frente a EUROSERVICIOS y el SESCAM alegando su nulidad por ser una represalia por haber presentado la demanda de traslado y cesión ilegal y, alegando también la cesión ilegal, solicitaba se declarase la nulidad del despido y se condenase a las demandadas a readmitirle en el puesto que desempeñaba en el SESCAM en su condición de trabajador indefinido, no fijo, del mismo con la antigüedad de 10-8-05 y abono de los salarios.

Pues bien, se estima que en el presente caso la sentencia no ha incurrido en las infracciones que se le imputan porque el actor reacciona frente a la aducida cesión ilegal después del

traslado, sin que se dé el supuesto particular que concurría en el caso en que se dictó la sentencia de este TSJ que se ha invocado (en él se había formulado denuncia a la Inspección de Trabajo por la cesión ilegal antes de plantear la demanda de cesión ilegal y había sido tras conocer aquella denuncia y antes de presentar la demanda cuando fue cambiado de puesto, por lo que sí había claros elementos para apreciar la maniobra fraudulenta y además como represalia por la denuncia a la Inspección o vulneración de la garantía de indemnidad), pero aquí no se aduce nada previo al traslado, no existiendo elemento alguno que tampoco se alega que permita apreciar el fraude de ley». **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 2010, IL J 1564.**

## **B) Imposibilidad de mantener las retribuciones de origen en supuestos de cesión ilegal**

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre las condiciones retributivas que corresponden a un trabajador sometido a cesión ilegal, una vez que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria. En concreto, se trata de discernir si el trabajador, en caso de que sean superiores, tiene derecho a mantener las condiciones salariales que tenía en la empresa cedente. La sentencia de instancia negaba esta posibilidad, mientras que la de suplicación reconocía el derecho del trabajador a mantener las retribuciones que recibía en la empresa cedente. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de suplicación, entendiendo que las condiciones salariales que le corresponden son las establecidas en el convenio colectivo de la empresa cesionaria. La fijación de dicha doctrina unificada se justifica teniendo en cuenta la doctrina de los actos propios, la nulidad del contrato fraudulento, el principio de igualdad respecto del resto de los trabajadores de la empresa cesionaria y el principio de legalidad presupuestaria que vincula a las Administraciones públicas.

«En el caso de autos, al igual que en la sentencia de esta Sala que venimos reseñando, cabe decir también que el trabajador no suscribió nunca contrato laboral alguno con la demandada CHN y únicamente había concertado con ella un contrato administrativo antes a la fecha en que —ya prestando servicios formalmente para la cedente Payma Cotas SAU y materialmente para la recurrente CHN— solicita la integración en la plantilla de la recurrente CHN; que en el momento en el que se opta por integrarse en la plantilla de la empleadora real estaba formalmente vinculado —por contrato de trabajo— con la indicada Payma Cotas SAU, de la que percibía el salario de 4.162 euros mensuales; y que en la misma fecha —año 2008— el salario previsto por el Convenio de CHN era de 1.872,36 euros mensuales.

Desde tal planteamiento, la repetida sentencia de esta Sala dictada en unificación de doctrina en caso semejante, dice que si ya sería rechazable que se fijase como salario de integración en la plantilla de la cesionaria el previsto para relación ilegítima con la cedente [...] con mayor motivo ha de censurarse que se le asigne la contraprestación de un contrato administrativo —fraudulento— que había estado vigente dos años antes, porque ni temporalmente correspondía esa extensión de efectos [la contraprestación económica únicamente procede en el marco de tiempo previsto], ni cabe desconocer que los términos de la misma comprendía algunos extremos del todo ajenos a la normal relación laboral [IVA, cotización al REA, costes de establecimiento...], incluido —no nos parece dudoso— el precio de la exclusión del ámbito laboral [privación de estabilidad laboral y del ámbito protector del RGSS, singularmente]. Siendo del todo inargumentable una mejor condición retributiva respecto de la pactada en convenio colectivo, pues no se había tratado —ilícitamente, por

supuesto— de mejorar la retribución pactada colectivamente, sino de defraudar la relación laboral con unas condiciones económicas en la contraprestación que interesasen al trabajador, pero que ya no serían tan siquiera sostenibles en el marco de la declarada relación laboral; y menos al cabo de los años». **STS de 25 de mayo de 2010, u.d., IL J 1230.**

## 6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) Concepto de transmisión

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

El Tribunal Supremo aborda en unificación de doctrina un supuesto de cese de un auxiliar de notaría, que se produce por la negativa del nuevo titular de la Notaría a subrogarse como empresario. El Tribunal, reiterando un criterio que se encuentra ya sobradamente asentado en nuestros Tribunales laborales, considera no aplicable el artículo 44 ET a las oficinas de notaría, sosteniendo que el notario no es titular de una organización de medios personales y materiales que pueda ser transmitida.

«Por otra parte, la solución dada a esta cuestión en la sentencia recurrida es coincidente con la mantenida por esta Sala IV en las SSTs de 8.11.1994 —rcud. 533/2004— y 6.10.2009 —rcud. 2036/2008— que señalan que no cabe hablar, en los supuestos de cambio de titular de una misma Notaría de un problema de sucesión de empresa susceptible de cobijarse, jurídicamente, en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues entienden que el notario no es el titular de una organización de medios personales y materiales que, al traspasar la Oficina correspondiente en la que vino prestando la función pública que le corresponde, pueda generar un fenómeno de sucesión empresarial, puesto que sus sucesivos nombramientos y consiguientes traslados dependen del Gobierno del Estado y, tampoco él se convierte, por el hecho de su nombramiento para una concreta Notaría, en titular del conglomerado organizativo que caracteriza a la misma, sino en mero depositario de su Protocolo y simple cabeza visible y directora de la función pública —que no servicio público en estricto sentido— que en dicha Oficina se desarrolla». **STS de 23 de julio de 2010, u.d., IL J 1807.**

Sí considera expresamente aplicable la normativa sobre transmisión de empresa el Tribunal Supremo en un supuesto de descentralización productiva entre dos empresas pertenecientes a un grupo de empresas que afecta a determinadas actividades de almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de gas. El debate jurídico se centra en determinar si las actividades externalizadas constituyen una unidad productiva autónoma, en el sentido previsto en el artículo 44 ET. En opinión de la sentencia, el recurso que propugna la inaplicabilidad al supuesto objeto de litigio de dicho precepto no puede prosperar por las siguientes razones:

«a) La Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, señaló en el punto 10 de sus consideraciones preliminares que, a fin de garantizar un acceso eficaz no discriminatorio de la red es conveniente que las redes de transporte y las de distribución se gestionen a través de organismos jurídicamente separados, en caso de que existan empresas integradas verticalmente, y en el artículo 2.1 define como compañía de gas natural: cualquier persona física o jurídica que realice, al menos, una de las actividades siguientes: producción, transporte, distribución, suministro, compra o almacenamiento de gas natural... y que lleve a cabo las tareas comerciales, técnicas o de mantenimiento relacionadas con estas funciones, pero sin incluir a los clientes finales.

b) La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, distingue (artículo 58), los distintos sujetos que llevan a cabo actividades destinadas al suministro de gas natural: transportistas, distribuidores, comercializadores, etc., y en el artículo 63 se regula la separación de las distintas actividades que realizan los sujetos a los que nos hemos referido.

c) Como señala la sentencia recurrida, es en este marco normativo en el que tiene lugar el nacimiento, el 14/12/05, de Gas Natural Prestaciones, SDG, SL (hoy, Gas Natural Comercial, SDG, SL) siendo su objeto social: “la prestación de servicios comerciales y de atención al cliente, así como la representación, promoción, desarrollo, gestión, administración y control de toda clase de entidades, empresas, marcas, patentes o productos; y la prestación de servicios de marketing facturación, tratamiento de la información, promoción de venta o alquileres de bienes y la comercialización y contratación de cualesquiera productos y servicios, por cuenta de sociedades civiles, mercantiles o de cualquier otra clase, organismos del estado, comunidades autónomas, provincias o municipios, asociaciones y particulares, en relación a las actividades que le sean propias”.

d) Se proyectó el traspaso de actividad de servicios comerciales del grupo Gas Natural, SA a Gas Natural Comercial SL en diversas fases: primero concentrando la actividad comercial minorista del grupo y más tarde traspasando toda esa actividad, con la correspondiente dotación de medios humanos, pasando así a la nueva entidad toda la actividad comercial minorista y de servicio al cliente que ejercía la anterior y demás empresas del grupo, siendo todo ello comunicado al Comité Intercentros, señalando la sentencia recurrida que los sindicatos codemandados incidieron en el acto del juicio oral en su posición de garantes de los derechos de los trabajadores en el proceso de subrogación o traspaso, en el que se aludía expresamente al artículo 44 del ET».

«f) Como señala esta Sala en sentencia de 12/12/07 (rec. 3994/06) reiterando la de 12/12/02 (rec. 764/02) y otras: “para entender producido el cambio de titularizado la transmisión de empresas a que se refiere el artículo 44 del ET, en asunto —se insiste— de enorme similitud al de las presentes actuaciones, en el que —aquél— la empresa principal cedía a otra en arrendamiento los locales destinados a cocinas y útiles de limpieza con todos los instrumentos y aparatos precisos para cocinar y limpiar, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, es decir, de una empresa, sin que sea obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, y no cabe duda que en el caso de autos la cesión de los servicios antes relacionados son un negocio cuya titularidad se cede; como se dice en la Directiva 98/50 y de conformidad con lo ordenado en el artículo 44 del ET, lo cedido fue una entidad económica con propia identidad, como conjunto de medios organizado”». **STS de 23 de julio de 2010, u.d., IL J 1807.**

A vueltas con el concepto de transmisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de partes de empresas o de centros de actividad. El litigio que da origen al caso parte de una reclamación presentada por la UGT contra el Ayuntamiento de la Línea, contra la negativa de la entidad local a reconocer la calidad de representantes legales de los trabajadores a varios trabajadores de empresas concesionarias de los servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento, posteriormente recuperados por el Ayuntamiento. El Gobierno español considera que no concurren los requisitos exigidos por la norma comunitaria por no haberse producido transmisión de los elementos patrimoniales significativos entre las empresas concesionarias y el ayuntamiento, puesto que los colegios públicos, las calles y los parques y jardines municipales ya pertenecían a la corporación local. Ignorando la doctrina judicial comunitaria sobre la transmisión en la plantilla, el Gobierno español sostiene que la subrogación del ayuntamiento en los contratos del conjunto de la plantilla no es suficiente, pues no es posible prescindir del elemento material. El TJUE reitera su doctrina en la materia que puede resumirse en los siguientes apartados de la sentencia:

«27. Para determinar si se reúnen los requisitos para la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias antes citadas *Spijkers*, apartado 13; *Redmond Stichting*, apartado 24; *Süzen*, apartado 14; *Abler y otros*, apartados 33 y 34, y *Güney-Görres y Demir*, apartados 33 y 34).

28. Además, el Tribunal de Justicia ha señalado que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias *Süzen*, antes citada, apartado 18; de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. P. I-8179, apartado 31, e *Hidalgo y otros*, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 31).

29. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que, además, se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa

cedente de forma estable (sentencias antes citadas *Süzen*, apartado 21; *Hernández Vidal y otros*, apartado 32, e *Hidalgo y otros*, apartado 32)

30. Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha considerado, en relación con una empresa de limpieza, que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (sentencia *Hernández Vidal y otros*, antes citada, apartado 27).

31. Como ha señalado la Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, el hecho de que en el asunto objeto del litigio principal no existiera transmisión de los activos en relación con los cuales se prestaban los servicios, como edificios escolares, vías públicas, parques y jardines, carece de incidencia alguna en el problema. En efecto, los activos materiales que, en su caso, deberían tenerse en cuenta son las instalaciones, maquinaria y/o equipamiento que en realidad se utilizan para prestar los servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento.

32. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz del conjunto de criterios de interpretación anteriores, si en el litigio principal se ha producido una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23». **STJUE de 29 de julio de 2010, IL J 1235.**

## **B) Mantenimiento de la representación de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas**

En el último supuesto comentado en el apartado anterior, se discute el mantenimiento del mandato representativo de los representantes de los trabajadores de las empresas rescatadas por el ayuntamiento. Conforme a la norma comunitaria, dicha posibilidad se hace depender de que las empresas, centros de actividad o partes de éstos sometidos al proceso de transmisión conserven su autonomía. Precisamente, el concepto de autonomía, a tales efectos, es objeto de interpretación por el TJUE. A juicio del Gobierno español, el concepto de autonomía debe interpretarse en sentido equivalente al concepto de identidad contenido en el artículo 1.1 de la Directiva, opinión que no comparte el Tribunal, que considera que el mantenimiento de la identidad se debe apreciar en el momento de la operación de cesión contractual, mientras que el mantenimiento de la autonomía sólo puede apreciarse con posterioridad a dicho momento. A partir de determinar que se trata de conceptos diversos, el Tribunal considera que, a los efectos del artículo 6.1 de la Directiva, la autonomía de la entidad sometida a cesión se mantiene cuando con posterioridad a la transmisión las facultades organizativas de los responsables de ésta permanecen en esencia inalterables, teniendo en cuenta que el mero cambio de identidad de los responsables jerárquicos no supone menoscabo de dicha autonomía:

«Una entidad económica transmitida conserva su autonomía, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centro de actividad, cuando las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de

dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario.

El mero cambio de los máximos responsables jerárquicos no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permiten organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones de esta última». **STJUE de 29 de julio de 2010, IL J 1235.**

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

## IV. CONTRATACIÓN LABORAL

---

### SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
  2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES.
    - A) **Precontrato de trabajo.**
  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) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.
      - b) Conversión en indefinido.
  4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.
    - A) **Contrato fijo discontinuo.**
    - B) **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 9 a 16 de 2010 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*) merece la pena destacar la **STS de 19 de julio de 2010, IL J 1760**, sobre la aplicación del artículo 15.5 del ET; en segundo lugar, la **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010, IL J 1498**, que resuelve la cuestión de los

efectos del incumplimiento de una oferta de empleo a trabajadores extranjeros que implica una carga onerosa para ellos; y, finalmente, la **STS de 22 de septiembre de 2009, IL J 1908**, que examina la posible responsabilidad empresarial por cese del trabajador relevado y relevista por causas económicas derivado del artículo 52.c) del ET.

## 2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

### A) Precontrato de trabajo

La **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010, IL J 1498**, resuelve un interesante supuesto relativo a una oferta de empleo que desde España realiza la empresa a dos trabajadores colombianos que, de acuerdo con las exigencias de la oferta, inician las gestiones necesarias para la obtención de visado, viajan y residen aquí con la consecuente asunción de los gastos que estas actuaciones les generan, pero sin que, al fin, la oferta se concrete en contrato alguno, lo que, señala la resolución, ha de llevar a entender que:

- «1) el ofrecimiento de contratación efectuado por la empresa sobre la base de que se iban a realizar las gestiones administrativas pertinentes para la regularización y formalización del contrato, una vez aceptado por el trabajador, constituye un acuerdo válido susceptible de ser calificado como precontrato; 2) existe incumplimiento del mismo en cuanto la empresa se aparta de lo convenido, no suscribiendo el contrato por causa no imputable al trabajador; 3) existe relación de causalidad entre ese incumplimiento y los daños y perjuicios».

## 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

### A) Supuestos

#### a) *Contrato para obra o servicio determinado*

Respecto de esta modalidad de contrato temporal, ha de destacarse en el período analizado, la **STS de 14 de junio de 2010, IL J 1301**, en la que se matiza que la utilización de esta modalidad contractual vinculada a la formalización de una contrata pública no puede entenderse válida cuando la trabajadora presta sus servicios, también, en la principal al margen de la actividad de la contrata, aunque en el convenio colectivo se identificase esa actividad externalizada como obra o servicio porque «no basta entonces con que el Convenio identifique un puesto de trabajo o una actividad como propios o característicos de una modalidad de contrato temporal para que ello suponga su licitud. Por el contrario, deberá analizarse en cada caso si se cumplen las exigencias legales del contrato empleado, para concluir su posible realización en fraude de ley». Así pues, entiende el TS que no cabe entender que se ajusta a derecho este contrato porque, tratándose de un contrato suscrito con una clínica a partir de un Concierto con el Servicio Canario de Salud, se prueba que:

- «1. En primer lugar porque la actividad que llevaba a cabo como Técnico en el laboratorio de la Clínica era y sigue siendo una actividad de carácter permanente, incompatible con el concepto legal de “obra o servicio determinado”. Y hasta tal punto era permanente que pocos días antes de despedir a la demandante se contrata a otra persona de su misma categoría

para prestar servicios también en el laboratorio, persona que seguía prestando sus servicios cuando se celebró el juicio oral (hecho probado quinto de la sentencia de instancia). 2. Porque la vinculación de la actividad de la trabajadora con el Concierto con el Servicio Canario de Salud no era tal, desde el momento en que aquella realizaba sus funciones tanto para los pacientes de la Seguridad Social como para los privados (hecho probado noveno). 3. Y, sobre todo, porque la actividad en la Clínica ha seguido en la misma forma y con el mismo concierto después del cese de la trabajadora, una vez prorrogado tácitamente y para el siguiente año el referido concierto con el Servicio Canario de Salud. Ya se ha dicho antes que —en principio— no cabe vincular la duración de este tipo de contratos con la percepción de subvenciones o la adjudicación de contratos cuando es la misma empresa la que sigue llevando a cabo la actividad sin solución de continuidad. Con mayor motivo lo será en el caso presente en el que no se ha interrumpido la vigencia y operatividad del concierto con la Administración Sanitaria Canaria».

Por otro lado, la **STSJ de Murcia de 24 mayo de 2010, IL J 1364**, también en relación con el objeto del contrato, considera que son necesidades permanentes de una piscina municipal cubierta; y, por lo tanto, no justifican la celebración del contrato de obra con el Ayuntamiento, las consistentes en «la limpieza de las instalaciones deportivas, para su utilización en condiciones adecuadas de salubridad e higiene».

También en relación con esta modalidad contractual ha de hacerse referencia a la **STSJ de Castilla y León de 1 de julio de 2010, IL J 1506**, que aborda, concretamente, la cuestión de la validez del contrato suscrito por la Administración cuando se alega, como causa justificativa de la obra, la existencia de una subvención. Recuerda, en este sentido, el Tribunal la jurisprudencia en la materia señalando que «la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal». Ahora bien, dado que las partes no cuestionan la temporalidad del contrato sino la inexistencia de fin de obra que justifica su extinción, concluye la sentencia que:

«La tesis antes expuesta podría considerarse que está suscitando problemas no planteados por las partes, ya que en demanda no parece cuestionarse el carácter temporal de la contratación, pero es la solución correcta en derecho que entiende esta Sala y que, por otra parte, se apoya en el propio examen realizado por la sentencia de instancia sobre la validez del contrato de obra o servicio, pero es que aunque la Sala hubiese de partir por admisión de las partes del carácter temporal de la contratación la solución sería la misma. El contrato de obra o servicio terminaría con la finalización de la obra y como quiera que una subvención no puede equipararse a una obra a los efectos de este contrato la terminación de aquella no puede suponer la conclusión del contrato. *Ex lege* la terminación de la subvención lo que posibilita, según el artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores, es acudir a un despido objetivo, cuando estamos ante una contratación indefinida y la subvención concluye, situación a la que debería reconducirse el caso que nos ocupa».

Respecto de la misma circunstancia relativa a la existencia de subvención como causa que justifica el contrato de obra, han de reseñarse las **SSTSJ de Asturias de 2 de julio de 2010, IL J 1491**; y de **Madrid de 20 de julio de 2010, IL J 1618**, que reiteran la doctrina jurisprudencial mencionada en relación a que el TS «no ha elevado, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí

mismo, de la validez del contrato temporal causal», precisando que «del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian».

Por otra parte, en relación con la duración del contrato ha de hacerse mención de la **STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2010, IL J 2190**, en la que se entiende que la empresa actúa adecuadamente cuando «prorroga» el contrato por obra vinculado a contrata cuando ésta se renueva.

Finalmente, en relación con la precisión y claridad con que debe formularse la causa que acredite la existencia de obra o servicio determinado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2010, IL J 1565**, viene a concluir que en modo alguno es aceptable la referencia a «promoción de productos primavera-verano» cuando se trata del sector de la hostelería siendo las funciones de la trabajadora las de cocinera. En el mismo sentido, la **STS de 8 de noviembre de 2010, IL J 2272**, considera que no se ajusta a derecho la fórmula «descontratación total o parcial de la obra» [sic] dado que a partir de ella es imposible determinar judicialmente si el contrato por obra cuestionado se ha extinguido válidamente.

#### *b) Contrato eventual*

Respecto de la causa a acreditar en el contrato eventual, señala la **STSJ de Valencia de 17 de junio de 2010, IL J 1530**, que no se ajusta a derecho la fórmula «realizar tareas propias de su categoría profesional» como justificación clara y suficiente de la concurrencia de circunstancias de la producción.

En el mismo sentido se pronuncian las **SSTSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2010, IL J 1953**; y de **Baleares de 1 de octubre de 2010, IL J 2082**, en un supuesto, la primera, en que el contrato no especifica la eventualidad que lo justifica, reseñando, únicamente, que se concierta para prestación de servicios como guía interprete; la segunda, llega a la misma conclusión cuando la precisión de la causa en el contrato se especifica con la fórmula «acumulación de tareas».

Por otra parte, ha de hacerse también referencia a la **STSJ de Andalucía de 5 de julio de 2010, IL J 2018**, en la que se considera fraudulenta la cadena de contratos eventuales concertados por un restaurante con su camarera desde 2003 sin que se acredite, en ningún momento, la existencia de ese incremento extraordinario de la actividad, considerando, además, que habiendo percibido la trabajadora prestaciones por desempleo debe la empresa devolverlas al SPEE.

#### *c) Contrato de interinidad*

En relación con los contratos temporales de interinidad por sustitución cabe hacer referencia, en primer lugar, a la **STSJ de Navarra de 17 de marzo de 2010, IL J 1323**, que considera inexistente un despido ante la finalización de la causa de reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. En este supuesto, el empresario y el trabajador habían pactado la reserva del puesto de trabajo durante un año adicional a lo establecido en el Estatuto de

los Trabajadores, pacto éste que la sentencia estima válido, y, por tanto, que determina, a la finalización del tiempo prefijado, el cese del interino.

En segundo lugar, la **STSJ de Baleares de 9 de junio de 2010, IL J 1456**, entiende no ajustada a derecho la extinción del contrato de interinidad realizada sobre la base de una llamada telefónica en la que se comunicaba a la empresa que se iba a proceder al alta de la trabajadora sustituida por agotamiento del plazo de incapacidad temporal. En este sentido, la sentencia razona que, en tanto se desarrolla el procedimiento de calificación de incapacidad permanente, se mantiene la situación de prórroga de la reserva del puesto de trabajo y la causa de sustitución, por lo que no es válida la sustitución de una interina por otra interina.

En cuanto a los contratos de interinidad por vacante reseñar, finalmente, alguna sentencia que desestima el derecho preferente a ocupar una vacante por un interino, estableciendo que el puesto solicitado no se contemplaba en los fijados en el convenio colectivo (**STSJ de Baleares de 14 de mayo de 2010, IL J 1354**).

*d) Contrato de inserción*

Las **SSTS de 17 de junio y 4 de noviembre de 2010, IL J 1418 y 2264**, examinan las características y finalidad de este tipo de contratos. A este respecto, en los casos de autos se señala que no se trata de contratos 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) Condiciones laborales de los trabajadores temporales*

Las resoluciones en esta materia se refieren a los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos. Concretamente, respecto de la cuestión referida a la percepción en igualdad de condiciones entre trabajadores temporales y fijos del complemento de permanencia y desempeño (**SSTSJ de Extremadura de 1 de junio de 2010, IL J 1243, IL J 1244, IL J 1245, IL J 1350**).

*b) Conversión en indefinido*

Respecto a la conversión del contrato temporal en indefinido, cabe destacar la **STSJ de Valencia de 17 de junio de 2010, IL J 1530**, que declara que es indefinida la relación pactada como temporal entre trabajador y empresa en el sector de la construcción cuando se celebran varios contratos temporales tanto por obra como eventuales, prestando servicios en diferentes obras de la empresa, lo que evidencia el fraude de ley en la contratación temporal y que la relación devino indefinida. A la misma conclusión llega la **STSJ de Murcia de 11 de octubre de 2010, IL J 2237**, en un supuesto de prestación de servicios durante

nueve años a través de diversos contratos temporales en los que no se identifica la causa dado que se desempeñan tareas permanentes e indefinidas en la empresa.

Por otra parte, ha de reseñarse la **STS de 29 de junio de 2010, IL J 1668**, que aborda la cuestión relativa a la diferencia entre el contrato indefinido y el contrato fijo discontinuo en un supuesto en que, tratándose de una empresa dedicada a la comercialización de productos agrícolas, se hace especial hincapié en que ésta desarrolla su actividad durante todo el año. Concretamente, el trabajador cuyo vínculo laboral se discute ha prestado servicios ininterrumpidamente los últimos cuatro años. En relación con ello, tras recordar la jurisprudencia consolidada en materia de contratos fijos discontinuos y figuras afines, concluye el TS:

«En definitiva de la doctrina anteriormente expuesta resulta que la contratación indefinida de carácter fijo-discontinuo procede cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, que se produce en intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, circunstancias que no concurren en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala [...] el actor, en fecha 19 de abril de 2004, suscribió un contrato de trabajo fijo discontinuo como peón de almacén, habiendo prestado servicios desde dicha fecha, por cuenta y orden de la demandada de forma ininterrumpida todos los días del año, desempeñando la demandada su actividad todo el año, por lo que la relación laboral que vincula al trabajador demandante con la empresa demandada ha de ser calificada de indefinida, o fija a tiempo completo, no de fija discontinua, a tenor de lo establecido en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, al no concurrir las circunstancias que, en su caso, justificarían el carácter fijo-discontinuo de la relación, a tenor del apartado 8 del precitado artículo 15».

En el mismo sentido, la **STS de 15 de julio de 2010, IL J 1696**, interpretando adecuadamente la OM 30/05/91, relativa a las Empresas dedicadas a las actividades de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y de fabricación de conservas vegetal, viene a concluir que cuando ésta:

«[...] declara en su artículo 4 que “Las actividades de las Empresas a las que son de aplicación los sistemas especiales regulados en la presente disposición se configurarán en campañas que se iniciarán el 1 de enero, finalizando el 31 de diciembre de cada año”, esta declaración no comporta —sería ilegal— una derogación del precepto estatutario [sería tanto como negar la figura del trabajador fijo ordinario —continuo— en el marco del sector de que tratamos] y mucho menos supone admitir que las campañas puedan sucederse sin solución de continuidad durante años sin que ello repercuta en la naturaleza jurídica de la relación, sobre todo cuando el propio artículo 2 de la norma reglamentaria —al tratar su ámbito de aplicación personal— se refiere expresamente a la necesidad de que las “actividades se realicen en manera intermitente o cíclica”, por lo que si bien el artículo 4 ha de entenderse en el sentido de que parece admitir el excepcional encadenamiento de campañas, en todo caso la regulación legal —estatutaria y reglamentaria— excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre ellas, en términos tales que nos encontremos en presencia de una actividad permanente [que no intermitente, como la discontinuidad requiere por definición], cuyas necesidades de mano de obra únicamente dependan de las vicisitudes del mercado; cuestión ésta que no puede determinar la naturaleza jurídica

del contrato previamente perfeccionado, pero que puede trascender al mismo justificando determinado tipo de contratación y —en su caso— de extinción contractual».

Finalmente, especial atención ha de merecer en esta materia la **STS de 19 de julio de 2010, IL J 1760**, sobre la aplicación del artículo 15.5 del ET en relación con las fechas de suscripción de los contratos que han de valorarse a los efectos de entender cumplidos los plazos previstos en el precepto, esto es, en relación con el régimen transitorio que fijaba el 15 de junio como fecha a tener en cuenta para saber el número de contratos computables suscritos por el trabajador y conocer así también en el periodo de 30 meses:

«[...] si la prestación de servicios se había llevado a cabo por medio de dos o más de aquellos durante un plazo superior a 24 meses, con independencia de la licitud de tales contratos temporales. La aplicación de tales normas a la situación que se resolvió en la sentencia recurrida lleva a afirmar, tal y como antes se dijo, que en la misma se han aplicado las referidas normas de manera absolutamente ajustada a derecho, desde el momento en que en la fecha prevista en las referidas disposiciones para establecer el momento en que se habría de conocer el número de contratos suscritos para aplicar el contenido de la nueva norma era precisamente el 15 de junio de 2006, fecha de la entrada en vigor del RDL, como se ha dicho, y, en ese instante, la trabajadora que en su día fue cesada por el Ayuntamiento demandado tenía en vigor su contrato firmado el día 1 de junio de ese mismo año 2006. Después firmó otro contrato, el 4 de diciembre de 2006, cuya virtualidad se extendió hasta la fecha del cese, el 30 de noviembre de 2008, de lo que se desprende que en una interpretación literal de la norma, en ese momento, el 15 de junio de 2006, era palmario que la demandante ya tenía un contrato de trabajo que computar para obtener el número final de dos, mínimo previsto en el artículo 15.5 ET para que se apliquen sus previsiones, y momento ese, el 1 de junio de 2006 (fecha del contrato vigente en el momento de la entrada en vigor de la norma) para establecer el cálculo del período de cómputo de 30 meses, que se cumple en este caso entre esa fecha y la del cese, y también del plazo de más de 24 meses durante el que estuvo contratada. No cabe por ello compartir la tesis que parece sostenerse en la sentencia de contraste de que en la fecha prevista en la transitoria de la Ley 43/2006, el 15 de junio de 2006, la legislación sólo preveía que fuesen los Convenios Colectivos los que estableciesen los límites de la contratación temporal, siendo el siguiente contrato a esa fecha el computable en primer lugar, pues como se ha visto, lo que hace la interpretación conjunta de ambas disposiciones es construir un sistema transitorio en el que claramente se establece ese momento como cómputo inicial del cumplimiento de los requisitos legales, y no a partir del contrato que se suscribiese después de la referida fecha».

#### 4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

##### A) 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 **STS de 20 de julio de 2010, IL J 1700**, resuelve un recurso de casación de doctrina en cuanto al cómputo de la antigüedad de los servicios prestados por un trabajador antes de ser contratado formalmente como fijo discontinuo. La sentencia estima que debe procederse a dicho cómputo, pero no desde el inicio de la relación laboral, sino desde el momento en que el

ET reconoce este tipo de contratación dado que los contratos temporales a los que fue sometido el trabajador se correspondían con temporadas anuales de incremento de trabajo en la empresa. También en cuanto a la antigüedad en caso de trabajadores fijos discontinuos, merece la pena aludir a la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de abril de 2010, IL J 1307**, y **STSJ de Andalucía de 20 de julio de 2010, IL J 2029**, que amplían, ambas, el criterio de computar, a los efectos de calcular la indemnización por despido, únicamente el tiempo de servicios efectivos, no los períodos de inactividad intermedios.

Buscando perfilar el alcance de esta modalidad contractual, las **SSTS de 29 de junio y 15 de julio de 2010, IL J 1668 y 1696**, establecen que los trabajos desarrollados por diversos trabajadores no tenían el carácter de fijos discontinuos, pues no se correspondían con la existencia de ciclos o temporadas, sino que se mantenían de forma ininterrumpida sin solución de continuidad durante años. En definitiva, se considera que esta continuidad repercute en la naturaleza jurídica de la relación como peón de almacén, sin que puedan configurarse las campañas, en este caso, como una dependencia del volumen de pedidos que tenga la empresa. Desde esta perspectiva se reputa al trabajador fijo y la falta de llamamiento como un despido. En el mismo sentido, **STSJ de Navarra de 12 de abril de 2010, IL J 1318**.

En cuanto a la extinción de este tipo de contratos, la **STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2010, IL J 1550**, revisa la prueba sobre la base del acta del juicio grabada y aprecia la excepción de caducidad de la demanda de despido. A estos efectos, se aplica el artículo 316 de la LEC, ya que el actor reconoció en el acto del juicio en prueba de confesión que tuvo conocimiento de la falta de llamamiento antes de una determinada fecha, lo que le perjudicaba y este hecho no resultó contradicho por otras pruebas.

También se aprecia la excepción de caducidad de la acción de despido en la **STSJ de Galicia de 23 de julio de 2010, IL J 1608**, pero, en este caso, por estimar que la contratación de la actora había sido para diferentes fechas y disímiles tareas, y, por tanto, no tenía la condición de fija discontinua.

En cuanto a la delimitación del contrato fijo discontinuo respecto a otros contratos temporales, las **SSTS de 4 y 29 de noviembre de 2010, IL J 1918 y 1942**, **STS de 26 de noviembre de 2010, IL J 2294** y **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010, IL J 1500** establecen, todas ellas, 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. Igualmente, se reconoce esta condición a una trabajadora destinada a realizar determinadas encuestas que formaban parte de la actividad anual ordinaria y programada del Instituto Nacional de Estadística (**STSJ de Asturias de 4 de octubre de 2010, IL J 2063**).

La **STSJ de Murcia de 7 de junio de 2010, IL J 1382**, reconoce la adquisición de la condición de trabajador fijo discontinuo a los trabajadores que habían reunido el número de días de trabajo fijado en el convenio colectivo del sector agrícola de la región.

## **B) Contrato de relevo**

Respecto a este contrato, en primer lugar, la **STS de 22 de septiembre de 2010, IL J 1908**, examina la posible responsabilidad empresarial por cese del trabajador relevado y

relevista por causas económicas derivado del artículo 52.c) del ET. El Tribunal Supremo interpreta la disposición adicional sexta del Real Decreto 1131/2002, entendiendo que, en estos casos, subsiste la obligación empresarial de contratar a otro relevista mientras el jubilado parcial perciba la pensión de jubilación, a diferencia de los supuestos en los casos de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa en expedientes de regulación de empleo debidamente autorizados, que constituirían una excepción a la regla general de mantenimiento de la obligación de contratación según la propia jurisprudencia de la Sala Cuarta.

En las **SSTS de 15 de julio y 4 de octubre de 2010, IL J 1697 y 1978**, se establece que la excedencia del trabajador relevista no afecta a la base reguladora de la pensión que ha de aplicarse al jubilado parcialmente cuando se jubile de forma completa. Ello sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse para el empresario si no cumple la obligación de sustituir al trabajador relevista en situación de excedencia. En este sentido se señala:

«en ningún caso puede interpretarse una normativa —que, como hemos dicho, pretende facilitar la jubilación parcial— en un sentido tal que se haga recaer sobre el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino del empresario —al no sustituir al relevista cesado— y que pueden ser extraordinariamente graves en términos de disminución drástica de la base reguladora, y por ende de la cuantía final de su pensión definitiva cuando se produzca su jubilación completa».

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 (**SSTS de 22 de junio, 6 y 7 de julio y 21 de septiembre de 2010, IL J 1424, 1440, 1621 y 1830**). El Tribunal Supremo 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* artículo 67 del EBEP de efectuar una planificación u ordenación por la Administración pública de sus recursos humanos.

También reitera doctrina la **STS de 8 de julio de 2010, IL J 1679**, que declara la responsabilidad empresarial frente a la administración de la Seguridad Social cuando se supera el plazo de 15 días legalmente establecido para la contratación de un trabajador relevista. Lo relevante del pronunciamiento es que se interpreta que el abono por el empresario a la Entidad gestora del reintegro del importe de la pensión de jubilación no es un acto de sanción —como anteriormente se sostuviera en algún pronunciamiento del mismo Tribunal Supremo—, lo que podría abrir la puerta a entender que se pudiera interpretar que la previsión contenida en el apartado cuarto de la disposición adicional segunda del RD 1131/2002 incurría en vicio *ultra vires*. En su lugar, se considera un acto de gestión consistente en la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión por la Entidad Gestora cuando no se ha cumplido por parte de la empresa la exigencia de contratar un relevista en los términos legalmente previstos. En el mismo sentido, se establece que la responsabilidad empresarial ha de ser proporcional a los períodos de no contratación del trabajador relevista (**STS de 6 de julio de 2010, IL J 1619**).

Abundando en doctrina unificada, las **STS de 6 de julio de 2010, IL J 1428** y **STSJ de Andalucía de 8 de julio de 2010, IL J 2025**, no admiten el acceso a la jubilación parcial del personal estatutario en tanto no se desarrolle reglamentariamente para este colectivo el artículo 166 de la LGSS. Igualmente, cabe reseñar la doctrina ya referida en anteriores crónicas de la **STS de 20 de mayo de 2010, IL J 1238**, que examina la posible responsabilidad empresarial por cese de un trabajador relevista derivado de la transmisión parcial de una empresa de transporte 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. Se instituye concretamente que:

«Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora no se resuelve».

En doctrina judicial de suplicación, abordando el cumplimiento de los condicionantes para acceder a la jubilación parcial existen diversos pronunciamientos. De entrada, se entiende que, en cuanto al requisito de que el relevista esté en situación legal de desempleo o tenga un contrato temporal con la propia empresa, si se contrata a un trabajador con relaciones laborales previas con la empresa, ha de declararse que la jubilación parcial no se ve afectada por las posibles irregularidades que hayan podido existir en la contratación o en el desarrollo posterior, sin perjuicio de las consecuencias para el relevista y la empresa, salvo el caso de que se alegue y pruebe la participación en las irregularidades del trabajador sustituido (**STSJ de Baleares de 2 de septiembre de 2010, IL J 1726**). En cuanto a la correlación entre el contrato de relevo y el del jubilado parcialmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2010, IL J 1562**, aplica doctrina unificada en el sentido de que la muerte del trabajador relevado no es causa de extinción del contrato del relevista. En tercer lugar, y en relación al requisito de correspondencia entre el contrato de relevo y el del jubilado parcialmente, la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2010, IL J 1475**, interpreta lo dispuesto en el artículo 12.6 del ET y el artículo 166.2 de la 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 el 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 por 100. En el caso de autos el trabajador jubilado parcialmente y el relevista pertenecían al mismo grupo profesional, por lo que la sentencia entiende cumplida la exigencia de correspondencia entre el contrato de relevo y el del jubilado parcialmente. Abundan pronunciamientos similares en cuanto a no exigir una correspondencia estricta entre el puesto de trabajo del jubilado y del relevista si ambos pertenecen al mismo grupo profesional. Entre otros, pueden verse en este período los siguientes: **STSJ de Cataluña**

**de 15 de septiembre de 2010, IL J 2146; STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2010, IL J 2161; STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2010, IL J 2038 y STSJ de Aragón de 11 de octubre de 2010, IL J 2046.**

En doctrina judicial de suplicación se desestima la pretensión de un jubilado parcial que vio extinguido su contrato de trabajo por un ERE que afectaba a toda la plantilla a mantener su pensión de jubilación parcial más allá de la fecha en que hubo agotado su prestación por desempleo (**STSJ de La Rioja de 13 de septiembre de 2010, IL J 2202**).

Finalmente, existen diversos pronunciamientos que examinan la aplicación de mejoras voluntarias a los jubilados parcialmente. En primer lugar, la **STS de 30 de junio de 2010, IL J 1670**, reconoce el derecho a un premio de jubilación reconocido en convenio colectivo para un jubilado parcial, partiendo de que la dicción de la cláusula convencional aludía de forma genérica a todas las jubilaciones de los empleados. En segundo lugar, la **STSJ de Navarra de 7 de mayo de 2010, IL J 1519**, dilucida la inexistencia de discriminación por la existencia de un nuevo plan de pensiones en una empresa conforme al cual los derechos se calculan en función de la jornada realizada en el momento de la jubilación del trabajador.

## 5. CONTRATOS FORMATIVOS

En cuanto a los contratos para la formación, cabe reseñar la **STSJ de Castilla y León de 15 de diciembre de 2010, IL J 2319**, que rechaza el carácter fraudulento de un contrato para la formación suscrito por un trabajador que, al agotar el período máximo de este contrato, había cumplido 21 años y 2 días, pero que no tenía esta edad máxima al suscribir el contrato y sus prórrogas.

## 6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### A) Contratos laborales y contratos administrativos

En relación con esta materia, la **STS de 13 de julio de 2010, IL J 1686**, determina que si bien con carácter general no es admisible que la Administración realice contratos de colaboración o contrataciones de obras o servicios en régimen de Derecho Administrativo de carácter temporal con personas individuales, se establece una excepción para los profesores especialistas en la Ley Orgánica de Educación. Por tanto, se considera incompetente a la jurisdicción social para enjuiciar el cese de profesores especialistas de expresión corporal aplicada al lenguaje de signos contratados a través de contratos administrativos temporales.

### B) Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la celebración de contratos temporales por la Administración pública, la **STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010, IL J 2139**, determina la consideración de una trabajadora como indefinida no fija ante la inexistencia de causa en varios contratos tem-

porales. Esta situación se considera que contamina a toda la cadena contractual. El interés del pronunciamiento radica en incidir en las diferencias entre un contrato de interinidad y la figura del trabajador indefinido no fijo, a los efectos de rechazar que la pretensión de la trabajadora interina de que se declarase esta condición no era meramente declarativa.

Por su parte en la **STSJ de Murcia de 11 de octubre de 2010, IL J 2237**, se declara el carácter indefinido de una contratación laboral de un empleado de un Ayuntamiento que superó el plazo de 24 meses computado en un período de 30 meses del artículo 15.5 del ET.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO  
LUIS ENRIQUE NORES TORRES  
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA  
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

## V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

---

### SUMARIO

#### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

#### 1. SALARIO.

##### A) Definición y composición de la estructura salarial.

- a) Horas extras. Desestimación.
- b) Diferencias salariales por reconocimiento de categoría profesional. Empresa minera.
- c) Diferencias salariales del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.
- d) Pagas extraordinarias generadas en períodos de incapacidad temporal. Doctrina de los actos propios.
- e) TVE. Cálculo y devengo de las pagas extraordinarias y de productividad.
- f) Reclamación de cantidad. Insuficiencia de hechos probados. Nulidad de actuaciones. Desestimación.
- g) Horas extraordinarias. Desestimación. Orden directa de la empresa de no ampliar la jornada de trabajo.
- h) Diferencias salariales por horas extraordinarias. El valor no puede ser inferior a la hora ordinaria.
- i) Conflicto Colectivo. Desestimación. Acuerdo de la comisión paritaria. Tablas salariales publicadas en Boletines Oficiales.
- j) Conflicto Colectivo. Incremento salarial del año 2009 del convenio colectivo. IPC previsto.
- k) Reclamación de cantidad. Pluses. Desestimación. Absorción y compensación.
- l) Salario. Antigüedad. Sentencia irrecurrible por razón de la cuantía.
- m) Cosa Juzgada positiva. Vinculación de los fundamentos jurídicos.
- n) Valor de la hora extraordinaria. Salario unitario total y anual. Empresas de seguridad.

##### B) Fondo de Garantía Salarial.

- a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización por despido improcedente pactada en conciliación judicial. Auto de insolvencia dictado con anterioridad a la modificación experimentada por el artículo 33.2 del ET en virtud del RD-Ley 5/2006, de 9 de junio.
- b) Responsabilidad directa: procede. Personal de alta dirección.

#### 2. JORNADA DE TRABAJO.

- ##### A) Horas extraordinarias. Devengo. No procede cuando existe orden empresarial de no prolongar la jornada de trabajo.

- B) **Horas extraordinarias. El valor establecido en convenio colectivo no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria.**
3. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.
- A) **Conflicto colectivo. Adecuación de procedimiento. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**
  - B) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Desplazamientos temporales por cambio de centro de trabajo. Desestimación.**
  - C) **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Extinción de la relación laboral e indemnización. Requisitos. Desestimación.**
- 

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2010 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1225 a J 1807).

### 1. SALARIO

#### A) **Definición y composición de la estructura salarial**

##### a) *Horas extras. Desestimación*

**STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2010** (recurso de suplicación 426/2010) IL J 1251.

1. Reclamación de horas extras porque la trabajadora había prestado servicios durante un período más amplio que el reflejado en el contrato. El suplico de la demanda reflejaba la cantidad total por horas extraordinarias y salarios impagados.
2. La carga de la prueba en la reclamación de las horas extraordinarias exige que éstas se acrediten detalladamente una por una, o subsidiariamente se acredite un horario fijo con una jornada superior a la pactada. Algo que no se ha acreditado en el procedimiento de referencia.
3. Aplica la sentencia dos cuestiones reiteradas y consolidadas por la jurisprudencia, que los hechos probados de la sentencia no pueden tener acceso la mención de «prueba negativa», y la especificación de las horas extras ya referidas en el punto anterior.

##### b) *Diferencias salariales por reconocimiento de categoría profesional. Empresa minera*

**STSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2010** (recurso de suplicación 833/2010) IL J 1252.

1. Estimada por sentencia de fecha 18 de julio de 2008 la reclamación del trabajador en reconocimiento de la categoría de picador; con fecha 21 de mayo de 2009 se presenta

demanda que es desestimada en reclamación de diferencias salariales por los meses de abril, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2007, así como enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto y septiembre de 2008, esto es, solamente incluyen los trabajos de períodos efectivos no abonados a destajo. La sentencia firme de reconocimiento de categoría profesional lo hace con fecha de efectos desde el día 1 de marzo de 2007. La parte demandante funda su petición en que el Estatuto Minero dispone que los trabajadores que habitualmente sean remunerados por sistema de incentivos directos, tendrán derecho a percibir el promedio de ingresos obtenidos en el último mes natural en el que hubieren trabajado en régimen de incentivos un mínimo de quince días. Y alega la vulneración del efecto positivo de cosa juzgada al haber sido desestimada la reclamación de cantidad.

2. Desestima el recurso el TSJ como primera cuestión la alegación de efecto positivo de cosa juzgada, puesto que el Tribunal de instancia fundamenta la desestimación de la demanda en la parte demandante no ha acreditado cuáles son las diferencias reales en el salario que como picador debía haber percibido el actor. Así mismo, la Sala matiza que no consta en el procedimiento cuáles son los salarios realmente percibidos por el trabajador accionante, qué meses ha estado en activo, cuáles en período de IT, qué meses ha trabajado a destajo y cuáles no, etc. por ello no puede determinarse cuál es el salario al que hubiera tenido derecho como picador en los períodos reclamados.

3. La complejidad y diversidad en la forma de generar el salario en algunos sectores con independencia de la categoría profesional que se ostente, como es el sector minero que ahora nos ocupa, implica tener que acreditar de forma muy exhaustiva y especificada el salario real percibido por el trabajador durante el total período reclamado, pues no especificar ciertos meses en los que el demandante da por hecho que no ha existido tal diferencia salarial, puede afectar, en la falta de información, para probar cuáles son las circunstancias relevantes a los efectos de determinar las diferencias reales con los salarios que el trabajador debió percibir conforme al orden convencional, siendo a mayores necesario que en fase de recurso de suplicación se alegue la vulneración de la norma convencional aplicable.

*c) Diferencias salariales del personal laboral  
de la Comunidad Autónoma de Castilla y León*

**STSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2010** (recurso de suplicación 891/2010) IL J 1254.

1. Reclamación por diferencias salariales de una auxiliar de enfermería personal laboral fijo, que presta sus servicios en la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León que previamente había trabajado en el Hospital de San Telmo de la Diputación de Palencia, y derivado de los acuerdos para el traspaso del personal a la Comunidad Autónoma con fecha efectiva de 1-06-2004, se debía ofrecer al personal trasferido del Hospital San Telmo la integración en el régimen estatutario. Se dictó sentencia firme reconociendo a la demandante plena y efectiva integración como personal laboral de la Gerencia General de Salud, en equiparación a todos los efectos, incluidos los económicos.

2. El objeto del recurso es la pretensión que, para el cálculo de las cantidades reclamadas, se debe tener en cuenta la jornada real realizada por la actora según lo establecido en

el Convenio colectivo de la Diputación de Palencia, inferior que la que tendría que haber realizado conforme al Convenio de la Junta de Castilla y León. Se desestima el recurso porque, al igual que la sentencia de instancia recurrida, la Sala entiende que el incumplimiento de la jornada laboral era imputable a la parte demandada que había incumplido el deber de homologación, y, por lo tanto, no había exigido a la trabajadora el cumplimiento de la jornada correspondiente.

3. Reafirma la Sala su criterio dictado en sentencias (24-09-2008, rec.777/08), en la que se concierta que cualquier convenio colectivo para el personal laboral de la Junta de Castilla y León posterior al 1 de junio de 2004, no puede lícitamente excluir de su campo a los trabajadores transferidos del Hospital San Telmo, requiriendo que cualquier diferencia de trato esté plenamente justificada en circunstancias probadas, razonadas y justificadas, por ello *a sensu contrario* establece en esta sentencia que la trabajadora no debe asumir ninguna pérdida económica porque su empleador no le haya impuesto su jornada laboral.

d) *Pagas extraordinarias generadas en períodos de incapacidad temporal.*  
*Doctrina de los actos propios*

**STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010** (recurso de suplicación 90/2010) IL J 1313.

1. Tras ser despedida la actora mediante una carta que alegaba faltas de asistencia, se llegó a un acuerdo en conciliación con el reconocimiento de la improcedencia. Posteriormente la actora presenta una reclamación de cantidad por salarios debidos. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y condena a la empresa a abonar la cantidad de dos mil setecientos ocho euros con cincuenta céntimos. La empresa en el acto del juicio oral reconoció adeudar la cantidad de quinientos sesenta y seis con veintinueve euros. Recurre ahora la sentencia alegando nuevamente la inactividad de la demandante por faltas de asistencia injustificadas, pidiendo se revoque en parte la sentencia condenando al abono de 35,82 euros.

2. Estima parcialmente el recurso la Sala, entrando en primer lugar a valorar y desestimar la cantidad que en recurso de suplicación reconoce la empresa y que no coincide con la cantidad reconocida en el acto del juicio oral, aplicando la doctrina de actos propios. Y, en segundo lugar, percatándose de un error en los cálculos de los períodos de IT de la actora en que se superponen, estima el recurso en la parte proporcional que corresponde a este período de IT que debería haber sido descontada la parte proporcional de las pagas extraordinarias, aplicando la reiterada y unánime Jurisprudencia que viene estableciendo que si no existe pacto individual o colectivo al respecto, no se generan pagas extraordinarias en los períodos de suspensión de contrato por IT, por lo que ha de minorarse en proporción al tiempo en que el trabajador ha permanecido en esta situación.

3. Resulta interesante la doctrina de actos propios *venire contra factum proprium* alegada en esta sentencia, reflejando que se ha de inadmitir la pretensión de reducir en el recurso la cantidad reconocida en el acto del juicio oral, que tal y como recoge es una teoría que surge en el ámbito del Derecho privado, y significa la vinculación de la declaración de voluntad que realiza una persona, y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contra-

ditorio, lo que se fundamenta en la protección de la confianza que se genera ante un comportamiento ajeno, y el deber de coherencia que debe imponer el principio de buena fe.

e) *TVE. Cálculo y devengo de las pagas extraordinarias y de productividad*

**STSJ de La Rioja de 9 de abril de 2010** (recurso de suplicación 85/2010) IL J 1340.

1. Como consecuencia de la adhesión a un ERE, se centra la cuestión controvertida en reclamación de cantidad por diferencias salariales, en relación directa con la fijación del período durante el cual se devengan las respectivas pagas extraordinarias. El debate es, por lo tanto, la reclamación de cantidad por las diferencias en la liquidación de las pagas extras hechas por discrepancias en el cálculo de éstas, aduciendo la irregularidad en cuanto a que dos de ellas han sido abonadas como generadas anualmente y otras dos semestralmente.

2. En referencia al artículo 66 del convenio colectivo de RTVE en relación con los artículos 3, 29, 31 del ET, 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 el pago de éstas, para evitar el posible perjuicio económico o enriquecimiento injusto a la hora de realizar la liquidación por finalización de la relación laboral. Se ciñe a la Jurisprudencia de la Sala en su criterio mayoritario, entre otras citamos las de fechas 21 y 24 de abril, 4 de febrero y 17 de marzo de 2009, criterio que se mantiene, y que no altera el sistema concebido en el artículo 31 del 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,...».

En estas sentencias 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 artículo 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 y el de otras Salas, citamos a modo de ejemplo, entre otras, STSJ de la Rioja, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2010 (recurso 2/2010); STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2010 (recurso 1026/2009); STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 13 de abril de 2010 (recurso 1991/2009), en la interpretación que realizan del ET, y artículo 37.1 de la CE, así como del artículo 66 del convenio colectivo en relación con los criterios de interpretación de las normas que recoge el Código Civil, 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 artículo 31 del ET, dando una especial relevancia esta doctrina del TS, a que la forma de aplicación del incuestionado sistema regular e histórico seguido por la empresa respecto a las pagas extraordinarias y de productividad, ha venido siendo admitido 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.

f) *Reclamación de cantidad. Insuficiencia de hechos probados. Nulidad de actuaciones. Desestimación*

**STSJ de La Rioja de 25 de mayo de 2010** (recurso de suplicación 141/2010) IL J 1369.

1. Interpuesta y desestimada demanda en reclamación de cantidad por vacaciones, festivos y diferencias salariales, recurre en suplicación la demandante solicitando nulidad de actuaciones por insuficiencia en los hechos probados, y vulneración de los artículos 31 y 38 del e y 16 y 20 del convenio de aplicación en relación con las pagas extraordinarias y vacaciones.

2. Se desestima íntegramente el recurso. En la nulidad de actuaciones por la insuficiencia de los hechos probados alegada por la recurrente como primera cuestión, al respecto se hace eco la sentencia de la numerosa Jurisprudencia tanto de la Jurisdicción de lo Social, como del TS y del TC, y recuerda que si bien el juzgador de instancia debe recoger en la declaración fáctica todos los hechos probados que puedan tener interés para resolver la cuestión debatida, y no sólo los que le basten a él para dictar la sentencia que estime correcta, sino que debe hacerlo con la amplitud necesaria para que el Tribunal Superior pueda decidir del modo que considere justo, hay que tener en cuenta que los hechos puramente negativos no pueden incluirse en la parte fáctica, que deben tenerse en cuenta las afirmaciones fácticas que en la fundamentación jurídica realiza la sentencia, y la indefensión prohibida por el artículo 24 CE sólo se considera como tal cuando se traduce como una real privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial, y no se entiende producida cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar, en el caso que nos ocupa ni siquiera la recurrente propuso en el recurso cuál debería haber sido la base fáctica que, según su criterio, hubiera sido suficiente. Por último, desestima los otros dos motivos porque sin solicitar la variación de los hechos probados realiza una interpretación de la normativa indicada como vulnerada, que supone una nueva valoración parcial de la prueba practicada.

3. Aplica la Sala la reiterada doctrina sobre la admisión en recurso de la solicitud de nulidad de actuaciones, por quebrantamiento de los órganos judiciales de normas y reglas procesales, sólida y unánime jurisprudencia que, como se ha referido, requiere que la vulneración sea la causa real y directa de la limitación efectiva de los derechos en el proceso judicial, pues la indefensión no ha de ser puramente formal sino material. Por último, recuerda la Sala que ha de ser la recurrente quien de forma expresa, y por lo tanto transcribiendo los mismos, tal cual se entiende debió hacer el juzgador de instancia, no una genérica referencia sobre la parte fáctica que se recurre.

g) *Horas extraordinarias. Desestimación. Orden directa de la empresa de no ampliar la jornada de trabajo*

**STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010** (recurso de suplicación 832/2010) IL J 1502.

1. Se interpone demanda en reclamación de horas extraordinarias que se acreditan mediante la petición a la empresa del fichero de registro de entradas y salidas de la Residencia de Mayores donde presta sus servicios el actor. La empresa presenta el fichero de entradas y salidas mensual de toda la plantilla, en el que se recoge el tiempo computado por ausencias, e informa que, según la Dirección del centro, no existe ninguna orden por parte de la Gobernanta que permita la prolongación de la jornada laboral del actor. Y para computar éstas como trabajadas, cuando fuera necesario alargar la jornada de trabajo, la gobernanta debería firmar un parte al respecto.

2. Recurre la parte demandante, alegando que la empresa era concedora de la realización de las horas extraordinarias reclamadas y que era la práctica habitual en la forma de realizarse, por lo tanto, su desestimación supone un enriquecimiento injusto para la empresa que ha permitido su realización. Desestima la Sala el recurso de suplicación porque del relato fáctico de la sentencia se deduce que era el recurrente quien acudía al centro de trabajo fuera de su horario y en días incluso laborales, y realizaba fichajes sin sujeción a ningún cuadrante o programación previa, y sin que existiese orden o sugerencia para su realización. No pudiendo el actor tomar por sí mismo la decisión de prolongar su jornada sin orden o requerimiento por escrito por parte de sus superiores, tal y como se le informó desde diciembre de 2007, y a mayor abundamiento cuando no consta un trabajo urgente que motivara la presencia del actor o falta de personal que justificara su realización.

3. Si bien en el caso que nos ocupa podía acreditarse por el actor la realización de las horas extraordinarias por los ficheros de registro de la empresa, cuando es la ausencia de prueba la causa mayoritaria de desestimación de las demandas en reclamación de horas extraordinarias, hace reflexionar esta sentencia en que no solamente es necesario poder probar la realización de éstas, sino que el trabajador las ha realizado por petición u orden de la empresa, o en la necesidad o urgencia de los trabajos a realizar fuera del horario de trabajo ordinario, que podría haber justificado sin previo requerimiento expreso (aunque éste fuese necesario), en la práctica habitual de la empresa el trabajador no hubiera podido abandonar su puesto de trabajo, por ser imprescindibles sus servicios.

h) *Diferencias salariales por horas extraordinarias. El valor no puede ser inferior a la hora ordinaria*

**STSJ de Castilla y León de 1 de julio de 2010** (recurso de suplicación 1020/2010) IL J 1513.

1. El actor reclama las diferencias salariales en el abono de las horas extraordinarias por entender que éstas deben ser abonadas igual que la hora normal. Estimada la demanda recurre la empresa alegando varias cuestiones. Vulneración de los artículos 82 y ss. del ET en relación con los artículos 37 y 38 del convenio colectivo de la empresa, por entender que el valor de las horas extraordinarias fue acordado expresamente en convenio colecti-

vo, y ello porque también el artículo 38 del convenio prevé el abono de una determinada cantidad de horas, cuatro u ocho, aunque se realicen una o seis, aludiendo a la teoría de los actos propios; alega también interpretación errónea de los artículos 34 y 35 del ET y de la jurisprudencia y doctrina que los interpreta.

2. Desestima la Sala el recurso de la empresa, con base en su propio criterio ya señalado en otras sentencias, la primera cuestión porque la regulación del precio de las horas extraordinarias en el artículo 35 del ET opera como un mínimo, por lo que si el recurrente alega que, además, existe compensación en descanso, debió argumentarlo al amparo del punto b) del artículo 191 de la LPL. No acoge así mismo el argumento del artículo 38 del Convenio aplicable, en que compensa el abono de cuatro u ocho horas, según el número de horas sea inferior o superior a cuatro, pues del propio texto del artículo se deduce que es un sistema de compensación para cuando la realización de horas deba efectuarse interrumpiendo el descanso, ya sea festivo o libre, en un día laborable entre las veintidós y las seis horas; lo que no hace el mencionado artículo es excluir el abono de horas extraordinarias, ni fijar el valor de éstas. En relación con la teoría de los actos propios, refiere la Sala que en el presente procedimiento se trata de la interpretación de varios preceptos del ET en relación con unos artículos del convenio colectivo; de conformidad con el artículo 82 del ET los convenios colectivos son el fruto de la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y refleja la voluntad colectiva, que no la individual, por ello no puede aplicarse la teoría de los actos propios para impedir que los órganos judiciales resuelvan las discrepancias entre un trabajador individual y su empresario acerca de la interpretación de éstos. El último motivo del recurso es desestimado, puesto que la distinción que realiza la empresa entre horas extraordinarias y complementarias, estas últimas como las que exceden de la jornada convencional pero no exceden de la jornada anual máxima, no está prevista convencionalmente, y, por otro lado, aquí sí infringiría la empresa la teoría de los actos propios, porque las horas reclamadas vienen reflejadas como extraordinarias en las nóminas que constan en la prueba documental. En referencia al valor de las horas extraordinarias, establece la sentencia que debe ser el valor de la hora real ordinaria, lo que incluye la inclusión de todos los conceptos salariales. Por último, la empresa entiende que debe compensarse el tiempo de exceso de jornada con la prima de revisión y trabajos programados, sin embargo, no es aceptada tal argumentación, porque del propio convenio se deduce la compatibilidad del abono de la prima de revisión con la realización de horas extraordinarias, y la prima de trabajos programados ya se vio que no se vincula a las horas realizadas sino a tener que trabajar en días de descanso, por lo que no existe homogeneidad que se requiere exista entre los conceptos para que opere la compensación.

3. Sentencia en la que confluyen varias cuestiones relevantes de fondo, la primera cuestión sobre la aplicación de la teoría de actos propios para impedir las reclamaciones individuales sobre la interpretación de los convenios colectivos (STS 21-02-2007, rec. 33/2006), que reitera, a su vez, la ya consolidada doctrina al respecto. En segundo lugar, que es derecho mínimo el artículo 35 del ET sobre el abono de la hora extraordinaria que nunca puede ser inferior a la ordinaria, y, por último, la homogeneidad siempre necesaria para que opere la compensación entre diferentes conceptos salariales que en doctrina unificada se viene exigiendo, entre otras, sentencias de fecha 9 de julio de 2001 (recurso 4616/00) y 2 de diciembre de 2002 (recurso 949/02).

- i) *Conflicto colectivo. Desestimación. Acuerdo de la comisión paritaria. Tablas salariales publicadas en Boletines Oficiales*

**STJSJ de Navarra de 19 de mayo de 2010** (recurso de suplicación 57/2010) IL J 1528.

1. Se interpone conflicto colectivo en reclamación de que se aplique para los incrementos salariales pactados en el año 2009, la base de las tablas salariales fijadas en el Boletín oficial de Navarra de 10 de marzo de 2008. En el convenio colectivo aplicable se recogía expresamente que en el caso de que por el Gobierno no se procediera a establecer la cifra del IPC previsto sobre el que se tenía que hacer el incremento salarial sería la Comisión paritaria de interpretación quien determinase la cifra que se ha de tener en cuenta en su sustitución y, tan pronto se conociera oficialmente el IPC real, a nivel nacional, del 2008, se procedería a la revisión salarial más un punto. El Conflicto solicita que se determine que el convenio no establece ninguna revisión a la baja y que las tablas salariales del año 2008 publicadas en el 2009 tienen como única misión servir de referencia para el incremento salarial del 2009, así como que cualquier descuento practicado por las empresas del sector por aplicación ha de ser declarado como efectuado en contra de lo pactado.

2. Desestimado el conflicto recurren los demandantes, por entender vulnerado el artículo 24 de la CE y el artículo 37 del convenio, discrepando del alcance excluyente que se otorga por la sentencia de instancia al acuerdo de la Comisión paritaria. Se remite la Sala en este sentido a la doctrina del TC, que concreta que las funciones de la Comisión paritaria de un convenio colectivo son las que corresponden a la administración del convenio incluidas las de cooperación y colaboración en la ejecución de éste, y niega, por entender contrarias a derecho, aquellas cuyo ejercicio implica una acción normativa típica en la medida en que suponen una modificación de las condiciones de trabajo pactadas o el establecimiento de nuevas normas. Por ello da la razón a la parte recurrente en el sentido de que, aunque existiera acuerdo de la comisión paritaria, éste no impide el conflicto planteado, pues podría haberse extralimitado en sus funciones. Dicho esto, y entrando en el fondo del asunto, la Sala entiende que el precepto convencional cuestionado refiere, en relación con el año 2008 y establece que con efectos del 1 de enero de 2008 se incrementen los conceptos salariales del Convenio en la cuantía que como IPC previsto para el 2008 fije el Gobierno de la Nación, incrementado en un punto. Y en caso de que el Gobierno no estableciese esa previsión que fuese la comisión paritaria la que determinara la cifra a tener en cuenta. Y tan pronto se conociera el IPC real del año 2008 se procedería a realizar una revisión salarial plana en la cuantía matemática prevista para alcanzar el incremento pactado del IPC real, más un punto, determinando que se realizará en el mes de marzo y servirá de base para los incrementos salariales del año 2009. La comisión paritaria, en ausencia de previsión, adoptó el acuerdo de revisión salarial, lo que no impide que, conocido el porcentaje del IPC real, no deba realizarse un ajuste a la baja, pues el convenio estableció una forma de llevarlo a cabo, con independencia de que pudiera ser al alza o a la baja.

3. Se desestima el recurso de suplicación aunque con distintos argumentos que los realizados en la sentencia de instancia, y ello por las funciones que, según la jurisprudencia del TC, se han determinado para la comisión paritaria, estimando, por lo tanto, la fundamentación realizada por la parte recurrente, ahora bien, desestima el fondo del asunto entendiendo que de la redacción del convenio colectivo puede interpretarse que la revisión puede ser

a la alta o a la baja, discrepando de la parte actora que restringe la interpretación a la baja por ser restrictiva en la interpretación «del derecho», únicamente para los casos en que los convenios lo recojan expresamente.

j) *Conflicto colectivo. Incremento salarial del año 2009 del convenio colectivo. IPC previsto*

**STS de 15 de junio de 2010** (recurso de casación 179/2009) IL J 1410. **STS de 21 de junio de 2010** (recurso de casación 160/2009) IL J 1417. **STS de 9 de julio de 2010** (recurso de casación 131/2009) IL J 1626/2009. **STS de 22 de junio de 2010** (recurso de casación 147/2009) IL J 1667.

1. Se plantea en todos los recursos como cuestión de fondo principal la no aplicación de la revisión salarial prevista en convenio colectivo, ante la ausencia de la publicación por parte del Gobierno del IPC previsto para el año en curso; incluso se plantea la vulneración del artículo 37.1 de la CE, al entender vulnerado el derecho fundamental a la negociación colectiva, al entender la parte recurrente que se reinterpreta el resultado de ésta si se sustituye el IPC previsto por el incremento previsto para las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

2. Contesta la Sala reproduciendo la doctrina de otras sentencias al respecto SSTS 26 de enero de 2010 (rec. 96/2009), 18 y 25 de febrero de 2010 (rec. 87/2009 y rec. 108/2009), 24 de marzo de 2010 (rec. 82/2009), 12 de mayo de 2010 (rec. 159/2009), 15 de junio de 2010 (rec. 179/2009) y 22 de junio de 2010 (rec. 147/2009) y fundamentando que es cierto que el Gobierno ya no realiza declaraciones oficiales, sobre previsiones del IPC, pues la última se produjo en los presupuestos generales del 2002, pero esta cuestión no puede suponer la inaplicación de la cláusula de revisión salarial, que debe producir sus efectos siempre que se acredite la existencia de una previsión real, mediante medios fiables que la evidencien inequívocamente. Previsión que se recoge en los Presupuestos Generales del Estado del año 2009, y ello porque en el artículo 44 se trata de las revalorizaciones de las pensiones públicas, lo que equivale al reconocimiento implícito de la existencia de una previsión real sobre el incremento del IPC. Así lo entiende de la propia literalidad de la norma, que coincide con la intención evidente de los contratantes, que no consta que lo hayan cuestionado en los años anteriores para la regularización del IPC previsto. Asimismo, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 82.3 del ET, manifiesta que incluso en situación de crisis económica generalizada, el precepto convencional obliga a la empresa a su cumplimiento mientras mantenga su vigencia, salvo que se alcance un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores, de ahí que la STS de 18 de febrero de 2010, rec. 87/2009, afirme que ni siquiera un hipotético caso de remisión a la baja a efectuar a finales del 2009 exoneraría a la empresa de cumplir, al comienzo de ese año, lo establecido en el convenio. La Sala ha entendido con carácter general que esta Doctrina proporciona más seguridad jurídica a las partes y mayor uniformidad en la interpretación de este tipo de cláusulas convencionales que el criterio que se siguió en su día, en la STS de 8 de febrero de 1995 (rec. 3738/1993).

3. La interpretación de la literalidad de la norma que recoge «previsión del IPC» no implica que la previsión no pueda ser la prevista para la revalorización de las pensiones

públicas, es decir, que dependa el incremento pactado de las tablas salariales de una referencia formal y expresa en los presupuestos cuando sí consta una previsión real y efectiva para otra cuestión con la misma finalidad, como es la actualización de las pensiones públicas que dependen directamente del Gobierno, siendo, por lo tanto, un dato inequívoco al respecto. Ratifica nuevamente el TS que la voluntad de las partes ha de prevalecer, salvo que tal interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto el quebrantamiento de una norma.

k) *Reclamación de cantidad. Pluses.  
Desestimación. Absorción y compensación*

**STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de julio de 2010** (recurso de suplicación 366/2010) IL J 1560.

1. Se realiza una reclamación salarial por atrasos salariales en aplicación del Convenio Colectivo, por los conceptos de incentivos y gratificaciones, conceptos que la empresa considera que no obedecían a una justificación determinada y que debe aplicarse la absorción y compensación. El artículo 4 del convenio colectivo aplicable recoge que las mejoras o condiciones económicas pactadas en el presente convenio estimadas anualmente son compensables y absorbibles con las establecidas actualmente, sin perjuicio de las condiciones económicas personales más beneficiosas. Los aumentos que se produzcan en conceptos económicos o los nuevos conceptos que se establezcan durante la vigencia del presente convenio colectivo por disposiciones legales de general aplicación, sólo le afectarán cuando, considerados en conjunto y en cómputo anual, superen los aquí pactados. No obstante lo anterior, no serán compensables ni absorbibles los complementos personales o de puesto de trabajo, garantizando en todo caso las subidas de estos conceptos en este convenio, de forma que todos los trabajadores experimenten, al menos, el incremento salarial que se derive del incremento de las tablas salariales del convenio colectivo.

2. Desestima la Sala el recurso y confirma la sentencia de instancia, con la siguiente argumentación, en el artículo 24 del convenio se regulan los pluses, concretamente, manutención, desgaste de herramientas, ropa de trabajo e idiomas. Aplicando el artículo 3.1 del Código Civil, es decir, realizando una interpretación «según el sentido propio de sus palabras», que han de presumirse que son utilizadas correctamente, «no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad» (STS 7-7-1989). Por ello, al no acreditarse por la demandante que los «incentivos» y «gratificaciones» sean un complemento personal o de puesto de trabajo no se estima su pretensión, y se declaran absorbibles y compensables.

3. Aplica la sentencia la doctrina jurisprudencial en dos cuestiones, la primera, en la interpretación de las normas sobre la base de los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, la cual sostiene que si su literalidad no deja lugar a dudas, no deben entrar en juego el resto de los criterios utilizados al respecto, y, la segunda, la establecida por el TS, que con un criterio unánime, entre otras en sentencias de fecha 9-7-2001 (recurso 4616/00) y 2-12-2002 (recurso 949/02), y aplicando el artículo 26.5 del ET, sienta la figura de la compensación y absorción que tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes salariales.

*l) Salario. Antigüedad. Sentencia irrecurrible por razón de la cuantía*

**STS de 15 de julio de 2010** (recurso de casación 2711/2009) IL J 1647.

1. Se reclama por siete actores una cuantía inferior a 1.800 euros y reconocimiento de derecho en relación con la antigüedad. Recurren en casación tres de ellos. Por lo que la cuestión previa es determinar si la sentencia era recurrible en suplicación porque es de «afectación general o múltiple».

2. Anula de oficio la Sala del TS la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en Santa Cruz de Tenerife, declarando la firmeza de la dictada en instancia. Y ello lo resuelve aplicando la doctrina que a este respecto quedó fijada en las sentencias de fecha 3 de octubre de 2003 (rec. 1422/2003 y 1011/2003), abandonando expresamente la doctrina que venía aplicándose desde el año 1999. Se remite expresamente a las conclusiones de una sentencia de fecha 22 de noviembre de 2006 (rec. 2800/2005), para señalar que la afectación general o múltiple es un concepto jurídico indeterminado, que implica una situación de conflicto generalizada, que para apreciarla no es necesario que se hayan iniciado muchos procesos judiciales, basta con la existencia de la situación de conflicto generalizada, esto no supone que la afectación general se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas, que la afectación múltiple no es necesaria cuando se trate de hechos notorios, si bien esta notoriedad no «puede ser la notoriedad general y absoluta que se regula en el artículo 281.4 de la LEC, pues bastará con que la propia cuestión sea notoria para el Tribunal por la propia naturaleza o por la existencia de otros procedimientos, o porque posea claramente un contenido de generalidad que no ha sido cuestionado por ninguna de las partes. Corresponde al Juez de lo Social en atención a estos criterios resolver sobre la posibilidad de recurso, pero similar facultad tiene la Sala de lo Social del TSJ, o del TS, pues se trata de una materia sobre competencia funcional que puede ser examinada de oficio. De ello se deduce que la afectación múltiple se da cuando están afectados un gran número de trabajadores».

3. Resume la Sala la doctrina unificada que cambió el criterio anterior, sobre el acceso al recurso de suplicación cuando la base de éste es la acción declarativa de un derecho y que tutela el interés del trabajador y el objeto del procedimiento, que implica un pronunciamiento previo, implícito o no, sobre la procedencia del derecho, y que, siendo un concepto jurídico indeterminado, debe apreciarse bajo unos criterios uniformes de interpretación.

*m) Cosa Juzgada positiva. Vinculación de los fundamentos jurídicos*

**STSJ de Baleares de 1 de octubre de 2010** (recurso de suplicación 300/2010) IL J 2080.

1. Existencia previa a la reclamación de cantidad, de un procedimiento por el actor en que se desestima su pretensión en instancia por falta de jurisdicción laboral y dimisión del actor, dictándose sentencia por esta misma Sala, procediendo a confirmar la parte dispositiva de la sentencia, pero con distintos fundamentos jurídicos y razones procesales, y ello porque entendió *a sensu contrario* el Juzgado de instancia la existencia de relación laboral, aunque entendió, de igual modo, que el cese del actor fue voluntario y no un despido. Alegando nuevamente la empresa frente a la reclamación de cantidad la incompetencia del orden Jurisdiccional Social, negando que la sentencia dictada por la Sala surta efectos de cosa juzgada en relación con la existencia de relación laboral.

2. Fundamenta la Sala la desestimación del recurso interpuesto por la empresa, y estima el efecto de cosa juzgada, pues en la sentencia anterior de la Sala dejó constancia expresa de que: «eran distinguibles, en definitiva, los rasgos de retribución, ajenidad y dependencia, pues el demandante actuaba plenamente integrado en la organización creada por dicha entidad para atender a sus socios y clientes y bajo el control de la misma. Parte incluso de esa prestación se efectuó bajo expresa cobertura de contratos de trabajo. La relación, por tanto, merece el calificativo de laboral», por ello entiende la competencia del orden social, y llegó a matizar que se procedía a ratificar «la parte dispositiva» de la sentencia de instancia dejando constancia expresa, por ello, de que los fundamentos jurídicos-materiales eran diferentes. Por ello se entiende que esta sentencia resuelve, en suma, el origen de la relación de servicios profesionales y ha de entenderse que está juzgada ya la cuestión sobre su naturaleza jurídica siendo competencia del orden jurisdiccional social. Y, en consecuencia, estima la reclamación de cantidades por los conceptos solicitados y que no constan abonados por la entidad demandada. Desestima el último motivo del recurso que alegaba la compensación y absorción por entender que no se dan los requisitos exigidos por la Jurisprudencia y que tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes salariales de distinto origen, pero que no obsta a reconocer la mayor retribución superior a la recogida en convenio colectivo que puede tener consolidada el trabajador.

3. La Sala aplica, por un lado, la doctrina consolidada y unificada del TS, que en este mismo sentido tiene declarado que lo determinante es que la declaración precedente actúe como condicionante y prejudicial de la posterior, al igual que ocurre con la falta de alguna de las identidades, que no es suficiente para que no se extienda el efecto positivo de cosa juzgada, y, por otra, la también reiterada doctrina donde se establecen las líneas interpretativas del artículo 26.5 del ET, bajo la voluntad negociadora de las partes, que se establezcan en distintas fuentes normativas, y la homogeneidad de los conceptos a compensar.

*n) Valor de la hora extraordinaria. Salario unitario total y anual.  
Empresas de seguridad*

**STSJ de Baleares de 21 de octubre de 2010** (recurso de suplicación 341/2010) IL J 2081. **STSJ de Baleares de 21 de octubre de 2010** (recurso de suplicación 343/2010) IL J 2083.

1. En ambas sentencias los trabajadores reclaman diferencias salariales por el importe abonado en concepto de horas extraordinarias, en que la empresa mantiene que ha de excluirse el importe de las retribuciones brutas percibidas por el trabajador por los conceptos que tienen naturaleza indemnizatoria (plus de transporte, vestuario y complementos por enfermedad), así como aquellos conceptos retributivos de carácter específico vinculados a circunstancias concretas e individualizadas de un puesto de trabajo y a circunstancias especiales, que, en opinión de la recurrente, no retribuyen la jornada ordinaria, tales como peligrosidad, radioscopia, festividad, nocturnidad, etc. Las cantidades que consigna la sentencia detraen, exclusivamente, los pluses de transporte y de mantenimiento de vestuario.

2. El objeto central de debate es determinar cuál es el precio de la hora extraordinaria, aplicando el artículo 35.1 del ET que de forma taxativa establece que el valor de la hora extraordinaria no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria, Cuestión ya resuelta por

el Tribunal Supremo en sentido desfavorable a la postura mantenida por la empresa, pues la Sentencia del TS de fecha 21 de febrero de 2007 anuló el artículo 42.2 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, por contravenir la prohibición imperativa regulada en el citado artículo 35.1 del ET, puesto que la norma pactada fijaba el valor de la hora extraordinaria con referencia al salario base del convenio, excluyendo, expresamente, para fijar el valor, las pagas extraordinarias y los complementos retributivos, sean fijos o variables, salariales o extrasalariales. Tras esta sentencia por parte de las Asociaciones afectadas se plantea Conflicto Colectivo frente a la Audiencia Nacional, que da lugar a la STS de fecha 10 de noviembre de 2009 que desestima la demanda del conflicto por el efecto vinculante positivo de cosa juzgada de la STS de 21 de febrero de 2007, que, al igual que en el presente procedimiento, la empresa demandada mantiene nuevamente que el valor de la hora ordinaria no incluye los pluses de puesto de trabajo, argumentando que estos últimos no remuneran la jornada ordinaria de trabajo sino la realización puntual de un trabajo determinado o en circunstancias especiales, tesis, como decimos, rechazadas en las dos sentencias del TS citadas, que hacen relación no sólo al salario base sino a todos los complementos que se integran en la estructura salarial, siendo el salario ordinario unitario y total el que constituye la base cuantitativa del que corresponde a la hora extraordinaria, de modo que dividiendo su importe anual por el total de horas de trabajo anuales pactadas se obtiene el valor real de la hora ordinaria. Especifica, así mismo, que las expresiones «trabajo ordinario» y «jornada ordinaria de trabajo» no son equivalentes, pues la primera empleada por la sentencia del año 2007 se refiere a la actividad laboral en la que no concurren características especiales que den lugar al devengo de complementos del puesto de trabajo que no se perciben en ausencia de aquéllas, y la segunda hace mención a la duración del tiempo de prestación de servicios a que queda obligado el trabajador que, como regla general, se establece por vía convencional dentro de los máximos legales establecidos. Por lo que son conceptos diferentes que, en ningún caso, pueden confundirse entre sí. La divergencia puede surgir cuando las circunstancias laborales respectivas del trabajo que se realiza en la jornada ordinaria pueden diferir en la hora extraordinaria, si bien, en este supuesto, es tajante la aplicación del artículo 35.1 del ET.

3. Es cierto, tal y como afirma la sentencia ahora comentada, que en la cuestión a debate en algunas ocasiones se pueda crear la falta de paridad en las prestaciones contractuales entre las partes, pero la disposición de derecho mínimo necesario establecida en el artículo 35.1 del ET no permite otra solución, una vez que se ha establecido por el TS, que la fórmula de cálculo de la hora de jornada ordinaria se calcula tomando como base la cuantía del salario unitario, total y anual.

## **B) Fondo de Garantía Salarial**

a) *Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización por despido improcedente pactada en conciliación judicial. Auto de insolvencia dictado con anterioridad a la modificación experimentada por el artículo 33.2 del ET en virtud del RD-Ley 5/2006, de 9 de junio*

**STS de 14 de julio de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3820/2009) IL J 1690.

1. Las trabajadoras fueron despedidas en enero y febrero de 1996, respectivamente. Las empresas demandadas reconocieron en conciliación judicial la improcedencia de los despidos y se comprometieron a abonarles la indemnización correspondiente. En trámite de ejecución de dicha conciliación se dictó auto de insolvencia empresarial en julio de 2002. Formulada solicitud ante el FOGASA por las trabajadoras, se les deniega la prestación en lo referente a las indemnizaciones al no considerar el FOGASA como título habilitante a tal efecto el acta de conciliación judicial.

2. El TS reitera que la normativa aplicable viene determinada, en general, por la fecha en que se dicta el auto de insolvencia, con cita de sentencias de la misma Sala en que se ha reiterado este criterio, y se indica que, en el supuesto analizado, la insolvencia se declara en julio de 2002, fecha en la que el acta de conciliación judicial no constituía título habilitante para que el FOGASA respondiera de las indemnizaciones reclamadas.

3. La STS comentada cita las anteriores SSTS de 23 de noviembre de 2005 (IL J 2086) y de 13 de octubre de 2008 (IL J 1209) que cita y aplica una importante doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con referencia expresa a las Sentencias de 12 de diciembre de 2002 (caso *Rodríguez Caballero*), de 16 de diciembre de 2004 (caso *Olaso Valero*), de 13 de diciembre de 2005 (caso *Guerrero*), de 7 de septiembre de 2006 (caso *Cordero Alonso*), de 17 de enero de 2008 (caso *Velasco Navarro*) y de 21 de febrero de 2008 (caso *Robledillo*).

*b) Responsabilidad directa: procede. Personal de alta dirección*

**STSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2010** (recurso de suplicación 839/2010) IL J 1375.

1. El trabajador, que prestaba sus servicios en una empresa de menos de 25 trabajadores, es despedido al amparo del artículo 52.c) del ET y reclama del FOGASA el abono del 40% de la indemnización legal conforme lo dispuesto en el artículo 33.8 del ET. Se cuestiona, concretamente, si debe responder el FOGASA de la cantidad reclamada teniendo en cuenta que el trabajador es titular de una relación laboral de carácter especial de alta dirección regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

2. El TSJ de Castilla y León indica que la calificación que se hace en la sentencia de la relación laboral del trabajador y su empleadora como relación laboral de carácter especial de alta dirección no le excluye de la protección del FOGASA regulada en el artículo 33 del ET. Así se deduce de la disposición adicional quinta del ET en la que expresamente se señala que «las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 de esta Ley».

3. Tal y como se indica en la propia sentencia comentada, se trata de un supuesto distinto al de los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas, «cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma», que quedan excluidos de la protección

del FOGASA conforme lo dispuesto en el artículo 97.2.k) del texto refundido de la LGSS «como asimilados a trabajadores por cuenta ajena».

## 2. JORNADA DE TRABAJO

### A) Horas extraordinarias. Devengo. No procede cuando existe orden de la empresa de no prolongar la jornada de trabajo

**STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010** (recurso de suplicación 832/2010) IL J 1502.

1. El actor prestaba servicios en una Residencia de Mayores desarrollando su tarea en horario de mañana de 8 a 15 horas. En el año 2007 se le indicó que, a fin de evitar acumulación de horas, siempre que fuera necesario prolongar la jornada laboral o trabajar en día de libranza, debería, previamente, tener un parte firmado por la gobernanta manifestando la necesidad de prolongar o realizar dicha jornada

Posteriormente, sin la existencia de esa orden, el actor ha venido prolongando su jornada e, incluso, trabajando en sus días de libranza, extremo que acredita mediante listado de fichajes. Por esta razón deduce demanda en reclamación de horas extraordinarias.

2. La Sentencia de Instancia desestimó la reclamación de horas extraordinarias; ésta es recurrida por el actor ante el TSJ de Madrid, entendiéndose que existe un enriquecimiento injusto de la mercantil demandada, toda vez que, mediando consentimiento o sin él, la empresa demandada se habría aprovechado del trabajo extraordinario desarrollado por el actor.

No comparte este criterio el TSJ de Madrid, el cual razona que no compete al actor la decisión de prolongar su jornada, sin requerimiento en este sentido por sus superiores.

3. Ciertamente, el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores no requiere para el devengo de la hora extraordinaria una autorización empresarial expresa. Exige citada norma, exclusivamente, el desarrollo de actividad «sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo». Es por ello que, en principio, cuando la tarea encomendada exija, por su dimensión o complejidad, su desempeño en horas que excedan la jornada ordinaria, no debería impedir su devengo el hecho de que no exista autorización expresa, que debe entenderse implícita en el encargo de la función.

Cuestión distinta es el caso, como el que nos ocupa, donde la empresa ha exigido previamente al trabajador recabar autorización para el desempeño de trabajos extraordinarios, cuando no se ha acreditado, como es el caso, la existencia de un trabajo urgente que motivara la presencia del actor, ni tampoco que su presencia fuera necesaria para cubrir la falta de personal.

Ha de reconocerse la facultad empresarial de conocer y autorizar esta jornada extraordinaria, no sólo por formar parte de su política de costes sino también por la trascendencia que en otros órdenes pueda alcanzar esta actividad (ámbito sancionador si exceden del máximo previsto de 80 horas/año; eventual responsabilidad empresarial por infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales en caso de accidente de trabajo concurriendo culpa *in vigilando* en la observancia de citadas normas preventivas, etc.).

**B) Horas extraordinarias. El valor establecido en convenio colectivo no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria**

**STSJ de Castilla y León de 1 de julio de 2010** (recurso de suplicación 1020/2010) IL J 1513.

1. El actor presta servicios en una central térmica de La Robla. Deduce demanda en reclamación de cantidad consistente en diferencia salarial en el abono de horas extraordinarias.

Su relación laboral se rige por Convenio Colectivo de Grupo de Unión Fenosa, el cual prevé una retribución de la hora extraordinaria por debajo del valor establecido para la hora ordinaria. Estimada la demanda en la instancia, recurre la empresa al entender que el valor de la hora extra era mixto: por un lado, se otorgaba retribución económica, y, además, tiempo de descanso adicional, de forma que, a su juicio, la suma de ambos conceptos arroja un valor superior al de la hora ordinaria.

Para ello invoca la existencia de norma colectiva en la que se contiene citado valor negociado y el principio de vinculación a los actos propios.

2. La sentencia objeto de esta crónica desestima el recurso planteado, aplicando el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores en forma literal, ya que el citado párrafo (tras la reforma introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo) señala que el valor pactado de cada hora extraordinaria «en ningún caso» podrá ser inferior al de la hora ordinaria.

Recuerda el Tribunal que, frente a citada norma imperativa, no resulta oponible la garantía de respeto al derecho a la negociación colectiva recogido en el artículo 37 de la Constitución Española, toda vez que el artículo 85.1 del mismo texto legal exige que el contenido de los convenios colectivos sea respetuoso con lo establecido en las leyes.

3. Como antecedente de esta sentencia pueden citarse otras precedentes del TS sobre la misma cuestión; Entre otras, la STS de 4 de julio de 2005, IL J 1193, que, tras analizar la evolución legislativa del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, justifica el cambio de postura de la Sala de lo Social del TS sobre la materia.

El criterio anterior que permitía negociar el valor de la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria quedó reflejado, entre otras, en la STS de 27 de febrero de 1995, rec. 981/04.

No obstante, con posterioridad se aprobaría la Ley 11/1994 la cual desgravó las horas extraordinarias, remitiendo a la negociación colectiva la fijación de su abono, que, en ningún caso, podrá ser inferior a la hora ordinaria.

Al respecto, y para finalizar, cabe recordar que nunca resultaría oponible al trabajador el principio de vinculación a los propios actos como pretende la empresa recurrente. Ello por cuanto el convenio colectivo en el que se refleja el importe discutido no es negociado ni rubricado por el trabajador a título individual, toda vez que el derecho a la negociación colectiva se reconoce en el ordenamiento jurídico español «a la representación de los trabajadores y empresarios» (artículo 37 de la CE).

### 3. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

#### A) **Conflicto colectivo. Adecuación de procedimiento. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

**STS de 8 de julio de 2010** (recurso de casación 183/2009) IL J 1441.

1. Por la empresa se procedió a la disminución de la cuantía del llamado «bono», un complemento salarial variable del que viene disfrutando desde hace años el conjunto del personal de la empresa. Impugnada tal decisión por el sindicato, la Sala de la AN desestimó la demanda entendiéndola inadecuación de procedimiento.

2. Para la Sala y en base a los propios hechos probados, como los razonamientos de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional entiende, se dan los dos elementos del conflicto colectivo. Un «grupo genérico de trabajadores» (elemento subjetivo) cuya característica común —que lo constituye como tal grupo— es la de que todos sus componentes cobran el bono salarial que la empresa ha modificado de manera, a su vez, colectiva, decisión colectiva que ha comunicado no a cada uno de ellos sino a sus representantes legales. Y el «interés general» o común (elemento objetivo) de todos ellos en cuanto que se declare que dicha decisión empresarial de carácter colectivo no es ajustada a Derecho. Por tanto, la Sala anula la sentencia y entiende el procedimiento de conflicto colectivo adecuado.

3. La Sala, con los propios hechos probados de la sentencia recurrida en casación, entiende la existencia de los elementos para encontrarnos ante una medida colectiva y, por tal, el procedimiento adecuado es el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo y, por ello, el procedimiento es el de la modalidad del conflicto colectivo.

#### B) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Desplazamientos temporales por cambio de centro de trabajo. Desestimación**

**STSJ de Cataluña de 23 de abril 2010** (recurso de suplicación 1949/2009) IL J 1482.

1. La trabajadora viene prestando servicios para la empresa en virtud de diversos contratos de trabajo temporales sin solución de continuidad, hasta la realización de un contrato indefinido, en éstos se distribuye el tiempo de trabajo según la necesidad de la empresa, estableciéndose como cláusula adicional del contrato de trabajo, convenida por las partes de mutuo acuerdo, que la trabajadora podrá ser trasladada de forma temporal a otro centro de trabajo, cuya distancia no exceda de cincuenta kilómetros desde el domicilio social de la empresa, sin derecho a compensación económica alguna, percibiendo por tal concepto, desde la fecha del primer contrato, un plus de transporte. La trabajadora recibió comunicación escrita en la que se le manifestaba que, por razones organizativas y de producción, podrá ser trasladada a cualquiera de los centros de trabajo que la empresa tiene en diversas localidades, siempre que el supervisor-encargado así se lo indique. A su vez se le comunica el horario de trabajo que va a efectuar desde dicho momento. Desde el inicio de su actividad laboral la trabajadora ha prestado servicios en diversos centros, unas veces a petición de ella. La empresa tiene cincuenta y dos tiendas abiertas al público, dedicadas a la venta

de productos de frutería y pescadería, y si bien no todos los centros tienen exactamente el mismo horario, todos ellos abren al público mañana y tarde, en lo que constituye un horario comercial habitual. En función de las necesidades de la empresa, los trabajadores pueden ser trasladados de tienda o centro de trabajo previa comunicación verbal al respecto por parte del encargado o responsable del grupo de tiendas que dicho encargado o responsable tenga asignado. Desde el inicio de la relación laboral la trabajadora ha prestado servicios sucesivamente en las tiendas de Rubí 2, Rubí 1, calle Lluís Companys, número 15, de Sant Cugat del Vallès (a petición de la propia actora), y Carretera de Cerdanyola, número 11, también de Sant Cugat del Vallès.

2. Para la Sala de lo Social del TSJ, como lo fue para el Juzgado, se trata de una «movilidad de los trabajadores de la empresa para atender a las necesidades de ésta... que dichos traslados o dicho con más rigor, desplazamientos, se efectúan sobre la marcha, de forma temporal y siendo comunicados verbalmente...»; y que la única afectación que ha sufrido supone que «la estación de Renfe, que antes tenía a unos cinco minutos, ahora la tiene a unos veinte minutos». Nada se prueba que «efectuaba funciones de responsable de tienda» y a que «tenía el compromiso de la empresa de trabajar en la tienda más cercana a la estación de Renfe». Siendo por lo demás evidente que el desplazamiento referido no se encuentra ni puede incardinarse entre los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 del ET.

3. Por tanto, a pesar del planteamiento de la demandante en cuanto a que la cláusula contractual no puede ser interpretada en el sentido de otorgar a la empresa un poder ilimitado para poder disponer de sus trabajadores y desplazarlos de una tienda a otra con el único límite de que dicho desplazamiento no exceda de 50 km; y que «ese poder de dirección no puede ser arbitrario y caprichoso» como sucedería en su caso en el que el desplazamiento que le fue impuesto resultaría «arbitrario y represor... sin estar basado en causa organizativa alguna...». Además, el citado desplazamiento le significaba «una modificación del horario de trabajo». La falta de prueba y los elementos destacados conllevan a la confirmación de la desestimación del planteamiento.

### **C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Extinción de la relación laboral e indemnización. Requisitos. Desestimación**

**STSJ de Cataluña de 2 de septiembre 2010** (recurso de suplicación 2437/2010) IL J 1784.

1. La actora prestaba sus servicios retribuidos por cuenta de la empresa a tiempo parcial, categoría profesional de limpiadora. Por la empresa se le comunicó por escrito que a partir del día 29-11-2008 dejaría de prestar el servicio de limpieza en la fábrica Uralita de Cerdanyola del Vallés, citando a éste el día 2-12-2008 para comunicarle el nuevo servicio que se le asignaba y el horario que realizaría en lo sucesivo. En dicha fecha la empresa la comunicó que a partir del día 9-12-2008 prestaría servicios en el centro de trabajo de Alstom Transporte S.A.), sito en la carretera de Santa Perpetua a Mollet, km 7,5, en Santa Perpetua de la Mogoda, con horario de 5:00 a 10:45 horas. El servicio de limpieza que la actora prestaba en la fábrica Uralita de Cerdanyola del Vallés era en horario de 15:00 a 21:00 horas. Ésta no prestó servicios para la empresa desde el día 2-12-2008. En fecha 9-12-2008 la trabajadora remitió burofax a la empresa, en el que comunicaba a la empresa su intención de dar por extinguida la relación laboral al amparo de los artículos 40 y 41 del

Estatuto de los Trabajadores, comunicando su voluntad de rescindir el contrato, solicitando el pago de la nómina, finiquito y una indemnización de 20 días/año. La empresa dio de baja a la actora en la Seguridad Social en fecha 7-1-2009, haciendo constar como fecha real de la baja el día 9-12-2008.

2. La cuestión litigiosa se centra en determinar si la trabajadora ha sufrido y acreditado la existencia de un perjuicio para ella suficiente que ampare el reconocimiento de la indemnización solicitada. Esta indemnización se justifica en el artículo 41.3 del ET, pero para ello es preciso que el trabajador acredite que la modificación sea sustancial y que por la modificación del horario de trabajo el trabajador resulte perjudicado. Así la doctrina unificada viene diciendo que no es suficiente el cambio de horario, jornada o turnos para acreditar el perjuicio, sino que el trabajador está obligado a demostrar, y a él le corresponde la carga de la prueba, que dicho perjuicio existe de forma concreta (STS de 18-3-1996), por ello, la facultad de rescisión contractual por modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que, el mismo se refiere, se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el trabajador, por lo que si no se dan por concurrentes aquéllos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual, sin que sea posible partir de la existencia de una presunción *iuris tantum* de la existencia de aquellos en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del repetido artículo 41.3 del ET, debe admitirse por el tribunal sentenciador la existencia de los perjuicios, si en el acto de juicio oral se han probado. Cuestión, la del perjuicio, que es casuística y en base a tal, en alguna ocasión, se deduce sin más el perjuicio (STSJ C. Valenciana, 11-2-2009), en otros, la mayoría, debe acreditarse.

La trabajadora ni siquiera alega en su demanda la existencia de perjuicio alguno, no alude o concreta los no denunciados perjuicios en la merma de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, o en un incremento de los gastos por desplazamiento que pudieran repercutir en la economía familiar, por ello nada prueba sobre extremos del perjuicio. Y por ello se desestima el recurso y se confirma la sentencia de la Sala.

3. La demandante pretende, al amparo del artículo 41.3 del ET, la extinción del contrato de trabajo indemnizada (20 días) y la cuestión a dirimir es la existencia o no de la modificación sustancial y la realidad o no del perjuicio, elemento este esencial para la pretendida extinción. En el presente supuesto, aun no obviando la sentencia que en alguna ocasión se deduce, sin más, la existencia del perjuicio, en los más, no existiendo presunción *iuris tantum*, corresponde a la trabajadora probar el perjuicio y la trascendencia.

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ  
(COORDINADORA)  
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA  
MARTA CIMAS SOTO  
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO  
DAVID LANTARÓN BARQUÍN  
LOURDES LÓPEZ CUMBRE  
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.**
  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.**
  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.**
- 

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos

Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 9 a 12 del año 2010.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración —con mayor o menor profusión o intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino, también, a las posibles calificaciones judiciales de éste y las consecuencias derivadas de ellas.

## 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

### A) Causas de extinción contractual

De las causas consignadas válidamente en el contrato y, en concreto, del período de prueba trata la **STSJ de Galicia de 23 de julio de 2010 (recurso 1951/2010), IL J 1606**, que declara ajustada a derecho la extinción del contrato de trabajo de la actora por no haber superado el período de prueba. La cuestión debatida se centra en la posible motivación discriminatoria de la empresa en cuanto que la trabajadora, en el momento en que se le notificó el desistimiento, posiblemente estaba embarazada (lo cual alegó mediante informe meses después de la decisión empresarial). Pero, a tal efecto, no se aportaron indicios suficientes de que, desde la perspectiva constitucional, tal decisión estuviera motivada por represalia o discriminación por razón de sexo.

El posible acomodo en el artículo 49.b) ET del cese de la actividad de la notaría con traslado a otra población se analiza en la **STS de 23 de julio de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2979/2009), IL J 1807**. El debate se ciñe a la vigencia y eficacia del artículo 28 del Reglamento Notarial (Decreto de 21 de agosto de 1956) por el que debe abonarse el pago íntegro de la mensualidad en curso en caso de cese del Notario. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 15 de diciembre de 2004) tal Reglamento se entiende derogado desde la promulgación del ET en lo que se oponga a éste. Esto es, «de tal Decreto únicamente subsistirán aquellas normas que sean compatibles con la regulación que el Estatuto realiza de la relación de trabajo, y las relativas a la extinción del contrato no se hallan en este supuesto». De este modo, constituye despido improcedente el cese del auxiliar de notaría, puesto que la relación laboral es de carácter ordinario.

En otro orden, la **STS de 19 de julio de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3655/2009), IL J 1760**, resolvió que la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaraba la improcedencia del despido de la demandante (frente a la extinción del contrato por vencimiento del plazo del artículo 49 ET, declarada en la instancia), era ajustada a derecho. Esto es, la sucesión de contratos temporales suscritos con el Ayuntamiento había dado lugar, en virtud del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, a su transformación en indefinido. En efecto, la tra-

bajadora había sido cesada en la fecha prevista para establecer el momento de conocer el número de contratos suscritos para aplicar el contenido de la nueva norma (15 de junio de 2006), por lo que la suscripción de un contrato posterior sumaba el mínimo previsto para la aplicación del artículo 15.5 ET.

Diversas sentencias examinan el artículo 50 ET, que tipifica los supuestos en que el trabajador puede solicitar la extinción del contrato de trabajo, como la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de julio de 2010 (recurso 771/2010), IL J 1561**. En este caso, la Sala confirma la procedencia de la extinción contractual pretendida ya que los hechos revisten la entidad necesaria para integrar un supuesto de acoso laboral. Esto es, ha sido acreditada «la existencia de una conducta continuada y permanente encaminada a alterar el normal entorno de trabajo del demandante, creando una situación de exigencia, rendimiento y responsabilidad infundados y desproporcionados». Por el contrario, las **SSTSJ de Castilla y León de 1 de julio de 2010 (recurso 1044/2010), IL J 1505, y de Navarra de 7 de mayo de 2010 (10/2010), IL J 1520**, desestiman las demandas instando resolución del contrato. En el primer fallo, tal demanda se produjo al amparo del artículo 50.1.b) ET, sólo que en este supuesto no hubo una voluntad contraria al pago sino un retraso en el cumplimiento de la obligación, motivada por la situación de crisis que la empresa atravesaba y que fue aceptada o tolerada por el trabajador, que evidentemente conocía. Además, tal acción resolutoria no podía ejercitarse por haber perdido vigencia la relación laboral, como demuestra el hecho de que el trabajador accionara posteriormente por despido objetivo. En el segundo fallo, la denegación de la acción resolutoria con apoyo en el artículo 49.1.j) y 50.1, apartados a) y c), del ET (modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, así como cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario), se produjo por las siguientes razones aducidas por la Sala:

«En primer lugar, debe recordarse que el cambio de puesto de trabajo traía causa de lesión que padecía el trabajador y que le impedía desarrollar los cometidos habituales de su puesto de trabajo, tal y como él mismo manifestó al responsable de ingeniería [...].

Asimismo, la asignación del trabajador al puesto de operador de manuales de la mini fábrica de montajes, obedece al informe efectuado por el Servicio de Vigilancia de la Salud de la Sociedad de Prevención Fremap, que previamente había elaborado un listado de los puestos de trabajo en los que se podía ubicar al trabajador a tenor del déficit de visión que presentaba en mayo de 2009 y otras limitaciones funcionales como trabajar de forma prolongada de rodillas o en cuclillas, permanecer de pie prolongadamente, levantar pesos superiores a 15 kg o trabajar sin los elementos de protección auditiva adecuados.

Por otra parte debe recordarse que, pese a la reubicación efectuada, se le mantuvo su categoría profesional, nivel salarial y retribuciones.

[...] En virtud de lo expuesto, no puede concluirse cabalmente que la modificación operada en el puesto de trabajo suponga la frustración de las legítimas expectativas del trabajador, ya que en todo momento se considera como provisional dicha modificación y está supe-  
ditada a la mejora eventual de su estado de salud por la realización de una intervención quirúrgica que estaba pendiente.

Tampoco puede considerarse que la actuación de la empresa sea reveladora de “un voluntario y grave incumplimiento de sus obligaciones”, pues, de conformidad con las exigencias

del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, trata de adecuar la situación del trabajador a un puesto adecuado a sus circunstancias, motivo por el que se solicita la actuación del equipo médico y técnico del Servicio de Prevención Fremap, lo cual denota el desvelo de la empresa por evitar un eventual accidente o una merma en las condiciones de salud del trabajador.

No se puede afirmar igualmente que haya existido menoscabo en la dignidad del trabajador, cuando se reconoce que la situación es transitoria y se le mantiene su retribución y categoría profesional. Prueba de ello, es que el puesto del recurrente no se ve afectado por el ERE llevado a cabo en la empresa.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que no consta acreditado que la empresa haya incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones grave y voluntario que determine la existencia de las condiciones que han de concurrir para estimar la extinción del contrato por voluntad del trabajador, debe desestimarse el presente recurso de suplicación».

## **B) Despido. Generalidades. Presupuestos básicos y supuestos específicos**

De la incompetencia de jurisdicción por inexistencia de una relación laboral trata la **STS de 13 de julio de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3142/2009), IL J 1686**. En este caso, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia, que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Castilla-La Mancha, para conocer de las pretensiones de las demandas de despido formuladas por las actoras. Dada la naturaleza administrativa del vínculo contractual, como profesoras especialistas en lenguaje de signos, la competencia correspondía al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

La no reincorporación en plazo tras la excedencia por cuidado de hijo no constituye despido sino extinción válida del contrato. Muestra de ello es la **STSJ de Cataluña de 23 de septiembre (recurso 2893/2010), IL J 1790**, toda vez que la trabajadora tampoco aportó justificación alguna de su ausencia. Por ello, carece de eficacia jurídica el intento extemporáneo de reincorporación posterior.

## **3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN**

La imprudencia y negligencia en el trabajo inexcusables como causa de despido disciplinario se analizan en la **STSJ de La Rioja de 13 de mayo de 2010 (recurso 124/2010), IL J 1371**. En concreto, se plantea la incardinación de la conducta enjuiciada en los motivos del artículo 54.2 ET, donde una trabajadora dedicada a la limpieza de edificios y locales, que recibió los correspondientes cursos de formación en higiene industrial y ergonomía, abandonó una botella de agua llena de un producto tóxico al alcance de unos niños. Uno de ellos ingirió el producto y le ocasionó una serie de quemaduras. A la vista de los hechos, se colige que tales actos constituyen «por sí un comportamiento difícilmente compatible con las exigencias mínimas de prudencia y buena fe requeridas en la relación de trabajo», por lo que el tribunal confirmó la procedencia de la decisión empresarial, es decir, que el despido disciplinario fue ajustado a derecho.

A mayor abundamiento, la Sala aduce:

«[...] pero si a esto añadimos, que la trabajadora era consciente de que en el lugar había niños; que el producto gravemente tóxico fue trasvasado por la demandante a una botella de agua que mantenía la etiqueta de la marca de agua; que el producto al ser incoloro es fácilmente confundible con el agua; y que la botella se deja al alcance de los niños presentes, no puede menos que calificarse la conducta como atentatoria a los más elementales principios de la prudencia, debiendo calificarse como de una imprudencia y negligencia al margen de cualquier justificación».

Otro motivo de despido disciplinario lo constituye el acoso moral, examinado en la **STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010 (recurso 520/2010), IL J 1578**. En ella se confirma el despido procedente del coordinador de un centro de trabajo de la empresa por dicho motivo. Tras un detallado análisis del concepto, tanto en el ámbito jurídico nacional como internacional, la Sala estima que:

«Los hechos declarados probados (...) son contundentes y revelan un comportamiento reiterado de ofensas verbales y violencia psicológica del actor, como coordinador y jefe, a sus subordinados, sin distinción, a los que trataba sin la más mínima consideración a su dignidad, dirigiéndose a ellos con un lenguaje blasfemo, violento, agresivo, grosero y malsonante, prevaleciendo de su condición jerárquica superior, con gritos e insultos (...), amenazándoles con el despido, exigiéndoles venir en domingo, en un alarde de despotismo absolutamente abominable, sin control alguno de sus emociones destructivas, creando con su actitud prepotente y ególatra un entorno laboral negativo e irrespirable, humillante y degradante, de continuado sufrimiento para los trabajadores (uno de ellos se encuentra de baja por depresión a resultas del acoso moral recibido) propio de quien se cree por encima de los demás, e impune, como así lo acredita el informe de los servicios de prevención de la empresa tras la evaluación de riesgos practicada a resultas de la denuncia de una de las trabajadora. Una máxima ética elemental, común a cualquier civilización, exige tratar a los demás como nosotros mismos queremos que nos traten. Naturalmente, la empresa, a la que incumbe la obligación de velar por la salud de sus operarios, debe reaccionar disciplinariamente ante esta situación de acoso y maltrato a sus empleados, si no se quiere hacer ella misma responsable de la situación, haciendo frente a las consecuencias sancionadoras y resarcitorias que tal conculcación de derechos fundamentales conlleva. El comportamiento del actor es, en su consecuencia, todo lo contrario del que es predicable de un Jefe o superior, que ha de dar ejemplo de serenidad, compostura, moderación y buen hacer ante sus subordinados, en definitiva, de liderazgo, preocupándose de su bienestar, asumiendo de frente la responsabilidad, sin descargarla en los demás. En su virtud, incurriendo con su proceder grave y culpable en los incumplimientos a que hace mención la carta de despido [artículo 54.2.d) y 54.2.g) ET] se impone confirmar la sentencia con previa desestimación del recurso».

#### 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

##### A) **Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET**

La interpretación de la causa de extinción del contrato por causas organizativas y productivas del artículo 52.c) del ET se plantea en la **STSJ de Castilla y León de 23 de**

**septiembre de 2010 (recurso 496/2010), IL J 1733**, que estima procedente la decisión extintiva adoptada por la empresa. La Sala entiende que no cabe la nulidad del despido no habiendo sido superados los umbrales numéricos previstos en el artículo 51 ET, para lo que trae a colación la STS de 18 de marzo de 2009. Esto es, a efectos del despido colectivo debe tenerse en cuenta la plantilla de la empresa en su conjunto, que no la del centro de trabajo, pese al cierre de uno de ellos (Burgos). Además, concurren las causas económicas probadas, por lo que la extinción laboral de la actora conforme al artículo 52.c) del ET es ajustada a Derecho.

En tal sentido, la Sala razona:

«Siendo evidente la situación crítica de la empresa a través de la lectura de los hechos probados de la sentencia reflejados en este fundamento. Y siendo claro, que la extinción de la relación laboral de la actora como de otras trabajadoras, permitirá abordar a la empresa mejor la situación de dificultad económica que atraviesa, al menos abaratará costes. No exigiéndose, como queda dicho, un plan de viabilidad. Y habiéndose acreditado todo ello, la amortización de un puesto de trabajo o de varios que ha de ser llevado a cabo por la empresa, tiene su origen en sus propias facultades de auto organización».

Por el contrario, la **STSJ de Navarra de 15 de marzo de 2010 (recurso 46/2010), IL J 1322**, confirma la calificación de improcedencia del despido, al no resultar acreditada la concurrencia de causa económica que fundamentara la extinción. Tan sólo se acreditó la extinción del arrendamiento de industria, pero no los motivos económicos ni otras pruebas que respaldaran la amortización del puesto de trabajo.

## **B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación**

La **STS de 1 de julio de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3439/2009), IL J 1673**, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina basado en tres motivos, en los que se censura la aplicación del Derecho acerca de los requisitos de la comunicación escrita, la falta de puesta a disposición de la indemnización y la falta de pago del preaviso. Con respecto al primero, la cuestión que se plantea es la de si ante un despido en el que se alegan causas objetivas del artículo 52 ET, reconociéndose por la empresa la improcedencia con fundamento en el artículo 56.2 ET, exige de cumplir el requisito formal de expresión de causa suficiente recogida en el artículo 53.1.a) ET: a juicio de la Sala, en cuanto a dicho extremo, procede la declaración de nulidad del despido. En cuanto a la infracción alegada del artículo 53.1.b) ET, esto es, la falta de puesta a disposición de la cantidad objeto de la indemnización, el motivo fue desestimado ya que tal indemnización fue ofrecida con la comunicación, al tiempo que se advirtió que, caso de ser rechazada, se depositaría en el Decanato del Juzgado de lo Social, como así se efectuó en las 48 horas siguientes, «lo que muestra la clara voluntad y sin reservas de la demandada de desprenderse de la cifra indicada con destino al patrimonio de la demandante pues no otra cosa puede desprenderse de semejante proximidad en las fechas». Por último, se estimó el motivo del recurso relativo a la falta de preaviso, con independencia de la calificación judicial posteriormente recibida, y se condenó a la empresa al abono de la indemnización de treinta días en concepto de preaviso.

En cuanto al error en la indemnización, la **STSJ de la C. Valenciana de 13 de abril de 2010 (recurso 2284/2009), IL J 1337**, con apoyo en la STS de 11 de octubre de 2006, determina que, al no darse una diferencia significativa y no habiéndose acreditado la intención maliciosa de la empresa al ofrecer una indemnización menor a la debida, el error es excusable y, por tanto, no da lugar a la nulidad del despido.

La Sala considera que:

«[...] deberá examinarse de forma particularizada cada supuesto para observar si existió voluntad real de cumplimiento y mero desacierto en el cálculo aritmético de escasa cuantía, explicable o justificable por error o discrepancia jurídica razonable, pues cabe incluso entender cumplida la regla si hay un cumplimiento deficiente por error excusable y no una diferencia notable y desproporcionada que pudiera haberse evitado empleando una diligencia normal. Además, la valoración del carácter excusable del error debe estar presidida por el criterio de la buena fe».

La responsabilidad del pago de la indemnización por despido objetivo se analiza en la **STSJ de Castilla y León de 1 de julio de 2010 (recurso 1008/2010), IL J 1507**. Se trata de determinar si la Consejería de Educación de la Junta debe responder de las consecuencias de la decisión extintiva sufrida por la actora, que prestaba servicios en un colegio concertado. Conforme al contenido del Acuerdo de 9 de junio de 2008, la Consejería es responsable de las indemnizaciones «a aquellos trabajadores que vean extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de una resolución administrativa de reducción, extinción o transformación del Concierto Educativo y se hayan incorporado al censo». Sin embargo, a la trabajadora le fue denegada la incorporación al censo por incurrir en causa de exclusión, es decir, por haber accedido al cuerpo de funcionarios. Con todo, dicha incorporación resulta incompatible con la recolocación en centros concertados (y en este sentido es causa de exclusión del censo), pero no a efectos de la indemnización derivada de la extinción del contrato de la actora. Finalmente, el tribunal condena solidariamente a la Consejería de Educación y al centro concertado al abono de la indemnización.

## 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

### A) La caducidad de la acción

La STSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2010 (recurso 1194/2010), IL J 1550, examina la caducidad de la demanda en el supuesto de un trabajador fijo discontinuo. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido por falta de llamamiento del trabajador al comienzo de la nueva temporada. La sentencia entendió que la demanda estaba dentro de plazo, puesto que la empresa no había llegado a probar que el actor conociera su falta de convocatoria antes del 21 de abril del 2009. Por tanto, juzga que esta última es la fecha en que se produjo el despido y no la que sostiene la empresa, que es la de 3 de abril del mismo año. Sin embargo, como resulta de la grabación del acto de juicio y alega la empresa recurrente, el trabajador reconoció que se le había entregado el documento de subrogación y que a primeros de mes había comparecido en el centro de trabajo con un compañero, el cual comenzó a trabajar el 3 de abril, es decir, dicho compañero fue readmitido pero el actor no. Por tanto, entiende la Sala que en esta fecha el trabajador conoció la falta de

llamamiento por parte de la empresa, como término inicial del cómputo del plazo de caducidad de 20 días hábiles para interponer la demanda de despido. Interpuesta la demanda sobre despido ante el juzgado el 15 de junio de 2009, el tribunal concluye que aquélla fue interpuesta fuera de plazo y que, por esto mismo, está caducada.

## 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por desobediencia reiterada a las órdenes del empresario. Por un lado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2010 (recurso 717/2010), IL J 1765**, enjuicia la procedencia del despido a un trabajador con la categoría profesional de conductor, a partir de los artículos 54.2.b), 54.1 y 55.4 ET. La Sala señala que la conducta imputada quedó acreditada como cierta, es decir, que el conductor no dejó el camión donde le requirió la empresa los días que se le imputaba; que quedó probada la reiteración en la conducta, pese a una primera sanción de amonestación; que no se dan causas que exoneren o disminuyan la responsabilidad del trabajador en su incumplimiento; que no se acredita causa justificativa alguna que impidiera al trabajador cumplir la orden empresarial; que tampoco se trataba de una orden arbitraria y que ésta no fue recurrida judicialmente por el trabajador; que dicha orden no constituía una represalia al escrito enviado por fax por el trabajador, en el que mostraba su disconformidad con la reorganización de la empresa; y, finalmente, se consideró la proporcionalidad de la sanción aplicada, por lo que la Sala confirmó la procedencia del despido disciplinario realizado.

Con respecto a la proporcionalidad alegada, la Sala razona:

«que, aunque indudablemente pudo ser otra menor, entra dentro del ejercicio del poder sancionador que el contrato de trabajo le atribuye al empresario el decidir, de entre las sanciones aplicables a una falta muy grave, como supone la de reiteradamente desobedecer una orden expresa del empresario, incluso después de una amonestación, que puede además afectar a la adecuada utilización del camión y de sus elementos de trabajo y control, y comporta además un ejemplo distorsionante con respecto a los demás trabajadores, la de aplicar el máximo rigor sancionador que el despido supone, sin que se pueda interferir judicialmente en ello (STS 27-4-04)».

Por otro lado, en la **STSJ de Murcia de 12 de abril de 2010 (recurso 171/2010), IL J 1346**, quedan igualmente acreditados los hechos que dan lugar a un despido procedente de carácter disciplinario. En este caso, se produjo la desobediencia reiterada del trabajador, con la categoría profesional de agente de aparcamiento, a las órdenes del empresario relativas a los partes de trabajo, su redacción y la manera de consignar los datos manualmente. A ello se añade el incumplimiento de la orden empresarial conocida por el trabajador de dejar dormir a personas en el aparcamiento, aunque fuera dentro del coche. Por todo ello, incluso en ausencia de tal reincidencia, conforme al artículo 49.10 del convenio, que regula las faltas muy graves, y al artículo 54.2.b) ET, se considera ajustada a derecho la resolución de la instancia que declara la procedencia del despido del actor.

Asimismo, estiman la procedencia de los despidos, esta vez por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, las **SSTSJ de Galicia de 28 de mayo de 2010**

(recurso 916/2010), IL J 1584, y de Murcia de 7 de julio de 2010 (recurso 442/2010), IL J 1541. La primera de ellas trata de un despido disciplinario a un limpiador-conductor por la realización de su trabajo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo que dio lugar a un accidente de tráfico. La Sala estima adecuada la sanción impuesta por la conducta imputada ya que «ha quebrantado los deberes de fidelidad a la empresa pues debiendo conducir para su trabajo habitual un vehículo de la empresa, transportando incluso a compañeros de trabajo, no es aceptable la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y menos en el grado en que lo hacía el actor». La segunda de las sentencias mencionadas enjuicia un supuesto de apropiación indebida de productos de la empresa por parte de una trabajadora, conducta que se tuvo por acreditada y justificó el despido efectuado debido a la lógica pérdida de confianza por tales actuaciones.

Por último, la STSJ de Asturias de 30 de junio de 2010 (recurso 1253/2010), IL J 1463, contempla un supuesto de despido disciplinario procedente derivado de faltas injustificadas de asistencia al trabajo. En concreto, se trata de una trabajadora que postergó su reincorporación a la empresa tras las vacaciones. No habiendo prueba objetiva de autorización empresarial alguna que justificara tales ausencias reiteradas al trabajo, alegadas en la carta de despido y acreditadas por la empresa, existe justa causa de despido prevista en el artículo 54.2.a) ET y artículo 98.b) del Convenio General del Sector de la Construcción 2007-2010.

## 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

### A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Los requisitos del artículo 52.a) ET, relativo a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador, se analizan en la STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010 (recurso 28/2010), IL J 1311. La Sala confirmó la improcedencia del despido apreciada en la instancia a falta de concurrencia de la causa legal indicada. El trabajador, con la categoría de vigilante de seguridad, permaneció en situación de incapacidad temporal, derivada de accidente de trabajo, y, posteriormente, se le reconoció en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual. La extinción del contrato por la causa del artículo 52.a) ET precisa que se produzca el hecho que lo permite, la ineptitud sobrevenida, esto es, la falta de aptitud al trabajo por causas extrañas a su voluntad, así como la prueba de tal circunstancia. Sin embargo, en este caso, el trabajador no llegó a prestar servicios tras la incapacidad temporal que desembocó en la permanente, por lo que la empresa no pudo apreciar si era apto o no para desarrollar su trabajo.

También constituye un supuesto determinante de la improcedencia del despido disciplinario la prescripción de las faltas imputadas, como ponen de manifiesto las SSTSJ de Extremadura de 10 de junio de 2010 (recurso 192/2010), IL J 1534, y de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2010 (recurso 652/2010), IL J 1566. Con respecto a la primera, sobre faltas continuadas y ocultadas, «ha de estarse al momento en que el empresario se apercibe de su comisión». Sin embargo, desde esa fecha la Sala ignora «las razones de la inactividad de la empleadora, quien, aun habiendo perdido la confianza en el actor y no volviendo éste a trabajar, permanece impasible», de lo que se deriva la pérdida del derecho a sancionar por transcurso del plazo legal.

Por su parte, la **STS de 29 de junio de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4239/2009), IL J 1422**, declara la improcedencia del despido tácito de que fue objeto el trabajador, en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de piloto de línea aérea, al que le fue denegada la reincorporación a un puesto de trabajo compatible con su estado. Conforme al convenio entonces en vigor, tenía derecho a ocupar el puesto de trabajo vacante solicitado sin limitación temporal alguna. No obstante, en el momento de tal solicitud el convenio colectivo vigente condicionaba la atribución del nuevo puesto de trabajo a que no hubieran transcurrido más de tres años desde el reconocimiento de la incapacidad. Con apoyo en la doctrina unificada, la Sala resolvió a favor de la inaplicación de la nueva norma a las situaciones nacidas con anterioridad, es decir, que al actor no se le podía «reducir a tres años desde la declaración de su incapacidad permanente el plazo durante el que conservaba el derecho a ser recolocado en el puesto de trabajo que reivindica».

## **B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización**

En ocasiones, puede establecerse la opción obligatoria por la readmisión como acontece en la **STSJ de Madrid de 20 de julio de 2010 (recurso 2544/2010) IL J 1618**. En este caso, si bien el convenio colectivo aplicable al personal laboral del Ayuntamiento de Madrid preveía tal opción para los despidos disciplinarios declarados improcedentes, la Sala entiende que también es de aplicación a los supuestos de extinción de contratos de trabajo derivados de una contratación fraudulenta.

### *a) La indemnización: cuantía y cálculo*

De la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial respecto de las indemnizaciones por despidos improcedentes pactadas en conciliación judicial trata la **STS de 14 de julio de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3820/2009), IL J 1690**. En este supuesto, la Sala resolvió que la normativa aplicable venía determinada por la fecha del auto de insolvencia. Por tanto, al ser anterior a la modificación del artículo 33.2 ET en virtud del RD-Ley 5/2006, de 9 de junio, el acta de conciliación judicial no constituía título habilitante para que el FOGASA respondiera de las indemnizaciones reclamadas.

### *b) Salarios de tramitación*

La **STS de 12 de julio de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3282/2009), IL J 1683**, resuelve sobre el abono de los salarios de tramitación tras la declaración de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria. En este caso, el demandante prestaba servicios a profesionales para Corporación RTVE, S.A., el cual, tras haber obtenido una excedencia voluntaria, solicitó el reingreso en distintas ocasiones. Habiéndole sido ofrecida una plaza, le fue requerido el certificado de vida laboral. Pero, al acreditarse que el trabajador había desempeñado actividades establecidas como incompatibles en el convenio colectivo, la empresa procedió a anular la excedencia y a darle de baja. Formulada demanda por despido, ésta fue desestimada por el Juzgado de instancia. Sin embargo, interpuesto recurso de suplicación el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa a optar entre la readmisión o el abono de la indemnización, además del pago de los salarios de tramitación.

Posteriormente, interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala resolvió que no procedía el abono de los salarios de tramitación, en los términos siguientes:

«Como se aduce en el recurso, en el que se denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia, no procede el abono de los salarios de tramitación cuando el trabajador es despedido de forma improcedente hallándose en situación de excedencia voluntaria. Así lo estableció ya esta Sala en la Sentencia de 26 de junio de 1998 (rec. 3044/1997) invocada para el contraste, al establecer el régimen jurídico aplicable a la consecuencias derivadas de la improcedencia del despido en estos casos. Así, decíamos ya en esta sentencia, que: “Pero a la hora de fijar las consecuencias que se derivan de esta declaración de improcedencia del citado despido, no puede olvidarse 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”, razonamiento que en cuanto a la condena se traducía en que: “No es posible condenar a la empresa al pago de los salarios de tramitación a que alude el art. 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, habida cuenta que el demandante fue despedido estando en excedencia y en esa situación no se devenga retribución”».

El alcance de la obligación del Estado de abono de los salarios de tramitación recogida en el artículo 57 ET se analiza en la **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010 (recurso 1930/2010), IL J 1612**. La cuestión suscitada consiste en decidir si la extensión de dicha obligación comprende hasta la notificación de la sentencia del juzgado, que declaró por vez primera la improcedencia del despido, o, como señala la empresa recurrente, abarca hasta la notificación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que condenó a ésta por la improcedencia del despido y absolvió a la condenada inicialmente. El problema fue resuelto en unificación de doctrina en sentido favorable a la tesis propugnada por la empresa que recurre:

«Partiendo de esta base, se obtiene la consecuencia de que el legislador ha perseguido la finalidad de exonerar a las empresas de aquella parte de los salarios de tramitación que excedan de lo que dicho legislador consideró espacio de tiempo razonable (60 días hábiles) para dejar definitivamente resuelta la acción de despido, sin distinguir en absoluto entre si esta decisión definitiva (rectius “firme”) es la recaída en la instancia o lo es en ulteriores grados jurisdiccionales, como consecuencia de la posibilidad que a las partes se reconoce de interponer los recursos legales. En definitiva, el legislador ha tratado de exonerar a los empresarios del pago de los salarios que vayan más allá del referido plazo, aunque poniendo unos límites para evitar incluir en el resarcimiento aquellas dilaciones que tengan como causa la conducta en cierto modo irregular de las partes (cfr. artículo 119 de la LPL), pues de otro modo resultaría el Estado indebidamente perjudicado por hechos no directamente (o no exclusivamente) imputables al funcionamiento de los órganos judiciales.

De conformidad con esta interpretación teleológica (art. 3.1 del Código Civil) de los preceptos en litigio, necesariamente ha de llegarse a la conclusión en el sentido de que en supuestos como el presente, en los que el despido se declara improcedente en la instancia pero sus consecuencias se imponen en ella a un empresario diferente de aquel a quien se le van a atribuir tales consecuencias en suplicación (o en casación) —según cuál de ambas sentencias sea la que alcance firmeza—, el Estado está obligado a resarcir a este último empresario los salarios que excedan de 60 días hábiles, contados a partir de la presentación de la demanda y hasta la notificación de la sentencia firme de la que se trate».

## 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

### A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STSJ de Madrid de 11 de junio de 2010 (recurso 1333/2010), IL J 1797, contempla un supuesto de nulidad del despido a causa de las ausencias al trabajo motivadas por el desempeño de la función de jurado. A falta de jurisprudencia que haya abordado la cuestión suscitada en el litigio, la Sala se apoya en la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional por inasistencia al trabajo debido al ejercicio del derecho de sufragio:

«En concreto, hay obstaculización del derecho fundamental del trabajador a participar en el ejercicio del derecho tutelado en el artículo 23.2 CE cuando la participación en unas elecciones públicas le obligan a la ausencia laboral requerida para la correspondiente votación y tal ausencia laboral es valorada a efectos del índice de absentismo del que depende la percepción de una determinada partida salarial. Por ello dice la citada sentencia constitucional: “La importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen mayores dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el establecimiento de un permiso retribuido para ejercerlo, sin que ello, como este Tribunal ha declarado en ATC 346/1991, sea arbitrario o discriminatorio. Es justificable que, aquellos que por razón del trabajo por cuenta ajena no puedan disponer de la jornada completa para votar, se les habilite, bien que no sea preciso, un tiempo dedicado a la emisión del voto en el horario en que el trabajo ha de prestarse, compensando una gravosa situación. Habiéndose previsto dicha ventaja para hacer efectivo el ejercicio del derecho al sufragio, no se compadece bien con la índole de este derecho, que por convenio colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario se establezcan incentivos tendentes a contrarrestar o enervar la finalidad de la ventaja reconocida a los trabajadores”.

[...] Similar razonamiento puede aplicarse al trabajador que interviene como miembro del jurado en un proceso penal. Esa intervención tiene carácter de ejercicio de un derecho público, por expreso reconocimiento legal, con la particularidad de que no afecta al derecho de participación política prevista en el artículo 23 CE, sino al derecho de tutela judicial efectiva en su concreto aspecto de derecho a colaborar con la Administración de justicia.

Por tanto, si esa colaboración afectase a un trabajador y le supusiera un perjuicio indebido, se le estaría lesionando el ejercicio de su derecho, y qué duda cabe que, si ese perjuicio consistiera en el despido del trabajador, ese despido sería nulo».

En este sentido, la Sala considera que existe una conexión directa entre las ausencias laborales por intervención como miembro del jurado, el despido sin causa justificada y la lesión al ejercicio del derecho asociado al artículo 24 CE, en su vertiente de indebida obstaculización al deber de colaborar con la Administración de justicia. Por todo ello, la extinción contractual constituye un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales.

M.<sup>a</sup> 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) Libertad sindical. Denegación de local y correo electrónico. No vulnera el derecho de libertad sindical.

**B) Conducta antisindical y vulneración del derecho.**

- a) Negativa de la empresa al disfrute del crédito horario.
- b) Determinación del número de delegados sindicales.
- c) Vulneración del derecho de libertad sindical. Cambio de puesto de trabajo a trabajadora miembro del comité de empresa.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA.

**A) Falta de contradicción. Miembro del comité de empresa. Incremento de retribuciones inferior al de otros trabajadores.**

3. CONFLICTOS COLECTIVOS.

**A) El proceso de conflicto colectivo: competencia objetiva.**

**B) El proceso de conflicto colectivo: inadecuación de procedimiento.**

**C) El proceso de conflicto colectivo: legitimación.**

**D) El proceso de conflicto colectivo: interrupción de la prescripción de acciones.**

**E) El proceso de conflicto colectivo: Litispendencia.**

4. HUELGA Y CIERRE PATRONAL.

---

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2010 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*.

## 1. LIBERTAD SINDICAL

### A) Contenido y alcance

- a) *Libertad sindical. Denegación de local y correo electrónico. No vulnera el derecho de libertad sindical*

El sindicato General de Trabajadores de la Caja de Ahorros de Asturias presentó demanda por vulneración del derecho de libertad sindical solicitando la declaración de vulneración del mencionado derecho y la nulidad radical de la conducta de la empresa. Concretamente, el sindicato pide que la empresa le facilite una dirección de correo electrónico en la red interna de ésta, autorizando la emisión de circulares de carácter sindical, en iguales condiciones que el resto de las representaciones sindicales en la citada Caja de Ahorros, así como que se le facilite un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades, entendiéndose, asimismo, que es acreedor a la suma de 24.000 euros por daños y perjuicios que dice le han sido causados. La **SAN de 7 julio de 2010, IL J 1445**, señala que la pretensión del sindicato carece de la más mínima consistencia jurídica pues es evidente que no se ha producido vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, que sería la base y sustento de todas las peticiones del sindicato general de trabajadores de la caja de ahorros de Asturias. En efecto, el artículo 8.2 de la LOLS se refiere únicamente a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los Comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con delegados de personal, condición que no se aplica al sindicato demandante que no se ha presentado a las elecciones sindicales, éstos son los únicos que tendrán los derechos relacionados en los apartados a), b) y c) de este apartado.

En este caso concreto, la exclusión del sindicato, que no estaba revestido de los derechos previstos en el artículo 8.2 de la LOLS, no vulnera el derecho de libertad sindical. Y ello, aunque esté confederado en la llamada CIC, pues la Confederación Sindical de Cajas no es un sindicato más representativo, porque se ha acreditado que no se presentó nunca a las elecciones en tanto que tal confederación. Conviene recordar en este punto que el requisito constitutivo para tener la condición de sindicato representativo, conforme al artículo 7.2 de la LOLS, es haber obtenido el 10% de la representatividad en las elecciones sindicales lo que no concurre en el supuesto debatido, debiendo estarse, por consiguiente, a la jurisprudencia donde se estableció que la irradiación representativa se produce en todo caso hacia abajo.

A lo anterior se añade que no es aplicable la doctrina constitucional establecida en la STC 281/2005, de 7 de noviembre, pues el derecho de información, contemplado en el artículo 8.1.c) de la LOLS aplicable al sindicato demandante, a quien no corresponden las prerrogativas del artículo 8.2 de la LOLS, que sólo contempla el derecho de los afiliados a un sindicato para recibir la información que les remita ese sindicato, no contemplándose, de ningún modo, que dicha información sea extensible a todos los trabajadores, que es lo pedido en la demanda, reclamándose que sea la empresa quien facilite unos medios concretos, que únicamente corresponderían a aquellos sindicatos a los que se refiere el punto 2 del artículo 8 de la LOLS.

## B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

### a) *Negativa de la empresa al disfrute del crédito horario*

El artículo 10 de la LOLS, tras recoger la regulación básica de una de las dos variantes de representación sindical, los delegados sindicales, establece, en su apartado tercero, que «los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas».

Por otra parte, entre las prerrogativas de los representantes unitarios, el artículo 68.e) del ET establece que podrán disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación, lo que es conocido como crédito horario.

Por consiguiente, con carácter general, entre las prerrogativas de los delegados sindicales se encuentra también el disfrute del crédito horario, como garantía con la que cuentan los representantes unitarios.

Precisamente sobre esta cuestión versa la **STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2010, IL J 1585**, que dirime la negativa de la empresa al disfrute del crédito horario por parte de una delegada sindical, ya que «los únicos que están acreditados en el convenio para su disfrute son los delegados sindicales escogidos en unas elecciones».

Pues bien, la Sala entiende que tanto por disposición legal como convencional, los delegados sindicales disfrutan de las mismas garantías que los representantes unitarios, incluso en el caso en que tales garantías hayan sido mejoradas por la regulación convencional y que, por consiguiente, la negativa de la empresa carece de legitimación alguna, por lo que constituye una conducta vulneradora de la libertad sindical.

### b) *Determinación del número de delegados sindicales*

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, existen numerosos vínculos entre la regulación de la representación sindical y unitaria, especialmente en el caso de los delegados sindicales.

El artículo 10.2 de la LOLS establece, salvo regulación convencional, el número de delegados sindicales elegibles de acuerdo con el tamaño de la plantilla. Por su parte, el artículo 72 del ET regula la representación de quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y de trabajadores no fijos, determinando, en su apartado segundo, cómo computan estos trabajadores a efectos de la determinación del tamaño de la plantilla. En particular, señala que quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla, mientras que los contratados a término por tiempo inferior a tal referencia se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección de tal forma que cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más.

Sin embargo, esta norma no realiza mención alguna a la representación sindical, por lo que surge inmediatamente la duda de si cabe su aplicación analógica a los supuestos de representación sindical y, más concretamente, en relación con lo estipulado en el artículo 10.2 de la LOLS.

La **STS de 26 de abril de 2010, IL J 1664**, resuelve esta cuestión al señalar que la respuesta ha de ser «afirmativa» y ello por dos razones: en primer lugar, porque con ello se establece un criterio más estable, evitando que tales designaciones se escojan estratégicamente; por otra parte, porque no existen motivos para impedir que el criterio establecido en el artículo 72 del ET para la elección de los representantes unitarios, determinando la dimensión de la plantilla a lo largo de un plazo objetivo, no se aplique también a los delegados sindicales.

*c) Vulneración del derecho de libertad sindical. Cambio de puesto de trabajo a trabajadora miembro del comité de empresa*

La trabajadora, que es miembro del comité de empresa, presta sus servicios para la entidad demandada con la categoría profesional de limpiadora en la planta segunda de una entidad bancaria. La encargada le comunica la decisión de la empresa de trasladarla a la planta sótano segundo del mismo edificio, a fin de que llevara a cabo sus labores en dicha planta; dicha modificación vino dada por necesidades organizativas de la empresa, derivadas del traslado de actividades de la entidad bancaria en el edificio y del cese de la anteriormente encargada. Dicha planta está destinada a labores de ensobrado y estafeta y en ella existe diversa maquinaria.

La **STSJ de Madrid de 9 junio de 2010, IL J 1501**, concluye que existen indicios racionales suficientes para afirmar que la empresa, con la orden de traslado de la planta 2.<sup>a</sup> a la planta sótano segunda, vulnera el derecho de libertad sindical de la trabajadora, pues la traslada por causas organizativas que la encargada considera existen, derivadas del traslado de actividades del banco en el edificio —reorganización— y del cese de la anterior encargada, cuando la actividad de limpieza en la planta sótano segundo ya existía con anterioridad a esa decisión, sin que se acredite vacante de plaza o necesidad racional de ocupación de ésta o de ampliación de personal necesario en esa planta, y el cese en actividad determinada ha sido de una encargada, no de una limpiadora, categoría de la trabajadora, de lo cual se desprende que no se presenta un indicio racional de que la medida adoptada no constituya una represalia por la actitud de la trabajadora de asesorar a una trabajadora ante la oferta empresarial de modificar el contrato. Efectivamente, la trabajadora había asesorado, en tanto que miembro del comité de empresa, a una ex empleada ante la oferta efectuada por la empresa de modificar el contrato de trabajo de modificar el contrato de trabajo de esta última. En cuanto a la indemnización solicitada se considera procedente la cantidad de 100 euros por cada mes que la empresa le mantenga en la planta sótano segundo, al ser trasladada la trabajadora por su actividad sindical, lesionando a ésta y efectuarse como represalia a su actividad de asesoramiento a una trabajadora de los derechos que le correspondían.

## 2. REPRESENTACION UNITARIA

### A) Falta de contradicción. Miembro del comité de empresa. Incremento de retribuciones inferior al de otros trabajadores

La retribución de los representantes unitarios de los trabajadores cuando ejercen funciones inherentes a sus cargos haciendo uso del crédito horario no puede sufrir disminución alguna en relación con la que habrían percibido de haber prestado servicios efectivos, principio de omniequivalencia retributiva que también es aceptado comúnmente por los operadores jurídicos, y, en este sentido, es pacífica la jurisprudencia que establece que la labor representativa no puede suponer un menoscabo a la promoción profesional y salarial de los representantes electos. La **STS de 12 de julio de 2010, IL J 1437**, enjuicia la posible discriminación salarial del presidente de un comité de empresa que no obtuvo un incremento salarial en el año 2007. La empresa justifica dicha decisión en que este complemento estaba vinculando a la productividad del trabajador y en tanto que el actor había estado en situación de IT más de 6 meses, no tenía derecho a su devengo.

En la sentencia de instancia, se prueba que la empresa no ponía ningún tipo de impedimento a la labor representativa del actor al tiempo que se reconocía que la actuación empresarial tenía un móvil discriminatorio contra el comité de empresa, prueba de ello es que varios miembros de éste habían obtenido este incremento salarial variable. El TS desestima el recurso planteado por el actor al no existir contradicción entre la sentencia de contraste, ya que en aquel litigio sí que pudo acreditarse que el desigual trato retributivo estaba motivado por la condición de representante del demandante. En este supuesto de hecho enjuiciado no ha podido, sin embargo, probarse que la actuación empresarial haya sido una represalia a la actividad representativa sino que este proceder empresarial estaba motivado por la menor productividad del actor, hecho que, a juicio del tribunal de instancia, puede tener alguna repercusión en el importe de las retribuciones variables.

## 3. CONFLICTOS COLECTIVOS

### A) El proceso de conflicto colectivo: competencia objetiva

La extensión del conflicto colectivo se determina por su ámbito de afectación conforme a las reglas de competencia objetiva que impone la ley procesal; de ahí que refiriéndose la controversia al alcance que deba darse a normativa de carácter general, con aplicación en todo el territorio nacional, no cabe reducir la litis artificialmente a un concreto espacio geográfico sólo porque la pretensión contenida en demanda se reduzca a determinado personal de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares con la finalidad de obtener el sindicato demandante su legitimación en el proceso. La **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 2010, IL J 1435**, concluye sosteniendo que el ámbito de afectación real del conflicto es un dato objetivo e indisponible, declarando la competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y añadiendo que no resulta afectado el principio de tutela efectiva, por cuanto la litis debe plantearse por quien debe y ante el órgano judicial competente pudiendo igualmente el sindicato afectado activar igual pretensión utilizando cuantas vías legales y de procedimiento estén a su alcance, incluso dentro del cauce del conflicto individual o plural que dentro de sus límites de territorio pudieran promoverse.

Tampoco el conflicto colectivo requiere que la pretensión esté recogida en convenio colectivo o en normativa específicamente laboral: basta que la controversia afecte al conjunto de los trabajadores, aunque el objeto procesal derive del alcance de la Ley de Presupuestos de una Comunidad Autónoma o de su orden de desarrollo. Así lo determina la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de julio de 2010, IL J 1438**, que además —y en coherencia con la anterior declaración— sienta que indiscutiblemente la competencia para juzgar la controversia corresponde al orden social por tratarse de litigio surgido dentro de la rama social del derecho «en cuanto se reclama que se declare la existencia de determinados derechos salariales del personal laboral de la demandada... y sin que el asunto se encuentre comprendido en ninguna de las excepciones previstas en el artículo 3 de la LPL». En suma, la competencia se determina por el objeto del proceso y no por la naturaleza de las normas jurídicas aplicables.

### **B) El proceso de conflicto colectivo: inadecuación de procedimiento**

La doctrina establece sobre el ámbito del proceso de conflicto colectivo que la procedencia de esa modalidad procesal viene determinada por tres exigencias:

- 1) La existencia de un conflicto actual.
- 2) El carácter jurídico de ese conflicto.
- 3) Su trascendencia colectiva.

La trascendencia colectiva se pone de manifiesto por dos elementos:

- a) Uno subjetivo, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiéndose por tal, no la mera pluralidad, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad.
- b) Otro objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que es el que actúa a través del conflicto. La noción de interés general se ha definido como un interés indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto, y más normalmente como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es en sus consecuencias pero no en su propia configuración general.

En el caso planteado en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2010, IL J 1702**, la empresa demanda denunciando la infracción del artículo 151.1 de la LPL por inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo por cuanto entiende que no se trata de un caso de interés general de un grupo de trabajadores sino de un conjunto no homogéneo de intereses contrapuestos. El Tribunal desestima el motivo argumentando su doctrina antes señalada a lo que hay que añadir: en los supuestos de intereses colectivos individualizables el carácter de conflicto debe precisarse atendiendo al nivel de determinación de la pretensión ejercitada en el sentido de que el conflicto colectivo debe tener en estos casos por objeto una pretensión declarativa acorde con el carácter general de la controversia, mientras que en el conflicto individual o en el plural la pretensión debe apuntar a un pronunciamiento concreto de condena o de reconocimiento singular de una situación jurídica.

Ello no quiere decir que el interés general sea siempre compartido por todos y cada uno de los miembros del grupo.

En este mismo sentido se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2010, IL J 1798**, en la que la empresa demandada recurre en casación la sentencia de conflicto colectivo planteada por la Federación Estatal de Transportes, comunicaciones y mar de UGT, CCOO, CGT y Comisiones Obreras de Base. La empresa alega inadecuación de procedimiento por falta de interés general, que el Tribunal desestima con la aplicación de su doctrina al respecto. En este sentido recuerda que el hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un interés individualizable en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada esta modalidad procesal siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores.

La modificación unilateral de la empresa de una retribución salarial variable que afecta al conjunto de los trabajadores y con origen en pacto colectivo constituye, sin duda, cuestión de orden público procesal que debe ser estudiada, incluso de oficio, por afectar a la competencia funcional del tribunal sentenciador. Resulta irrelevante a estos efectos que el devengo de dicho concepto salarial esté condicionado por la consecución de determinados objetivos, lo que impide su percibo por toda la plantilla e incluso en cuantías diversas, y por el hecho, además, de que su reconocimiento esté expresado o no en el contrato individual, aspecto éste que no le priva de su naturaleza colectiva al darse la concurrencia de los elementos subjetivo (grupo genérico de trabajadores) y objetivo (interés general) que determina la modalidad procesal de conflicto colectivo contenida en el artículo 151 de la LPL y que con acierto aplica la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2010, IL J 1441**, en el supuesto que analiza sobre modificación de condiciones sustanciales. Sobre los dos elementos constitutivos del conflicto colectivo vuelve la **Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 5 de julio de 2010, IL J 1446**, para recordarnos que el componente subjetivo requiere de *un conjunto estructurado a partir del elemento de homogeneidad*, y que el interés general que define el objetivo debe tener naturaleza indivisible y corresponderse con el grupo en su conjunto sin posibilidad de fraccionamiento alguno. En aplicación de esta doctrina rechaza el recurso formulado por la empresa en asunto de complemento personal sustitutivo del de antigüedad, toda vez el grupo de afectación viene dado por todos aquellos trabajadores que ingresaron antes de una determinada fecha y que estuvieron vinculados con contratos temporales cuyo cómputo determina un interés común, sin perjuicio ello de las circunstancias personales y de las consecuencias que para cada uno de aquéllos pueda comportar la resolución de la controversia.

El derecho de los sindicatos a utilizar el sistema electrónico propiedad de la empresa en el ejercicio de su actividad sindical no sólo constituye contenido esencial de la libertad sindical sino que puede articularse a través del procedimiento de conflicto colectivo, por cuanto el interés debatido afecta al conjunto de los trabajadores conforme impone el artículo 151 de la LPL en atención a que el derecho de información de los representantes sindicales es también extensivo a la totalidad de la plantilla como grupo homogéneo. Con independencia de ello, cuestión distinta es el análisis del fondo del asunto que, conforme a la doctrina del TC en su Sentencia de 7 de noviembre de 2005, presenta una serie de límites

para su implantación, entre los cuales destaca que haya soporte bastante y ausencia de perjuicio a los intereses empresariales, aspectos fundamentales que no se dan en el supuesto analizado por la **Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 12 de julio de 2010, IL J 1444**, y que determinan el rechazo de la pretensión sindical de hacer uso de los medios informáticos de la empresa.

Sobre inadecuación del procedimiento se recurre en casación una sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional que es resuelta **mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2010, IL J 1747**. Lo que se plantea en este supuesto es la problemática en relación con el momento temporal de la firma de un convenio colectivo. Cuando el conflicto se produce antes de la firma del convenio, el procedimiento adecuado es el de conflicto colectivo, pero una vez firmado éste, lo adecuado es acudir a su impugnación por ilegalidad. Sin embargo, consigue demostrarse que el supuesto planteado en este recurso es el de un convenio colectivo aprobado y registrado con posterioridad a la demanda de conflicto colectivo, de forma que el perfeccionamiento del negocio jurídico, es decir, la aprobación del convenio colectivo, existe en la fecha en que se dicta la sentencia, pero no en la de interposición de la demanda. En esta misma sentencia y en relación con el siguiente punto de nuestro comentario, ACARL plantea la falta de legitimación pasiva, porque según sus argumentos, lo que se tiene que considerar a efectos de constitución de la comisión negociadora es que el banco social cumpla con los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores. Tanto la Audiencia como el TS determinan que la comisión negociadora es una única compuesta de dos bancos y no puede ser indiferente la ilegalidad de uno de sus elementos porque necesariamente afecta al resultado final.

### C) El proceso de conflicto colectivo: legitimación

Siguiendo en la línea de las excepciones de legitimación en los procesos de conflicto colectivo, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 9 de septiembre de 2010, IL J 1766**, desestima el recurso interpuesto por el ayuntamiento de Quero. Se trata de un supuesto en el que tras la aprobación del convenio colectivo del personal laboral de dicha entidad. La sucesión de los hechos probados es la siguiente: a) En fecha 20-2-2007 se firmó por parte del Ayuntamiento de Quero, el convenio colectivo que regulaba las relaciones laborales de dicha entidad con su personal laboral; b) El contenido de dicho pacto colectivo se realizó tomando como modelo los convenios colectivos que regían en otros Ayuntamientos de la zona; c) El mencionado convenio no se remitió a la autoridad laboral para su registro, ni las deliberaciones de su negociación se plasmaron en Acta alguna; d) Tras la firma del mencionado pacto colectivo, se convocó mediante Decreto de la Alcaldía una Sesión Extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento, para el 12-4-2007, en cuyo tercer punto del orden del día figuraba la aprobación del Convenio del Personal Laboral; e) En esa reunión extraordinaria, se aprobó por unanimidad el texto de dicho convenio, aprobándose su publicación en el BOP de Toledo; f) En el Acta de dicho Pleno el Secretario hizo constar que «el referido convenio no ha sido objeto de análisis por parte de la Secretaría del Ayuntamiento»; g) El mencionado convenio colectivo se publicó en el BOP de Toledo del 2-6-2007; h) Tras celebrarse nuevas elecciones municipales, el nuevo Alcalde electo de la recurrente remitió escrito a la autoridad laboral instando la impugnación de oficio de dicho convenio, a lo que contestó el Delegado Provincial de la

Consejería de Trabajo y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que ya había transcurrido en exceso el plazo legal para ello; i) Contra la sentencia desestimatoria de la demanda presentada, se formaliza el presente Recurso de Suplicación. El Tribunal Supremo determina que no puede aceptarse como interpretación razonable del precepto ni de la propia tutela judicial efectiva que el mismo sujeto que ha procedido a firmar el acuerdo colectivo proceda luego a su impugnación por ilegalidad de lo que él mismo ha firmado. Por ello, no siendo la entidad recurrente ninguno de los sujetos a los que el artículo 163 de la LPL le concede legitimación activa y siendo inadmisibles atribuir legitimación a quien ha sido el firmante del acuerdo, se desestima el recurso y se conforma la sentencia de instancia.

#### **D) El proceso de conflicto colectivo: interrupción de la prescripción de acciones**

Es regla jurídica elemental que la tramitación de un proceso de conflicto colectivo paraliza el ejercicio no sólo de las acciones individuales que se encuentren en curso sino también de las pendientes de ejercitar, teniendo como efecto común el de interrumpir el plazo de prescripción hasta la resolución definitiva de la controversia por sentencia firme. Y tratándose de dos conflictos colectivos formulados sucesivamente, para la aplicación de tal principio debe darse, además, la debida interconexión entre ambos. Con este basamento se construye la estructura argumental de las **Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de junio de 2010, IL J 1426, y 29 de junio de 2010, IL J 1415**, que, además de recordar la precedente doctrina, insisten, también en un aspecto clave: que el conflicto colectivo tiene eficacia «para interrumpir la prescripción en curso de una acción aún viva, pero en modo alguno para reavivar o reactivar una acción ya extinguida»; de tal modo que las diferencias salariales anteriores al año anterior de formularse el conflicto no puedan reclamarse al quedar fuera del ámbito temporal protegido por el artículo 59.2 del ET y encontrarse a su tenor definitivamente prescritas.

La misma cuestión es tratada por la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 1 de julio de 2010, IL J 1504**, que incorpora un matiz importante sobre la interrupción de acciones cuando establece que para el nacimiento de dicho efecto debe existir igualmente conexión directa entre el derecho concreto que se articula en el conflicto colectivo y el interés individual que se ventila en el proceso suspendido por la tramitación de aquél. Apoya tal aserto en la doctrina consolidada del Alto Tribunal que de ese modo conjuga la diligencia del trabajador, contraria al abandono de la acción, con el principio de seguridad jurídica. De ahí que en el supuesto analizado en la referida sentencia se estime la reclamación de la actora que sólo pudo reclamar las diferencias salariales objeto de demanda una vez se fijó por el Tribunal Supremo —en Sentencia de 6-10-2008 y tras múltiples vicisitudes procesales— la aplicación en la empresa del Convenio Colectivo de Telemarketing declarando como fecha inicial de efectos la del 1 de enero de 2006. Como quiera que cuando se produce tal pronunciamiento la actora ya no se encontraba al servicio de la empleadora por haber cesado unos meses antes, a juicio del Tribunal no existe impedimento para la reclamación individual toda vez que el elemento impositivo venía constituido por la acción colectiva sobre igual objeto procesal y por ello se debe tener por interrumpido su ejercicio al amparo de lo dispuesto en el artículo 59.2 del ET y correlativo

artículo 1973 del CC que condicionan el uso y la viabilidad de acciones al momento en que éstas puedan ser ejercitadas.

### E) El proceso de conflicto colectivo: Litispendencia

La identidad de objetos —que determina la paralización de acciones individuales frente a las de naturaleza colectiva, conforme antes hemos tratado— hace que se active el mecanismo de la litispendencia con el efecto suspensivo consiguiente. Y para determinar el grado de similitud entre las pretensiones enfrentadas basta acudir al suplico de las respectivas demandas, siendo que en caso estudiado por la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 1 de junio de 2010, IL J 1499**, no se da esa necesaria concordancia toda vez que en las acciones individuales se reclaman cantidades derivadas por desplazamiento y en la acción colectiva, por contra, se plantea controversia sobre exceso de jornada y horas extraordinarias, materias que ninguna relación guardan con aquéllas. De tal análisis comparativo se deduce la inexistencia de litispendencia que viene a rechazarse por la Sala confirmando en este punto el criterio mantenido por el juzgado de instancia.

## 4. HUELGA Y CIERRE PATRONAL

La resolución de conflictos sobre huelga y cierres patronales no sólo no ha dejado de tener importancia, sino que en los últimos tiempos vuelve a adquirir cierta relevancia dadas las circunstancias socio económicas actuales. Las últimas sentencias en esta materia nos recuerdan la doctrina jurisprudencial existente al respecto. En la sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 6 de julio de 2010, IL J 1573**, se plantea la legalidad de un cierre patronal realizado por la empresa A.G. Siderurgia Balboa S.A. y la obligación de abono de los salarios devengados durante el cierre. Cinco son las cuestiones que se tratan en esta sentencia.

En primer lugar, se plantea la excepción de caducidad que es desestimada. La suspensión del proceso a solicitud de las partes puede determinar la caducidad si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pide, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso y se archivan provisionalmente los autos. Pero en el caso que se analiza, no se acordó un plazo sino que se hizo en tanto no recaiga resolución en dicho procedimiento, y, concretamente, en relación con el recurso contencioso-administrativo que la empresa interpuso contra la resolución de la autoridad laboral que declaraba ilegal el cierre del centro de trabajo. Por tanto, el plazo de los dos años ha de arrancar desde que se produjo el hecho al que se sometía la suspensión (cuando recaiga resolución en el recurso contencioso-administrativo). En segundo lugar, el recurrente alega que la paralización del procedimiento se debe sólo a la voluntad de las partes porque el procedimiento contencioso-administrativo es irrelevante para el procedimiento laboral. Sin embargo, el Tribunal viene a establecer una conclusión contraria, de forma que si hay sentencia firme que incide en el presupuesto que fundamenta las demandas de los trabajadores, la calificación que se haga del cierre de empresa ha de tener incidencia en este caso sin que pueda desconocerse lo resuelto en ella aunque no se produzca, propiamente, efecto de cosa juzgada. La tercera cuestión que resuelve la sentencia es sobre la competencia del orden jurisdiccional social

para el conocimiento de la cuestión. Se determina que el orden social es competente para resolver tanto la cuestión de la reclamación de cantidad como la de calificar de legal o ilegal un cierre patronal. Dice, incluso, que es competente cuando lo que sólo se pide es la declaración de la calificación, en cuanto es una cuestión también comprendida en el artículo 2.a) de la LPL. En penúltimo lugar, se plantea la ilegalidad del cierre de la empresa al menos desde el momento en el que la autoridad laboral le requiere para abrir el centro de trabajo (artículo 14 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo). A partir del momento en que fije en el requerimiento para la apertura del centro de trabajo, la empresa tiene que abonar los salarios que los trabajadores reclaman porque, al menos desde ese momento, el cierre ha de considerarse ilegal, más cuando el requerimiento se ha considerado ajustado a derecho por sentencia firme.

Por último, en el fundamento quinto se entra a valorar la legalidad o ilegalidad del cierre patronal con anterioridad al requerimiento de la autoridad laboral. El artículo 12 del RD Ley 17/1977 establece las circunstancias que deben producirse para considerar ilegal el cierre, que no deben concurrir conjuntamente sino que cualquiera de ellas puede dar lugar a la ilegalidad del cierre, siempre que tenga la trascendencia suficiente. En relación con la posible ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca [artículo 12.b) del RD Ley 17/1977] no se alega en la demanda ni en el recurso. Respecto a la existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves en las cosas [artículo 12.a) del RD Ley 17/1977] sí que se alega como causa que justifica la ilegalidad, por cuanto el acero líquido en la «cuchara» durante un largo período de tiempo podría producir deterioro de la propia «cuchara» y riesgo grave de accidente. Sin embargo, el Tribunal, tras las pruebas aportadas, entiende que si el acero líquido y a altas temperaturas, por motivos de la empresa, se ha mantenido durante un largo período de tiempo en la «cuchara», la posibilidad de mantenerse allí durante las paradas intermitentes de la huelga (dos o cuatro horas) no supondría, en ningún caso, peligro o riesgo grave para las cosas. Por último, se alega también que el volumen de la inasistencia y las irregularidades en el trabajo impiden gravemente el proceso normal de producción. El Tribunal viene a establecer que el concepto de impedimento grave debe ser interpretado en el sentido más limitado y estricto de que las ausencias incidan en la actividad del empresario con tal intensidad que no permitan organizar mínimamente el desarrollo del proceso productivo entendido en su más amplia dimensión, o lo que es igual, que quede paralizado hasta el punto de que no sea posible dar ocupación efectiva a quienes ejercen su derecho al trabajo. Por tanto, el Tribunal determina en su fallo que estamos ante un cierre ofensivo que pretendía cercenar el derecho de huelga, surgiendo, por tanto, la obligación de la empresa de abonar a los trabajadores el salario que hubieran devengado si tal cierre no se hubiera producido.

En sentido similar, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2010, IL J 1625**, resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina en el que se plantean dos puntos de contradicción. En primer lugar, por adecuación a derecho del cierre patronal invocando como infringido lo dispuesto en el artículo 12.c) del RD Ley 17/1977. En segundo lugar, se plantea la inadecuada aplicación que se hace de la doctrina acerca de la procedencia de la indemnización que procede imponer cuando concurren determinadas exigencias previas que se considera que aquí no se dieron, denunciando como infringido lo dispuesto en el artículo 180 de la LPL.

Sobre el primero de los aspectos, el TS entiende que no concurre el requisito de la identidad fáctica requerido para realizar unificación de doctrina. Aunque el cierre se produjo con ocasión de una huelga en la que hubo un importante por parte de los trabajadores convocados, esa inasistencia no tuvo importancia suficiente como para llegar a la conclusión de que había impedido el proceso normal de producción con la gravedad necesaria para justificarlo, ya que la inasistencia sólo afectaba a tres horas y treinta minutos al día (de 54 trabajadores, 30 secundaron la huelga). Sin embargo, en la sentencia de contraste aportada la empresa estuvo imposibilitada de llevar a cabo ningún tipo de actividad productiva durante los días de huelga debido al volumen de inasistencia que, además, afectaba a toda la jornada (de 72 trabajadores en el centro de Tenerife, 61 secundaron la huelga, y de 29 trabajadores en Gran Canaria, 26 secundaron la huelga).

En relación con la segunda cuestión, es doctrina reiterada, la exigencia, para que proceda la indemnización de un daño moral derivada de la infracción de un derecho fundamental, que se aporten las bases y los elementos clave de la indemnización reclamada y, así mismo, acreditar en el proceso puntos de apoyo suficientes para poder basar en ellos la sentencia condenatoria. En este aspecto, el Tribunal entiende que debe prosperar el recurso para la unificación de doctrina ya que establece que la sentencia recurrida reconoció a los demandantes una indemnización por puro automatismo derivado del reconocimiento de la infracción de un derecho fundamental con la interpretación adecuada del artículo 180 de la LPL establece que no basta con que quede acreditada la vulneración del derecho fundamental de que se trate, para que el juzgador tenga que condenar al pago de la indemnización. Es necesario para que esto se produzca que:

- El demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama y que justifique que ésta se aplica al supuesto concreto dando las razones que avalen y respalden dicha decisión.
- Que queden acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase.

Lo más curioso de esta sentencia es que presenta un voto particular del Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández que viene a recoger, también, la desestimación del primer motivo pero no por las razones que da el Tribunal, sino por razones sustantivas. Entiende este Magistrado, que en los dos supuestos, sentencia de contraste y sentencia que se recurre, se produce una importante inasistencia al trabajo suponiendo en ambos casos la paralización de la actividad. Por ello no debe considerarse que no haya identidad sustancial. Por ello, discrepa de la decisión del Tribunal que afirma que en el caso de contraste la imposibilidad productiva afectaba a toda la jornada y que en la sentencia recurrida tan sólo suponía tres horas y treinta minutos. La desproporción entre tiempo de huelga y tiempo de cierre no puede ser el criterio para determinar la identidad sustancial.

El RD 17/1977 establece que el acuerdo de declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresario y a la autoridad laboral por escrito con al menos cinco días naturales de antelación a su fecha de iniciación. Sin embargo, el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de septiembre de 2010, IL J 1786**, recoge al respecto que las normas jurídicas deben interpretarse de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Nos encontramos ante un caso en el que se declara una huelga llevada a

cabo en una situación de fuerza mayor. En este sentido, el Tribunal entiende que todos los trabajadores, no sólo los despedidos, puedan realizar una actuación espontánea de un paro de trabajo y colocar cadenas y candados, justificando así el no cumplimiento formal del preaviso establecido en el artículo 3.3 del RD 17/1977.

Además, ni el hecho de que el comité de la empresa tuviera una larga experiencia en la convocatoria de huelgas anteriores ni la alegación de que se podría impugnar los despidos de no estar de acuerdo con ellos suponen justificación razonable para entender que no había fuerza mayor y que, por tanto, la huelga fue ilegal por el incumplimiento de los requisitos formales.

Por otro lado, se plantea también la ilegalidad por ocupación indebida de las instalaciones impidiendo el acceso a la dirección de la empresa y a los trabajadores que no querían secundar la huelga. Se demuestra de forma clara y concluyente que la policía pudo quitar los candados y cadenas que algún trabajador sin identificar puso y que el personal de la empresa y la dirección pudo acceder a sus puestos de trabajo. Por último, también se plantea la excepción procesal de falta de legitimación pasiva de la sección sindical, y el Tribunal entiende ajustada a derecho tal excepción por cuanto no fueron ellas las que convocaron la huelga.

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.
  3. CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL.
  4. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS».
  5. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO.
- 

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en la *Revista Información Laboral – Jurisprudencia*, de Lex Nova, números 9 a 16, ambos incluidos, de 2010. Todas contemplan supuestos de hecho en los que se plantean cuestiones sobre las que ya han tenido oportunidad de pronunciarse en el pasado los Tribunales laborales; los criterios seguidos entonces no varían. Desde un punto de vista cuantitativo, sobresale el elevado número de las que resuelven conflictos derivados de la aplicación de las cláusulas de revisión salarial. En el origen de tales conflictos figura la frecuencia con la que los convenios han venido remitiendo dicha revisión tomando como referencia el IPC anual previsto y una eventual regularización al alza cuando éste quede, finalmente, por debajo del IPC anual real. A diferencia de lo que aconteció en el pasado, en los últimos años se ha asistido a una situación en la que dicho IPC real ha resultado ser inferior al IPC previsto, lo cual ha conducido a ciertas empresas a pretender ajustar los incrementos salariales fruto de la revisión anual al primero acudiendo, entre otros razonamientos, a que no existe una determinación legal del segundo, a la situación de crisis económica o a una supuesta voluntad de los negociadores que luego aparece acreditado que no es tal.

#### 1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

##### **Legitimación inicial de las asociaciones empresariales**

No cabe excluir de la comisión negociadora del convenio sectorial a la asociación que acredita contar, al menos, con el diez por ciento de los empresarios comprendidos en el ámbito de aplicación de éste y que dichos empresarios ocupan, también al menos, al diez por ciento de los trabajadores que resultarán afectados por él. No se opone a lo anterior el que esa representatividad no se haya acreditado en un pretendido acto definitivo de cons-

titución de la comisión negociadora que precede a otro anterior, en el que sí medió dicha acreditación y que fue declarado nulo y sin efecto de forma unilateral por la parte social, integrada por dos asociaciones sindicales, sin contar, pues, con la aludida asociación empresarial. Esa declaración de nulidad «no produce efecto alguno» (STS de 13 de julio de 2010; IL J 1689).

### **Cauce procesal adecuado para discutir sobre la legitimación**

Depende del momento en que se encuentre la negociación del convenio colectivo. Antes de su firma el cauce es el del procedimiento de conflicto colectivo (artículos 151 a 160 de la LPL). Tras ella («estando ya aprobado el convenio colectivo»), dicho cauce pasa a ser el del procedimiento de impugnación de convenios colectivos (STS de 13 de julio de 2010, IL J 1747, con cita y transcripción parcial de la STS de 21 de octubre de 1997, de casación para la unificación de doctrina).

### **Falta de legitimación. Medios de prueba de la ausencia de la representatividad de la que depende la legitimación**

La presunción favorable a la legitimación para negociar de las asociaciones empresariales firmantes del convenio, derivada del reconocimiento de dicha legitimación por la contraparte de éste o de la superación del control de su legalidad por la autoridad laboral, admite prueba en contrario. Puede servir para acreditar la legitimación cuyo reconocimiento se pretenda la certificación de la Agencia Tributaria sobre el número de empresas que se dedican a actividades incluidas en el ámbito funcional del convenio y el número de personas a las que tales empresas hayan practicado retenciones por rendimientos del trabajo (STS de 4 de noviembre de 2010; IL J 2262).

## **2. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO**

### **Cláusula de convenio empresarial reguladora de los términos de abono de una paga de productividad**

Tal cláusula posee una clara naturaleza normativa. «El contenido del convenio está formado por cláusulas normativas y obligacionales. Esta distinción se fundamenta en el objeto de las mismas. Las normativas regulan obligaciones y derechos de los trabajadores y empresarios de la unidad de negociación mientras que las segundas implican obligaciones asumidas por los contratantes». Es claro que la cláusula discutida «tiene carácter normativo, regula la obligación empresarial de abono de la paga de productividad y la forma de hacerlo y el correlativo derecho de los trabajadores a percibir ésta y a consolidar la primera parte de su abono en el salario categoría del año próximo. Regula, pues, un concepto salarial y es una cláusula paradigmática de contenido normativo y por ello continúa vigente una vez denunciado el convenio mientras no sea sustituido por otro de empresa de eficacia general», al no haberse dispuesto lo contrario en aquél (SAN de 21 de junio de 2010; IL J 1255).

### **Límites. En relación con la regulación del crédito horario de los representantes de los trabajadores**

La posibilidad de acordar el convenio colectivo la acumulación de horas en uno o varios de los representantes, prevista en el artículo 68.e) del ET, comprende la determinación de

la forma y las condiciones de aquélla. Mientras que el crédito horario regulado en dicho precepto «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». Entra dentro de ello la posibilidad de disponer que la utilización del crédito horario resultante de la acumulación sea por jornadas completas (**STS de 8 de noviembre de 2010; IL J 1925**).

### 3. CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL

#### **Interpretación de las cláusulas convencionales que remiten la determinación anual del incremento salarial pactado al IPC previsto por el Gobierno para cada uno de los sucesivos años de vigencia del convenio o que toman dicho IPC como dato de necesaria consideración a la hora de proceder a la referida determinación**

La falta de una declaración formal sobre cuál es la previsión del Gobierno sobre dicho IPC no impide equipararlo al que se viene deduciendo de las Leyes de presupuestos generales del Estado en relación con la revalorización de las pensiones públicas, que «evidencia con certeza la posición gubernamental al respecto». Así, en casación para la unificación de doctrina, **SSTS de 23 de julio y 20 de octubre de 2010 (IL J 1703 y 1995)**:

«Esta Sala ha tenido ocasión de analizar la cuestión de los incrementos salariales para el año 2009 en relación a distintos convenios colectivos de diferentes empresas (...). Y aunque resulta obligado atenerse al texto de las cláusulas convencionales que en cada supuesto concreto haya que interpretar y aplicar, en todos los casos, como ha compendiado la (...) sentencia de 24-3-2010, hemos partido de la siguiente doctrina, que aquí conviene reiterar:

“a) La solución al debate ha de pasar por la interpretación de cuál ha sido la voluntad de las partes a la hora de determinar el incremento salarial (...).

b) El concepto IPC previsto (...) ha de equipararse al parámetro utilizado en la Ley 2/2008, de presupuestos generales del Estado para 2009, en donde, si bien no hay declaración formal —la previsión del Gobierno sobre incremento anual del IPC no se produce desde la Ley 23/2001 de presupuestos generales del Estado para 2002—, se pone en evidencia una previsión en relación a la revalorización de pensiones públicas.

c) A tenor del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, incluso en situación de crisis económica generalizada, el precepto convencional obliga a la empresa a su cumplimiento mientras mantenga su vigencia, salvo que alcance un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores. De ahí que en la STS de 18 de febrero de 2010 (rec. 87/2009) afirmáramos que ni siquiera un hipotético pacto de remisión a la baja a efectuar a finales del 2009 ‘exoneraría de cumplir, al comienzo de ese año, lo establecido’ en el convenio”.

La aplicación de la doctrina expuesta, a la que hemos de atenernos, por compartirla, y por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, así como “la claridad del texto convencional” a interpretar (“para cada uno de los dos años de vigencia del presente convenio, el incremento salarial pactado será el IPC previsto por el Gobierno

para dicho año”), conducen “a la desestimación del recurso empresarial porque, en efecto, pese a la ausencia de una previsión formal por parte del Gobierno, sí ha existido en la Ley de Presupuestos para 2009 una previsión real que evidencia con certeza la posición gubernamental al respecto”».

El mismo criterio, en casación ordinaria, en **STS de 17 de junio de 2010, IL J 1713**:

«1. Conforme al anteriormente transcrito artículo 45 del convenio colectivo estatal del sector de “Contact Center” (2007, 2008 y 2009) (BOE 20 de febrero de 2008), los incrementos salariales para todos los conceptos salariales comprendidos en el citado convenio para el concreto año 2009, ahora cuestionado, se producirán de la siguiente forma: “(...) una vez actualizados los salarios al 31 de diciembre de 2008, se incrementarán en un porcentaje igual al objetivo o previsión de inflación del Gobierno para el año 2009, más 0,25 puntos, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2009. La comisión paritaria, una vez conocida la previsión del Gobierno para el 2009, procederá a la elaboración de la correspondiente tabla salarial para dicho año, sin perjuicio de lo que se señala en el párrafo siguiente. Dicho incremento se revisará al alza si el IPC real del año 2009 resultara superior al previsto, al 31 de diciembre de 2009, actualizándose las tablas y haciendo efectivos los atrasos no más tarde del 28 de febrero de 2010”.

2. Es dable, por tanto, y en base a los propios términos literales en que aparece redactado el precepto convencional, interpretar que los incrementos salariales deben aplicarse íntegramente aumentando los salarios desde el primero de enero de dicho año 2009 (“se incrementarán [...] con carácter retroactivo al 1 de enero de 2009”), se distingue claramente entre el IPC previsto y el IPC real, partiendo inicialmente del IPC previsto para el propio año 2009 más el 0,25% [“se incrementarán en un porcentaje igual al objetivo o previsión de inflación del Gobierno para el año 2009, más 0,25 puntos (...)” y que “una vez conocida la previsión del Gobierno para el 2009”], para luego regularizar las diferencias una vez publicado el IPC real correspondiente al año 2009 (“Dicho incremento se revisará al alza si el IPC real del año 2009 resultara superior al previsto”), pero solamente si el IPC real es superior al IPC previsto, pues en caso contrario no se ha previsto que proceda regularizar posibles diferencias en perjuicio de los trabajadores, manteniéndose la revalorización inicialmente establecida en base al IPC previsto.

3. La cuestión que se plantea es la de determinar, conforme a la voluntad negocial de las partes, cómo se determina y cuál sea el IPC previsto para el año 2009. Problema que ya ha resuelto esta Sala con respecto a otros convenios colectivos en los que se contenían análogas previsiones de revisiones salariales anuales interrelacionadas con el IPC previsto y, en especial, en aquellas que una misma norma convencional había sido aplicada de manera conforme por las partes negociadoras (como ahora acontece) y que luego, ante las nuevas circunstancias económicas negativas (como ahora se alega por la asociación empresarial recurrente) o ante la realidad no prevista en determinados convenios (a diferencia del ahora examinado) de un IPC previsto superior al posterior IPC real, se articulan diversos argumentos de índole interpretativa para cambiar el modo de revalorización en la forma que se viniera haciendo, sin articular posibles instrumentos impugnatorios del convenio colectivo de entenderse que realmente hubiera existido y se pudiera acreditar una trascendente alteración sobrevenida de las circunstancias.

4. Entre otras, y directamente sobre la cuestión del IPC previsto ahora debatido, cabe citar las SSTS/IV 26 de enero de 2010 (rec. 96/2009, *Alfede*), 18 de febrero de 2010 (rec. 87/2009, *Sogecable*), 25 de febrero de 2010 (rec. 108/2009, *Telecinco*) y 15 de junio de

2010 (rec. 179/2009, *Comercial Mercedes-Benz*). En esta última, sintetizando la doctrina de las precedentes, establece que:

“Es cierto que en la actualidad el Gobierno ya no realiza declaraciones oficiales, en el sentido de formales y expresas, sobre su previsión de incremento anual del IPC, pues la última se produjo en la Ley 23/2001, de 27 diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2002.

Pero la ausencia de esa previsión formal por parte del Gobierno no puede conducir a la inaplicación del pacto de revisión salarial concertado por los negociadores del convenio, que deberá producir sus efectos siempre que se acredite la existencia de una previsión real, acreditada mediante medios fiables que la evidencien inequívocamente. Y esa previsión ha quedado acreditada en la propia Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2009, que si bien no contiene ya la antigua declaración formal, sí evidencia, con certeza, la previsión del Gobierno respecto del IPC para ese año.

En efecto, su artículo 44, que trata de la revalorización de las pensiones públicas en el 2009, prevé, tanto para las pensiones de clases pasivas del Estado como para las contributivas del sistema de seguridad social, ‘un incremento del 2 por ciento’, de conformidad con lo previsto en los artículos 27 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril) y 48 del texto refundido de la LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

Y ello equivale al reconocimiento implícito de la existencia de una previsión real del Gobierno sobre el incremento del IPC, ya que ambos artículos obligan a revalorizar las pensiones ‘en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año’.

(...) Finalmente debemos señalar que el argumento de la ‘inversión de la tendencia económica’, con ser ésta cierta y haber provocado un desfase a la baja entre el IPC previsto y el real, no autoriza a la empresa a ignorar el mandato convencional (...). Es claro pues que la empresa estaba obligada, una vez que ha quedado cumplidamente acreditado que esa previsión del IPC fue del 2%, a abonar a sus trabajadores, desde el 1 de enero de 2009, un incremento salarial de igual cuantía. Porque, como ya dijimos en nuestra sentencia de 18 de febrero pasado, aunque se aceptara, con fines dialécticos, el argumento de la empresa de que lo que se abona desde 1 de enero es sólo una cantidad a cuenta a liquidar cuando se conoce el IPC real a final del año, ello sería irrelevante a los efectos que aquí se discuten, puesto que un hipotético pacto de revisión a la baja a efectuar a finales del 2009, no le exoneraría de cumplir, desde comienzo de ese año, con lo establecido en el artículo 22.5 del convenio. Precepto convencional que la empresa está obligada a cumplir mientras mantenga su vigencia (art. 82.3 ET) incluso en situación de crisis económica generalizada —que es el argumento esgrimido por la resolución recurrida para justificar su incumplimiento— salvo que hubiera obtenido una sentencia que lo autorice o logrado un acuerdo expreso con los representantes de los trabajadores”.

5. La Sala ha entendido con carácter general que la expuesta doctrina proporciona más seguridad jurídica a las partes y mayor uniformidad en la interpretación de este tipo de cláusulas convencionales que el criterio aplicado en su día, en la STS/IV 8 de febrero de 1995 (rec. 3738/1993)».

También, de nuevo en casación ordinaria, en **STS de 13 de julio de 2010 (IL J 1746)**. Tras recordar las sentencias de igual Tribunal y Sala que mantienen el mismo criterio, entre

ellas la de 18 de febrero de 2010 (rec. 87/09), de la que reproduce el razonamiento contenido en su fundamento jurídico noveno, concluye aquélla que «en definitiva, la reiterada doctrina de esta Sala en la materia que nos ocupa se apoya en llevar a cabo una interpretación sistemática de diversas normas del ordenamiento jurídico, cuyo conjunto nos hace llegar a la conclusión en el sentido de que la ausencia de previsión formal por parte del Gobierno acerca de la fijación cuantitativa del IPC no puede conducir a la inaplicación del pacto de revisión salarial concertado por los negociadores del convenio colectivo».

La relación de sentencias de casación ordinaria que hacen uso del criterio al que se viene haciendo referencia es, ciertamente, amplia, comprendiendo, sin ánimo exhaustivo, las **SSTS de 12 de mayo, 22 de junio, 14 y 27 de julio, 20 (dos sentencias), 21 y 22 de septiembre y 20 de octubre de 2010 (IL J 1665, 1667, 1750, 1812, 1827, 1857, 1859, 1836 y 1995, respectivamente)**.

El mismo criterio, en suplicación y recordando la posición de las SSTS de 18 y 25 de febrero de 2019 (recursos 87/2009 y 108/2009, respectivamente), en **SSTSJ de La Rioja de 30 de julio y 1 de octubre de 2010 (IL J 2200 y 2206, respectivamente)**:

«El IPC previsto por el Gobierno, tal y como se recoge con claridad en la ley de presupuestos generales del Estado, es del 2%, toda vez que aunque la mencionada ley no contenga en la actualidad la antigua declaración formal sobre la previsión del Gobierno en lo atinente al IPC, no es menos cierto que esta previsión existe, es una previsión llevada a cabo por una institución oficial, y se desprende con certeza del articulado de la norma, de modo que el IPC previsto es un dato objetivo, sobre el que puede operar el IPC real, y aquel es el recogido por las leyes de presupuestos, siendo la cláusula establecida en convenio una cláusula en la que se recoge la revisión salarial conforme al IPC previsto con un incremento objetivo y al margen de cualquier conexión con el IPC real, de manera que su referencia al IPC previsto por el Gobierno ha de identificarse al (*sic*) parámetro utilizado en la Ley 2/2008, de presupuestos generales del Estado para 2009 que (...) evidencia, con certeza, la previsión del Gobierno respecto al IPC para el año 2008».

También en **STSJ de Baleares de 11 de junio de 2010 (IL J 1722)**: una vez referenciada por el convenio colectivo la revisión salarial anual al IPC previsto por el Gobierno no cabe oponerse a que se tome como tal el fijado para el aumento de las pensiones en la Ley de presupuestos generales del Estado. Cuando las partes del convenio colectivo pactaron realizar dicha revisión salarial en función del IPC previsto «estaban pensando en un concreto indicador (...) que no es otro que el que se publica cada año para revalorizar las pensiones del sistema de seguridad social».

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 [**STS de 27 de octubre de 2010 (IL J 1915)** y **STSJ de Baleares de 28 de abril de 2010 (IL J 1723)**]. Mediando una previsión como la indicada, no ofrece duda el acomodo al convenio de la regularización de salarios llevada a cabo por la empresa mediante el descuento de la diferencia entre el superior IPC previsto y el inferior IPC real. Así, en relación con la cláusula del convenio colectivo estableciendo que el incremento salarial será del 100 por 100 «del IPC real para todos los años de vigencia del convenio»

y que «los incrementos a cuenta se fijarán con el IPC previsto para cada año» y se regularizarán «tan pronto como sea conocido el IPC real», **STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2010 (IL J 2066)**:

«En la resolución impugnada se decían como probados los siguientes hechos que son determinantes para la resolución del litigio: a) el IPC real del año 2008 fue del 1,4%; b) la empresa abonó a sus trabajadores en el año 2008 el 80% del IPC que estaba previsto para ese año y que era del 2%; c) como consecuencia de que el IPC real del año 2008 fue inferior al previsto, la empresa procedió en la nómina del mes de febrero de 2009 a descontar a cada trabajador el 0,48% en todos los conceptos retributivos, dejando en esos términos las tablas salariales del año 2008 que fueron tenidas en cuenta para el año 2009, a las que se aplicó el IPC real que fue del 0,8%. El artículo 34 del convenio colectivo que el sindicato recurrente alega como infringido (...) precisa con toda claridad que: “los incrementos salariales durante la vigencia del convenio serán del 100% del IPC real para todos los años de vigencia del convenio”; a la vista de los citados hechos probados resulta evidente que habiendo anticipado la empresa para el año 2008 unos incrementos salariales superiores al IPC real de ese año, su posterior decisión de proceder a regular los salarios, reduciendo su cuantía al importe real del citado IPC, (...) no sólo no infringe dicho artículo 34, sino, al contrario, lo que hace es proceder a dar cumplimiento a sus previsiones normativas».

#### 4. CONVENIOS COLECTIVOS «EXTRAESTATUTARIOS»

##### Legitimación para negociarlos

Se pronuncia sobre la posibilidad de negociar sólo con algunos sindicatos la **SAN de 18 de octubre de 2010 (IL J 1881)**, en relación con la pretensión de participar en la negociación de un sindicato excluido. Para la Sala, la pretensión de este sindicato «no puede prosperar por cuando su derecho a la negociación colectiva 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».

#### 5. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO

##### Ámbito de la modalidad procesal regulada en los artículos 161 y siguientes de la LPL

Una vez firmado el convenio colectivo («estando ya aprobado el convenio colectivo»), esta modalidad procesal pasa a ser la adecuada para impugnar los aspectos relativos a la legitimación para negociar (**STS de 13 de julio de 2010, IL J 1747**, con cita y transcripción parcial de la STS de 21 de octubre de 1997, de casación para la unificación de doctrina). También es la adecuada para la **impugnación del convenio extraestatutario**. Tal impugnación queda comprendida en la expresión «cualquiera que sea su eficacia» que emplea el artículo 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 23 de enero de igual año (recurso 29/09): «la referida expresión “evidencia que esa 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 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 artículos 161 y ss. esté reservado para la impugnación de los convenios colectivos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, puesto que el artículo 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 (rec. 1191/2001) o 18 de febrero de 2003 (rec. 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 artículo 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 (rec. 106/08) y las que en ella se citan, basta a estos efectos con que el sindicato esté implantado en el ámbito del conflicto».

Carece de ella, en cambio, cualquiera de los sujetos firmantes del convenio. Así, en relación con el convenio colectivo extraestatutario impugnado por el propio Ayuntamiento que lo ha suscrito, **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 2010 (IL J 1766)**:

«Señala el artículo 161.1.a) de la LPL que, cuando la impugnación se fundamenta en la ilegalidad del convenio, tendrán legitimación activa para ello: a) los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores; b) los sindicatos interesados; c) las asociaciones patronales interesadas.

Varias precisiones cabe hacer al respecto; y así: 1) la primera de ellas, en relación con una interpretación restrictiva de dicha atribución de legitimación activa para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad, que no le ha sido reconocida, por ejemplo, por la jurisprudencia unificada, a la Abogacía del Estado (así, entre otras, SSTS de 10-6-03, 10-10-05 o 25-10-07); 2) en segundo lugar, que cuando el precepto señala a sindicatos y asociaciones patronales interesados, debe entenderse en el sentido de que se refiere a que tales sujetos colectivos deben tener algún ámbito de representación en el sector al que pertenece el convenio suscrito que se quiere impugnar, es decir, alguna suficiente representatividad en el concreto sector, intentando así intervenir en el control de legalidad de la determinación de condiciones de trabajo en el mismo, como parte de su actividad sindical o de representación patronal; c) igualmente, cuando se señala como sujetos activamente legitimados a los repre-

sentantes unitarios o sindicales de los trabajadores, es claro que se está refiriendo a los que lo sean en el ámbito de la empresa donde se quiere impugnar el mismo.

Partiendo de todo lo anterior, y si no ha existido violencia o intimidación en la firma del acuerdo, también parece una conclusión clara que quienes tienen atribuida esa legitimación deben ser sujetos colectivos que, aunque eventualmente pudieran haber intervenido en la negociación del convenio, finalmente no fueron firmantes del mismo, o que, simplemente, no intervinieron en absoluto en el proceso de negociación. Pues, se insiste, no puede aceptarse como interpretación razonable del precepto, ni de la propia tutela judicial (artículo 24.1 CE), que el mismo sujeto que ha procedido a firmar el acuerdo colectivo proceda luego a su impugnación por ilegalidad de lo que el mismo ha firmado (...). Pues eso sí que sería una actuación fraudulenta, la de firmar, aprobar y luego impugnar lo acordado y aprobado (...).

### **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 el indicado sentido 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— 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».

## Efectos sobre el ejercicio de la acción de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que sustituye al impugnado

La posibilidad de impugnación permanece abierta durante todo el tiempo de vigencia del convenio colectivo. La publicación y entrada en vigor del nuevo convenio colectivo que sustituye al impugnado, producida con posterioridad a la presentación de la demanda, deja sin objeto al proceso iniciado con ésta y permite instar el incidente del artículo 22 de la LEC, tendente a la obtención de la declaración de terminación del correspondiente procedimiento. En este sentido, una vez más, **STS de 23 de junio de 2010 (IL J 1412)**:

«Habiéndose ejercitado la acción de impugnación de convenio colectivo y siendo que el convenio colectivo ha sido derogado por otro posterior, carece de objeto pronunciarse sobre la legalidad de preceptos que ya no se integran el ordenamiento jurídico aplicable (...).

Tal solución (...) no afecta en absoluto a las posibles acciones individuales de reclamación de derechos, que quedan al margen del debate ni eran objeto del incidente que dio lugar a la declaración de finalización del procedimiento de impugnación del convenio; “la falta de objeto sobrevenida concurre en relación a la nulidad postulada de parte de la norma convencional, que ya estaba derogada antes de la vista oral, pero no impide que los trabajadores puedan ejercitar sus posibles derechos derivados de los preceptos derogados”».

## Naturaleza y efectos de la sentencia

Dicha naturaleza es la propia de las sentencias declarativas y de la estimación de la pretensión (la declaración total o parcial de la nulidad del convenio colectivo impugnado produce, con carácter general, efectos *ex tunc*, los cuales han de ser tenidos en cuenta a la hora de resolver la reclamación individual que pueda hacer el trabajador que haya sido objeto de un concreto acto aplicativo de la cláusula o parte del convenio afectada por la declaración de nulidad. Semejantes efectos *ex tunc* sólo dejarán de jugar en toda su extensión como consecuencia de la eventual afectación por la prescripción o caducidad del derecho reclamado por el trabajador. Confirma la solución expuesta, en casación para la unificación de doctrina, la **STS de 21 de junio de 2010 (IL J 1432)**, en relación con la anulación parcial del convenio colectivo de «Autopistas del Atlántico concesionaria española, S.A.» (AUDASA):

«Las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo —o parte de él, como es el caso enjuiciado— no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión (...), de tal suerte que la pretensión que postula la anulación de una norma paccionada es una de las denominadas por la doctrina procesalista “declarativas negativas”, y sus efectos son los que se contemplan en el artículo 6.3 del Código Civil, siéndoles aplicable el aforismo “*quod nullum est, nullum producit effectum*”, de lo que se deriva la consecuencia de que el efecto de la sentencia anulatoria se producirá *ex tunc*. A salvo únicamente el caso de que la ley estableciera un efecto distinto para algún o algunos supuestos concretos de contravención legal, supuestos éstos que aquí no concurren.

Únicamente deberían quedar fuera de la afectación de la nulidad aquellas situaciones, producidas con anterioridad a la anulación del precepto convencional, que ya hubieran sido refrendadas por sentencia firme, de forma similar a lo que establece respecto de la anula-

ción de los reglamentos el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio —reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa—, pero nunca los actos de gestión empresarial, para los que el efecto *ex tunc* de la declaración de nulidad únicamente podrá verse afectado por la prescripción o por la caducidad».

El mismo razonamiento a propósito de igual convenio, en SSTs de 16 de febrero, 12 de abril y 13 de abril (dos sentencias) y 11 de mayo, todas reseñadas en el número 45 de esta Revista.

JAVIER GÁRATE



## IX. SEGURIDAD SOCIAL

---

### SUMARIO

1. FUENTES.
  2. CAMPO DE APLICACIÓN.
  3. ENCUADRAMIENTO.
  4. GESTIÓN.
  5. FINANCIACIÓN.
  6. COTIZACIÓN.
  7. RECAUDACIÓN.
  8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.
    - A) **Concepto de accidente.**
    - B) **Reparación del daño.**
    - C) **Enfermedad profesional.**
  9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES.
  10. ASISTENCIA SANITARIA.
  11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
  12. MATERNIDAD.
  13. REGÍMENES ESPECIALES.
    - A) **Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
  14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
  15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
    - A) **Competencia del orden jurisdiccional social.**
    - B) **Recurso de suplicación.**
    - C) **Recurso de casación.**
    - D) **Principio de cosa juzgada.**
    - E) **Nulidad de actuaciones.**
-

## 1. FUENTES

Por aplicación del Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social con Francia, según la **STS de 15 de septiembre de 2010, IL J 1820**, se aplica en pensiones de jubilación la doctrina de bases medias y no la de las bases remotas.

Las normas sobre igualdad en materia de Seguridad Social se oponen, según la **STJCE de 29 de julio del 2010, IL J 1236**, a una normativa nacional que, para el cálculo de las pensiones de jubilación y vejez de las trabajadoras fronterizas, se basaba en salarios diarios ficticios y /o globales inferiores a los de los trabajadores fronterizos varones.

## 2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

## 3. ENCUADRAMIENTO

En la **STSJ de Canarias de 17 de marzo de 2010, IL J 1659**, se entiende que es correcto el encuadramiento en el régimen general de la Seguridad Social de quien celebró contrato como auxiliar de enfermera para la realización de tareas consistentes en atender a una enferma en estado de invalidez irreversible, revocando la sentencia de instancia por la que se le consideró incluida en el régimen especial de empleados del hogar por la realización de dichas tareas.

La **STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2010, IL J 1660**, entiende que deben quedar encuadrados en el régimen general y no el régimen especial agrario aquellos trabajos que sólo tienen una relación complementaria o indirecta con las labores forestales, siendo prestados para una empresa cuya actividad es marcadamente industrial.

## 4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

## 5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

## 6. COTIZACIÓN

En la **STC 39/2010, de 19 de julio, IL J 1632**, la empresa demandante de amparo recurre una sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por vulneración de la tutela judicial efectiva. La sentencia recurrida no entró a valorar las alegaciones realizadas por la empresa justificándolo en que el acto administrativo ya había devenido firme no habiendo impugnado la resolución administrativa el

deudor principal en el tiempo correspondiente. Según la argumentación de la sentencia recurrida, la empresa en tanto sucesora y responsable solidaria de la deuda, sólo podía impugnar la validez del acto declarativo de la responsabilidad solidaria y sus efectos. El Tribunal Constitucional señala que «la negativa del órgano judicial a entrar a conocer sobre las cuestiones que la parte actora planteaba en relación con la deuda que se le derivaba, ha vulnerado su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y, por lo tanto, la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE». Entiende el Tribunal que el órgano judicial debería haber conocido y resuelto conforme a Derecho las cuestiones de fondo sobre la exigibilidad de la deuda y en concreto sobre los elementos esenciales de la liquidación por lo que estima la pretensión de amparo.

En la **STS de 30 de junio de 2010, IL J 1672**, se plantea si las mejoras previstas en la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007 pueden aplicarse a un supuesto de jubilación anticipada forzosa prevista en el convenio colectivo de una entidad financiera. El precepto controvertido incluye entre sus requisitos para acceder a la mejora el hecho de que la extinción del contrato de trabajo se haya producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. La sentencia comentada, siguiendo la doctrina de la STS de 22 de junio de 2010, equipara la jubilación anticipada forzosa a la noción de despido en sentido amplio, es decir, a una extinción de la relación laboral de carácter involuntario para el trabajador fruto de la decisión empresarial. Sólo una interpretación literal estricta excluiría a las jubilaciones forzosas de la mejora prevista en la Ley 40/2007. Entiende el Tribunal Supremo, en cambio, que el precepto analizado atiende a la finalidad de compensar a aquellos trabajadores cuyos contratos se vieron extinguidos antes de la entrada en vigor de la Ley 35/2002 y que no pudieron beneficiarse, por tanto, de la rebaja de los coeficientes reductores aplicables a las pensiones de jubilación anticipada.

En la **STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2010, IL J 1791**, se planteaba por parte de la entidad recurrente, el INEM, el no reconocimiento como tiempo cotizado a efectos de la prestación por desempleo de los períodos de alta del trabajador en dos empresas presididas por sus padres, constando en el censo que vivía con ellos en el mismo domicilio. El Tribunal reseña la doctrina ya consolidada del Tribunal Supremo (SSTS de 13 de marzo de 2001, de 27 de julio de 2004 o de 14 de junio de 1994) sobre la exclusión de la laboralidad de los trabajos familiares prevista en el artículo 1.3.e) del ET. Los dos presupuestos que determinan la exclusión de la laboralidad son el parentesco y la convivencia si bien tal exclusión es una presunción que admite prueba en contra que demuestre la concurrencia de las notas características del artículo 1.1 del ET. Advierte el Tribunal que en el presente caso el INEM no alegó el motivo del no reconocimiento de las cotizaciones en sus resoluciones administrativas sino que tal circunstancia fue manifestada por primera vez en el acto del juicio. El Tribunal entiende que siendo la pretensión una cuestión nueva que no fue planteada en el expediente administrativo la Administración no puede modificar sustancialmente los asuntos planteados en los expedientes administrativos tal como prevén los artículos 72 y 142.2 de la LPL pues, de lo contrario, ocasionaría la indefensión de la parte demandante. Desestima el Tribunal Supremo, en consecuencia, la pretensión del INEM pues «el INEM no puede dejar de tener en cuenta tales cotizaciones, sin explicitarlo en la resolución administrativa inicial o en la definitiva, hecho que hubiera permitido al demandante enervar o destruir la presunción de no laboralidad alegada por la entidad gestora...».

En las sentencias del Tribunal Supremo (**STS de 12 de julio de 2010, IL J 1744, y STS de 17 de septiembre de 2010, IL J 1822**) los actores solicitan al Tribunal Supremo que se reconozca como período cotizado el tiempo prestado de servicio militar para causar o calcular la pensión de jubilación. En la primera sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010 el recurrente plantea la cuestión de si el período de servicio militar puede ser computado como cotizado en Régimen de Clases pasivas. En el supuesto, el INSS denegó la jubilación anticipada al interesado quien se hallaba en el momento de causar la pensión en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por no reunir el requisito de que al menos una cuarta parte de las cotizaciones acreditadas se hubiesen efectuado en un régimen que reconociese la jubilación anticipada, en virtud de las reglas de cómputo recíproco de cotizaciones prevista en el Real Decreto Ley 5/1998, de 29 de mayo). La sentencia que comentamos hace suya la doctrina de unificación recogida en las SSTS de 9 y 23 de noviembre de 2009 (rec. 1099/2009 y 1152/2009) y de 3 de febrero de 2010 (rec. 1444/2009) en las que se deniega el reconocimiento como cotizado del período correspondiente a la prestación del servicio militar en base principalmente al siguiente argumento: la inexistencia de disposición legal alguna que prescriba la obligación de cotizar durante ese período o, alternativamente, que asimile a tiempo cotizado dicho período teniendo en cuenta que el recurrente en aquel momento no ostentaba la condición de profesional de las fuerzas armadas, de funcionario o de empleado público.

La STS de 17 de septiembre de 2010 sigue la misma doctrina de unificación arriba señalada en un supuesto en que el actor pretendía el reconocimiento como cotizado del servicio militar a efectos de calcular la pensión teórica de jubilación con cargo a la Seguridad Social española.

Cabe tener en cuenta que el proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social (BOCG, de 1 de abril de 2011) en tramitación parlamentaria prevé el reconocimiento como cotizado del tiempo de prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria cara a la determinación del período mínimo de cotización de las dos nuevas modalidades de jubilación anticipada.

La **STS de 10 de noviembre de 2010, IL J 1927**, admite la pretensión del actor en asunto sobre el cómputo de los días cotizados de trabajo a tiempo parcial cara a determinar el período de carencia de la prestación por desempleo. En el supuesto planteado el actor estuvo trabajando alrededor de dos años en una empresa con una jornada semanal de cinco horas y una vez extinguido su contrato el INEM le denegó la prestación por desempleo por no acreditar 360 días de cotización en los últimos seis años. La sentencia recurrida valida la decisión administrativa pues entiende que la jornada realizada de cinco horas semanales equivale a un 12,5% de la jornada ordinaria por lo que los días cotizados no alcanzan los 360 días necesarios.

El Tribunal Supremo señala que el régimen legal de protección de desempleo se separa de las reglas comunes aplicables a los trabajadores a tiempo parcial y previstas para el resto de prestaciones, en atención a lo dispuesto en los artículos 210 de la LGSS y la disposición adicional 7.<sup>a</sup> de la LGSS. Para determinar la carencia de la prestación de desempleo en estos casos es aplicable la previsión del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que señala expresamente que «cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se

computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la reducción de la jornada». Se aplica, por tanto, en materia de desempleo la misma regla a los trabajadores a tiempo parcial que a los trabajadores a tiempo completo conforme la cual cada día trabajado equivale a un día cotizado con independencia del número de horas en que hubiese consistido la jornada.

## 7. RECAUDACIÓN

Las sentencias más interesantes durante el período en la materia versan, como en ocasiones anteriores, sobre el reintegro de la prestación por desempleo. Tanto es así, que la primera de ellas, las **STS de 18 de octubre de 2010, IL J 1867**, en la que fundamentalmente se trata sobre la aplicación, desde un punto de vista temporal, del artículo 145 bis de la LPL, se remite en bloque a la doctrina sentada previamente por la sala en la **STS de 12 de abril de 2010, IL J 1009**, comentada en el número 45 de esta revista. En efecto, el Tribunal Supremo, basándose en razones de seguridad jurídica y de igualdad en aplicación de la Ley (arts. 9.3 y 14 de la CE), sigue el criterio sentado en la mencionada resolución, según el cual, en síntesis, la determinación del día de inicio para ejercer la acción no significa que deban tenerse en cuenta todos los contratos abusivos o fraudulentos suscritos durante los cuatro años inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación, sino, únicamente, los que tuvieron lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley y antes de la suscripción del último contrato. De entenderse lo contrario, se permitiría un efecto retroactivo a la norma que ésta no prevé de forma expresa.

De otro lado, la **STSJ de Valencia de 15 de junio de 2010, IL J 1535**, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia, resuelve un supuesto de incompatibilidad sobrevenida de la prestación por desempleo y los salarios de tramitación, en el que se determina el alcance temporal del período de prestación considerada percibida indebidamente. Se trata de un supuesto en el que el trabajador, tras ser despedido, solicita, y se le reconoce, la prestación por desempleo; el despido es declarado improcedente y, posteriormente, se acuerda judicialmente la extinción del contrato de trabajo por insolvencia empresarial. No haciendo frente la empresa al abono de las indemnizaciones y salarios de tramitación correspondientes, se hace cargo el FOGASA hasta el período máximo de 150 días. Así, concluye el Tribunal, se produce una incompatibilidad sobrevenida tan sólo respecto a los días de prestación efectivamente percibidos, lo que no significa revocar el reconocimiento del derecho desde su inicio, como pretendía la Entidad Gestora de la prestación por desempleo, sino reajustar la situación.

Finalmente, cabe citar la **STSJ de Andalucía de 5 de julio de 2010, IL J 2018**, en la que, por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a cuándo procede devolver las prestaciones de desempleo por la empresa ante supuestos de contratación temporal fraudulenta, acaba concluyendo que dicho reintegro es procedente, por cuanto la relación laboral debía reputarse como indefinida. Tal conclusión deriva del hecho de que los contratos temporales suscritos en fraude de ley permitieron acceder a la prestación de desempleo, circunstancia que, de otro modo, no hubiera sido posible, tal y como señala la reiterada doctrina en la materia a la que se alude en numerosas ocasiones en números precedentes de esta revista.

## 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

### A) Concepto de accidente

La **STS de 15 de junio de 2010, IL J 1300**, plantea si es accidente de trabajo o no el fallecimiento del trabajador a consecuencia de shock volémico secundario, debido a un sangrado digestivo abundante por gastritis hemorrágica, surgido en tiempo y lugar de trabajo. La sentencia considera que ha de aplicarse la regla contenida en el artículo 115 de la LGSS.

A la misma conclusión de existencia de accidente de trabajo llega la **STS de 22 de julio de 2010, IL J 1649**, en la que se analizó el supuesto de muerte súbita de un camionero mientras dormía en el camión.

Asimismo, se presume accidente de trabajo aquel que ha acontecido en tiempo y lugar de trabajo, no siendo éste el caso de la **STS de 24 de junio de 2010, IL J 1421**, según la cual no procede la calificación de accidente de trabajo *in itinere* aquel que provocó el fallecimiento del trabajador por insuficiencia cardíaca, cuando —sobre las 7 de la mañana— se dirigía al lugar en el que tenía aparcada la furgoneta con la que se desplazaba al trabajo.

La doctrina judicial contenida en la **STS de 19 de julio de 2010, IL J 1757**, es importante porque determina que entra dentro del concepto de accidente de trabajo aquel que acontece durante las horas de presencia. Estamos ante el supuesto de conductor de camión que transporta mercancías por carretera, al que se le produjo un derrame cerebral mientras realizaba un descanso técnico y tomaba un café. Siendo que el tiempo de disponibilidad es aquel a través del cual se está accesible para responder a posibles instrucciones que le ordenaran al conductor reanudar la conducción, podemos considerar que el conductor se encontraba en este caso y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del 115 de la LGSS.

Según la **STSJ de Murcia de 7 de junio de 2000, IL J 1384**, el infarto de miocardio acontecido después de haber pasado la noche en el hotel no se estima accidente de trabajo, puesto que no existe constancia de que la realización del trabajo en que consistía su misión haya podido provocarlo.

Se considera accidente de trabajo el que sufrió el trabajador a consecuencia de un sobreesfuerzo en la zona dorso-lumbar al ceder la plancha metálica sobre la que trasladaba piedras con una carretilla en la obra donde prestaba servicios (**STSJ de Baleares de 22 de julio de 2010, IL J 1454**).

Por el contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de junio de 2010, IL J 1516**, no considera accidente de trabajo los trastornos psicológicos anteriores a una baja médica —por tanto, no se considera la existencia de acoso moral de etiología laboral, sino que el estado anímico tenía también su origen en temas personales del trabajador—.

En la **STSJ del País Vasco de 21 de julio de 2009, IL J 1658**, se analiza un caso de hipoacusia causada en ambiente de trabajo ruidoso, que se incluye plenamente en el concepto de accidente del artículo 115 de la LGSS. El trabajador ha sido expuesto a niveles de ruido elevados, de manera continuada, superiores a los 90 DB, sin que conste la adopción por parte del empresario de ninguna medida de protección colectiva, técnica y organizativa, habiéndose limitado simplemente a proporcionarle unos protectores auditivos.

No se considera accidente de trabajo aquel que le acontece a una trabajadora que, al intentar acceder al establecimiento (bar donde presta sus servicios como limpiadora) por el tejado, ya que se le había cerrado la puerta de acceso, cae como consecuencia de haber cedido el techo de uralita (**STSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2010, IL J 1775**).

### **B) Reparación del daño**

Para la **STS de 7 de julio de 2010, IL J 1431**, 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, ya que éste repara diferentes perjuicios, entre los que se encuentra la incapacidad laboral. Así pues, quedará al prudente arbitrio del juzgador determinar las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima del daño.

### **C) Enfermedad profesional**

En la **STSJ de Navarra de 12 de abril de 2010, IL J 1316**, se analiza si se cumplen los tres requisitos para considerar enfermedad profesional al carcinoma epidermoide en contacto con el berilio: a) que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado; b) que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan y c) que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad. La sentencia concluye que no es enfermedad profesional porque el contacto con el berilio es mediante la inhalación de polvo o humo, nunca por la manipulación de sólido. Resultando, además, que no hay constancia médica de que el berilio en disco sólido pueda generar cáncer de pulmón.

Tampoco se considera enfermedad profesional aquella que deriva de la inhalación de productos tales como el metasulfito de sodio y de potasio, el ácido cítrico anhidro y los colorantes, pues la sensibilización alérgica que el trabajador presenta no queda probado que esté relacionada con estos productos (**STSJ de 5 de julio de 2010, IL J 1542**).

Se desestima una indemnización por enfermedad profesional en la **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2010, IL J 1597**. En dicha sentencia se señala que, a pesar de que la asbestosis pulmonar es causante de daños físicos diferidos, teniendo en cuenta que el *dies a quo* para iniciar el cómputo de un año debe corresponder con la fecha en que el actor tiene un conocimiento cabal del daño y que este conocimiento cabal lo es cuando se le reconoce la pensión por Incapacidad Permanente Absoluta, es evidente que, presentada más de un año después, se ha superado con creces el plazo que aparece en el Estatuto de los Trabajadores para efectuar la reclamación por dichos daños.

Un supuesto de enfermedad profesional provocada por el amianto lo encontramos en la **STSJ de Cantabria de 8 de octubre de 2009, IL J 1662**, lo que le provocó un mesotelioma pleural relacionado con el puesto de trabajo, presente en su puesto de trabajo en Astilleros.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La **STSJ de La Rioja de 11 de marzo de 2010, IL J 1241**, determina que existe nexo causal y, por tanto, recargo de prestaciones, al no poderse atribuir al comportamiento del trabajador la causa del accidente, pues no queda acreditada una conducta negligente: ni el hecho de que conociera la actividad ni los años de servicio eliminan la responsabilidad del Ayuntamiento derivada de la creación de un riesgo y la producción del daño por incumplimiento de las medidas de seguridad. Este hecho es el más relevante para rechazarse el motivo. También, la **STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2010, IL J 2256**, estima establecido el nexo causal entre la conducta culposa del empleador y el resultado lesivo, justificando el recargo del 30% de las prestaciones, siendo el elemento determinante la sanción a raíz del accidente de trabajo del empresario por omisión de medidas de seguridad que atañen tanto a la formación e información del trabajador, como al método de trabajo empleado, sin que se pueda oponer que el trabajador contaba con una amplia experiencia en la empresa y en la máquina en la que sufrió el accidente.

En sentido similar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2010, IL J 1378**, descarta la culpa de la víctima con base en que «con independencia de que se hubieran producido instrucciones o indicaciones concretas, lo realmente importante es que no existían métodos de trabajo establecidos de manera sistemática dentro del marco del Plan Preventivo». Así, la actitud omisiva del empresario constituye infracción de sus obligaciones. La relación causal entre la omisión y el accidente no se quiebra por la acción del trabajador que, aun si hubiese desatendido instrucciones concretas, ésta no se considera como temeraria, siendo esta «imprudencia simple» debida al exceso de confianza profesional y, a su vez, a la ausencia de métodos de trabajo fiables.

Así mismo, se promueve el recurso de suplicación interpuesto por la empresa **PLÁSTICOS DUREX S.A.** y que desestima la **STSJ de Castilla y León de 1 julio de 2010, IL J 1512**. En este caso, la consideración del trabajador como culpable exclusivo del accidente se desmiente del análisis del relato fáctico que, si por una parte demuestra que el trabajador no portaba en el momento de producirse el accidente ninguno de los medios de protección personal facilitados por la empresa, por otra parte deja constancia de que «los cables que debía pinzar el operario para comprobar el consumo eléctrico estaban sin enfundar y presentaban uno de sus hilos separado, lo que hizo que, al manipularlos el trabajador, hicieran contacto, desencadenando la deflagración». Así, de no haberse encontrado los cables desprotegidos y en inadecuadas condiciones éste no se habría producido, independientemente de si el trabajador hubiera portado los elementos de seguridad y, a consecuencia de este hipotético, una posible aminoración en su intensidad.

El TSJ de Aragón, en **STSJ de Aragón de 6 octubre de 2010, IL J 1946**, impone recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales al entender, según jurisprudencia que cita, que aun existiendo parte de culpa del trabajador en la causación del accidente, ésta no puede entenderse como una imprudencia temeraria, al no haber ocurrido el accidente si no hubiesen acontecido las infracciones de la empresa.

Se han producido también dos sentencias del Tribunal Supremo que resuelven sobre el peso de la imprudencia del trabajador en el quebrantamiento del nexo causal entre la omisión de medidas de seguridad y el accidente de trabajo. En primer lugar, la **STS de 22 de julio de 2010, IL J 1803**, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y casa y anula la sentencia recurrida, confirmando el recargo impuesto del 30% sobre la prestación reconocida. La Sala IV afirma que de mediar los elementos de sujeción previstos en la normativa de prevención, éstos habrían coartado el imprudente movimiento del trabajador de pretender llegar más allá de donde la escalera le permitía, impidiendo así la caída. Esta actitud, dirá más adelante la sala, no reúne el carácter temerario suficiente como para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción de la empresa. En segundo lugar, la **STS de 22 de julio de 2010, IL J 1804**, recurso de casación 3516/2009, casa y anula la sentencia recurrida, confirmando el recargo impuesto del 30% sobre las prestaciones de la seguridad social, tal como ya confirmaba la sentencia de instancia. El TS declara que, aunque en el accidente de la sentencia recurrida existe imprudencia del trabajador, las infracciones de la empresa en orden a la protección del cargador de baterías, mediante una correcta conexión a tierra, son la causa de la descarga eléctrica, y que si esta protección hubiera existido la lesión concreta no se hubiera producido. La conducta imprudente del trabajador, dice la Sala IV, «no puede calificarse de temeraria, pues no se advierte una voluntaria y consciente asunción del riesgo».

En relación a estas dos últimas, en un caso en el cual el accidentado no había seguido las prescripciones de seguridad previstas, sin que conste que el compañero del trabajador ejerciese las funciones de recurso de prevención, la **STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2010, IL J 2258**, considera que, aunque fuera la formación del trabajador suficiente, ésta no exonera al empleador de la adopción de medidas de seguridad reales y efectivas, lo que implica la comprobación de su realización efectiva.

La **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2010, IL J 1663**, estima petición de rebaja del porcentaje del recargo al 30% atendiendo al hecho de que el propio trabajador accidentado manifiesta parte de culpa en la producción del accidente. Igualmente, la **STSJ de Asturias de 4 de junio de 2010, IL J 2051**, aprecia concurrencia de culpa del trabajador para fijar el porcentaje del recargo.

Así mismo opera la **STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de junio de 2010, IL J 1732**, que pondera y reduce al 30% el recargo al entender la conducta «un tanto negligente» del trabajador accidentado, al ser éste en el momento de la producción del accidente el encargado, al haber recibido cursos de formación, y al no presenciarse una conducta empresarial «particularmente grave» aun no constando que la empresa «hubiera procedido a realizar revisiones periódicas de la escalera y el trabajo se estaba realizando sin el equipo de protección individual anti caída, no disponía de línea vertical de vida, no estaba utilizando el arnés o puntos fijos de sujeción».

La responsabilidad por el recargo recae sobre la empresa recurrente al no haber adoptado ésta «las medidas necesarias para que aquellos equipos de trabajo sometidos a influencias susceptibles de ocasionar deterioros que puedan generar situaciones peligrosas estén sujetos a comprobaciones». Por otra parte, la sentencia desestima el recurso del trabajador que solicita extender la responsabilidad del recargo a la empresa fabricante de la escalera al no quedar probado claramente que el accidente se produjera o tuviera su causa en un

defecto de fabricación de la escalera, y al no haber la empresa empleadora ejercido labores de revisión del material.

En sentido contrario, la **STSJ de Andalucía de 20 de mayo de 2010, IL J 1349**, estima y declara que la causa principal y directa del accidente fue la práctica consentida por la empresa de «dejar absolutamente inutilizado o anulado el eficaz sistema de seguridad instalado en la puerta de acceso, de modo tal que, de no haber sido así, el accidente no se habría producido». Así pues, la posible imprudencia de la trabajadora queda anulada por la tolerancia de la empresa ante dicha práctica.

Por último, en lo que atañe a la imposición de recargo, la **STSJ de Asturias de 14 mayo de 2010, IL J 2050**, aumenta el porcentaje de recargo de las prestaciones de seguridad social hasta un 40% atendiendo a la gravedad de la falta y no la del accidente ocurrido, no teniendo que ser medido éste, necesariamente, según la propuesta de la Inspección de Trabajo de cuantificar la sanción administrativa en grado medio.

La **STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2010, IL J 1587**, desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua Gallega, quien fue parte demandante en la sentencia de instancia que el TSJ confirma íntegramente. En ésta, se absuelve al demandado Servicio Gallego de Salud de reponer una factura en concepto de servicios de asistencia sanitaria prestados a la trabajadora accidentada. Lo decisivo es que la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Gallego de Salud que ha generado la factura objeto de reclamación a la mutua se ha derivado de las secuelas causadas por el accidente de trabajo sufrido por la trabajadora, y de ahí se extrae la responsabilidad de la mutua.

En otro caso, la Sala de lo Civil del TS, en **STS de 25 de febrero 2010, IL J 1889**, considera correcta la imposición de los intereses por mora, *ex* artículo 20 de la LCS sobre la cantidad indemnizatoria por parte de una aseguradora. La razón es que, si bien no conoció desde un primer momento el acaecimiento del accidente de trabajo, ésta tuvo conocimiento del accidente a partir del envío de un telegrama en reclamación de indemnización.

En un caso de accidente de trabajo en una obra con subcontratistas, la **STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2010, IL J 2325**, confirmando la sanción impuesta a la empresa contratista principal por comisión de una falta muy grave a la normativa de riesgos laborales, dado que, aunque el accidente ocurrió consiguientemente a una orden proveniente de un encargado de obra de una subcontratista que tenía el nivel básico de formación en materia de prevención de riesgos laborales, no consta acreditado que hubiera sido designado por el subcontratista a estos efectos, por lo cual, en el tramo de obra afectado no existía recurso preventivo, constituyendo esta ausencia infracción a lo dispuesto en el artículo 32 bis de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de aplicación en las obras de construcción reguladas por el RD 1627/1997, de 24 de octubre. Tampoco considera que el artículo 13.8.b del RD-L 5/2000 (infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales) sea una norma sancionadora en blanco, gozando de un adecuado desarrollo reglamentario, por su integración, en lo que se refiere a las obras de construcción, con el RD 1627/1997.

La **STSJ del País Vasco de 21 de julio de 2009, IL J 1657**, confirma responsable del accidente al promotor de la obra, por no elaborar un estudio de seguridad y salud o la existencia de un libro de incidencias para el seguimiento o control del plan de seguridad.

Así, el recurrente se convierte en el «empresario infractor» responsable por los daños lesivos sufridos por el trabajador cuando utilizaba una carretilla elevadora y en un pabellón ambos propiedad del recurrente y la no existencia de medidas de coordinación entre éste y la empresa empleadora del accidentado y la inexistencia de plan de seguridad alguno. En sentido idéntico, en el caso de un accidente de trabajo sufrido por el trabajador de una empresa subcontratista, la **STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2010, IL J 2324**, confirma que la responsabilidad del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad ha de recaer sobre la empresa contratista principal, promotor de la obra, dado que se deduce de la normativa contenida en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que la responsabilidad de la última 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 éste. En el caso de autos, el accidente ocurrió porque no se habían adoptado las adecuadas medidas de coordinación en las tareas de prevención de riesgos laborales.

La **STSJ de Cantabria de 8 de octubre de 2009, IL J 1662**, encuentra a Astilleros de Santander S.A. responsable por la infracción de las medidas de seguridad específicas «de puesta a disposición de mascarillas, trajes y botas, especiales, según lo establece el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo de Amianto». Aunque el trabajador fuera el único al que se le detectara «mesotelioma pleural», el Tribunal ve determinante la relación entre el trabajo que ocupaba al fallecido en contacto con la sustancia desde el inicio de sus servicios y la enfermedad directamente relacionada con dicha sustancia. El TSJ condena solidariamente a otra empresa que hasta 1999 pertenecía al mismo grupo empresarial y, por lo tanto, durante el 90% de tiempo de prestación de servicios del trabajador (1986-2002), «[t]iempo clave en la producción de la enfermedad profesional», según la sentencia recurrida, en que la recurrente era «propietaria de Astilleros Santander». También en la **STSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2010, IL J 1734**, se estima parcialmente la demanda de la empresa Campofrío Food Group S.A. y condena solidariamente a la empresa Adecco Empresa de Trabajo Temporal S.A. al pago del recargo impuesto por el fallecimiento de un trabajador. La ETT nunca proporcionó al trabajador una evaluación de riesgos concretos ni tampoco dio formación específica, suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo.

La **STSJ de Castilla y León de 22 de octubre de 2010, IL J 1776**, confirma la responsabilidad solidaria de la empresa TRAGSA, parte recurrente, por incumplir sus obligaciones en materia de coordinación de actividades con anterioridad al accidente de trabajo y, aun teniendo constancia de la presencia del trabajador el encargado de TRAGSA, por no exigir cumplimiento de las medidas de prevención a la empresa Servando de Castro, empleadora del trabajador accidentado. Por otro lado, rechaza lo argumentado por las recurrentes en el recurso acerca de la responsabilidad del Organismo Autónomo de Parques Naturales, ya que éste no tiene conocimiento de la relación laboral, que se le oculta, ni de la producción del accidente, hasta varios meses después.

Igualmente, la **STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2010, IL J 1781**, confirma la condena al pago del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad de dos empresas responsables solidariamente: primero, por lo no fortuito del accidente ya que la propia actividad de las recurrentes les obliga a prevenir la caída de las obras y las estructuras que están en procesos de demolición y proteger a los trabajadores de los riesgos que le

son inherentes; en segundo lugar, por la infracción de normas de seguridad, tanto el plan de seguridad de la empresa como normativa específica aplicable a las empresas.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2010, IL J 1783**, revoca la sentencia de instancia al no compensar adecuadamente las distintas partidas, afirmando que la indemnización como mejora voluntaria establecida en convenio colectivo debe aplicarse y compensarse con la cantidad de indemnización por lucro cesante, es decir, la cantidad fijada por incapacidad permanente total como por el concepto de «factores de corrección por perjuicios económicos». Al derivarse la incapacidad permanente de dos accidentes de trabajo, corresponde el pago solidario de la cantidad de indemnización por daño moral por secuelas físicas a las dos empresas por las que era empleado en cada uno de los accidentes, correspondiendo proporcionalmente a la empresa Horcapeña S.L. el pago del 92% de la indemnización y a la empresa Encofrados Monsan S.L. del 8%, atendiendo al tiempo de servicio efectivo del trabajador para cada empresa.

La **STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2010, IL J 1785**, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia. El TSJ observa que el accidente de trabajo, producido cuando una puerta metálica de acceso a un centro de trabajo cayó sobre dos trabajadores atrapándolos, no puede calificarse como fortuito ya que, aun siendo causa las grandes ráfagas de viento que soplaban el día del accidente, es un «hecho notorio que la zona geográfica (Delta del Ebro), donde se halla ubicada la empresa actora se hallaba afectaba periódicamente de fuertes vientos de intensidad» por lo que no puede considerarse un suceso imprevisible o que previsto no se pudiera evitar. El TSJ rechaza la responsabilidad solidaria de la empresa de seguridad empleadora de los trabajadores accidentados, ya que la obligación de evaluar los riesgos inherentes a la puerta que produjo el accidente era de la empresa recurrente.

En similar resultado, la **STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2010, IL J 1961**, condena solidariamente a la empresa principal al recargo de las prestaciones por accidente de trabajo que sufrieron dos trabajadores cuando desarrollaban sus tareas de reducción de grosor de hormigón para instalación de una puerta deslizadora, bajo el control y la inspección de ésta, en dependencias o instalaciones de la empresa principal, según artículos 24.3 de la LPL y 42.3 de la LISOS.

La **STSJ de Asturias de 16 de julio de 2010, IL J 2052**, declara la responsabilidad de la empresa contratista al abono del recargo de las prestaciones de la seguridad social por falta de medidas preventivas y vigilancia de su cumplimiento, pues el accidente ocurrió en el lugar donde se llevaba a cabo la obra adjudicada a la recurrente, aunque esta obra hubiera sido subcontratada con otra empresa. En sentido idéntico, la **STSJ de Asturias de 23 de septiembre de 2010, IL J 2054**, condena solidariamente a la empresa principal por no cumplimiento del plan de seguridad y coordinación de las medidas preventivas.

Como última sentencia en relación con la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la contratista, la **STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2010, IL J 1787**, estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y confirma la resolución en vía administrativa de éste por la que se declara la responsabilidad solidaria de la empresa principal al haber infringido las medidas de prevención de riesgos. Aun existiendo un plan de seguridad y un coordinador en materia de seguridad y salud, «ello no exime de la obli-

gación de cumplir el deber de vigilancia y control en cuanto a la aplicación de los mismos en la obra».

La **STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2010, IL J 1719**, confirma la sentencia de instancia, que declara a la empresa recurrente responsable del pago de la indemnización por gran invalidez de accidente de trabajo que figura en el convenio colectivo aplicable: en primer lugar, porque el aseguramiento del trabajador se contrató horas después de producirse el accidente de trabajo, circunstancia que determina la responsabilidad de la empresa; y, en segundo lugar, confirma el pago de intereses moratorios al existir una clara demora en el pago de la cantidad.

En relación con la indemnización adicional por daños y perjuicios que tiene su origen en una enfermedad profesional, la **STS de 18 de octubre de 2010, IL J 1910**, considera que el importe de la indemnización debe fijarse en atención a la fecha en que se cuantifica el daño, que, en caso de autos, es la de la sentencia de instancia y no la de la fecha de la demanda, atendiendo al principio de valor. Por otra parte, el Tribunal estima que la cantidad añadida por el factor corrector para la incapacidad permanente total debe compensarse parcialmente por el capital coste de la pensión de la Seguridad Social en concepto de lucro cesante, ya que el factor corrector repara no sólo la incapacidad laboral sino que, además, compensa por la incapacidad para actividades no profesionales, lo que la doctrina francesa denomina *préjudice d'agrément*. A la sentencia le acompaña el voto particular del Magistrado Luis Fernando de Castro, quien no comparte dicha compensación al entender que «lo relevante es que el perjudicado quede impedido de forma permanente, en el grado que sea, para el ejercicio de su actividad habitual, con independencia de que perciba ingresos o no de dicha actividad».

Por otro lado, la **STSJ de Asturias de 17 de septiembre de 2010, IL J 1721**, revoca la sentencia de instancia que, en reclamación sobre prestaciones de muerte y supervivencia en autos promovidos por la mutua Ibermutuamur, declaraba contingencias comunes como causa de la muerte de trabajador y revocaba la resolución del INSS por la que se reconocía a la viuda la condición de beneficiaria de una pensión de viudedad derivada de contingencias profesionales. El TSJ concluye no resultar ajustada a derecho la resolución de instancia al descartarse la legitimación activa de la mutua para impugnar dicha resolución al no resultar ajustada a la legalidad vigente la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Orden de 27 de diciembre de 2005, según la doctrina sentada en la STS de 14 de julio de 2009. De esta forma, el TSJ establece que en la relación jurídica de protección tal como ha sido configurada legalmente entre el beneficiario y la entidad gestora «no está implicada la Mutua y su implicación por la disposición reglamentaria citada incurre en una triple infracción legal» que la sentencia detalla.

La Sala IV del Tribunal Supremo, en la **STS de 30 de junio de 2010, IL J 1737**, declara responsabilidad civil de la empresa infractora, al observar existencia de culpabilidad justificativa de la responsabilidad civil que se demanda, por concurrir: en primer lugar, que el trabajador accidentado carecía de tutor y de formación alguna para trabajos en altura; en segundo lugar, la inexistencia de alegaciones por parte de la empresa en el expediente administrativo en materia de riesgos laborales y que culminó con una sanción pecuniaria; y, por último, que un informe en el cual el trabajador declara cierta culpabilidad se firmara por éste y un representante de la empresa el mismo día en el que se presentó en el INEM

la prórroga del contrato. Así, la imprudencia del aprendiz no es sino consecuencia de su inexperiencia y, especialmente, de la falta de formación y de la ausencia del obligado tutor, lo que resta relevancia a su actuación a efectos de una posible compensación de culpas y responsabilidades. En sentido contrario, la **STSJ de Extremadura de 6 de septiembre de 2010, IL J 2168**, desestima el recurso por el cual un trabajador alegaba infringidas por la sentencia de instancia, que resolvía reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, ciertas disposiciones de medidas preventivas. La razón por la que opera así el Tribunal es que no existe constancia de que las omisiones alegadas fueran causa del accidente de trabajo y de sus consecuencias.

En relación con el orden jurisdiccional competente para conocer de demanda sobre responsabilidad civil, la **STS, Sala de lo Civil, de 25 febrero de 2010, IL J 1888**, resuelve que el orden jurisdiccional social es el competente para conocer de aquellas reclamaciones que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, como en el caso de autos concreto, por muerte de un trabajador que se electrocutó mientras desempeñaba sus tareas laborales.

Sobre responsabilidad penal, la **SAP de Zaragoza de 15 septiembre de 2010, IL J 1977**, confirma la sentencia de lo penal recurrida en la que se condena al empresario infractor de medidas de seguridad, por no adecuar el vehículo que conducía el trabajador accidentado a lo exigido en el RD 1215/1997 y por no ofrecer a la víctima la formación necesaria para conducirlo, a cumplimiento de penas por delito de homicidio por imprudencia (artículo 142 del CP) y por delito contra el derecho de los trabajadores (artículo 316 del CP). Así también, se le condena por responsabilidad civil al pago de indemnización a la viuda y a la hija de la cual es responsable civil directa la Compañía de Seguros Bilbao hasta el límite de la póliza suscrita, sin que exista concurrencia de culpa como alega la compañía aseguradora, pues prevalece la infracción preventiva de la empresa.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 septiembre 2010, IL J 1770**, confirma la sentencia de instancia, donde se condena a una empresa al pago de recargo de las prestaciones de seguridad social por incumplimiento de medidas de seguridad, por «la inexistencia de barandilla y otras medidas de prevención, sin duda que habrían evitado o paliado el siniestro, a lo que se une la inexistencia de constatación de formación adecuada sobre la labor específica, y sin duda de peligro, de la descarga de vehículos del camión». Y continúa la sentencia en relación al artículo 123 de la LGSS diciendo que «resulta así evidente que el camión se equipara, a estos efectos, a un centro de trabajo, que debe ser objeto de una adecuación de seguridad por parte de la empresa, según el tipo de trabajo a desarrollar, y que el siniestro acaecido se relaciona de modo evidente y directo con la inexistencia de determinadas medidas de seguridad que estaban incluidas en el plan de prevención, y que no fueron cumplidas».

La **STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2010, IL J 2197**, estima procedente el recargo de las prestaciones por incumplido el deber de seguridad con sus trabajadores, al no haber procedido a reparar el sistema de seguridad de la máquina que dirigía el trabajador accidentado y que llevaba un mes averiado, y por no haber sido suficientes las medidas adoptadas para evitar el accidente de trabajo en el cual el anterior es golpeado en el rostro. En sentido idéntico, la **STSJ de La Rioja de 30 de julio 2010, IL J 2199**, confirma la sentencia de instancia, en la cual se aprecia que la no evaluación de los riesgos del trabajo

desempeñado por el trabajador accidentado, que retiraba un cable situado a 3,80 metros de altitud en una obra, determinó la no adopción de las medidas de seguridad ni tampoco medidas de prevención en la tarea desarrollada.

Así también, en la **STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2010, IL J 1956**, se confirma la sentencia recurrida que declaraba a Educadors d’Acolliment Social, S.C.C.L., responsable de los «trastornos de tipo ansioso-depresivo secundarios a problemática laboral (...) [C]uadro comparable con el diagnóstico de “quemado” (*burnout*)», que sufrió una trabajadora empleada en tareas de acompañamiento de familias monoparentales desde un punto de vista socio-educativo, para lo cual no estaba específicamente formada. Razona el TSJ que el recargo de prestaciones impuesto se sostiene por infracción no sólo de las medidas preventivas, sino, además, por «la falta de información y formación sobre cómo actuar frente a riesgos psico-sociales y falta de control de la actividad de sus empleados».

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de septiembre de 2010, IL J 1773**, también confirma la sentencia de instancia y afirma que el accidente por el cual una micro excavadora se venció sobre el trabajador provocándole lesiones múltiples que determinaron la declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, tuvo su origen en la ausencia de un Estudio de Seguridad y un Plan de Seguridad, así como la circunstancia de que el trabajador no hubiera recibido formación específica de la utilización de la maquinaria como la no correcta utilización por parte del empresario, que era quien conducía la máquina, y que «carecía de formación suficiente en prevención de riesgos para su manejo, lo que determinó el que la misma se utilizase incorrectamente».

Al igual que en las anteriores, en la **STSJ de Asturias de 16 de julio de 2010, IL J 1949**, se estima procedente el recargo de las prestaciones en el caso de una empresa que destinó a un trabajador a la manipulación de una sierra mecánica cuando conocía la no cualificación del trabajador para afrontar los riesgos y las dificultades que dicha tarea entrañaba.

En la **STSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2010, IL J 1774**, la discusión jurídica que se plantea es si el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad había de ser satisfecho sobre la prestación de viudedad no complementada (pensión de viudedad «ordinaria» calculando el porcentaje 52% sobre la base reguladora) o sobre la prestación de viudedad complementada por cargas familiares (70% sobre la base reguladora). Ha razonado el Tribunal que al tener el recargo un carácter prestacional, según ha establecido la doctrina, el recargo ha de ser computado a efectos de calcular los ingresos del beneficiario para aplicar uno u otro porcentaje, ya que la cuantía de la pensión resultante de aplicar el porcentaje del 70% sumada a los rendimientos anuales percibidos por el beneficiario en cómputo anual no pueden exceder del límite establecido en aquel artículo, con la consiguiente disminución del porcentaje a aplicar.

La **STSJ de Cantabria de 6 de octubre de 2010, IL J 2103**, en el caso de un trabajador empleado en un taller mecánico, desestima la imposición de recargo de prestaciones de seguridad social al no deducirse del relato fáctico ni la omisión de medidas de seguridad, ya que no consta la exposición a sustancias químicas por encima de lo permitido, lo que hubiera activado la obligación empresarial de protección individual y colectiva, ni por lo anterior un nexo causal con la enfermedad profesional del trabajador. En el mismo sentido que la sentencia anterior, la **STSJ de Castilla y León de 14 de octubre de 2010**,

**IL J 2114**, no considera que procede recargo de prestaciones de seguridad social ya que la incapacidad permanente total padecida por el trabajador, entre otras lesión medular, no se deduce originada por el desempeño profesional, la carga de somieres y posturas adoptadas para ello. Tampoco constan infracciones empresariales de las medidas de seguridad en el puesto de trabajo. De igual modo, la **STSJ de Extremadura de 2 de septiembre 2010, IL J 2165**, confirma la sentencia de instancia en la que se desestima la imposición del recargo por no quedar acreditado el incumplimiento de medidas de seguridad, en labores de encofrado en altura, ni por ello nexo causal con el accidente de trabajo.

## 10. ASISTENCIA SANITARIA

En la **STJUE de 5 de octubre de 2010, IL J 1634** (cuestión prejudicial C-173/09), se entiende que los artículos 49 de la CE y 22 del Reglamento (CEE) núm. 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, se oponen a una normativa de un Estado miembro que se interpreta en el sentido de que excluye, en todos los casos, la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada sin autorización previa en otro Estado miembro.

Por lo que atañe a la asistencia médica que no puede dispensarse en el Estado miembro en cuyo territorio reside el beneficiario de la seguridad social, el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 118/97, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1992/2006, debe interpretarse en el sentido de que una autorización requerida en virtud del apartado 1, letra c), inciso i), del mismo artículo no puede denegarse:

- Si, cuando las prestaciones previstas por la legislación nacional son objeto de una lista que no menciona expresa y precisamente el método de tratamiento aplicado, pero que define los tipos de tratamientos cubiertos por la institución competente, se comprueba, en aplicación de los principios de interpretación usuales, tras un examen basado en criterios objetivos y no discriminatorios, y tomando en consideración todos los elementos médicos pertinentes y los datos científicos disponibles, que dicho método de tratamiento corresponde a los tipos de tratamientos mencionados en la referida lista, y
- Si un tratamiento alternativo que tenga el mismo grado de eficacia no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado miembro en cuyo territorio reside el beneficiario de la seguridad social.

El mismo artículo se opone a que los órganos nacionales que han de pronunciarse acerca de una solicitud de autorización previa presuman, a la hora de aplicar dicha disposición, que la asistencia hospitalaria que no puede dispensarse en el Estado miembro en cuyo territorio reside el beneficiario de la seguridad social no figura entre las prestaciones cuya cobertura está prevista por la legislación del referido Estado e, inversamente, que la

asistencia hospitalaria que figura entre esas prestaciones puede obtenerse en el antedicho Estado miembro.

Cuando se ha demostrado que la negativa a expedir una autorización requerida en virtud del artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 118/97, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1992/2006, no era fundada, y la asistencia hospitalaria ya se ha prestado, corriendo el beneficiario de la seguridad social con los gastos correspondientes, el órgano jurisdiccional nacional debe obligar a la institución competente, con arreglo a las normas procesales nacionales, a reembolsar a dicho beneficiario de la seguridad social el importe que normalmente habría abonado ésta si la autorización se hubiese concedido debidamente.

Dicho importe será igual al que se determine con arreglo a las disposiciones de la legislación a la que esté sujeta la institución del Estado miembro en cuyo territorio se haya dispensado la asistencia hospitalaria. Si ese importe es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de residencia en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar, además, al beneficiario de la seguridad social un reembolso complementario correspondiente a la diferencia entre esos dos importes, dentro del límite de los gastos realmente efectuados.

## 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En la **STSJ de la Comunidad de Valencia de 13 de abril de 2010, IL J1 304**, el Tribunal deniega la calificación de salario, en el proceso de IT, a la Atención Continuada (Guardias). El Tribunal se aparta de la jurisprudencia de otros Tribunales Superiores de Justicia alegada por la actora, que condenan a los Servicios de Salud a abonar en IT las Guardias, en la medida que estas sentencias se refieren a personal estatutario, cuando en el caso de autos se trata de personal laboral. Por ello, a la actora le es aplicable el convenio colectivo de trabajo del centro hospitalario en cuestión, sin que puedan servir otras disposiciones para calcular la mejora voluntaria. El convenio colectivo, en el artículo que regula el Complemento por Incapacidad Temporal, no incluye en el salario el complemento de atención continuada. Como no se discute si el complemento de atención continuada es salario, sino si integra la mejora voluntaria reclamada, y como no hay norma que así lo disponga, se desestima el recurso.

En la **STSJ de Andalucía de 20 de mayo de 2010, IL J 1324**, se examina el contenido del artículo 135.6 de la LGSS, que define la situación de Gran Invalidez, de la cual había sido reconocida una persona presentando, según hechos probados en la sentencia de referencia, una incapacidad para tareas que provoquen mínima sobrecarga del raquis. Según el Tribunal, la situación jurídica de Gran Invalidez no se vincula con el desempeño de una actividad retribuida, sino con las más elementales normas de subsistencia (actos esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos), debiéndose considerar como acto esencial para la vida diaria aquel imprescindible para la satisfacción de una necesidad elemental, primaria e ineludible que permita mantener el decoro que corresponde a la dignidad humana. En el caso, la actora no se encuentra en tal situación, pues aunque

su estado presente tal gravedad que se vea impedida cualquier actividad laboral, no precisa la ayuda de tercera persona para los actos que le permiten la subsistencia. En cuanto a los desplazamientos, si de los hechos probados se desprende que precisa asistencia, no se trata de una imposibilidad de desplazarse sin ayuda, sino de una dificultad que se palia con la asistencia.

El mismo Tribunal, en la **STSJ de Andalucía de 20 de mayo de 2010, IL J 1325**, desestima la impugnación de un alta médica, argumentando que la actora no ha practicado prueba alguna que permita desvirtuar las conclusiones a las que se llegó en el informe en el cual se basa el parte de alta médica, es decir, que en la fecha del alta, con sus secuelas podía realizar la tareas propias de su profesión habitual.

Resolviendo el recurso contra una sentencia estimando improcedente el alta porque la trabajadora aún no había terminado el tratamiento de rehabilitación prescrito y podía mejorar de forma definitiva el proceso, aunque podía la trabajadora reincorporarse al trabajo, la **STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2010, IL J 2316**, revoca la resolución de Instancia y declara procedente el alta. Se basa en el hecho de que, de la lectura combinada de los artículos 128 y 131 bis de la LGSS, una extinción de la situación de IT es conforme a Derecho cuando el trabajador, aunque siga necesitando tratamiento de rehabilitación y la curación no haya sido definitiva, está capacitado para el desempeño de la actividad laboral que le es propia. El hecho de que la trabajadora en cuestión padecía de una enfermedad crónica que pudiera afectar su actividad laboral, no es óbice para que haya desarrollado sin especiales problemas su actividad laboral, salvo episodios concretos de IT relacionados con esta dolencia. Además, la solución no sería tanto prorrogar indefinidamente una situación de IT, sino dar lugar a un posible reconocimiento de incapacidad permanente, si a ello tuviera derecho la trabajadora.

En la misma línea, se puede citar la **STSJ de Murcia de 11 de octubre de 2010, IL J 2232**, en la cual se estima que el actor no estaba impedido para llevar a cabo trabajo habitual, sin perjuicio de que precisase asistencia médica, dado que la lesión radicular y las leves protrusiones discales ya no provocaban signo alguno de actividad; o la **STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2010, IL J 2188**, donde el trabajador presentaba un cuadro clínico residual constitutivo de lesiones permanentes no invalidantes que seguían precisando asistencia médica.

En la **STSJ de Andalucía de 27 de julio de 2010, IL J 2034**, la puesta en marcha del proceso de incapacidad permanente, dado la consolidación de las lesiones del trabajador en cuestión, que después del alta médica fue afectado a otro puesto de trabajo en la empresa, se considera suficiente para denegar la impugnación de dicha alta, independientemente del hecho de que sea apto o no para el trabajo, porque ya no precisaba de asistencia médica, que es uno de los requisitos para permanecer de baja en aplicación del artículo 128 de la LGSS.

Donde sí se estima la impugnación de una alta médica, es en la **STSJ de Asturias de 2 de julio de 2010, IL J 1487**. Aunque no se acepta la petición de revisión de los hechos probados por falta de relevancia y de necesidad, se admite el motivo en sede de censura jurídica que alega la infracción por el INSS del artículo 128 de la LGSS. El actor, auxiliar de recepción-mozo de equipajes, presentaba en la fecha del alta todavía limitación de la flexión lumbar resultando incompatible para trabajos de cargas con pesos, deambula-

ción o bipedestación de elevados requerimientos. El Tribunal recuerda que la incapacidad temporal está prevista para situaciones que, impidiendo trabajar y requiriendo asistencia sanitaria, sean susceptibles de curación o mejora, procediendo, cuando no se obtiene esta curación o mejoría sino que el trabajador continúa impedido, emitir una alta con propuesta de incapacidad permanente, para conseguir la finalidad, garantizada por las normas de Seguridad Social, de que todo trabajador sin posibilidad de desempeñar su trabajo quede cubierto por las prestaciones de baja transitoria hasta enlazar, si fuera el caso, con las de incapacidad permanente, al prorrogarse hasta ese momento los efectos de la situación de incapacidad temporal. Sin embargo, en el caso, fue alta médica sin constar la causa, unos días antes de que hubiera de tramitarse, necesariamente, el alta con propuesta de incapacidad permanente, por haberse agotado la prórroga de 6 meses.

En otro caso de transición entre incapacidad temporal e incapacidad permanente, la **STSJ de Castilla y León de 1 de julio de 2010, IL J 1510**, establece que el agotamiento del plazo máximo de duración previsto para la incapacidad temporal sin alta médica no conlleva, necesariamente o automáticamente, el reconocimiento de invalidez permanente. En apoyo a su decisión, el Tribunal se refiere a la jurisprudencia del tribunal Supremo, sentada en su Sentencia de 12 de julio de 2001 (rec. 1889/00), según la cual la invalidez permanente total o absoluta está necesariamente anudada a que el presunto beneficiario presente reducciones anatómicas o funcionales graves y previsiblemente definitivas que disminuyan o anulen su capacidad laboral. En el caso la actora se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el 1 de enero de 2006, y se le denegó el 10 de julio de 2009 reconocer la situación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padecía grado suficiente de disminución para ser consecutivas de incapacidad permanente, decisión que se ve confirmada por el Tribunal.

Ante la cuestión de saber si para la denegación de una nueva baja de incapacidad temporal por igual o similar patología a la anterior, es suficiente para el INSS referirse a la falta de transcurso de un período de actividad cotizada de más de seis meses desde la extinción de la primera incapacidad temporal por transcurso de tiempo previsto, la **STS 28 de julio de 2010, IL J 1806**, contesta por la negativa, reiterando su doctrina en la materia. El artículo 113.1 bis de la LGSS, prevé que un nuevo proceso de IT se pueda reanudar, no sólo después del transcurso del período de 6 meses, sino también si el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente, emite la baja a los efectos exclusivos de la prestación económica por IT. El criterio por el que la entidad gestora decida si procede o no reconocer los efectos económicos a este nuevo período de IT no puede ser discrecional, sino que debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de tal efectos. Por lo tanto, las actuaciones administrativas previas o la resolución administrativa en aplicación del citado precepto tienen que hacer ver que se tuvieron en cuenta factores referidos a la capacidad funcional del trabajador, distintos a la mera cuestión de si se trataba de igual o similar patología.

En cuanto a esta última cuestión, que tiene relevancia también en el cómputo del período máximo de IT y de su eventual prórroga, en aplicación del artículo 128.2 de la LGSS, la **STSJ de Asturias de 30 de setiembre de 2010, IL J 2059**, confirmó la anulación de una baja médica por tratarse de una recaída (continuidad del mismo proceso patológico) en

cuanto a una patología para la cual se había agotado el período máximo de IT del artículo 128.1.a) de la LGSS.

En un caso de sucesión de dos períodos de IT por razones *prima facie* parecidas, separadas por un período de vacaciones, de las cuales la primera tenía carácter de enfermedad profesional, la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2010, IL J 1780**, funda su rechazo a reconocer a la segunda el mismo carácter en la presunción de no laboralidad de los casos de enfermedad degenerativa en los que no quede debidamente acreditado su origen o agravación en el trabajo. El carácter degenerativo de la segunda dolencia (espondilosis lumbar degenerativa), la distancia temporal entre los diversos procesos de IT y el hecho de que el disfrute de las vacaciones indicara que el actor no precisaba continuar con asistencia sanitaria por la primera dolencia (lumbalgia aguda), llevan al Tribunal a concluir que no se permite establecer la conexión entre la dolencia originadora del segundo proceso de IT y el accidente laboral origen del primero.

En un caso donde el INSS dedujo del importe a pagar en ejecución de una sentencia reconociendo una IPT, la prestación debida en virtud de un proceso de IT iniciado durante la tramitación del expediente de Incapacidad Permanente, la **STSJ de Andalucía de 16 de julio de 2010, IL J 2027**, se negó a pronunciarse sobre la legalidad de la compatibilidad o no de las dos prestaciones, y resolvió el litigio, apoyándose en las SSTs de 16 de mayo de 2007 (rec. 989/2006) y 30 de enero de 2003 (rec. 2064/02), estimando que el INSS no alegó nada al respecto de la IT durante el juicio celebrado en fecha posterior acerca de la IPT, por lo cual debía seguir adelante la ejecución de la sentencia sin posibilidad de deducción.

La **STSJ de Cataluña de 1 de abril de 2010, IL J 1518**, al contrario de la STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2007, pero de acuerdo con la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2005, considera que si, por un lado, la convalecencia posterior a la intervención de cirugía estética puede justificar una baja médica, en la medida en que la trabajadora se encuentra imposibilitada de reincorporarse a su puesto de trabajo, por otro lado, no puede generar el derecho a percibir el subsidio económico de incapacidad temporal, en ausencia de otra enfermedad o dolencia distinta al proceso de reposo que exige cualquier intervención quirúrgica mínimamente agresiva. El artículo 128.1 de la LGSS requiere, para que se vea reconocida la situación de incapacidad temporal, que el trabajador se encuentre recibiendo asistencia sanitaria de la seguridad social. Ahora bien, como reza la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, STS de 20 de marzo de 2004 —rec. 1737/03—) «la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuanto lo solicite». Conforme a estos principios, el Anexo III del RD 1030/2006, de 15 de setiembre, por el que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que no quebranta los mandatos contenidos en los artículos 43 de la CE, 7 y 20 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, califica de prestación no financiable con cargo a la Seguridad Social la «cirugía estética que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita». Ésta se ve, entonces, excluida de la asistencia sanitaria debida

por la Seguridad Social, y, por lo tanto, del ámbito de aplicación del artículo 128.1 de la LGSS.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 2010, IL J 1768** el Tribunal confirma la sentencia recurrida en la cual se constató un fraude en la contratación en base a la petición de una prestación por incapacidad temporal, aunque el fraude no hubiera sido alegado por la Mutua demandada (apelando a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, más precisamente, a su Sentencia de 24 de julio de 1996 —rec. 3679/95— según la cual, en el proceso de seguridad social, la ausencia de un hecho constitutivo de un derecho puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada). En el caso, se desprendía de la prueba, entre otros hechos relevantes, que, además de padecer de dolor de caderas desde hace 15 años, al actor se le había constatado dos años antes de la contratación, de mayo de 2009, las mismas lesiones que las que se encuentran al origen de la IT, por lo cual tenía las mismas limitaciones, resultando impensable la prestación de las tareas propias de la actividad para la cual fue contratado. Además, menos de un mes después de la IT, y un mes y medio después de la contratación, fue dado de baja por la empresa, por lo cual el Tribunal consideró como probado que esta contratación fue suscrita con la empresa con la única finalidad de lucrar la prestación de Incapacidad Temporal.

Donde no se acepta la calificación fraudulenta del proceso de IT es en la **STSJ de Castilla y León de 6 de diciembre de 2010, IL J 2107**. El Tribunal desestima el recurso, más particularmente en cuanto se basa en la aplicación del artículo 132.1.a) de la LGSS, argumentando que el único dato que consta acreditado con rigor en el cual se apoya el recurrente para alegar el fraude es el inicio de un proceso de IT dos días después de la contratación (el Tribunal descarta el carácter acreditado de otras circunstancias, como un antecedente de IT por las mismas lesiones más de un año antes de la contratación), teniendo, además, en cuenta que el artículo 14.3 del ET ha previsto la génesis de este tipo de situaciones durante el denominado período de prueba, estableciendo que las IT durante este período interrumpirán su cómputo, siempre que exista acuerdo de las partes al respecto.

En la **STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2010, IL J 2159**, el Tribunal estima, aplicando por analogía su jurisprudencia relativa a notificaciones y citaciones en materia de prestaciones por desempleo, que no es adecuado imponer a la Mutua (o al INSS) la carga de la prueba de que el interesado en situación de IT conoció la notificación, sino que es suficiente para dicho organismo probar que se adoptaron los mecanismos adecuados para llegar a su conocimiento mediante la puesta a disposición, en cuyo caso corresponde al interesado probar que no llegó a ese conocimiento, por causa que no le sea imputable. De lo contrario, una actuación pasiva o de rechazo del interesado podría imponer al organismo una prolongación de pago de prestaciones o la imposibilidad de sancionar actuaciones reprochables legalmente. Al enviar la Mutua la notificación de la extinción de la prestación por IT por carta con acuse de recibo, sin que la destinataria pruebe que no llegó a tener conocimiento de la extinción por causa que no le era imputable, cuando no acudió a recoger la carta después de los intentos del servicio de correos para entregarla, el acto de notificación de la resolución extintiva del subsidio de incapacidad temporal ha de entenderse eficazmente realizado a los efectos del artículo 80.2 del RD 1993/1995 y del artículo 59.1 de la Ley 30/1992.

Finalmente, el Tribunal Supremo, tanto en su **STS 6 de julio de 2010, IL J 1740**, como en las **SSTS de 13 de julio de 2010, IL J 1436**, y de **15 de noviembre de 2010, IL J 1932**, tuvo la ocasión de reafirmar su doctrina en materia de derecho al disfrute de vacaciones en caso de incapacidad temporal, unificada y rectificada por su Sentencia de 24 de junio de 2009 (rec. 1542/08), siguiendo criterio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2009 (asunto C-350/06, *Schultz-Hoff*). A partir de una nueva hermenéutica de los artículos 40.2 de la CE y 38 del ET conforme a la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el Tribunal estimó que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no se extingue al finalizar el período de devengo de éstas, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el período del devengo. Por lo tanto, la Sentencia de 6 de julio de 2010 desestima el recurso contra una resolución del TSJ de Navarra que confirmó que se le reconociera el derecho al disfrute ulterior de las vacaciones a un trabajador que estando en IT durante dos años, no pudo disfrutar la vacaciones correspondientes; en la Sentencia de 13 de julio de 2010 se anula una STSJ de la Comunidad Valenciana denegando la pretensión de que se señale nuevo período de vacaciones que sustituya al fijado inicialmente y que no se disfrutó plenamente por causa de la IT iniciada antes; y en la Sentencia de 15 de noviembre de 2010 se expresa su disconformidad con una STSJ de Andalucía que estimaba que el deber legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado que se ciñe a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones.

## 12. MATERNIDAD

En la **STS de 15 de septiembre de 2010, IL J 1855**, se trata de una prestación de maternidad de la madre adoptiva casada con la madre biológica que había disfrutado del permiso de maternidad. Se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho de descanso por maternidad —el parto que generó el derecho de la madre biológica— y la adopción, situaciones ambas previstas en el artículo 48.4 del ET sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el recibo de la prestación por adopción.

Para la **STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2010, IL J 1789**, la razón de ser del permiso de adopción es que tiene como objetivo el hecho de que la persona adoptante y el niño adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia, circunstancia que no se produce aquí.

En el caso enjuiciado por la **STSJ de Murcia de 7 de julio de 2010, IL J 1544**, está la demandante expuesta a agentes biológicos, como matrona, en su atención a pacientes con enfermedades infecciosas, además, está sometida a un fuerte estrés laboral, por la necesidad de tomar decisiones de urgencia, la elevada carga de trabajo, trabajo nocturno, larga jornada de trabajo y falta de un espacio de privacidad para la lactancia, no consta la posibilidad de traslado. Hay informe favorable del médico de medicina del trabajo y del servicio de prevención de riesgos.

En el supuesto resuelto por la **STSJ de Valencia de 17 de junio de 2010, IL J 1533**, la contratación de la actora como limpiadora sólo obedecía al objetivo de obtener fraudulentamente una prestación por maternidad porque no existía una relación laboral real, aplicándose la situación tipificada en el artículo 133 quinquies de la LGSS.

De otro lado, en el caso de la **STS de 25 de mayo del 2010, IL J 1391**, cuando la trabajadora presenta el hecho nuevo y la solicitud de revisión por haber generado una base reguladora superior de la prestación por maternidad había pasado más de tres meses por lo que no le corresponde el derecho a la revisión solicitada.

En la **STSJ de Murcia de 7 de junio de 2010, IL J 1385**, en el puesto de trabajo al que se ha enviado a la trabajadora que es enfermera, no mantiene una bipedestación fija, tampoco maneja productos químicos y no está expuesta a riesgos biológicos lo que le excluye de los riesgos de una enfermera.

### 13. REGÍMENES ESPECIALES

#### A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STSJ de La Rioja, de 26 de mayo de 2010, IL J 1370**, se examina un supuesto en el que la Entidad gestora había denegado una pensión de jubilación en el RETA con base en que el sujeto afectado no reunía la carencia necesaria para el reconocimiento del derecho. El caso en sí no es muy original: se trata de aplicar la disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la LGSS en cuanto a la falta de validez de las cotizaciones correspondientes a un período anterior al alta; como finalmente hace la sentencia al recordar que si el alta es anterior a 1 de enero de 1994, y el hecho causante es posterior al inicio del año 1998, tales cotizaciones carecen de validez a los efectos de causar una prestación en el RETA. Lo que ocasiona una larga respuesta del Tribunal es la pretensión de la actora de revisar los hechos probados con base en unos informes de vida laboral en los que no se indica que la fecha del alta sea posterior a los períodos cotizados. El Tribunal considera que tales informes de vida laboral son meramente informativos de los datos que en ellos se expresan y que pueden ser contradichos por otros documentos, como, en este caso, es un informe de cotización integrado en el expediente administrativo en el que sí figura que el alta de la actora se produjo varios años después de los períodos por los que se cotizó fuera de plazo. Incidentalmente merece destacarse que la parte actora formuló una solicitud extemporánea de que, subsidiariamente, de no reconocerse la pensión de jubilación solicitada se le devolvieran las cotizaciones pagadas mediante un Convenio Especial, pretensión que es denegada por aparecer ahora en suplicación cuando no fue formulada en la instancia.

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 artículo 122 de la 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 incompati-

bilidad, también, cuando se trate de pensiones causadas en distintos regímenes, y con base exclusivamente cada una de ellas en 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 del 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 artículo 138.4 y la disposición adicional trigésimo 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.

La **STS de 19 de julio de 2010, IL J 1698**, analiza una petición, no acogida en la instancia, en la que un actor reclama a una empresa una elevada cantidad (más de seiscientos mil euros) en concepto de daños y perjuicios, correspondientes a las cotizaciones que el actor pagó al RETA cuando a la postre ha obtenido el actor una sentencia que dice que el encuadramiento debía haberse realizado en el Régimen general y, por ello, las cotizaciones debían haber sido pagadas mayoritariamente por la empresa. Lamentablemente el actor no aporta una sentencia de contraste válida, lo que impide al Tribunal sentenciar sobre el fondo, que es si se hallaba prescrita la posibilidad de reclamar a la empresa el resarcimiento por el daño patrimonial que sufrió el actor a consecuencia del incumplimiento empresarial de las obligaciones frente a la Seguridad Social. Pero *obiter dicta* aprovecha la Sala para indicar que dada la naturaleza tributaria de las obligaciones omitidas por la empresa, «es cuestionable que pueda incluirse en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores», pronunciamiento a retener para el caso de futuras reclamaciones similares.

#### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

#### 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

##### A) Competencia del orden jurisdiccional social

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2010, IL J 1377**, se atribuye a la jurisdicción laboral la competencia en la reclamación por la Mutua de la cantidad por incapacidad temporal, lo cual es independiente de si la empresa debe o no considerarse responsable o si el reintegro es procedente en el caso concreto.

##### B) Recurso de suplicación

Para la **STS de 24 de mayo de 2010, IL J 1239**, a la hora de analizar la competencia del recurso de suplicación hay que ver si se está ante una cuestión de afectación general notoria. La sentencia llega a la conclusión de que sí, puesto que el hecho de determinar si se computan como cotizados los meses en que prestó el servicio militar es una cuestión de relevancia notoria para la inmensa mayoría de pensionistas españoles.

En cuanto a la revisión de hechos probados, la **STSJ de la Rioja de 15 de abril de 2010, IL J 1321**, analiza un supuesto en el que se confirma la sentencia dictada en instancia y rechaza el recurso planteado, ya que el normal desarrollo de las funciones de operadora de limpieza resultan de imposible cumplimiento a la vista de las patologías físico-psíquicas que la trabajadora presenta.

En la **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2010, IL J 1595**, falta legitimación por parte de la mutua reclamante para poder recurrir, puesto que dicha mutua obtuvo ya una sentencia favorable, al haber desestimado la sentencia de instancia la demanda de la trabajadora por entender que ésta no se encontraba en un supuesto de Invalidez Permanente Total para su profesión habitual.

### C) Recurso de casación

Sobre la falta de contradicción en un recurso de casación para unificación de doctrina, pueden consultarse las **SSTS de 24 de junio de 2010, IL J 1406, y de 29 de junio de 2010, IL J 1430**, ambas sobre dos supuestos de jubilación, en las que se interpreta de forma rigurosa el requisito de contradicción.

### D) Principio de cosa juzgada

La **STS de 10 de mayo de 2010, IL J 1285**, recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que se contempla en la **STC 307/2006**, de 23 de octubre, en relación a si debe prevalecer el efecto material de la cosa juzgada o el principio de igualdad, en concreto en el caso de la cuantificación de la base reguladora de prestación vitalicia de un vendedor de la ONCE. Según la doctrina citada, no se admite que la existencia de una sentencia firme con valor de cosa juzgada pueda aceptarse como justificación objetiva y razonable de un trato desigual.

### E) Nulidad de actuaciones

Se declara nulidad de actuaciones en la **STS de 13 de julio de 2010, IL J 1687**, en la que se analiza un supuesto en el que se determina que, cuando la sentencia de instancia era firme —y así se había declarado—, la Sala de suplicación dictó sentencia, siendo que dicha Sala carecía de competencia funcional para dictar dicha resolución. Otro supuesto de nulidad de actuaciones se analiza también en la **STS de 13 de julio de 2010, IL J 1687**, en la que se declara el fallecimiento derivado de accidente de trabajo en la sentencia de instancia.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ  
IGNASI AREAL CALAMA  
CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA  
JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ  
NURIA PUMAR BELTRÁN  
SERGIO CANALDA CRIADO  
EUSEBI COLÁS NEILA



## X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

---

### SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. DESEMPLEO.

**A) Introducción.**

**B) Cuestiones generales.**

**C) Nivel contributivo.**

- a) Sujetos beneficiarios.
- b) Requisitos de acceso a la protección.
- c) Contenido y modalidades de la prestación.
- d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.
- e) Supuestos especiales.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

**D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.**

- a) Requisitos generales.
- b) Beneficiarios.
  - a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares.
  - b') Subsidio de prejubilación.
  - c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.
  - d') Otros Subsidios Especiales.
- c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.
- d) Compatibilidad e Incompatibilidades.

**E) Prestaciones accesorias y complementarias.**

**F) Gestión, Financiación y Pago.**

**G) Valoración Final.**

2. JUBILACIÓN.

**A) Jubilación contributiva.**

- a) Requisitos de acceso a la protección.

- b) Contenido de la prestación.
  - a') Base reguladora.
  - b') Cuantía de la prestación.
- c) Dinámica de la protección.
- d) Derecho transitorio.
- e) Jubilaciones anticipadas.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

**B) Jubilación no contributiva.**

- a) Situaciones protegidas.
- b) Requisitos generales.
- c) Cuantía y dinámica.
- d) Compatibilidad e incompatibilidades.

**C) Gestión, financiación y pago.**

**D) Previsión social voluntaria.**

- a) Mejoras voluntarias
- b) Planes de pensiones.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE.

**A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).**

- a) Concepto. Grados y baremos.
  - a') Criterios de valoración: los baremos.
  - b') Incapacidad permanente parcial.
  - c') Incapacidad permanente total.
  - d') Incapacidad permanente absoluta.
  - e') Gran invalidez.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Prestaciones económicas.
  - a') Clases y cuantía de las prestaciones.
  - b') Base reguladora de las prestaciones.
  - c') Responsabilidad del pago de las prestaciones.
- d) Dinámica de la protección.
- e) Compatibilidad e incompatibilidades.

**B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).**

- a) Concepto.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Cuantía de la pensión.

- d) Dinámica de la prestación.
- e) Compatibilidad e Incompatibilidades.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA.

**A) Requisitos del sujeto causante.**

**B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.**

- a) Viudedad.
- b) Orfandad.
- c) Pensión en favor de familiares.

**C) Cuantía de las pensiones.**

**D) Dinámica de la protección.**

**E) Régimen de incompatibilidades.**

---

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 9 a 16 del 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. DESEMPLEO

**C) Nivel contributivo**

*a) Sujetos beneficiarios*

En la **STSJ de Canarias de 17 de marzo de 2010, IL J 1659**, se resuelve acerca de la demanda presentada por la actora contra el INEM por entender que no tiene derecho a la protección por desempleo, por estar sus servicios encuadrados en Régimen General de la Seguridad Social cuando deberían estarlo en el Régimen Especial de empleados de hogar, y reclamarle las prestaciones concedidas como indebidas.

Si bien, teniendo en cuenta el contrato celebrado por las partes, las funciones de la actora (auxiliar de enfermera de una persona inválida irreversible, suministrarle medicación, ponerle inyecciones, tomarle la tensión, bañarle, darle masajes, ayudarle a comer y cualquier otra actividad propia de un servicio de enfermería) no constituyen funciones del objeto de las que realizan los empleados de hogar, ya que las tareas encomendadas son las típicas de una enfermera, aunque no tenga titulación, y tal situación no se encuentra en la relación laboral de tales empleadas, ya que los servicios no tienen el carácter de doméstico, por lo que la sentencia ha de ser revocada, al estar bien encuadrada en el Régimen General y tener derecho a las prestaciones que se le reclamaron indebidas.

*b) Requisitos de acceso a la protección*

En la **STSJ de Andalucía de 20 de mayo de 2010, IL J 1261**, se resuelve acerca de la consideración del período de excedencia voluntario y el período de excedencia maternal como situación asimilada al alta a efectos de la prestación por desempleo.

El artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, reguladora del permiso parental y por maternidad para el cuidado de hijos establece que «La situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 y 210 del TRLGSS, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa».

Lo cierto es que no cabe la retroacción respecto del período de excedencia voluntario, que no constituye situación asimilada al alta, no hallándose incluida entre las que como tales contempla el artículo 2 del RD 625/1985 o en la Ley 39/1999, por lo que, no siendo de aplicación la teoría del paréntesis al período último en que permaneció en excedencia voluntaria, resulta que, el cómputo realizado aplicando dicha teoría al período que en el total de 6 años a considerar permaneció en situación de excedencia por maternidad, y retrotrayendo el cálculo al período inmediatamente anterior a la excedencia maternal, arroja un resultado de 335 días que no alcanza los 360 exigidos para ser beneficiario de la prestación por desempleo.

*f) Compatibilidad e incompatibilidades*

En la **STSJ de Valencia de 15 de junio de 2010, IL J 1535**, se discute acerca de la compatibilidad de los salarios de tramitación con la prestación por desempleo.

Se le reconoce al actor una prestación por desempleo por la finalización de una relación laboral por despido con la empresa, despido que posteriormente es declarado improcedente condenando a la empresa a abonar la indemnización legal y el pago, en su caso, de los salarios de tramitación devengados.

Posteriormente se le reconoce al actor el derecho a un subsidio por agotamiento de la prestación contributiva.

Con base a estos hechos el SPEE dicta resolución acordando la revocación de las prestaciones por desempleo.

Según el Tribunal, la tesis del SPEE de declarar el cobro indebido de las prestaciones por desempleo con base en el artículo 209.5.a) y c) del TRLGSS no puede admitirse, pues se entiende que «la situación legal de desempleo se produce con el despido, conforme al artículo 208.1.c) del TRLGSS en relación con la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley 45/2002, y puede, por tanto, reconocerse desde ese momento», «en el caso de que exista período que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las presta-

ciones se producirá una vez transcurrido dicho período que deberá constar en el certificado de la empresa a estos efectos».

El actor, tras ser despedido, percibió prestación por desempleo, habiéndose dictado sentencia posterior en la que se declaraba la improcedencia del despido y posteriormente Auto acordando la extinción de la relación laboral ante la insolvencia de la empresa, condenando a la mercantil al abono de la indemnización y los salarios de tramitación a los que la empresa no hizo frente, siéndole reconocido al trabajador, por el FOGASA, el derecho a percibir en concepto de salarios de tramitación las cantidades correspondientes al período máximo de 150 días, por lo que concluye el tribunal que la resolución del SPEE, acordando revocar las resoluciones de reconocimiento del derecho del actor, no es conforme a derecho, pues siendo que el trabajador ha obtenido los salarios de tramitación del FOGASA, existe una incompatibilidad sobrevenida sólo en relación a los días de prestación efectivamente percibidos, lo cual no supone la revocación del reconocimiento del derecho del actor desde la fecha de inicio, sino el reajuste de la situación a que debe proceder el SPEE.

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) *Concepto. Grados y baremos*

a') Criterios de valoración: los baremos

Para realizar la comparación entre las limitaciones y los requerimientos de la profesión habitual, por «profesión habitual» (artículo 137.4 de la LGSS) debe entenderse, «no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en la movilidad función, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica. Y además, las tareas que han de analizarse en relación con las secuelas son las definidas para la categoría profesional en el correspondiente convenio colectivo, y no las que conforman un “puesto de trabajo” en determinada empresa, si son diferentes de aquéllas y que han sido precisamente el objeto de aseguramiento» [STSJ de La Rioja de 9 de abril de 2010, IL J 1319].

b) *Requisitos del beneficiario*

La carencia exigible para la prestación de IP se cubre, en principio, con las cotizaciones efectivamente realizadas hasta el momento del hecho causante, lo que es de aplicación a los supuestos de coincidencia del hecho causante con el dictamen emitido en el expediente de calificación o con la extinción de la IT, «debiendo hacerse excepción en los casos en que el hecho causante quede determinado al inicio de la baja médica, en cuyo caso habrán de tenerse en cuenta las cotizaciones correspondientes a la situación de incapacidad temporal y las posibles cotizaciones ficticias por no agotamiento del período máximo o de la prórroga» (*ex* artículo 4 del RD 1799/1985) [STS ud de 18 de mayo de 2010, IL J 1288].

c) *Prestaciones económicas*

a') Clases y cuantía de las prestaciones

El cálculo del complemento de la prestación por Gran Invalidez ha de realizarse conforme a las reglas del artículo 139.4 de la LGSS. De la lectura de este precepto no se desprende la interpretación de que el importe del complemento haya de entenderse referido al importe de un año, ni tampoco hace mención a que deba recalcularse teniendo en cuenta las pagas extraordinarias. El precepto es claro y terminante, hace referencia a los porcentajes del 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y al 30% de la última base de cotización del trabajador, sin ningún otro añadido ni consideración, por lo que ha de estarse a la literalidad del precepto [artículo 3.1 del C.c.) **[STS ud de 16 de junio de 2010, IL J 1279]**].

La **STS ud de 10 de junio de 2010, IL J 1430**, resuelve la cuestión de si un deportista profesional que sufre un accidente de trabajo, vigente su relación laboral especial, que termina apartándolo de la práctica del fútbol profesional, pasando a situación de IT que desemboca en la declaración de IP, habiéndose procedido a la extinción de su contrato de trabajo en el período intermedio, tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 13.d) del RD 1006/1985. Para el TS lo decisivo es que el contrato esté vigente a la fecha del accidente y no en el momento de la declaración de incapacidad, cuando a la fecha de extinción de la relación laboral el demandante se encontraba, de hecho, incapacitado para la práctica del deporte.

b') Base reguladora de las prestaciones

La «doctrina del paréntesis» se ha venido aplicando judicialmente para evitar perjuicios excesivos para los beneficiarios, que se derivaban de la imposibilidad, o de la extrema dificultad, en la que se encontraban algunos trabajadores para acreditar las denominadas carencias «cualificadas» exigidas por el artículo 138 de la LGSS cuando procedían de la antigua situación de invalidez provisional. Consistía en calcular la base reguladora de la prestación de IP —cuando en el período de cotización legalmente exigido existe un largo período de tiempo en el que no hubo obligación de cotizar, como sucedía en los supuestos de invalidez provisional— partiendo del día inmediatamente anterior al momento en que se produjo la situación que dio lugar a la exención del deber de cotización. El TS rechaza la aplicación de la «doctrina del paréntesis» a un supuesto por diversas razones: a) la IP que aquejaba al beneficiario no había estado precedida de la antigua situación de invalidez provisional; b) la situación de huelga en la que se mantuvo durante el período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la prestación no había sido prolongada (había durado un total de 20 días); y c) la exención del deber de cotizar, por más que corresponda al ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga, no es ajena a la voluntad del interesado, sino puramente voluntaria, como corresponde al ejercicio de cualquier derecho **[STS ud de 25 de mayo de 2010, IL J 1240]**.

d) *Dinámica de la protección*

La resoluciones, iniciales o de revisión, dictadas por el INSS en las que se reconozca el derecho a prestaciones de IP en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconoci-

do previamente, han de hacer constar el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión, por agravación o mejoría del estado invalidante (artículos 143 de la LGSS; 6.2 del RD 1300/1995 y 13.3 de la Orden de 18 de enero de 1996). Ahora bien, si la resolución administrativa inicial fue denegatoria de la solicitud de IP, no pudo fijar el plazo a partir del cual se pudiera instar la revisión por agravación o mejoría. Si luego es la resolución judicial la que declara al beneficiario afecto de una IP, sin fijar plazo para su revisión (ya que no está previsto que la resolución judicial que reconozca prestaciones de IP se pronuncie sobre dicho extremo), a la vista de la competencia del INSS en materia de incapacidad, se considera «ajustado a derecho el acto administrativo posterior en el que se fija el plazo a partir del cual se puede instar la revisión del estado incapacitante, sin perjuicio del ulterior control judicial del mismo». La Sala de lo Social del TSJ de Murcia argumenta que de «seguirse la tesis contraria se establecería un régimen diferente para las resoluciones administrativas y las judiciales que reconozcan el derecho a prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, pues mientras las primeras estarían sujetas a un plazo de revisión, las segundas no, interpretación que no resultaría acorde con los principios informadores del ordenamiento jurídico» [STSJ de Murcia de 7 de julio de 2010, IL J 1540].

e) *Compatibilidad e incompatibilidades*

La STS ud de 14 de julio de 2010, IL J 1691, reitera la argumentación para admitir la plena compatibilidad de la pensión por IPA-GI con el trabajo remunerado en jornada ordinaria. Los argumentos son los siguientes: a) las dificultades que entraña el juicio de IPA y los amplios términos del artículo 141.2 de la LGSS invitan a considerar que el maximalismo de la definición del IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo; b) no existe disposición legal alguna que se refiera a la exigencia de que las actividades sean «superfluas, accidentales o esporádicas»; c) la literalidad del precepto —artículo 141.2 LGSS/94— apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión [«las pensiones... no impedirán... aquellas actividades... compatibles»], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida; d) la remisión al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT; e) el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el artículo 35 de la CE y lo corroboran los artículos 141.2 de la LGSS, 2 del RD 1071/1984 y 18.3 de la OM de 18 de enero de 1996; f) la opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT [legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido] que al incapaz declarado en IPA [al que se le negaría toda actividad —e ingresos— extramuros de la marginalidad]; g) la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo —psicofísico— por parte del inválido; y h) el artículo 18.4 de la OMIL ha de ser considerado *ultra vires* respecto de la manifestación legal de compatibilidad que establece el artículo 141.2 de la LGSS [recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno] y —por lo mismo— sus prescripciones carecen de eficacia jurídica.

La **STS ud de 15 de julio de 2010, IL J 1695**, reitera los criterios generales a favor de la compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente generadas en distintos regímenes, como consecuencia de cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada uno de ellos para lucrarlas, por lo que no son aplicables ni el artículo 12 de la LGSS, ni la disposición adicional 38.<sup>a</sup> del mismo texto legal. Esta doctrina se asienta en los siguientes argumentos: a) los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen; b) la incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución; c) en caso de concurrencia de pensiones, lo «jurídicamente correcto» es reconocer «la nueva pensión», ya que así se permite que el asegurado ejercite el derecho de opción que le atribuye el artículo 122 de la LGSS; d) la misma naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan recibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que éstas pueden ser aprovechadas.

#### 4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

##### **B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos**

###### *a) Viudedad*

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de Seguridad Social, aunque con importantes limitaciones respecto de la pensión de viudedad derivada de matrimonio, añadió entre los beneficiarios de la pensión a las parejas de hecho, si bien lo hizo fijando un estricto concepto de ellas (a los exclusivos fines de esta pensión de Seguridad Social), además de excluyendo a muchas en base al criterio de tener un superior nivel de rentas; de estas uniones constituye un elemento básico, el requisito de convivencia estable y notoria —de análoga relación de afectividad a la conyugal—.

En efecto, el apartado 3 del artículo 174 regula otra vía de acceso a la pensión vitalicia de viudedad: la «pareja de hecho» que define el párrafo cuarto de este apartado. Dicho párrafo cuarto consta de dos incisos, que describe **la STS de 20 de julio de 2010, IL J 1800**: el primero de ellos se extiende desde el inicio del párrafo hasta el primer punto y seguido, y en él se describe qué es lo que se entiende, a efectos legales, por «pareja de hecho», así como el tiempo de permanencia en esta situación que se requiere para devengar la pensión por esta vía; y el segundo inciso (desde dicho primer punto y seguido hasta el final del párrafo), está encaminado a determinar cuál es la forma (o más bien el medio probatorio) que el legislador ha establecido para acreditar la existencia real de la expresada relación jurídica consistente en la pareja de hecho; pero queda lo suficientemente claro que la totalidad del párrafo cuarto del artículo 174.3 que comentamos está regulando, única y exclusivamente, la situación de pareja de hecho, sin referirse para nada a la matrimonial. Así lo pone indudablemente de manifiesto la dicción literal —«a efectos de lo establecido en este apartado»—, esto es, el apartado 3, con el que se inicia el párrafo.

La cuestión debatida en la **STS de 20 de septiembre de 2010, IL J 1826**, es la de si la acreditación de la «convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho», a los efectos

de obtener una pensión de viudedad, solamente es posible hacerla a través del certificado de empadronamiento, como podría desprenderse de una cierta interpretación de la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007 («pensión de viudedad en supuestos especiales»), en relación con el artículo 174.3, párrafo cuarto, de la LGSS, o si, por el contrario, puede acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, especialmente de carácter documental, y con entidad suficiente como para llevar a la Entidad Gestora o, en su caso, al juzgador a la convicción de la existencia de pareja de hecho con la duración requerida por la norma; la sentencia critica la redacción del precepto que mezcla circunstancias a acreditar pero que distingue instrumentos de acreditación; en efecto, en el mismo párrafo del precepto citado, se dice que «la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja»: como acertadamente concluye la citada sentencia, es evidente que tal prescripción legal entra en contradicción con cualquier interpretación que lleve a concluir que el certificado de empadronamiento es la única prueba admisible de la convivencia. Es claro que la inscripción o el documento público recién citados tienen mucho mayor valor jurídico que el certificado de empadronamiento que, al fin y a la postre, no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho —o de un matrimonio— sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión (en la misma línea la **STS de 6 de julio de 2010, IL J 1739**).

Dentro del propio párrafo cuarto del citado precepto, se habla de una «convivencia estable y notoria», pero es claro que lo notorio es lo que no necesita de prueba, aquello cuya real existencia se evidencia por sí misma, luego, dice la **STS de 14 de septiembre de 2010, IL J 1817**, mal se puede exigir simultáneamente que el hecho en cuestión se acredite exclusivamente mediante una prueba meramente formal como es el certificado de empadronamiento.

En definitiva, es claro que la existencia de una pareja de hecho puede acreditarse de muy diferentes maneras o a través de muy diversos instrumentos probatorios que, por otra parte, así lo recuerda la **STS de 12 de noviembre de 2010, IL J 1931**, pueden no ser exactamente coincidentes en todo el territorio español, dada la especificidad de determinadas Comunidades Autónomas, a cuya normativa propia se refiere también el artículo 174.3 de la LGSS.

Una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, la norma exige que ésta haya durado, al menos, cinco años para que el sobreviviente pueda lucrar la pensión de viudedad; como ha reiterado la jurisprudencia, se trata simplemente de un período de carencia —en el sentido más propio de la expresión, que no es equivalente a período mínimo de cotización—, pero nunca de un requisito de existencia de la pareja de hecho en sí misma considerada; y una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, su duración se verifica por el mero hecho del transcurso del tiempo, mientras la pareja de hecho no haya dejado de existir por cualquiera de las causas de separación que el ordenamiento jurídico prevea al respecto.

En cualquier caso, añade la misma jurisprudencia, la persistencia de la pareja de hecho durante los cinco años del período de carencia se podrá, a su vez, acreditar mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, especialmente de carácter documental, que tenga entidad suficiente y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de los componentes de la pareja.

El derecho a la pensión de viudedad en las singulares situaciones matrimoniales en las que el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración, el derecho se condiciona (artículo 174 de la LGSS) a haber acreditado un período de convivencia «en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado tercero, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años»; la jurisprudencia vuelve a reiterar acertadamente —**STS de 17 de noviembre de 2010, IL J 1934**— que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el, expresamente citado, requisito de la convivencia (por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio), a justificar por el correspondiente empadronamiento (u otro singular medio de prueba), sin que en forma alguna sea también exigible (para esa convivencia prematrimonial), el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la pareja de hecho cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser (acreditación fehaciente del compromiso de convivencia) ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior, porque se trata de supuestos distintos con requisitos distintos: vía matrimonial para el acceso a la pensión de viudedad o vía unión de hecho.

M.<sup>a</sup> 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. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN.
  3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
    - A) **Procedimiento administrativo sancionador.**
    - B) **Actos de la Inspección de Trabajo.**
      - a) Requisitos.
      - b) Presunción de certeza.
    - C) **Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias.**
      - a) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales.
      - b) Infracciones en materia de Seguridad Social.
- 

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objeto de la presente crónica sobre Derecho Administrativo Laboral es informar sobre las novedades que, en el último período, han aparecido en esta materia, tanto a nivel normativo como judicial.

a) En el primer terreno se han producido sustanciosas innovaciones normativas.

La primera ha sido la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, mediante el que, entre otras muchas previsiones, se regulan las consecuencias sancionadoras que comporta el incumplimiento por la persona demandante de empleo del denominado «Acuerdo Personal de Empleo»: por un lado, se incorpora una nueva letra c) al artículo 17.1 de la LISOS, mediante la que se tipifica como infracción leve de los trabajadores «no cumplir las exigencias del Acuerdo Personal de Empleo, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve o grave en este artículo»; por otro lado, debe tenerse en cuenta que la anterior previsión se encuentra en conexión con el nuevo artículo 19 septies introducido por el citado Real Decreto Ley

en la Ley 56/2003 de empleo, en cuyo apartado 3 se añade que «a estos efectos, los incumplimientos por parte de personas que sean beneficiarias de prestaciones y subsidios por desempleo supondrán un incumplimiento del compromiso de actividad suscrito por las mismas» —*cf.* artículo 24.3.c) de la LISOS—.

Con posterioridad, la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, ha incidido, también, de forma considerable en el régimen de infracciones y sanciones tipificado en la LISOS. De entrada, este Real Decreto-Ley permite que los empresarios que ocupen trabajadores de manera irregular por no haber solicitado su afiliación inicial o alta en la Seguridad Social podrán regularizar su situación hasta el 31 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en la propia norma: pues bien, en conexión con ello, su artículo 3 dispone que estas situaciones de hecho relativas a los trabajadores afectados por la regularización «no podrán ser objeto de las sanciones administrativas» que estén previstas en la LISOS, si bien la anterior exclusión «no resultará aplicable cuando ya se hubiere iniciado una actuación en la empresa en materia de seguridad social, que tenga por objeto o afecte a las situaciones de hecho referidas... o hubieren tenido entrada en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social denuncias, reclamaciones o escritos de cualquier naturaleza relacionados con tales situaciones en la misma empresa, o demandas ante la Jurisdicción Social». Asimismo, el artículo 6 del RDL 5/2011 introduce modificaciones tanto en las infracciones de los empresarios en materia de Seguridad Social, como en su régimen sancionador, con vigencia desde el 1 de agosto de 2011 (*cf.* disposición final 4.<sup>a</sup>). En cuanto al primer aspecto, se reforma la redacción del artículo 22.2 de la LISOS y se incorpora el nuevo artículo 22.11 de la LISOS —ambos ilícitos con relación a las obligaciones de afiliación y alta—; e, igualmente, se añade un nuevo artículo 22.12 de la LISOS —en este caso, con relación a las contrataciones de propia actividad o de prestación de servicios continuada, tipificando como infracción grave la conducta de la empresa principal de no comprobar previamente la afiliación y alta de los trabajadores que las empresas contratistas ocupen, en coherencia con la obligación establecida en el artículo 5 del RDL—. Por lo que se refiere a los cambios habidos en las sanciones tipificadas, se añaden dos nuevos apartados e) y f) y un párrafo final al artículo 40.1 de la LISOS, con relación a las multas que proceden por las infracciones previstas en los artículos 22.2 y 23.1.a) de la LISOS y por la obstrucción a su comprobación, al tiempo que se habilita la posibilidad de hacerlas públicas con el alcance que determina esta nueva regulación; igualmente, también se modifica el tenor del artículo 46 de la LISOS, por el que, recordemos, se establecen sanciones accesorias a los empresarios por las infracciones tipificadas en los artículos 16, 23, y, ahora también, 22.2 de la LISOS: no obstante, con relación a este nuevo régimen sancionador, y en coherencia con lo dicho respecto a su entrada en vigor, la disposición transitoria única del RDL 5/2011 advierte que «las infracciones cometidas hasta el 31 de julio de 2011 se sancionarán conforme a las cuantías y se someterán al régimen de responsabilidades vigente con anterioridad a dicha fecha». Por último, por lo que se refiere a las prohibiciones a la posibilidad de contratar con el sector público, se modifica el texto del artículo 49.1.c) de la Ley 30/2007, que ahora pasa a incluir en su listado a las personas que hayan sido sancionadas por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 de la LISOS (artículo 7 del RDL 5/2011).

Asimismo, junto a las anteriores, se han producido otras modificaciones normativas a nivel reglamentario en materias diversas. De una parte, a través del RD 1366/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales y se produce una nueva reestructuración de los órganos superiores y directivos del Ministerio de Trabajo e Inmigración (artículo 8). De otra, hay que hacer mención a la Orden TIN/2777/2010, de 29 de octubre, por la que se modifica la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004), y donde, entre otras novedades, se incorpora el artículo 36 bis de la Orden TAS/1562/2005, en materia de actas de liquidación por aplicación indebida de las bonificaciones en la cotización previstas para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional para el empleo.

b) A nivel judicial, a continuación se comentan los pronunciamientos judiciales de mayor interés que, en el ámbito administrativo laboral, aparecen publicados en los números 9 a 16 de 2010 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, así como, también, algunas otras sentencias que en esta misma materia han sido dictadas por nuestros tribunales en los meses de septiembre y octubre de 2010. Sin duda, por su origen, de entre todo este material debe destacarse la **STC 39/2010, de 19 de julio, IL J 1632**, sobre el alcance del derecho de impugnación que corresponde a los sujetos que asumen una responsabilidad derivada respecto a las deudas por cotizaciones a la Seguridad Social.

## 2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

En efecto, en este apartado, interesa prestar especial atención a la ya citada **STC 39/2010, de 19 de julio, IL J 1632**, mediante la que se resuelve el recurso de amparo presentado frente a una sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que se había confirmado el acto de derivación de responsabilidad solidaria por cotizaciones a la Seguridad Social que se había impuesto a una empresa como consecuencia de haber llevado a cabo una sucesión empresarial y que tenía origen en unas actas extendidas por la Inspección de Trabajo. La empresa afectada alega la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por entender que el órgano judicial se había negado a darle respuesta sobre si resultaba o no exigible la deuda cuya responsabilidad solidaria se le había derivado, lo que considera restringe su derecho de defensa. Con relación a esta cuestión, el Tribunal Constitucional entiende que, efectivamente, procede conceder el amparo por cuanto negar a la empresa la posibilidad de discutir la existencia y contenido de las liquidaciones —y sólo permitirle cuestionar la validez del acto declarativo de la responsabilidad solidaria— supone un irrazonable obstáculo a su derecho a acceder a la jurisdicción y obtener una resolución sobre el fondo del asunto. En tal sentido la sentencia razona que la oposición judicial a la pretensión de la empresa no puede fundarse en la firmeza del acto de liquidación no impugnado en tiempo y forma, pues no pueden hacerse recaer sobre la empresa sucesora las consecuencias derivadas de la pasividad o falta de diligencia del deudor principal en la impugnación de los actos liquidatorios:

«No cabe duda de que la negativa del órgano judicial de entrar a conocer sobre los vicios que la entidad actora imputaba a las deudas que eran objeto de derivación, sobre la base, según apunta, de la conocida teoría general del Derecho relativa a la naturaleza de los actos administrativos firmes y sus efectos jurídicos (firmeza que le atribuye a los actos de liquidación de las deudas contraídas por la deudora principal), que sólo conferiría a la entidad recurrente el derecho a cuestionar la validez del acto declarativo de la responsabilidad solidaria y del procedimiento seguido a estos efectos, pero no el contenido de unas liquidaciones que debía haberlas impugnado el deudor principal en el momento de su notificación, sólo puede calificarse como manifiestamente irrazonable, no sólo por haber convertido la aplicación de la legalidad en una mera apariencia, sino por haber obstaculizado de manera desproporcionada, sin fundamento legal que lo justifique, el derecho del recurrente en amparo de acceso a la jurisdicción con la finalidad de que el órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre el fondo de la cuestión a él sometida.

En efecto, desde el plazo de la pura legalidad el responsable solidario —por sucesión en la titularidad de una empresa— queda subrogado, no sólo en las obligaciones, sino también en los derechos del titular anterior o deudor principal (arts. 44.1 Real Decreto Legislativo 1/1995 y 37.4 Ley 230/1963), atribuyéndosele, con carácter general, el ejercicio de todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación (artículo 1148 Código civil), razón por la cual debe notificársele, no sólo el acto de derivación de responsabilidad, sino también los elementos esenciales de la liquidación (artículo 11.1 Real Decreto 1637/1995), indicándosele el recurso procedente (artículo 11.1 Real Decreto 1637/1995), que puede ser ejercido tanto contra la liquidación que le ha sido practicada a él como contra la extensión y fundamento de la responsabilidad que se le deriva (arts. 174.5 Ley 58/2003 y 12 Real Decreto 1684/1990). Parece evidente, entonces, que al responsable no se le deriva una liquidación firme y consentida por el obligado principal y, en consecuencia, inimpugnable al momento de la derivación, sino que lo que se le deriva es la responsabilidad de pago de una deuda, frente a la cual y desde el mismo instante en que se le traslada, se le abre la oportunidad no sólo de efectuar el pago en período voluntario, sino también de reaccionar frente a la propia derivación de responsabilidad, así como frente a la deuda cuya responsabilidad de pago se le exige.

No hay que olvidar que una conducta pasiva del deudor principal frente a las pretensiones liquidatorias o recaudatorias administrativas, haciendo dejación de su derecho a reaccionar en tiempo y forma contra los actos de liquidación, dejaría inerte al responsable solidario o subsidiario, al condicionar el ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción en petición de nulidad de la deuda que se le deriva, de la actitud procesal diligente del deudor principal que la deja impagada. La teoría a la que apela el órgano judicial para justificar su decisión de no entrar a conocer de las quejas de la parte actora, relativa a las consecuencias de la firmeza de los actos administrativos no impugnados en tiempo y forma, puede predicarse de quien con su actitud consintió con los mismos, pero en modo alguno se puede trasladar a quien, por el incumplimiento del deudor principal, se ve colocado en su lugar y compelido al pago. Si la carga del responsable es concurrir al pago de la deuda de un tercero por las especiales circunstancias que, de acuerdo con las Leyes, le unen a él y le obligan a colocarse en su lugar, no es dado añadirle la carga, a modo de retribución por una conducta ilícita, de no poder reaccionar, con todos los medios a su alcance, frente a los actos que se le derivan y cuya responsabilidad se le exige.

Esta es, por otra parte, la postura asumida por este Tribunal desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales, pues ya hemos tenido ocasión de reconocer a los

responsables “el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses”, de manera que, como consecuencia de la resolución de los recursos o reclamaciones que aquéllos interpongan, pueda revisarse “el importe de la obligación del responsable” (F. 7), considerando este Tribunal la negativa del órgano judicial a controlar las liquidaciones de las que traía causa la responsabilidad derivada como una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), causante de una auténtica indefensión, por tener su origen inmediato y directo en un acto del órgano judicial (STC 85/2006, de 27 de marzo, F. 7, con relación a la derivación de responsabilidad subsidiaria de una entidad mercantil a sus administradores en materia de sanciones tributarias, en cuanto se les hace responsables del pago de las sanciones tributarias impuestas por las conductas infractoras cometidas por dicha sociedad)».

Por lo demás, y aun cuando no presentan carácter novedoso, cabe hacer mención a las **SSTS, S. 3.<sup>a</sup>, de 9 de marzo de 2010, IL J 1892, y de 28 de septiembre de 2010**, recud. núm. 16/2010, en las que, con ocasión de la impugnación de una resolución administrativa dictada en materia de actas de liquidación, de nuevo se vuelve a recordar la conocidísima doctrina sobre los criterios de determinación de la cuantía a efectos de acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina. Por tratarse de una cuestión de habitual comentario en estas crónicas, baste, pues, con reproducir las consideraciones de la última de las sentencias citadas, en que se sintetizan y aplican las comentadas reglas de cuantificación:

«Por tanto, como establece el apartado 3 del artículo 96, sólo son susceptibles de aquel recurso las sentencias contra las que no quepa el recurso de casación ordinario y, además, siempre que su cuantía exceda de 18.000 euros.

También es preciso tener en cuenta que, en aplicación de la regla contenida en el artículo 41.3 de la LRJCA, en los casos de acumulación o de ampliación de pretensiones —es indiferente que tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional— aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación, a lo que debe añadirse que, con arreglo al artículo 42.1.a) de la misma Ley, para fijar el valor de la pretensión se tendrá en cuenta el débito principal (cuota), pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél. [...]

En el caso que nos ocupa, aunque la Sala de instancia fijó la cuantía en indeterminada, sin embargo la misma es susceptible de cuantificación y viene determinada por el importe total de las liquidaciones impugnadas, que ascienden, excluido el 20% de recargo de mora, a 9.287.139 pesetas, 17.210.666 pesetas, 15.481.094 pesetas y 24.410.948 pesetas, por lo que el recurso en apariencia sería admisible de recurso de casación para unificación de doctrina por razón de la cuantía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96.3 de la Ley Jurisdiccional.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es doctrina reiterada de este Tribunal que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración, a los efectos que aquí interesan, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos. [...] En el caso examinado, ninguna de las cuotas mensuales rebasaría la cantidad de 18.000 euros, teniendo en cuenta que la liquidación del año 1996, por importe

de 9.287.139 pesetas, abarca el período del 1 de julio al 31 de diciembre de 1996, y que las demás liquidaciones abarcan doce meses cada una de ellas, por lo que razonablemente ninguna de las cuotas mensuales de las liquidaciones impugnadas podría ser superior al límite exigido para el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina y, en consecuencia, procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso de casación».

### 3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Procedimiento administrativo sancionador

En este punto, hay que destacar la **STSJ Cataluña de 6 de mayo de 2010, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 2325**, que, junto a otras aportaciones que se comentan en el apartado de infracciones [*infra*, 3.C).a)], efectúa un par de consideraciones de interés. De una parte, se pronuncia sobre el trámite de audiencia previsto en el artículo 18.4 del RD 928/1998, destacando que éste sólo resulta preceptivo cuando de lo instruido se desprendan hechos distintos a los reseñados en el acta: y, en concreto, en el caso enjuiciado considera que no concurre este presupuesto cuando la Inspectora, en su informe ampliatorio y sin alterar los hechos, se limita a proponer una reducción de la sanción por cambio en la calificación de la infracción imputada, al margen de que también se resalta que, conforme a doctrina del Tribunal Constitucional, la lesión del derecho de defensa no deriva de la mera existencia de un defecto procedimental, sino que es necesario que éste se haya traducido en indefensión material —exigencia que, en este caso, no queda acreditada, a la vista de las posibilidades para formular alegaciones de que ha dispuesto el interesado—. De otra parte, la sentencia también se ve en la necesidad de reflexionar sobre el artículo 20.3 del RD 928/1998, por el que, recordemos, a efectos del plazo de caducidad del procedimiento administrativo, se excluye el cómputo de las situaciones de suspensión: al respecto, hay que tener en cuenta que se trataba de un supuesto en que, inicialmente, la Administración había revocado unas resoluciones sancionadoras previas por vulneración del artículo 3 de la LISOS —que impone la suspensión del procedimiento administrativo en tanto no recaiga resolución que ponga fin al proceso penal—, ordenando la retroacción de las actuaciones y acordando la indicada suspensión; pues bien, ante estas circunstancias, la sentencia declara que dicha resolución de revocación por la que se acuerda la suspensión surte efectos, no desde su emisión, sino con carácter *ex tunc*, esto es, con efectos retroactivos desde la fecha de emisión del acto revocado, lo que lleva a no considerar caducado el procedimiento.

Por lo demás, aun cuando no referidas estrictamente al procedimiento administrativo sancionador, sino a la fase de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de una resolución sancionadora, cabe hacer mención a las **SSTS, S. 3.<sup>a</sup>, de 9 de marzo de 2010, IL J 1891 y 1894**, en las que se reitera jurisprudencia respecto al tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 en los procesos que estuvieran pendientes de tramitación ante ellas antes de tal fecha y que versen sobre materias que, tras las modificaciones introducidas por esta Ley en el artículo 8 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, sean competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. En concreto, estas sentencias recuerdan que «dichas resoluciones no son susceptibles de recurso de casación, ni ordinaria ni para la

unificación de doctrina, *ex* artículos 8.2.b), 86.1, 96.1 y disposición transitoria tercera de la Ley de esta Jurisdicción y disposición transitoria décima de la Ley Orgánica 19/2003».

## B) Actas de la Inspección de Trabajo

### a) *Requisitos*

En relación con las exigencias de formalización de las actas de infracción (artículo 53 de la LISOS y artículo 14 del RD 928/1998), la **STSJ Castilla y León/Burgos de 30 de septiembre de 2010**, Sala Contencioso-Administrativo (rec. 28/2010), pone de relieve que, en el caso enjuiciado, la descripción escueta y poco precisa de los hechos —en concreto, indicar simplemente que los trabajadores están realizando labores propias de la construcción, sin especificar éstas— no es causa de nulidad del acta, dado que queda constatado que la empresa conocía el contenido de esa prestación y que, por tanto, no se le ha causado indefensión.

### b) *Presunción de certeza*

Bastante más voluminoso es el número de pronunciamientos judiciales que se detienen a examinar el valor probatorio de las actas de infracción extendidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En varias de ellas se efectúa un repaso general de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los distintos aspectos que giran en torno a la presunción de veracidad concedida a las actas inspectoras —principalmente, su fundamento, su alcance y su carácter *iuris tantum*— [v. gr. **STSJ de La Rioja de 11 de marzo de 2010, Sala Social, IL J 1241** —con relación a un procedimiento sobre recargo de prestaciones—; **STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2010, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 2325** —en un procedimiento sancionador—; o **STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2010, S. Social** (rec. 2774/2010) —en el marco de un procedimiento de oficio—]. La aplicación concreta de esta doctrina se ve a su vez reflejada en otras sentencias diversas.

Así, en la medida en que no existe constatación directa por parte de la Inspección de Trabajo, la **STSJ Castilla y León/Burgos de 30 de septiembre de 2010**, Sala Contencioso-Administrativo (rec. 28/2010), niega presunción de certeza a un acta en la que únicamente se relatan hechos percibidos por funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, sin que en el expediente administrativo conste el acta levantada por esta Brigada, sino sólo su comunicación. No obstante, la sentencia es interesante por cuanto sirve para poner de relieve que la negación de presunción de veracidad al acta no es óbice para confirmar la infracción administrativa, dado que su acreditación puede producirse a través de otros medios de prueba —en especial, en el caso, mediante la testifical practicada en autos—. En este último sentido, la sentencia recuerda, además, que para constatar la existencia del ilícito imputado es válida la prueba de indicios, sin que, en este caso, sea exigible una prueba total y absoluta de la dependencia y ajenidad requerida por el artículo 1.1 del ET.

Por su parte, con ocasión de un procedimiento de oficio, la **STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 2010**, Sala Social (rec. 187/2010), aplica el criterio legal y jurisprudencial de que la presunción de certeza sólo alcanza a los hechos constatados por los funciona-

rios de la Inspección de Trabajo, pero no a las conclusiones y juicios de valor recogidos por éstos en el acta de infracción [disposición adicional 4.2 de la Ley 42/1997 y artículo 148.2.d) de la LPL]. En este caso, la idea se recuerda respecto a la declaración incluida en el acta de que se había producido una «cesión ilegal» de trabajadores, infracción ésta que, además, no queda confirmada tras la valoración conjunta de la prueba efectuada por el órgano judicial.

Además de reiterar la anterior consideración, la **STSJ Asturias de 16 de julio de 2010, IL J 1949**, pone de relieve que a la hora de «medir la credibilidad que merecen los hechos plasmados en el acta, se ha de valorar la proximidad o inmediación temporal y física que los órganos inspectores han mantenido con dichos hechos»; y, en el caso enjuiciado, se tiene en cuenta que la visita de la Inspección de Trabajo se giró cuatro meses después de haberse producido el accidente objeto de consideración, lo que, entre otras razones, contribuye a concluir que el siniestro no se produjo en el modo descrito en el acta.

Por último, sobre el carácter *iuris tantum* de la presunción de certeza incide la **STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2010**, Sala Social (rec. 5473/2010), con relación a un procedimiento de oficio iniciado a partir de la extensión de un acta de infracción —acompañada de acta de liquidación— por falta de alta de trabajadores a la Seguridad Social, y en el que se trata de determinar la laboralidad o no de la prestación de servicios. Al respecto, la sentencia pone de manifiesto que la presunción de veracidad de las actas sólo debe ceder cuando el interesado aporta pruebas consistentes y fehacientes que demuestren el error del Inspector, y en relación con el caso enjuiciado, considera que, a estos efectos, constituyen prueba insuficiente para desvirtuar tal presunción las declaraciones realizadas en interrogatorio en juicio-confesión por parte del propio trabajador vinculado a la empresa sancionada, cuya prestación de servicios había generado el conflicto.

### C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

#### a) *Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales*

En relación con esta materia, de entrada debe destacarse la ya citada **STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2010, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 2325**, mediante la que se confirma la sanción impuesta por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 13.8.b) de la LISOS: en concreto, el ilícito deriva de la falta de presencia de los recursos preventivos en unas obras de construcción en que la entidad sancionada actúa como empresa principal en una contrata y se le imputa la infracción a título de culpa *in vigilando*. Al margen de los aspectos procedimentales ya destacados en el apartado oportuno, la sentencia aporta algunas otras consideraciones que resultan de interés. De un lado, descarta que nos encontremos ante un tipo y norma sancionadora en blanco, considerando que, al tiempo de su aplicación, existía el debido desarrollo reglamentario al que hace referencia el precepto respecto a la determinación de las actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. De otro, ante la alegación de la empresa derivada del inicio de actuaciones penales por el delito previsto en los artículos 316 y 317 del CP, el Tribunal Superior de Justicia niega la vulneración del principio *non bis in idem* en los términos que a continuación se exponen, por cuanto los bienes jurídicos protegidos son diferentes:

«no puede ser admitido el motivo indicado, puesto que la sentencia recurrida, [...], constata que en vía penal las actuaciones se seguían por un presunto delito contra la seguridad del trabajo previsto en los artículos 316 y 317 del CP, mientras que en el expediente administrativo se sancionan los incumplimientos de las medidas de seguridad y salud en las obras de construcción, conforme al artículo 32 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, es decir, que los bienes jurídicos protegidos son diferentes, al referirse los primeros a la protección de la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores, mientras que los segundos protegen la seguridad en el trabajo, sancionándose en este caso a la empresa recurrente por la falta de presencia de recursos preventivos, de tal forma que a diferencia de la vía penal, aunque en vía administrativa no exista puesta en peligro para la vida, salud o integridad física de los trabajadores o no se produzca un resultado lesivo para los mismos, si faltan medidas de seguridad o en este caso recursos preventivos, por razón de riesgos laborales, se estaría en presencia de una sanción administrativa, por lo que claro está que no concurre la identidad predicada para entender aplicable la argumentación expuesta sobre la infracción del principio non bis in ídem».

No está de más en este punto hacer también referencia a la **STS de 9 de febrero de 2010, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 1886**. En realidad, la sentencia no hace aportaciones de fondo, pues desestima el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción, en tanto considera que el hecho de que la sentencia recurrida y la de contraste lleguen a fallos diferentes obedece a una valoración de la prueba específica en cada caso, que no puede ser objeto de unificación. Sin embargo, a partir de esta razón por la que se desestima el recurso, sí resulta de interés remarcar la dificultad aplicativa que comporta la tipificación de algunas infracciones en materia de prevención de riesgos: en concreto, así se desprende de las sentencias confrontadas, mediante las que se deduce que, en determinados ilícitos, la calificación de una misma conducta —en este caso, la no utilización del cinturón de seguridad— debe determinarse previa ponderación de las circunstancias del caso, de ahí que en una de las resoluciones se acabe negando su consideración como infracción muy grave porque los hechos concurrentes no permiten apreciar una situación de riesgo grave e inminente, y en la otra se llegue a la solución contraria porque se aprecia que esta falta sí provoca un riesgo de caída o accidente inminente.

#### *b) Infracciones en materia de Seguridad Social*

En este apartado interesa destacar la **STSJ Murcia de 15 de julio de 2010, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 2224**, dictada con ocasión de un acta de liquidación y un acta de infracción extendidas simultáneamente por los mismos hechos: en concreto, las actas se practicaron por diferencias de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, respecto a trabajadores con la categoría de «conductor repartidor de botellas de butano», a los que, a efectos de las primas para cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se les venía encuadrando en el epígrafe 108 del anexo I del RD 2930/1979, y, sin embargo, la Administración aduce que el epígrafe aplicable es el 111, relativo al «transporte de materias corrosivas e inflamables» (artículo 22.3 de la LISOS). Con relación al supuesto, la sentencia acaba ratificando la resolución administrativa que confirmaba la liquidación y sanción practicada, en virtud de diversos argumentos. Por una parte, y frente a la alegación de la empresa, se aclara que, en este último epígrafe, la

referencia al transporte de materiales «corrosivos e inflamables» debe entenderse, no como requisitos acumulativos, sino como dos tipos distintos de materias a transportar, por lo que a efectos del ilícito que ahora nos ocupa basta con constatar que se trata de materiales inflamables. Por otra parte, y aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia señala la intrascendencia de que pueda haber sido la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales la que erróneamente haya determinado un determinado epígrafe de la tarifa de primas. Por último, se descarta también la alegación de que no existía culpabilidad de la entidad sancionada, pues se entiende que «la aplicación del epígrafe 111 no conllevaba la previa realización de una ardua tarea de interpretación por parte de la empresa», por lo que no se aprecia error en ésta, al ser conocedora del transporte de materiales inflamables.

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) **De los tribunales españoles. Despido de dos empleados que trabajaban en el extranjero.**
  - B) **Incapacidad temporal. Reclamación de la Mutua contra la empresa.**
  - C) **Relación laboral: comercial.**
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
  - A) **Vulneración por un trabajador del derecho al honor de otro.**
  - B) **Empresa en concurso. Acciones individuales del artículo 50.1.b) del ET.**
  - C) **Salarios de tramitación. Deducciones de IRPF y seguridad social.**
4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. PRESENTACIÓN DE PAPELETA EN OTRO ÓRGANO ADMINISTRATIVO.
5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. CITACIÓN EN DOMICILIO INCORRECTO.
6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.
7. EXCEPCIONES.
  - A) **Caducidad.**
  - B) **Cosa juzgada.**
  - C) **Prescripción.**
  - D) **Inadecuación de procedimiento.**
  - E) **Falta de legitimación activa.**
  - F) **Litispendencia.**
8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA.
  - A) **Carga de la prueba.**
  - B) **Diligencias finales o para mejor proveer. Posterior denegación.**
9. SENTENCIA. INCONGRUENCIA.
10. AUDIENCIA AL REBELDE.
11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.
  - A) **Contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida. Despido objetivo improcedente.**

- B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización.
- C) Prestación por desempleo y salarios de tramitación.
- D) Exención.
- E) Incapacidad temporal y salarios de tramitación.
- F) Responsabilidad del Estado.
- G) Pluriempleo con anterioridad al despido.
- H) Despido improcedente durante excedencia voluntaria.
- I) No cabe su actualización.

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

- A) Afectación general.
- B) Falta de legitimación.
- C) Requisitos de la consignación en condena solidaria.
- D) Cuestión nueva.
- E) Inadmisión.
  - a) Falta de consignación. Salarios de tramitación.
  - b) Por razón de la materia. Conciliación vida personal, familiar y laboral.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN.

14. RECURSO DE CASACIÓN. FALTA DE CONTENIDO CASACIONAL.

15. RECURSO DE REVISIÓN. NECESARIO AGOTAMIENTO DE LOS CAUCES DE IMPUGNACIÓN.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. NO CABE CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA EN EJECUCIÓN.

-----

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 9 a 16 (ambos inclusive) del año 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) **De los tribunales españoles. Despido de dos empleados que trabajaban en el extranjero**

La STSJ de Valencia de 13 de abril de 2010, IL J 1706, declara la competencia de los tribunales españoles del Orden Social para conocer del despido de dos trabajadores que celebraron su contrato de trabajo con la oficina londinense de una empresa española, percibían su salario en libras y cotizaban en el Reino Unido. La sentencia hace referencia al artículo 19 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, y concluye

que los tribunales españoles son competentes para conocer de la demanda por despido, ya que la empresa empleadora estaba domiciliada en España.

### **B) Incapacidad temporal. Reclamación de la Mutua contra la empresa**

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2010, IL J 1377**, contempla el supuesto de un empleado en situación de incapacidad temporal que es despedido y al que en el proceso de despido se le reconoce un salario superior al que venía percibiendo, con las correspondientes implicaciones respecto de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal —superior a la que venía aplicándose—. La sentencia declara la competencia del Orden Social para conocer de la demanda presentada por la Mutua contra la empresa, en reclamación de la diferencia entre el importe del subsidio abonado en pago directo por la Mutua (que aplicó la mayor base reguladora resultante del mayor salario reconocido judicialmente) y el que hubiera correspondido si se hubiese aplicado la base reguladora resultante del salario inferior.

### **C) Relación laboral: comercial**

La **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010, IL J 1497**, declara la competencia del Orden Social para conocer de la demanda de despido de un comercial, aun cuando éste llevaba a cabo su cometido con su propia cartera de clientes, sin sometimiento a un horario fijo y con libertad para fijar las visitas, gestiones y pautas a seguir. La sentencia considera que la libertad en el desempeño del trabajo es inherente a la actividad comercial, por lo que la forma en que se presta el servicio no es obstáculo para calificar la relación como laboral, teniendo en cuenta que, en este caso, el comercial no contaba con una organización empresarial propia (utilizaba el teléfono, fax, ordenador y demás elementos de la empresa) y no respondía del buen fin de las operaciones.

## **3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA**

### **A) Vulneración por un trabajador del derecho al honor de otro**

La **STSJ de Baleares de 29 de abril de 2010, IL J 1724**, declara que el Orden Social únicamente es competente para conocer de conflictos entre los trabajadores cuando forman parte de la relación de trabajo, como es el caso de conflictos derivados de preferencias en materia de llamamiento o vacaciones. Por el contrario, el Orden Social no resulta competente para conocer de conflictos que surgen en las relaciones privadas de los trabajadores al margen de la relación de trabajo y sin intervención alguna directa o indirecta de la empresa, aun cuando tal conflicto se manifieste en el lugar de trabajo. Por tal motivo, la sentencia desestima la demanda de un empleado que consideraba que un compañero de trabajo había vulnerado su derecho al honor.

### **B) Empresa en concurso. Acciones individuales del artículo 50.1.b) del ET**

Se analiza en la **STSJ de Valencia de 15 de junio de 2010, IL J 1538**, la competencia de la jurisdicción social para conocer de las demandas individuales interpuestas por siete empleados, con base en el artículo 50.1.b) del ET, en un supuesto en el que la empleadora estaba en concurso y había tramitado un despido colectivo ante los juzgados de lo mercan-

til. El TSJ declara que, tal y como establece el artículo 64 de la Ley Concursal, es el juez del concurso quien debe tramitar los expedientes de extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso. De esta forma, dado que las acciones individuales presentadas al amparo del artículo 50.1.b) del ET tenían, en este caso, la consideración de extinciones colectivas (por alcanzar los umbrales numéricos establecidos en el artículo 64.10 de la Ley Concursal), la sentencia declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de tales demandas.

### C) Salarios de tramitación. Deducciones de IRPF y seguridad social

En un supuesto en el que empresa y trabajador alcanzaron un acuerdo judicial acordando el pago al trabajador de unas cantidades determinadas, con indicación de los importes brutos y netos, la **STSJ del País Vasco de 23 de marzo de 2010, IL J 2257**, considera que la jurisdicción social es incompetente para conocer de la ejecución instada por el trabajador por el hecho de no haber ingresado la empresa la totalidad de las cantidades retenidas ni en Hacienda ni en la TGSS. La sentencia cuenta con un voto particular.

#### 4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. PRESENTACIÓN DE PAPELETA EN OTRO ÓRGANO ADMINISTRATIVO

La **STSJ de Murcia de 20 de septiembre de 2010, IL J 2225**, contempla un supuesto en el que no se presentó la papeleta de conciliación ante el órgano competente para celebrar el acto de conciliación (Servicio de Relaciones Laborales de Murcia) sino ante la Consejería de Industria, Comercio e Innovación de la Comunidad Autónoma de Valencia. La sentencia considera que el plazo de prescripción de la acción ejercitada sí quedó suspendido, ya que la Ley 30/1992 permite que los escritos que los ciudadanos dirijan a las administraciones públicas pueden presentarse, no sólo en los registros del órgano administrativo al que se dirijan, sino también en los registros de cualquier órgano administrativo de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.

#### 5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. CITACIÓN EN DOMICILIO INCORRECTO

La **STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2010, IL J 2148**, contempla un supuesto en el que la empresa demandada no acudió a los actos de conciliación y juicio, por lo que fue condenada por incomparecencia. La sentencia declara la nulidad de actuaciones: el juzgado de lo social había citado a la empresa en el domicilio de otra sociedad, aun cuando la parte actora había ya aclarado al órgano judicial el domicilio correcto.

#### 6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

No es posible acumular la acción de despido a la de cesión ilegal cuando el despido se produce una vez constatado el cese de la supuesta cesión ilegal. En este sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 2010, IL 1564**.

## 7. EXCEPCIONES

### A) Caducidad

La **STS de 19 de octubre de 2010, Sala Cuarta, IL J 1868**, estima la excepción de caducidad de una acción en materia de despido. La demanda se dirigió, inicialmente, contra un Ayuntamiento. El TS considera que no cabe aplicar el artículo 103.2 de la LPL por cuanto se probó que el actor conocía perfectamente su dependencia respecto de un organismo autónomo con personalidad jurídica propia. Por su parte, la **STSJ de Valencia de 15 de junio de 2010, IL J 1537**, confirma la apreciación de instancia de la excepción de caducidad de la acción de despido por inaplicación de los plazos establecidos en el artículo 65.1 de la LPL. Así, la papeleta de conciliación se presentó dentro del plazo establecido a dicho efecto pero, al transcurrir quince días hábiles sin que se celebrara el acto de conciliación, se reanudó el cómputo del plazo de caducidad para interponer la preceptiva demanda. Finalmente, la **STSJ de Canarias de 1 de febrero de 2010, IL J 2084**, aprecia la excepción de caducidad de la acción de despido por cuanto el *dies a quo* se establece en el momento de la finalización del contrato temporal, no cuando la actora conoce la existencia de una posterior sucesión de empresa.

### B) Cosa juzgada

En el caso que recoge la **STS de 10 de mayo de 2010, Sala Cuarta, IL J 1285**, se enfrentan el principio de cosa juzgada material del artículo 222 de la LEC y el derecho a la igualdad que pregonan el artículo 14 de la CE. El supuesto de hecho parte de la solicitud de un trabajador de la ONCE consistente en la revisión de su base reguladora, previamente establecida mediante una sentencia judicial firme. El actor pone de manifiesto que la Entidad Gestora ha calculado la base reguladora de otros pensionistas en idéntica situación de conformidad con los criterios jurídicos solicitados por el actor, atentando, de ese modo, contra la necesidad de dar un trato igual a situaciones iguales. El TS, recogiendo la jurisprudencia del TC, entiende que el instituto de la cosa juzgada debe decaer ante el indicado derecho fundamental, por cuando no se admite que la existencia de una sentencia firme con valor de cosa juzgada pueda aceptarse como justificación objetiva y razonable de un trato desigual. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 19 de mayo de 2010, Sala Cuarta, IL J 1284**. Por su parte, la **STS de 20 de julio de 2010, Sala Cuarta, IL J 1798**, desestima la excepción de cosa juzgada por haber existido, entre los procedimientos anteriores y el actual, una modificación del convenio colectivo aplicable. Sin perjuicio de lo anterior, y a la vista de lo dispuesto en el artículo 222.4 de la LEC, el juzgador deberá partir de los razonamientos y pronunciamientos dictados en el proceso anterior que sean coincidentes con los planteados en el proceso posterior. Por último, la **STSJ de Extremadura de 1 de junio de 2010, IL J 1387**, desestima la excepción de cosa juzgada por falta de identidad entre los supuestos, ya que para determinar los efectos del instituto de la cosa juzgada debe estarse tanto a los fundamentos de derecho de la sentencia en cuestión como a la declaración de los hechos probados que precede a éstos. En el mismo sentido se han pronunciado las **SSTSJ de Extremadura —dos— de 1 de junio de 2010, IL J 1343 y J 1388**.

### C) Prescripción

La **STS de 24 de noviembre de 2010, Sala Cuarta, IL J 1941**, determina que el *dies a quo* para la interposición frente al trabajador de una reclamación en materia de daños, es la fecha en que el daño se produjo y la empresa tuvo conocimiento de él, y no la fecha en que el despido fue declarado procedente mediante sentencia judicial firme. La interposición de un conflicto colectivo tiene eficacia para interrumpir la prescripción en curso de una «acción viva» pero nunca para reavivar o reactivar una acción ya extinguida. Así lo declaran las **SSTS de 29 de junio y 20 de septiembre de 2010, Sala Cuarta, IL J 1415 y 1828** y entienden que el plazo de prescripción de cada mensualidad finaliza al año a contar a partir del mes en que no se abonó la cantidad reclamada. Por consiguiente, la interposición del conflicto colectivo sólo pudo interrumpir la prescripción para reclamar los importes que se debieron percibir a partir del mismo mes del año anterior, pero no las mensualidades anteriores a esta fecha por cuanto éstas estaban ya prescritas. La **STS de 24 de mayo de 2010, Sala Primera, IL J 1893**, dispone que la tramitación de un proceso penal, sobre los mismos hechos, retrasa el inicio del plazo de prescripción extintiva de la acción civil de responsabilidad por accidente de trabajo hasta la finalización de éste. Por su parte, la **STSJ de Navarra de 19 de julio de 2010, IL J 1969**, establece que la interrupción de la prescripción no puede afectar al FOGASA; razona el TSJ que las medidas interruptivas generadas por actos internos de los titulares de la relación crediticia no pueden afectar a un tercero que, a mayor abundamiento, ostenta una responsabilidad de naturaleza legal y no de carácter contractual. Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2010, IL J 1566**, declara que la incoación de un expediente disciplinario, cuando éste no viene impuesto por el convenio colectivo aplicable ni el trabajador sancionado ostenta la cualidad de representante sindical, no interrumpe el plazo de prescripción del artículo 60 ET motivo por el cual se aprecia la prescripción alegada.

### D) Inadecuación de procedimiento

En el supuesto analizado por la **SAN de 12 de julio de 2010, IL J 1444**, el sindicato demandante planteó conflicto colectivo para reclamar el derecho del sindicato a utilizar el correo electrónico de la empresa, y ésta alegó la excepción de inadecuación de procedimiento. La SAN no estima esta excepción por entender que el procedimiento colectivo ha sido considerado adecuado por la jurisprudencia del TS para debatir diversos temas relacionados tanto con el ejercicio de la acción sindical en la empresa, como la reclamación de los derechos que la LOLS otorga a los sindicatos. Por su parte, la **STS de 8 de julio de 2010, Sala Cuarta, IL J 1441**, resuelve un recurso de casación interpuesto por el sindicato actuante en materia de modificación sustancial, cuyas pretensiones fueron desestimadas por supuesta inadecuación del proceso especial de conflicto colectivo. En particular, la empresa decidió, unilateralmente, disminuir el importe del «bono» disfrutado por el conjunto de los trabajadores de la empresa. A la vista del relato fáctico, el TS casa y revoca la sentencia recurrida por entender que concurren todos los requisitos para plantear un conflicto colectivo.

### E) Falta de legitimación activa

La **STS de 30 de septiembre de 2010, Sala Cuarta, IL J 1850**, declara, recogiendo la jurisprudencia de la Sala, la legitimación activa de los sindicatos recurrentes para impugnar

la validez de un convenio colectivo extraestatutario al que no se habían adherido, por cuanto sus secciones sindicales representan a más del 50% de los trabajadores de la empresa.

## F) Litispendencia

La **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010, IL J 1499**, desestima la excepción de litispendencia respecto de dos procedimientos al constatarse la diferencia de las pretensiones entre ambos. El primero de ellos versa sobre una reclamación por exceso de jornada y realización de horas extraordinarias tramitada bajo un procedimiento de conflicto colectivo; mientras que en el segundo se reclama, individualmente, el abono de un importe acordado en materia de desplazamiento.

## 8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

### A) Carga de la prueba

La **STSJ de Madrid de 9 de junio de 2010, IL J 1501**, resume con precisión las reglas de la distribución de la carga de la prueba cuando están en juego posibles vulneraciones de derechos fundamentales —en el caso analizado, el derecho a la libertad sindical—. Ante las especiales dificultades probatorias de esta vulneración, la finalidad de la prueba de indicios es evitar que la imposibilidad de acreditar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar su lesividad. Pero esta prueba indiciaria exige al trabajador aportar y acreditar indicios suficientes «(...) que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato (...)». Sólo cubierto este inexcusable deber, recae en la parte demandada la carga de probar que el acto o medida que se impugna obedece a razones reales y con entidad suficiente que nada tienen que ver con la pretendida vulneración del derecho fundamental invocado de contrario. Dicho de otro modo, sobre la demandada recae la obligación de convencer al juzgador de que la decisión empresarial se hubiera producido en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador. Siendo esto así, en el caso que analiza la sentencia se concluye que la trabajadora —limpiadora— sí acredita indicios racionales suficientes de la vulneración de su derecho a la libertad sindical (era miembro del comité de empresa y había asesorado a una trabajadora en contra de los intereses de la empresa) y que, tras este presupuesto, la empresa no fue capaz de justificar la razonabilidad de la medida (cambio de ubicación en las instalaciones del edificio por razones organizativas), lo que conlleva a declarar que la medida adoptada por la empresa constituye una represalia. Resulta también de interés la **STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2010, IL J 2330**, pues resume la doctrina constitucional y científica sobre la flexibilización de las reglas de la carga probatoria, en base al principio de disponibilidad y facilidad en la actividad probatoria.

### B) Diligencias finales o para mejor proveer. Posterior denegación

La **STSJ de Valencia de 13 de abril de 2010, IL J 1303**, declara la nulidad de la sentencia de instancia con retroacción al momento anterior a dictar sentencia, para acordar y completar la práctica de la diligencia para mejor proveer en los términos solicitados por

la parte actora. En el supuesto analizado, el actor, a la vista de determinadas alegaciones efectuadas por la demandada en el acto de juicio, solicitó del juzgado la práctica de determinada prueba, práctica que fue admitida y acordada, sin que posteriormente el juzgador instara lo oportuno para llevarla a cabo, ni fundamentara expresamente su denegación, lo que impidió a la parte actora elevar la oportuna protesta. Entiende el Tribunal que el dato que con dicha prueba se pretendía acreditar tiene especial importancia para la *litis*, lo que le obliga a declarar la nulidad de actuaciones.

## 9. SENTENCIA. INCONGRUENCIA

Con cita de múltiples sentencias del TC, la **STSJ de Valencia de 15 de junio de 2010, IL J 1536**, declara la nulidad de la sentencia de instancia, por incurrir en incongruencia por error, en un proceso de reclamación de la prestación por desempleo. El actor solicitaba en su demanda que se declarara su derecho a percibir la prestación por desempleo contributivo. Por error, el juzgador de instancia razona exclusivamente en la sentencia sobre la desestimación de la petición por desempleo en su modalidad de pago único, resolviendo una pretensión ajena al debate procesal entablado, dejando sin respuesta el *petitum* de la demanda.

## 10. AUDIENCIA AL REBELDE

La **STSJ de Extremadura de 1 de junio de 2010, IL J 1458**, resuelve en contra de la solicitud de audiencia al demandado rebelde. La demandada, en la persona de su administradora, no acudió al acto de juicio aduciendo enfermedad; sin embargo, consta acreditado que dicha administradora no era la única que tenía facultades de representación de la empresa demandada, al existir otros consejeros. De otro lado, recuerda el TSJ que el recurso de audiencia al rebelde tiene carácter subsidiario respecto del recurso de suplicación, y cuando ha estado abierta esta vía de impugnación se impide la interposición posterior de aquel recurso, no explicándose, en este caso, las razones por las que la demandada dejó que la sentencia de instancia deviniera firme, toda vez que, cuando le fue notificada, la administradora en cuestión ya estaba en situación de alta.

## 11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

### A) Contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida. Despido objetivo improcedente

En un proceso por despido contra la decisión empresarial de extinguir por causas objetivas un contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida, la sentencia de instancia condena a la empresa a abonar los salarios de tramitación, por cuanto la empleadora —que reconoció la improcedencia del despido— consignó una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, y no la de 45 días de salario por año de servicio. Según se razona por la juzgadora de instancia, al no darse las causas que la empresa alegó para la extinción del contrato por causas objetivas, no se ha acreditado que el despido fuese

objetivo, por lo que no es aplicable la inferior indemnización consignada por la empresa. La **STSJ de Extremadura de 1 de junio de 2010, IL J 1242**, revoca la sentencia del juzgado de lo social con fundamento en lo siguiente: (i) ni la parte actora ni la juzgadora de instancia pusieron tacha alguna a la validez del contrato de trabajo suscrito al amparo de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; (ii) dicha norma establece una indemnización de 33 días de salario por año de servicio para el caso de que el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea improcedente; (iii) el razonamiento del juez *a quo* para no eximir a la empresa del abono de los salarios de tramitación «(...) conduce al absurdo pues, según él, tal norma nunca tendría aplicación (...) si la empresa hubiera acreditado la concurrencia de causas (...) el despido no sería improcedente, sino procedente y la indemnización que correspondería al trabajador no sería ni la de 45 días por año de servicio (...) ni la de 33 días (...), sino la de 20 establecida en el 53.1.b) ET. (...)».

### **B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización**

Con cita del criterio mantenido por la STS de 16 de mayo de 2008, la **STSJ de Andalucía de 29 de abril de 2010, IL J 1335**, declara excusable el error de la empresa en el cálculo de la cuantía de la indemnización consignada por los siguientes motivos: (i) la diferencia detectada no puede considerarse excesiva; (ii) «(...) Deben tenerse en cuenta a este respecto las dudas que han tenido las partes en cuanto a la retribución finalmente correspondiente a la trabajadora, empezando por la propia demandante, que ha variado en diversas ocasiones, la última de ellas a la baja y en este propio recurso, el importe de las mismas (...)». Por ello, no procede la condena al abono de los salarios de tramitación. La **STS de 16 de junio de 2010, Sala Cuarta, IL J 1293**, aun cuando inadmite el recurso por falta de contradicción, resume con acierto la doctrina del error excusable a los efectos de exención del abono de salarios de tramitación: «(...) tener en cuenta las circunstancias de cada caso y no sólo la cuantía del error, porque la justificación del error puede estar en otros hechos concurrentes, como la complejidad de la estructura salarial pactada o la discrepancia razonable sobre los conceptos salariales a computar, circunstancias que pueden dar lugar a que se estime justificado el error de cálculo, aunque proceda corregirlo condenando al pago de la diferencia resultante a quien se equivocó, pero liberándole del pago de los salarios de trámite (...)». Resulta también de interés la **STSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2010, IL J 1372**, por concretar la doctrina del TS sobre la interpretación del artículo 56 del ET. En este caso concreto, se declara la inexistencia de error excusable en el cálculo de la indemnización: la empresa fue consciente de su equivocación y quiso pagar al trabajador la diferencia en el acto de conciliación, lo que fue rechazado de contrario. Sin embargo, la empresa no procedió a consignar judicialmente la diferencia, lo que debería haber hecho si quería beneficiarse de la paralización de los salarios de tramitación. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2010, IL J 1496**, deniega la existencia de error excusable en el cálculo de la indemnización. En el caso enjuiciado se acredita que el trabajador percibía de la empresa determinada cantidad fuera de nómina, cantidad que la demandada no incluyó en el salario a efectos de calcular la indemnización por despido, y ello con independencia del mayor o menor impacto que dicha cantidad tuviera en la cuantía de la indemnización. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2010, IL J 2144**: la empresa no tuvo en cuenta en el cálculo la cuantía mensual de las horas extras realizadas.

### C) Prestación por desempleo y salarios de tramitación

La **STSJ de Valencia de 15 de junio de 2010, IL J 1535**, realiza un exhaustivo e interesante análisis sobre la incompatibilidad de percibir durante el mismo período la prestación por desempleo y salarios de tramitación, en función de los supuestos de calificación del despido y de la opción que se ejercite por la empresa. Tras dicho análisis, en el caso enjuiciado la Sala declara que no existe cobro indebido de prestaciones 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.

### D) Exención

El reconocimiento de la improcedencia del despido con pago directo en metálico de la indemnización, produce todos los efectos previstos en el artículo 56.2 del ET a fin de eximir a la empresa del abono de los salarios de tramitación. Así lo ha entendido la **STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2010, IL J 1480**. La Sala establece que, en este caso, no es aplicable la doctrina sentada por la STS de 22 de enero de 2008 sobre la necesidad de depósito judicial a los efectos de cumplir con lo previsto en la norma, toda vez que dicha doctrina se fundamentó en el hecho de que la indemnización fue abonada mediante transferencia bancaria. Por el contrario, en el supuesto analizado el pago se realizó en metálico tras reconocimiento de la improcedencia, sin protesta alguna del trabajador que aceptó el pago —por lo que la suma ingresó en su patrimonio— y firmó el finiquito, no habiéndose acreditado que el trabajador hubiera sido coaccionado.

### E) Incapacidad temporal y salarios de tramitación

La **STSJ de Cantabria de 16 de abril de 2010, IL J 1661**, revoca la sentencia dictada en la instancia con fundamento en la doctrina unificada de la Sala Cuarta. Así, esta sentencia declara que no cabe la condena al abono de salarios de tramitación en el caso de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal. En concreto, el trabajador reclamaba en tal concepto la diferencia entre el importe pagado por la Mutua y el cien por cien del salario, consecuencia de la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo. Resuelve la Sala que se trata de una reclamación de cantidad ajena al proceso de despido al que no se permite acumular este tipo de acciones.

### F) Responsabilidad del Estado

Resulta de interés la **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2010, IL J 1612**, que se detiene a analizar la responsabilidad del Estado respecto del exceso de salarios de tramitación en un supuesto en el que, aun cuando la improcedencia del despido fue declarada en instancia, la empresa recurrente y obligada al pago fue sólo condenada en suplicación. Para el Estado, su responsabilidad abarca, exclusivamente, hasta la fecha en que se notificó la sentencia del Juzgado. Sin embargo, el TSJ, a la luz de la doctrina unificada del TS (STS de 26 de

febrero de 2008), llega a la conclusión opuesta y mantenida por la recurrente: «(...) necesariamente ha de llegarse a la conclusión en el sentido de que en supuestos como el presente, en los que el despido se declara improcedente en la instancia pero sus consecuencias se imponen en ella a un empresario diferente de aquel a quien se le van a atribuir tales consecuencias en suplicación (o en casación) —según cuál de ambas sentencias sea la que alcance firmeza—, el Estado está obligado a resarcir a este último empresario los salarios que excedan de 60 días hábiles, contados a partir de la presentación de la demanda y hasta la notificación de la sentencia firme de la que se trate (...)».

### **G) Pluriempleo con anterioridad al despido**

El trabajador despedido de forma improcedente, además de trabajar para el ayuntamiento condenado como Director de la Banda Municipal de Música, prestaba simultáneamente servicios para otro ayuntamiento como Técnico. La **STSJ de Extremadura de 8 de julio de 2010, IL J 1577**, declara que, aun a pesar de que el actor percibiera ingresos durante la tramitación del proceso de despido, éstos se debían a la situación de pluriempleo que mantenía desde el inicio de la relación laboral con el ayuntamiento demandado, por lo que la pérdida de dicho empleo sí le genera el perjuicio que ha de resarcirse mediante el abono de los salarios de tramitación.

### **H) Despido improcedente durante excedencia voluntaria**

La **STS de 12 de julio de 2010, Sala Cuarta, IL J 1683**, reitera la doctrina contenida en las SSTs de 26 de junio de 1998 y 14 de octubre de 2005 en el sentido de negar el derecho al devengo de salarios de tramitación derivados de la improcedencia del despido de un excedente voluntario. Razona la Sala que es imposible tal condena por cuanto mientras que el trabajador disfruta de la excedencia —situación en la que se encuentra cuando es despedido—, no devenga retribución alguna.

### **I) No cabe su actualización**

La naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, declarada en reiteradas ocasiones por la Sala de lo Social del TS (por todas, la STS de 21 de octubre de 2004), imposibilita que su cuantía se actualice por aplicación de disposición legal o convenio colectivo, como tampoco se ve afectada la indemnización fijada en la sentencia de despido. Así lo declara la **STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2010, IL J 2037**, con cita expresa de la STS de 7 de diciembre de 1990.

## 12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

### **A) Afectación general**

La **STS de 18 de mayo de 2010, Sala Cuarta, IL J 1226**, dictada en un asunto que versa sobre la revisión de una prestación de jubilación, afirma la existencia de afectación general que se había negado en suplicación. Para determinar si existe o no afectación general ha de tenerse en cuenta que la idea de generalidad exige que las partes no la hayan puesto en

duda, de suerte que si en la *litis* constara oposición de alguno, no cabría acudir a este criterio. En este caso, ninguna de las partes había cuestionado la apreciación hecha respecto de la notoriedad en la sentencia de instancia, por lo que el TS casa la sentencia dictada en suplicación y devuelve las actuaciones para que resuelva sobre el fondo del asunto. En este mismo sentido se expresa la **STS de 7 de julio de 2010, Sala Cuarta, IL J 1433**.

#### **B) Falta de legitimación**

La **STSJ de Galicia de 30 de junio de 2010, IL J 1595**, inadmite el recurso de suplicación interpuesto por una mutua por falta de legitimación. En la sentencia se argumenta que, habiendo sido absuelta la mutua de todas las pretensiones planteadas por la parte actora, ésta no ha sufrido perjuicio o gravamen efectivo alguno que pueda sustentar el recurso de suplicación, ya que éste no puede servir para proteger al vencedor en instancia de un perjuicio meramente teórico.

#### **C) Requisitos de la consignación en condena solidaria**

¿Es correcto consignar en el momento de anunciar suplicación sólo la parte del importe de la condena que no ha sido pagada al recurrido? En el supuesto enjuiciado por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de octubre de 2010, IL J 2126**, la sentencia de instancia condenó solidariamente al pago a dos empresas que conformaban grupo de empresas. Habiendo procedido una de ellas al pago del 50% de la cantidad objeto de condena, la empresa recurrente sólo consignó el otro 50% de la cantidad objeto de condena. Aunque en este caso el TSJ admite el recurso de suplicación por falta de oposición del recurrido en el momento procesal oportuno, advierte expresamente a la recurrente sobre la obligatoriedad de consignar el 100% de la condena en el caso de que pretenda interponer recurso de casación contra la sentencia dictada en suplicación.

#### **D) Cuestión nueva**

En un supuesto de solicitud subsidiaria de incapacidad permanente total que no se había pretendido en instancia, la **STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010, IL J 1312**, recuerda que las pretensiones que no se formularon en la demanda, ni en el acto del juicio, son cuestión nueva. Por lo tanto, no habiendo entrado el juzgador a determinar si el trabajador se encontraba en situación de incapacidad permanente total, tampoco se puede entrar a resolver sobre tal pretensión en vía de suplicación.

#### **E) Inadmisión**

##### *a) Falta de consignación. Salarios de tramitación*

La **STSJ de Andalucía de 29 de abril de 2010, IL J 1336**, acuerda inadmitir a trámite el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada en un procedimiento de despido, por falta de consignación de la cantidad objeto de condena en instancia. El defecto consistía en no haber consignado el importe de los salarios de tramitación y, al amparo del artículo 193.2 de la LPL, se trata de un defecto insubsanable.

b) *Por razón de la materia. Conciliación vida personal, familiar y laboral*

La **STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2010, IL J 1792**, no admite a trámite el recurso de suplicación interpuesto contra una sentencia recaída en un procedimiento en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ya que, inspirada en el principio de celeridad, la LPL califica como firmes las sentencias recaídas en instancia en esta clase de procedimientos.

### 13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN

La **STS de 17 de mayo de 2010, Sala Cuarta, IL J 1231**, aprecia falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. La pretensión en ambos procedimientos era el reconocimiento de una determinada antigüedad con fundamento en la existencia de una sucesión de contratos. Sin embargo, mientras que en la sentencia recurrida no se estima que el demandante tuviera la consideración de fijo discontinuo, siendo sus sucesivas contrataciones meramente eventuales, la sentencia de contraste declara que las sucesivas contrataciones del trabajador respondían a su estatus de fijo discontinuo encubierto. También se declara la falta de contradicción en la **STS de 12 de julio de 2010, Sala Cuarta, IL J 1437**. En ambos procedimientos se pretendía que se declarase como discriminatorio el proceder de la empresa respecto de las subidas salariales de los miembros del comité de empresa. En el caso de la sentencia de contraste, el TS aprecia que concurren más elementos probatorios en los que apoyar la existencia de discriminación, mientras que en la sentencia recurrida dichos elementos son de menor entidad: la menor subida salarial recibida por el actor no respondería a su condición de representante de los trabajadores, sino a su menor productividad, debido a un largo período de incapacidad temporal, circunstancia que no concurre en la sentencia de contraste.

### 14. RECURSO DE CASACIÓN. FALTA DE CONTENIDO CASACIONAL

La **STS de 17 de noviembre de 2010, Sala Cuarta, IL J 2288**, desestima el recurso de casación contra la sentencia que el TSJ de Madrid había dictado en instancia, en la que condena al pago a la Comunidad de Madrid por incumplimiento del Acuerdo sobre Condiciones Laborales, Prestaciones Sociales y Régimen de Licencias y Permisos para el Profesorado de Religión y Moral Católica, que no tiene carácter de convenio colectivo estatutario, en cuanto a ayudas al desplazamiento. A la luz de la constante y reiterada jurisprudencia que equipara estos acuerdos en su naturaleza jurídica a los contratos privados del Código Civil, la Sala desestima el recurso, pues el incumplimiento contractual denunciado carece de contenido casacional.

### 15. RECURSO DE REVISIÓN. NECESARIO AGOTAMIENTO DE LOS CAUCES DE IMPUGNACIÓN

El procedimiento de revisión, dada su excepcionalidad por suponer una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada, requiere que se hayan agotado previamente todas

las posibles vías de impugnación de sentencias. En el caso analizado por la **STS de 22 de julio de 2010, Sala Cuarta, IL J 1805**, la demandada no interpuso recurso de suplicación contra la sentencia de instancia recaída en un procedimiento de despido, permitiendo que ésta deviniera firme. El TS desestima el recurso de revisión, al no poder pretenderse la modificación de la sentencia por medio de esta vía extraordinaria.

#### 16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. NO CABE CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA EN EJECUCIÓN

La **STSJ de Extremadura de 8 de abril de 2010, IL J 1310**, declara que no es posible oponerse a la ejecución de una sentencia firme, por existir un error en ésta. Dicho error debería haber sido puesto de manifiesto en el momento procesal oportuno, y no puede pretender el demandado/ejecutado la corrección de la sentencia en fase de ejecución. Lo que hubiera correspondido es la interposición de un recurso de aclaración y, de no ser estimado, la interposición de un recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2010, IL J 1973**, que resuelve sobre un recurso de suplicación contra el Auto que fijaba la cantidad objeto de ejecución por salarios de tramitación. El recurrente pretende su reducción, ya que el Auto había fijado la cantidad objeto de ejecución sin tener en cuenta que la trabajadora disfrutaba de una reducción de jornada. El TSJ entiende que el pronunciamiento sobre el salario diario quedó fijado en la sentencia que ahora se ejecuta, y que, por lo tanto, debería haber sido impugnada dicha sentencia, no pudiendo rectificar el pronunciamiento sobre salario diario en vía de ejecución.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ  
SONSOLES GONZÁLEZ SOLÍS  
CARLOS MARTÍNEZ CEBRIÁN  
GLORIA RAICH

## XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

---

### SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. RECARGO DE PRESTACIONES.

**A) Falta de medidas de seguridad: Relación de causalidad.**

- a) Falta de medidas de protección individual.
- b) Falta de medidas de protección en obras de construcción.
- c) Falta de medidas de protección en operaciones de carga de vehículos.

**B) Imprudencia del trabajador.**

**C) Cuantía del recargo.**

2. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.

**A) Responsabilidad del promotor.**

**B) Responsabilidad de la empresa principal.**

**C) Responsabilidad solidaria.**

3. PARTICIPACIÓN DE OTRAS EMPRESAS.

**A) Empresa de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria.**

**B) Mutua de accidentes de trabajo.**

---

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1225 a J 1807), correspondientes a los meses de septiembre (dos), octubre y noviembre de 2010, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

Destaca el tema relativo a la responsabilidad del empresario ante el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo y el estudio de la concurrencia de los elementos configuradores del recargo de prestaciones que inciden en el estudio de la imprudencia

profesional del trabajador o de la responsabilidad compartida. También destacan las decisiones judiciales que tratan de buscar al empresario infractor en supuestos de contrataciones y subcontratas o cuando participa una ETT o, incluso, una Mutua en la prestación de asistencia sanitaria.

## 1. RECARGO DE PRESTACIONES

### A) Falta de medidas de seguridad: Relación de causalidad

#### a) Falta de medidas de protección individual

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 11 de marzo de 2010, IL J 1241** estudia la aplicación del alcance del artículo 123 LGSS partiendo de que ha habido infracción de la empresa de una norma de seguridad y nexo causal entre la conducta de la empleadora y el siniestro, llegando fácilmente a la conclusión de que:

«los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la causación del daño que, quizá, no se hubiera producido de haber cumplido las condiciones mínimas de seguridad».

En concreto, realizando trabajos de poda para el Ayuntamiento empleador, el trabajador cayó al suelo sin utilizar ningún dispositivo de protección individual contra caídas de altura, sin que, además, el Ayuntamiento hubiera evaluado nunca esta tarea de poda de árboles ni establecido un método de trabajo seguro, ni dado formación a los trabajadores.

Doctrina ésta de la relación de causalidad que ya introdujera la STS de 2 de octubre de 2000 y que exige como requisitos determinantes los siguientes: a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siempre es posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando que se violen normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empresario; b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; y c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado.

Así lo recuerda y falla en el mismo sentido la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 1 de julio de 2010, IL J 1512**, porque, aunque el trabajador no llevaba los medios de protección personal facilitados por la empleadora, es lo cierto que ésta había incumplido el RD 1627/1997 en su núm. 2.a), parte A, Anexo IV y RD 1215/1997, en su ap. 2.c), número 3, Anexo II.

#### b) Falta de medidas de protección en obras de construcción

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 14 de septiembre de 2010, IL J 1773**, estudia un caso en el que el accidente se produjo por

falta de medidas de seguridad exigibles en las obras de construcción tanto generales como particulares, siendo su ausencia lo que determinó la producción del accidente y del resultado lesivo sufrido por el trabajador. La empresa carecía de Estudio de Seguridad y Plan de Seguridad, lo que implicaba la ausencia de una adecuada planificación preventiva al no disponer de una descripción inicial de los procedimientos de trabajo adecuados, sin que el trabajador hubiese recibido con antelación al inicio de su trabajo la formación adecuada para la correcta utilización del cucharón instalado en la máquina mini retroexcavadora. Correcta utilización que tampoco se llevó a cabo por el empresario, que era el que la conducía, dado que para evitar el vuelco, al circular por un terreno en pendiente, ésta debió ser manejada marcha atrás, colocándose en esa posición para llevar a cabo el trabajo que con ella se pertenecía, procediendo igualmente a su inmovilización con calzada o estabilizadores y ello siempre respetando la distancia de seguridad con los operarios.

«Dichas previsiones y exigencias fueron omitidas por el empresario por lo que existió una vulneración de la obligación básica y general contenida en el artículo 14 LPRL y de las contenidas específicamente en el artículo 3.4 y Anexo II del RD 1215/1997, consecuentemente procede el recargo de prestaciones».

*c) Falta de medidas de protección en operaciones de carga de vehículos*

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 2010, IL J 1770**, falla con el recargo de prestaciones al empresario cuyo trabajador conductor de camión procede a la labor de descarga sin disponer de barandillas y sin llevar el trabajador su equipo de protección individual no proporcionado por la empresa, salvo calzado, guantes y chaleco, produciéndose el accidente por caída desde lo alto del camión cuando procedía a quitar los calzos de uno de los vehículos que iba a descargar.

La sentencia citada, partiendo de la doctrina señalada entre otras en la STS de 27 mayo 2009 (Rollo 1237/08), así como de los aspectos en que se produjo el accidente y de la falta de medidas de seguridad conectadas con el accidente, colige que la existencia de barandillas y otras medidas de prevención hubieran evitado o paliado ese accidente.

«Ello comporta un incumplimiento empresarial de sus obligaciones de seguridad paralelo al derecho del trabajador a una protección eficaz [artículo 14.1 LPRL y artículo 4.2.d) LET] y que incluye, junto con la adopción de medidas preventivas, claramente incumplidas respecto a extremos esenciales, la obligación de información y formación del trabajador sobre los riesgos específicos de su trabajo concreto (artículo 18 LPRL). Sin que sea suficiente, obviamente, la mera existencia de un Plan de Prevención y Evaluación de Riesgos (artículo 16 LPRL) si no se llevan a efecto las medidas de prevención derivadas del mismo».

Como señala la STS de 27 de mayo de 2009, citada, existe presunción de que, existente el incumplimiento en la medida de prevención, y la relación entre éste y el accidente sufrido por el trabajador, surge la responsabilidad empresarial, que se cualifica conforme al artículo 123.1 LGSS con la imposición, a su costa exclusiva, de un recargo de prestaciones que se puedan derivar de él, de entre un 30% y un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones o centros o lugares de trabajo que carezcan de

dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de las características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

## B) Imprudencia del trabajador

El concepto de responsabilidad por recargo de prestaciones a que se refiere el artículo 123.1 LGSS por el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales se reafirma en el artículo 42 LPRL cuyo ordinal 3 se refiere, específicamente, al recargo de prestaciones. Igualmente se especifica en el artículo 14.2 LPRL que, en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. En el artículo 15.4 LPRL se señala que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Finalmente, el artículo 17.1 LPRL establece que el empleador adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garantice la seguridad y la salud de los trabajadores. Por su parte, el artículo 16 Convenio OIT 155, de 22 de junio de 1981 impone a los empresarios, en la medida en que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores.

Además, es significativo que el mandato constitucional contenido en el artículo 40.2 CE obligue a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa, la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el Preámbulo de la LPRL como factores determinantes para la aplicación de dicha ley cuyo objeto (artículo 5) es «la promoción y mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo».

A la luz de estos preceptos, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2010, IL J 1803**, citando la doctrina contenida en la STS de 2 de octubre de 2000, viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siempre es posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando que se violen normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empresario (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; y c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998).

En el caso examinado por el TS, en la sentencia que ahora comentamos, la conducta del trabajador no reunía el carácter de temerario, que de concurrir afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS y, por lo tanto, al recargo de prestaciones.

«La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo, aclara la sentencia, no tiene entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencia temerarias del trabajador».

En STS de 8 de octubre de 2001 (rec. 4403/2000) se dice que del juego de los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL «se deduce, como también concluye la doctrina científica, 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 aun en los casos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones».

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2010, IL J 1378**, aplica los mismos criterios del TS para un supuesto en que el trabajador sufre un accidente mientras realizaba las operaciones de mantenimiento en la cabina de pintura en la línea *coil-coating*, apoyando al salir la mano izquierda en los rodillos que estaban en funcionamiento tras tropezar. En la empresa no existían métodos de trabajo establecidos de manera sistemática dentro del Plan Preventivo como establece el artículo 2.2.b) y c) RD 39/1997 ni tampoco aparece la impartición de formación al trabajador.

«Esta omisión, declara el TSJ, puede calificarse sin mayores dificultades de causa directa del resultado dañoso concurriendo por ello hasta el momento dos de los requisitos exigidos por la jurisprudencia en la materia».

En cuanto a la relación causal entre la conducta y el resultado dañoso se afirmaba en contra que el trabajador incurrió en negligencia al quedarse solo en la cabina contraviniendo las instrucciones concretas.

«Con independencia de que tal circunstancia fáctica no haya tenido acceso a los hechos probados, lo cierto es que aun admitiéndose en el terreno de los principios que el trabajador hubiera incurrido en cierta negligencia al manipular los rodillos, tal actuación no es susceptible de anular la calificación de la conducta empresarial como causa fundamental del resultado, en cuanto que a la vista de las circunstancias concurrentes, la conducta del trabajador, aun implicando una cierta imprudencia, dista mucho de poder calificarse como temeraria a los efectos de excluir por completo la virtualidad de la infracción empresarial con ruptura del nexo causal».

Por su parte, en el caso examinado por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2010, IL J 1804**, se estudia la imprudencia del trabajador que operó con un cargador de baterías sobre un suelo encharcado, lo que suponía un riesgo, pero también aprecia lo que aparece probado que son las infracciones del empresario en orden a la protección del cargador sin las cuales el accidente no se hubiera producido.

«La conducta imprudente del trabajador no puede calificarse de temeraria pues no se advierte una voluntaria y consciente asunción del riesgo, y respecto a la empresa no había practicado la protección adecuada con conexión a tierra. Se declara finalmente el recargo de prestaciones a la empresa».

### C) Cuantía del recargo

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de abril de 2010, IL J 1663**, estudia el incumplimiento empresarial basado en una falta de protección colectiva, por ausencia de resguardos fijos o móviles que impidieran el acceso o contacto de la mano del operario con la fresa, incumplimiento el cual, transcurridos más de diez meses del accidente, la empresa no había resuelto.

La Sentencia comentada advierte que:

«[...] el empresario debía haber previsto y establecido las correspondientes medidas, o incluso, en el supuesto de que el trabajador las hubiese quitado, debería haber velado por que eso no ocurriera, advirtiendo al trabajador que de no hacerlo y si éste hubiese persistido en su actitud lo debiera haber sancionado, pero de ningún modo puede desoír sus obligaciones entre las que se encuentra la obligación de vigilancia y de cumplimiento de todas y cada una de las normas de seguridad y de salud en el trabajo».

A partir de estas consideraciones el fallo declara esa conducta imputable al empresario. No obstante, esta decisión judicial aprecia las manifestaciones del trabajador en el sentido de su participación en el accidente y el Tribunal declara que:

«aunque esa parte de culpa del trabajador no tiene relevancia en cuanto a la imposición del recargo —pues no hay ruptura del nexo causal en relación al incumplimiento empresarial— es relevante, al menos, a la hora de ponderar sus efectos sobre la determinación de la cuantía del recargo, por lo que se impone en su porcentaje mínimo a tenor del artículo 123 TRLGSS».

## 2. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

### A) Responsabilidad del promotor

En un accidente ocurrido en el pabellón propiedad de la promotora, la cual había encargado las obras de acondicionamiento y acabado a la empleadora del trabajador accidentado en el que iba a desempeñar su actividad principal de fabricación de embutidos, y siendo aquella promotora la propietaria de la carretilla elevadora causante del siniestro, se comprueba que dicho trabajador la utiliza normalmente sin existir medida alguna de coordinación entre la

promotora y la empresa contratada y sin que proporcionase al trabajador formación alguna sobre los riesgos del manejo de la carretilla y sin que se haya probado la elaboración de Plan de Seguridad alguno.

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de julio de 2009, IL J 1657**, aprecia con claridad un incumplimiento de la normativa preventiva en materia de seguridad y una ausencia total de coordinación de tales labores. A la hora de valorar el recargo de prestaciones sobre el verdadero infractor y a la luz de lo dispuesto en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, la sentencia comentada observa que:

«son varios preceptos del citado Reglamento los que imponen al promotor numerosas obligaciones en materia de seguridad, así el artículo 4 impone al promotor la obligación de elaborar un estudio de seguridad y salud o la existencia de un libro de incidencias para el seguimiento y control del plan de seguridad a tenor del artículo 13. Además, el artículo 24 LPRL establece las labores de coordinación necesarias entre dos empresas cuando sus trabajadores desarrollen sus actividades en el mismo centro de trabajo, debiendo existir así cooperación en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

## **B) Responsabilidad de la empresa principal**

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de septiembre de 2010, IL J 1785**, también estudia un caso de posible participación en la responsabilidad por recargo de la empresa contratista pero que no es la empleadora del trabajador accidentado, y establece que:

«la imposición del recargo por omisión de medidas de seguridad puede no reservarse a la empleadora del accidentado sino que, en supuestos de pluralidad de empresas vinculadas por el sistema de la subcontratación, pueden intervenir e imputarse responsabilidades a otras empresas, en concreto a la empresa principal o contratante de la obra o servicio a través del correspondiente negocio jurídico al que genéricamente se alude con el término contrata (...); la responsabilidad debe imputarse a quien resulte directamente responsable de la acción u omisión que han conducido al accidente de trabajo aun cuando no se trate de trabajos correspondientes a la misma actividad de la principal, por lo que ésta deberá responder igualmente en estos casos».

En este caso, la empresa principal no realizó la evaluación de riesgos de la puerta de acceso lo que provocó el accidente, ni de forma inicial, ni cuando se modificaron sus condiciones de funcionamiento, al pasar de ser accionada por un motor a serlo manualmente; igualmente, los trabajadores no habían recibido la pertinente formación e información al respecto.

## **C) Responsabilidad solidaria**

Interpretando el concepto de empresario infractor a tenor del artículo 93 TRLGSS en relación con el artículo 153.2 Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de septiembre**

de 2010, **IL J 1787**, se refiere a la STS de 7 de octubre de 2008 (rec. 2426/2007) que recoge a su vez la doctrina sentada por STS de 5 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/4705) y dice que el citado precepto establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal.

De acuerdo con esta interpretación:

«lo decisivo es el hecho de que el trabajo se desarrolló en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que, además, los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que ocurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran».

Y si ello es así, se refiere la STS de 18 de abril de 1992 (*RJ* 1992/4849) a que es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata e, incluso, que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste.

La empresa principal y la promotora habían adoptado insuficientemente las medidas de seguridad a que se refiere el RD 1627/1997 en su Anexo IV.C.a) y c), sobre caídas de altura, en que se establece que las obras de construcción deben ser protegidas por barandillas u otro sistema de protección colectiva, y de verificar de forma periódica el buen estado de los sistemas de protección. La empresa contratista tenía el Plan de Seguridad y un coordinador de la obra, «pero ello no les exime de la obligación que tienen de cumplir el deber de vigilancia y control en cuanto a la aplicación de los mismos en la obra». Se cita infringido el artículo 24.3 LPRL por falta de coordinación en la obra entre las dos empresas y se aplica el artículo 42.3 LISOS.

### 3. PARTICIPACIÓN DE OTRAS EMPRESAS

#### A) Empresa de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de septiembre de 2010, IL J 1734**, parte de la relación de hechos probados de una sentencia penal admitiéndose, en consecuencia, la aplicación del mecanismo del efecto positivo de la cosa juzgada material, aunque esa vinculación —reconoce la citada sentencia tomando como base las SSTC de 29 de mayo de 2000 y 10 de noviembre de 2003— no tiene que ser absoluta porque esos hechos declarados probados pueden asumirse o no, justificando, en el segundo caso, la divergencia, que habrá de estar en consonancia con el resultado de la valoración de la prueba.

En el caso analizado por la sentencia no se presencia divergencia alguna porque ni la empresa ni la ETT se demuestra que hubiesen cumplido con las normas de evaluación de riesgos, tanto generales como específicos, en orden al puesto de trabajo a ocupar por el

trabajador, ni que la ETT se hubiese enterado con carácter previo a la puesta a disposición de si existía tal evaluación.

La regulación del régimen jurídico de las empresas ETT y las empresas usuarias se configura en el artículo 15 Ley 14/1994 donde se señala que cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, de acuerdo con lo previsto en esta norma, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas durante el tiempo de prestación de servicios por la empresa usuaria. Siendo ésta responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de las prestaciones de Seguridad Social a que se refiere el artículo 93 TRLGSS. Para el caso de accidente de trabajo que tenga lugar en el centro de trabajo de la empresa usuaria durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y que traiga causa en la falta de medidas de seguridad e higiene.

Ahora bien, el artículo 11 Ley 14/1994 establece que será obligación de estas empresas ETT el dar al trabajador, que sea puesto a disposición de la empresa usuaria, formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y prestando especial atención a los riesgos a que vaya a estar expuesto el trabajador. Igualmente, el artículo 12.3 Ley 14/1994 prevé esa misma obligación añadiendo que la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible cuando se haya realizado la preceptiva evaluación de riesgos laborales. Del mismo modo, a partir del artículo 28.5 LPRL se especifica que las ETT serán responsables en materia de formación e información previstas en los apartados 2 y 4 del citado artículo 28 LPRL, debiendo informar a los trabajadores de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de la formación requerida.

En el caso analizado por la sentencia comentada, el trabajador desempeñó la labor para la que fue contratado y no otra, y la empresa ETT no evaluó nunca el riesgo de la actividad laboral que iba a llevar a cabo el trabajador, ni existió evaluación de riesgo alguno, ni el general ni el específico para el puesto de trabajo que ocupó, por lo que es obvio que incumplió las obligaciones estipuladas en la normativa antes citada, pues no dio a su trabajador formación suficiente y adecuada, siendo perfectamente responsable de lo acaecido al igual que la empresa usuaria.

«Es responsable del recargo de prestaciones el empresario al que es exigible el deber de seguridad y lo ha incumplido, de manera que cuando concurren varias empresas por los mecanismos de contratación y subcontratación el deber de seguridad incumbe a todas ellas, por lo que la existencia de responsabilidad a las mismas deriva del incumplimiento directo de dicho deber. De modo que siendo varios los empresarios responsables unos por omisión directa de medidas de seguridad, otros por vulneración del deber de vigilancia de que las mismas se cumplan, la responsabilidad de los mismos reviste caracteres de solidaridad. Sin que sea precisa una norma que de manera expresa lo establezca, debiendo entenderse que la solidaridad que proclama el artículo 42.3 LISOS deberá quedarse referida al ámbito de las sanciones administrativas que esta ley regula».

Por tanto, la solidaridad de la ETT ha de ser declarada, no por un mecanismo legal que así lo establezca, sino por la apreciación de la existencia de una vulneración del deber de seguridad que le era exigible.

**B) Mutua de accidentes de trabajo**

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de mayo de 2010, IL J 1587**, estudia los hechos declarados probados en el caso enjuiciado en los que consta que la asistencia sanitaria prestada por el Servicio público de salud que ha generado la factura objeto de la reclamación a la Mutua se ha derivado de las secuelas causadas por el accidente de trabajo sufrido por la trabajadora, y a partir de esa realidad fáctica probada, el juzgado de instancia extrae, como consecuencia jurídica correcta, la responsabilidad de dicha Mutua. No tiene en consideración el fallo de esta sentencia comentada los argumentos de la Mutua, algunos de los cuales están basados en las siguientes consideraciones: a) La lejanía temporal entre la asistencia sanitaria generadora de las facturas que sí ha abonado y la generadora de la factura que no ha cumplido, pues no se trata de dolencias diferentes a las derivadas del accidente; b) Que la trabajadora ya estaba de alta médica cuando se produjo la asistencia sanitaria generadora de la factura incumplida, pero se argumenta que ello no supone óbice para la responsabilidad de la Mutua en cuanto estamos ante una consecuencia de un accidente de trabajo; c) Que las secuelas de la trabajadora eran permanentes y no cabe recibir ahora asistencia sanitaria de rehabilitación, pero debe aplicarse el principio de reparación íntegra del daño y de las consecuencias derivadas del accidente de trabajo.

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)

### **La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa**

VV.AA. J.L. MONEREO PÉREZ (director),  
J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS y L.A. TRIGUERO  
MARTÍNEZ (coords.)  
Comares, 2011

[JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ]

La obra comentada ofrece un estudio sistemático y crítico de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo. Se trata del resultado de un trabajo colectivo realizado bajo la dirección de José Luis Monereo Pérez —Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada— y la coordinación de José Antonio Fernández Avilés y Luis Ángel Triguero Martínez —Profesores del aludido Departamento— en el que se ha contado con la destacable colaboración de especialistas en cada una de los apartados objeto de análisis. Hablamos de un conjunto de profesionales pertenecientes a varias Universidades españolas, que atesoran una acreditada y reconocida experiencia profesional y de prestigio, científico y académico, ocupando un lugar referente en el ámbito del Derecho del Trabajo.

De otro lado, se somete a análisis una cuestión de permanente debate en la sociedad española en los últimos meses, la reforma laboral y su imbricación en un contexto de crisis económica global. Los diferentes aspectos básicos que abarca la obra son tratados desde una perspectiva colectiva y totalizadora, articulando la perspectiva privilegiada que nos pueden brindar este selecto grupo de profesionales que colaboran en ella.

Baste citar *a vista de pájaro* cómo se anticipa, en la primera parte, un análisis del sentido político-

jurídico y técnico de la reforma laboral por los profesores Monereo Pérez y Fernández Avilés, analizando —y cuestionando— el instrumento normativo citado y valorando las cuestiones generales de carácter sustantivo que comporta.

La obra, a partir de este primer capítulo introductorio, se estructura en tres grandes bloques que se articulan en torno a las medidas de flexibilidad interna (segunda parte), las medidas de flexibilidad interna (tercera parte) y las medidas de ordenación normativa del mercado de trabajo (cuarta parte).

El análisis de las medidas de flexibilidad interna se inicia con el capítulo relativo a la contratación temporal elaborado por la profesora Arántzazu Vicente Palacio (Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad Jaume I, Castellón), que apunta las modificaciones realizadas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores relativas al contrato para obra o servicio determinado, en la regulación del encadenamiento de contratos (art. 15.5 ET) y en el incremento de la indemnización legal por fin de contrato en los contratos temporales, subrayando cómo la finalidad explícita de la reforma persigue la reducción del desempleo y el incremento de la productividad de la economía.

Toma el testigo el profesor José Ignacio García Ninet (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Barcelona) pasando a analizar el contrato de fomento de la contratación indefinida y su nueva regulación, incidiendo en la finalidad de este contrato identificada con la facilitación de la colocación estable de los desempleados y de empleados sujetos a contratos temporales bajo ciertas condiciones por debajo de las previstas para las relaciones ordinarias en materia de indemnización.

Prosigue el profesor Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga) con el examen de la nueva regulación de los contratos formativos (artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores), un elemento común presente en las reformas efectuadas desde el año 1976 con la pretendida mejora como instrumento de empleo para los jóvenes.

Completan esta segunda parte los profesores Monereo Pérez y Fernández Avilés con el examen de la extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral, subrayando el signo marcadamente «neoliberal» que preside la orientación general de la reforma, incidiendo en la flexibilización notable a que se da lugar con un tendencial abandono de la seguridad en el empleo.

Se da paso, seguidamente, a la tercera parte de la obra dedicada a las medidas de flexibilidad interna, iniciando un primer capítulo la profesora María D. García Valverde (Universidad de Granada) dedicado a la movilidad geográfica, básicamente centrada en los artículos 40 y 41 del ET, incidiendo, entre otros matices, en el mayor poder discrecional otorgado al empresario, más allá de lo establecido en la negociación colectiva.

Prosigue el profesor Lorente Rivas (Universidad de Málaga) con la regulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del ET a través de un nuevo tratamiento más extenso y complejo que el preexistente.

En el capítulo III el profesor Fernández Avilés aborda la nueva regulación del descuelgue salarial, con mención del objetivo central de la reforma consistente en potenciar los instrumentos de la flexibilidad interna de las empresas, orientándose ésta a favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y de producción.

El capítulo IV nos ofrece, a través del trabajo del profesor Jaime Cabeza Pereiro (Catedrático de la Universidad de Vigo), un análisis de la suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, al amparo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, valorando cómo la nueva regulación que incorpora el Estatuto de los Trabajadores, en

tanto que es escueta y parcial, suscita gran número de posibilidades acerca de cómo puede ordenarse y planearse una suspensión del contrato de trabajo por las causas citadas, desarrollando con tono crítico la idea de que la nueva regulación favorece a entidades de ciertas dimensiones de plantilla, pero no a las que emplean a un número reducido de plantilla.

Cierra la tercera parte el capítulo conjunto del profesor Mercader Uguina, Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid y la profesora de la misma Nieto Rojas, tratando la reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, desarrollando, como piedra angular de su discurso, cómo ésta responde a una inequívoca finalidad de preservación de puestos de trabajo, distinguiendo entre coyunturas desfavorables, pero previsiblemente temporales, y situaciones irreversibles de inviabilidad empresarial, intentando evitar que las primeras lleven, definitivamente, a la extinción de las relaciones de trabajo, mediante la asunción temporal de parte de los costes salariales a través de los mecanismos de protección por desempleo.

Se da pie así a la cuarta parte dedicada a las medidas de ordenación normativa del mercado de trabajo. En el capítulo I los profesores de la Universidad de Oviedo (Fernández Márquez y Martínez Moreno) analizan las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas, partiendo del análisis de cómo el problema juvenil constituye uno de los retos más importantes a los que se enfrenta el sistema productivo, y ello en la doble vertiente del problema, como situación de paro o falta de ocupación de este importantísimo colectivo, o bien, en un segundo plano, como desajuste entre sus cualidades y especializaciones formativas y los puestos que desempeñan efectivamente.

Continúa la profesora Serrano Falcón (Universidad de Granada), en el capítulo II, con el estudio de los Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Colocación, avanzando cómo, por fin, el texto legislativo atiende a una regulación jurídica de la actividad de colocación, circunstancia que no es muy habitual en los debates que tratan una reforma laboral de envergadura, destacando cómo la ausencia de tratamiento legal contrasta con su fuerte regulación práctica, incidiendo

en la idea de cómo las nuevas medidas intentan ofrecer soluciones en medio de la fuerte crisis económica.

Cierra la cuarta parte de la obra la profesora Moreno Vida (Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Granada) con un capítulo III dedicado a las empresas de trabajo temporal tras la reforma laboral: destacando cómo se ha articulado la reforma legal sobre dos ejes fundamentales: la consolidación del modelo preexistente, de un lado, y, de otro, su expansión. Se subraya cómo las reformas han permitido corregir algunos abusos, calificados como intolerables, al excluir aquellas empresas de trabajo temporal que realicen prácticas desleales mediante la reducción del precio de la mano de obra, y, de otro lado, se ha permitido ampliar su papel de gestión integral de empleo y su campo de actuación en sectores que hasta ahora tenían vedados.

Para finalizar una obra como la expuesta se precisaba de una guinda —en forma de epílogo— que se ofrece bajo la rúbrica del Catedrático de la Universidad de la Mancha Baylos Grau, mostrando al lector un balance crítico y perspectivas de futuro de la reforma laboral. Describe, a través de una perspectiva global, las claves ideológicas de la reforma ejecutada y cuestiona, entre otras jugosas reflexiones que no nos atrevemos a desvelar, cómo las «acciones quirúrgicas de emergencia» en materia laboral resultan de dudosa justificación sobre la base del diálogo social conforme a criterios ya expuestos por nuestro Tribunal Constitucional.

La obra constituye, en definitiva, un importante esfuerzo de elaboración y planificación que, sin duda, se traducirá en una referencia ineludible entre los estudiosos y profesionales del Derecho del Trabajo.

### Comentarios al Estatuto de los Trabajadores

VV.AA. L.E. DE LA VILLA GIL (director)  
Iustel, Portal Derecho, Madrid, 2011, 1446 pp.

[MANUEL CARLOS PALOMEQUE]

«Los libros colectivos causan sufrimientos sin cuento, aunque los autores sean amigos y tengan orígenes investigadores comunes [...]»

(Luis Enrique de la Villa, *Prólogo*)

El desarrollo de la Constitución en materia de relaciones de trabajo comenzaba, como es sabido, por el cumplimiento del mandato contenido en su artículo 35.2: «la ley regulará un estatuto de los trabajadores». Habría de ser, así pues, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, la primera norma legislativa postconstitucional de contenido laboral, portadora del propósito de renovar en el plano de la legalidad ordinaria el modelo de relaciones de trabajo heredado del régimen franquista, al propio tiempo que, condicionada, también entonces, por la grave situación de crisis económica en que nacía y a la que pretendía hacer frente, era expresiva de una regulación flexible de las modalidades de contratación laboral. Se ha dicho así, con acierto, que el Estatuto de los Trabajadores recibe el nombre del cambio político, en tanto que su propia sustancia y cuerpo de la crisis económica.

La aceptación por el legislador constituyente de la expresión *estatuto de los trabajadores*, decididamente ajena a la tradición jurídica laboral española, ya que no así a los ámbitos propios del Derecho Administrativo, respondía, sin embargo, a un contexto preciso. A pesar, por cierto, de que la Constitución Española emplease el término *estatuto* en varias ocasiones, como sinónimo siempre de norma reguladora de una actividad profesional en sentido amplio, ya sea para, además de los trabajadores, el personal de las Cortes Generales, los funcionarios públicos, las fuerzas y cuerpos de seguridad o el personal al servicio de la Administración de justicia (artículos 35.2, 72.1, 103.3, 104.2 y 122.1).

Por lo que aquí interesa, resultó decisiva la influencia mediata de la promulgación en Italia de la Ley de 30 de mayo de 1970 [por la que se establecían «normas sobre la tutela de la libertad y dignidad de los trabajadores, de la libertad sindical y de la actividad sindical en los lugares de trabajo, y normas sobre colocación»], conocida habitualmente como *statuto dei lavoratori* y presentada, con razón, como una de las disposiciones legales más influyentes en la historia comparada del Derecho del Trabajo. Suponía, realmente, la consagración legislativa general por vez primera de dos nociones trascendentales en la historia moderna de las instituciones

jurídico-laborales: la tutela de la libertad y de la dignidad de los trabajadores dentro de los centros de trabajo y la presencia institucionalizada del sindicato en la empresa a través de órganos específicos.

La irradiación de la influencia extraordinaria del «estatuto italiano» llegaba a España en plena transición política, cuando se estaban discutiendo los elementos configuradores del nuevo marco democrático de relaciones laborales superador del existente durante el franquismo. Y no antes, a salvo de las referencias puramente académicas, al haber estado centrada la preocupación de las fuerzas políticas en las incógnitas que planteaba la sustitución de la dictadura.

De este modo, los sindicatos españoles asumían la propuesta de un *código* de derechos de los trabajadores, como expresión de ruptura con el modelo autoritario anterior [así el I Congreso Confederado de CCOO, Madrid, junio 1978, y su reivindicación de la «promulgación de un código de derechos de los trabajadores que garantice que la democracia penetre en la empresa y en las relaciones laborales»]. Finalmente, el Gobierno y las fuerzas políticas con representación parlamentaria que suscriben los *criterios previos* a los *Acuerdos de la Moncloa* (octubre 1977) aceptarán dicha propuesta, por entender que la superación de la crisis económica que afectaba al país se vería facilitada al introducirse en el sistema económico una serie de modificaciones de fondo, referentes, entre otros ámbitos, a la «transformación del marco actual de relaciones laborales por medio del desarrollo de la acción sindical y de un código de derechos y obligaciones de los trabajadores en la empresa». Este compromiso no iba a recogerse, sin embargo, en el texto propio de los acuerdos económicos, para quedar diluido en el proceso de elaboración del proyecto constitucional y renacer, ya en la letra del artículo 35.2 CE, de la mano de la fórmula definitiva de un «estatuto de los trabajadores».

La expresión no dejaba de ser, a pesar de todo, una formulación constitucional notablemente ambigua, susceptible, en principio, de amparar un contenido harto plural. Se trataba, verdaderamente, a partir de la letra del artículo 35.2 de la Constitución, de una categoría «rellenable» a

voluntad del legislador ordinario, en función de la particular óptica de política legislativa esgrimida para la ocasión. Y no pasaba desapercibido, en prueba de la indeterminación del término, que, en tanto que el común de los preceptos constitucionales lo acotaban con un artículo determinado [la ley regulará *el* estatuto, o fórmula similar], el 35.2 encomendaba, en cambio, al legislador la regulación de *un* estatuto de los trabajadores.

Ello no hacía, verdaderamente, sino trasladar el problema del «estatuto» a la operación de dotarlo de un contenido normativo apropiado, sobre cuya solución llegaron a barajarse diferentes propuestas dentro del debate jurídico laboral del momento. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores resultante de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, se apartaba de modo consciente de estas posibilidades. Lejos de ser una norma dirigida a promover y garantizar los derechos propios de la posición jurídica [individual y colectiva] de los trabajadores asalariados, el Estatuto descansaba, finalmente, sobre un triple contenido libremente decidido por el Gobierno en el correspondiente proyecto legislativo y no desvirtuado por las Cortes Generales [si se exceptúa la supresión de un título relativo a los conflictos de trabajo, con el fin de propiciar la aceptación general del proyecto gubernamental por parte de la oposición socialista] durante su tramitación parlamentaria: 1) la regulación sistemática del *contrato de trabajo* [título I, «De la relación individual de trabajo»], básicamente a través de la refundición de las normas con rango de ley vigentes en la materia [Leyes de contrato de trabajo de 1944, de relaciones laborales de 1976 y RD-L de relaciones de trabajo de 1977], introduciendo, con todo, varias modificaciones de detalle; 2) la regulación de la *representación unitaria* de los trabajadores en la empresa [título II, «De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa»], ya anticipada durante la transición democrática por el RD 3149/1977, de 6 de diciembre, sobre elección de representantes de los trabajadores en el seno de las empresas; y 3) la regulación de los *convenios colectivos* [título III, «De la negociación y de los convenios colectivos»], que rompe de modo decidido con el

modelo limitado de negociación resultante de la Ley 18/1973, de 19 de diciembre, de convenios colectivos sindicales de trabajo, al reconocer, sin ambages, el papel creador de la autonomía colectiva.

Se había conseguido, de este modo, un «estatuto de los trabajadores» calificable como tal tan sólo desde un punto de vista formal. Se había cumplido, es cierto, el mandato nominal del artículo 35.2 CE, promulgándose una disposición legislativa que incorporaba la mención constitucional, aunque su contenido normativo se apartase, finalmente, de las expectativas reales abiertas por ella. En cualquier caso, los treinta y un años transcurridos de aplicación continuada de esta Ley han acabado por convalidar, en la práctica, las razones que, en su momento, justificaron una decisión legislativa como la adoptada. Otra cosa es, por cierto, la crítica política dirigida hoy a su contenido normativo desde posiciones flexibilizadoras, que no dejan de denunciar el anclaje de la disposición en un modelo de producción sometido en el presente a una transformación profunda.

El Estatuto de los Trabajadores sería objeto, durante los años inmediatos a su promulgación, de numerosas y, en ocasiones, profundas modificaciones legislativas [a lo largo de los catorce años comprendidos entre la entrada en vigor de la Ley y la gran reforma del ordenamiento laboral de 1994, el Estatuto había sido modificado nada menos que en ocho ocasiones]. Hasta tal punto, que la disposición final sexta de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modificaban, una vez más [y esta vez de modo trascendental], numerosos artículos, autorizaba al Gobierno para que, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor [hasta el día 12 de diciembre de 1994, por lo tanto], elaborase un texto refundido de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, incorporando, además de las modificaciones producidas por aquélla, las llevadas a cabo por las disposiciones legales que citaba nominativamente, así como los cambios derivados de otras leyes igualmente relacionadas.

Por lo demás, y sin que se hubiese cumplido dicho mandato dentro del plazo previsto, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de «acompa-

ñamiento» a la de Presupuestos Generales del Estado para 1995, llevaba a cabo nuevas modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, como había hecho, asimismo, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, llamada a integrarse, también, en el texto refundido pendiente. Por eso, aquélla autorizaba, de nuevo, al Gobierno para la elaboración, en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor [esto es, antes del día 1 de abril de 1995], de un texto refundido de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, «incorporando, además de las modificaciones introducidas por la presente Ley, las efectuadas por las [disposiciones legales que cita]», así como, «dándoles la ubicación que les corresponda», los cambios derivados de otras disposiciones que, asimismo, menciona, debiendo proceder, por último, a «las actualizaciones que resulten procedentes como consecuencia de los cambios producidos en la organización de la Administración General del Estado desde la promulgación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo» (disposición final 7.<sup>a</sup>). Todavía más, la disposición final de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, ordenaba incluir en el correspondiente texto refundido las modificaciones producidas en el Estatuto de los Trabajadores por ella misma.

Y así, dentro ya del plazo renovado, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que se insertaba como anexo a continuación y entraba en vigor el día 1 de mayo de 1995. El nuevo cuerpo normativo ampliaba su contenido, como consecuencia de los singulares términos del mandato legal de refundición y la consiguiente incorporación de materias que se encontraban dispersas en diferentes disposiciones legales [y no sólo de modificaciones propiamente dichas del Estatuto], y pasaba a disponer de cuatro títulos [frente a los tres originarios], relativos, respectivamente, a la relación individual de trabajo (arts. 1 a 60), los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa (arts. 61 a 81), la negociación y los convenios colectivos (arts. 82 a 92) y, novedosamente, las infracciones laborales (arts. 93 a 97).

Sin embargo, este último título, que incorporaba las normas sobre la materia procedentes de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, era derogado de modo expreso e íntegro, en un viaje de ida y vuelta cantado, por el Texto Refundido de ésta, que rescataba así en el año 2000 [a través de ésta y de otras operaciones derogatorias semejantes] su originaria vocación general dentro del ámbito administrativo sancionador en el orden social (STC 195/1996) y, a fin de cuentas, devolvía a la Ley del Estatuto de los Trabajadores la estructura normativa y el contenido institucional [triple en ambos casos, como se sabe] con que había nacido.

Con todo, el vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, objeto de los *Comentarios* de que aquí se da cuenta, no ha dejado de ser objeto, por su parte, de modificaciones de diverso alcance por normas legales posteriores, que auguran seguramente una nueva refundición en el futuro. La última de las cuales, por el momento, no es otra que la importante Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo [la «versión 2010 de la reforma laboral permanente», como he titulado en otra ocasión], asimismo incorporada a nuestra obra.

Sea como fuere, lo cierto es que la Ley del Estatuto de los Trabajadores comparece ante el observador desde luego, como recuerda Luis Enrique de la Villa en el *prólogo* de la obra, como «la norma jurídico laboral más importante del ordenamiento español». Y, como tal, no puede sorprender, naturalmente, que haya sido objeto a lo largo de sus muchos años de vigencia de un sinnúmero de ediciones comentadas con uno u otro propósito y alcance efectivo. Ahí está por todas ellas, ciertamente, y sin que me permita ahora ninguna otra referencia, la que el maestro Manuel Alonso Olea dirigía con ocasión del vigésimo cumpleaños de la disposición legal [*El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, 2000], que veía la luz como número 100, especial monográfico en dos volúmenes, de la *Revista Española de Derecho del Trabajo* que aquél dirigía y, asimismo, en publicación independiente por parte de la Editorial Civitas de Madrid.

Ahora, cuando se cumplen treinta y un años desde la entrada en vigor de la norma, se publica el ambicioso y colosal comentario del Estatuto de los Trabajadores que Luis Enrique de la Villa Gil ha dirigido para Iustel. La labor de recopilación y comentario de disposiciones normativas laborales, sindicales y de seguridad social no había sido ajena, verdaderamente, a su producción científica. Antes al contrario, alrededor de una veintena de publicaciones habían recogido hasta la fecha el provechoso y cuidado balance general de este quehacer, practicado en su mayoría en equipo y bajo su dirección y de las que dan cuenta y pormenor las densas relaciones bibliográficas del autor. En esta ocasión, los *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, bajo la dirección de Luis Enrique de la Villa, reúnen la esforzada contribución de dieciocho autores, entre los que se cuenta de modo principal el propio maestro, que se distribuyen el análisis del articulado de la Ley. Son los afortunados comentaristas, por el mismo orden alfabético con que aparecen en la portada de la obra y con su director al final, J.I. García Ninet, I. García-Perrote Escartín, A. Garrigues Giménez, E. Juanes Fraga, D. Lantarón Barquín, M.A. Limón Luque, Lourdes López Cumbre, J.R. Mercader Uguina, M. Nogueira Guastavino, A. de la Puebla Pinilla, M.<sup>a</sup> G. Quintero Lima, B. Suárez Corujo, G. Tudela Cambronerero, Y. Valdeolivas García, D. de la Villa de la Serna, G. de la Villa de la Serna, L.E. de la Villa de la Serna y L.E. de la Villa Gil.

La obra exhibe una coherencia y homogeneidad que la distingue con fuerza de otras experiencias del género. Por lo pronto, por la consistencia científica de su autoría, en la medida en que, a pesar de la pluralidad extendida de coautores, todos ellos participan, sin excepción, de un tronco doctrinal y formativo originario [«discípulos directos o discípulos directos de mis discípulos directos», «el sueño de un sueño», advertirá el maestro con legítimo orgullo en el mencionado prólogo]. Pero es que, además, destaca aquella sobremanera por la portentosa y uniforme disciplina, marca de la casa, desde luego, del método con que se acomete cada comentario de cada precepto de la Ley. «Tratar todos los preceptos con el mismo método —advierte el

profesor de la Villa de seguido—, sean claros u oscuros, sustantivos o instrumentales, largos o cortos, muy estudiados por los colegas o apenas arañados por la literatura existente», puesto que, proseguirá a continuación sin merma de razón, «hay que reconocer que hacerlo de ese modo debe ser difícil pues no viene siendo la regla en este particular capítulo de la producción científica, que hace muchas veces de los libros de glosa legal una colección de comentarios tan dispares cuantos sean los autores de los mismos».

Cada comentario de los noventa y siete artículos [existen dos artículos *bis*] y de las treinta y siete disposiciones [dieciocho adicionales, trece transitorias, una derogatoria y cinco finales] de que consta el Estatuto de los Trabajadores, que no dejan de ser en realidad sino otros tantos ensayos sobre la materia o materias suscitadas por cada precepto [la autoría de los comentarios figura, por cierto, en una relación general previa], se compone estructuralmente de un quintuple contenido.

El texto aborda, en primer lugar, los *antecedentes* del precepto objeto del comentario, «para [explica Luis Enrique de la Villa de nuevo en el prólogo de la obra, a quien se debe cuanto se entrecomilla a continuación] saber de dónde vienen [las normas], antes de decidir a dónde van». En segundo, las *concordancias* «siquiera más relevantes con otros preceptos del mismo y de distintos cuerpos normativos». En tercero, la *jurisprudencia social*, *doctrina judicial* y *doctrina constitucional* que «los supuestos de hecho contemplados por el legislador hayan merecido a lo largo del tiempo». En cuarto, los *esfuerzos doctrinales precedentes*, «sin cuyo conocimiento la lectura del comentario queda inevitablemente coja». Y, en quinto y último, la *aportación personal* de quien «se compromete a decir algo que ni se desprende con sencillez del mero acercamiento a la dicción legal ni, en la medida de lo posible, ha sido dicho con anterioridad».

Sólo queda, en fin, que el lector de estas líneas, interesado por hipótesis en el ordenamiento jurídico laboral, se adentre sin demora en el conocimiento de una obra a todas luces imprescindible.

### **Situación actual y retos del régimen jurídico del trabajo de personas en situación de exclusión social y con discapacidad en España**

D. MENDOZA MORENO

Editorial universitaria Ramón Areces, 2010, 176 pp.

[JENNIFER ALMEIDA MORALES]

Este útil trabajo de investigación, además de analizar críticamente las políticas públicas socio-laborales y el ordenamiento jurídico regulador de la protección social y laboral de los principales colectivos de personas vulnerables en la actualidad socio-económica de España, máxime ante la presente situación de crisis financiera y socio-laboral global; también propone a los profesionales sociales las cuestiones de mayor trascendencia práctica para hacer efectiva la inserción socio-laboral de las personas en situación de exclusión social en empresas de inserción, así como de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y en el empleo público. Y, además, también analiza las actuales políticas socio-laborales de responsabilidad social empresarial y corporativa RSE que pueden ser desarrolladas en este ámbito material.

Sin duda, debe destacarse la utilidad real de este trabajo de investigación para ayudar y asesorar a los agentes económicos y sociales en sus funciones de configuración de la política social y laboral y de la legislación y normativas, así como a las Comisiones negociadoras y paritarias de los convenios colectivos laborales.

El objetivo esencial de esta investigación es aportar los fundamentos de Derecho para el desarrollo y perfeccionamiento de las políticas sociales y laborales europeas, estatales, autonómicas y locales en dichas materias de carácter socio-económico y laboral que ostentan una especial trascendencia para los poderes públicos y agentes sociales, atendiendo a las personas que potencialmente pueden ser beneficiarias de la finalidad de este estudio.

Durante los últimos años, junto al dinamismo del ámbito socio-laboral hemos asistido a una sucesión de cambios en este ámbito jurídico-

político, no sólo estructural sino también coyuntural, que han orientado la necesidad de repensar y sistematizar el alcance del panorama jurídico laboral y social de las personas en situación de exclusión social y con discapacidad en España ante la actual situación socio-económica de crisis. En este momento crítico es, precisamente, la progresión de cambios y nuevas necesidades sociales para el tránsito de la exclusión a la integración socio-laboral de estos colectivos aquella que no permite desatender la importancia de reconsiderar nuevas propuestas jurídico-sociales prácticas para mejorar la eficiencia de las políticas socio-laborales y del ordenamiento regulador del empleo y la protección social de las personas en situación de especial vulnerabilidad. Este estudio es una valiosa herramienta de análisis cualitativo, no sólo sobre la efectiva inserción socio-laboral de las personas en situación de exclusión social en empresas de inserción así como de las personas con discapacidad en Centros Especiales de empleo y en el empleo público, sino también para proponer un balance de las actuales políticas socio-laborales de responsabilidad social empresarial a desarrollar en este ámbito.

Se trata de una obra que integra de modo muy adecuado varias cuestiones claves para la reconfiguración de la política social y laboral y de la normativa correspondiente, así como respecto a las Comisiones negociadoras y paritarias de los convenios colectivos laborales desde una perspectiva multinivel que no sólo trasciende las políticas sociales y laborales estatales, autonómicas y locales sino, de igual modo, europeas.

El contenido se sistematiza y estructura en siete capítulos que plantean en perspectiva crítico-descriptiva y propositiva los principales puntos de inflexión del actual régimen jurídico del trabajo de personas en situación de exclusión social en empresas de inserción; los centros especiales de empleo y las condiciones de trabajo de las personas discapacitadas; las propuestas de mejora del despido por causas empresariales de las personas trabajadoras con discapacidad; las políticas de responsabilidad social empresarial, el empleo público de las personas con discapacidad y la protección social de estos colectivos

especialmente vulnerables así como el acceso al trabajo de las personas con gran dependencia.

El estado de la cuestión se proyecta desde una primera aportación sobre «El trabajo y la protección social de las personas en situación de exclusión social» que aporta una atenta reflexión del régimen de las empresas de inserción tras la entrada en vigor de la Ley 44/2007 poniendo el énfasis en su justificación socio-laboral. A tal propósito, se realiza un análisis detallado de las implicaciones jurídico-políticas de esta nueva relación laboral común o una nueva fragmentación del trabajo por cuenta ajena. Así, se atiende a las particularidades que resultan de aplicación en contraste con la legislación laboral común en materia de contratación, permisos, suspensión y extinción del contrato de trabajo. Y, de igual modo, se reflexiona sobre la importante función de la negociación colectiva aplicable en las empresas de inserción con el fin de coadyuvar en el proceso de inserción efectivo de los trabajadores en proceso de integración en el empleo no protegido para así reseñar *in fine* la necesidad de mayor coordinación en la regulación de la renta activa de inserción a la luz del Real Decreto 1396/2006.

Tras esta primera aproximación, desde tres bloques temáticos afines, se aborda un minucioso estudio que combina con rigor científico un análisis normativo y casuístico de las condiciones de empleo y trabajo en la negociación colectiva de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo. El detallado diagnóstico constituye una interesante radiografía de la regulación convencional del acceso al empleo en cada Centro Especial de Empleo y las singularidades y proximidades normativas existentes en diferentes escenarios geográficos. Ésta, seguidamente, se complementa con un breve balance de las nuevas políticas de empleo para las personas con discapacidad y su significación para la negociación colectiva en Centros Especiales de Empleo. Y se corrobora con una acertada reflexión ius-laboralista sobre el despido por causas empresariales de trabajadores con discapacidad en el ámbito internacional y nacional, con apuntes de interés sobre la realidad jurídico-normativa y jurisprudencial necesarios para la protección so-

cial de las personas con discapacidad afectadas por despidos de carácter económico.

Como corolario de la situación actual del régimen jurídico del trabajo por cuenta ajena de personas con discapacidad en «Empleo público de personas con discapacidad» se presenta un análisis jurídico sobre la significación, contenido y aplicación práctica del vigente artículo 59.2 *in fine* de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado Público. En concreto, se centra en un aspecto menos desarrollado por la doctrina como son las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad una vez superado el proceso selectivo y los problemas prácticos de aplicación de dicho mandato en conexión con otras instituciones relevantes del régimen jurídico de los empleados públicos con discapacidad.

Para ello, se adopta, acertadamente, un enfoque crítico sobre los aspectos de la legislación aplicable a la Administración General del Estado y en las normativas de las distintas Administraciones públicas autonómicas, así como la normativa convencional de mayor interés jurídico en materia de adaptación del puesto de trabajo de los empleados públicos con discapacidad. Así como, en el epílogo, se hace una breve nota sobre la proyección «prestación económica de asistencia social» prevista en la Ley 39/2006 para el fomento del acceso al trabajo y el empleo público de las personas con gran dependencia.

Todo ello, se completa con algunos considerandos sobre la protección social como materia inherente a la dimensión social y laboral de la

responsabilidad social de las empresas. Poniendo de relieve la potencialidad de la responsabilidad social de la empresa y la idoneidad de la existencia de acuerdos de responsabilidad social corporativa como elemento necesario para lograr un efectivo cumplimiento de los objetivos socio-laborales y una mayor protección social.

En definitiva, podemos concluir que estamos ante un riguroso y completo estudio jurídico avalado por la mención de accésit a los VIII Premio de Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integración social o Promoción de las personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección convocado por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado de España y la trayectoria de investigación predoctoral de su autor. Un repertorio jurídico no sólo destacado por esta mención sino por una adecuada selección y estructura de análisis que refleja un diagnóstico integral sobre la «necesidad de cambiar el contenido de las normas y de las políticas legislativas con el fin de asegurar la efectividad y exigibilidad de los derechos de las personas con discapacidad». No en vano en esta obra es, especialmente, el afán propositivo de la normativa socio-laboral aquel que le confiere el carácter de una lectura básica y altamente recomendable para abordar la materia. Sin duda, un instrumento útil para los operadores jurídicos y agentes sociales para facilitar respuestas adecuadas a los retos emergentes que plantea el régimen jurídico del trabajo de personas en situación de exclusión social y con discapacidad en el Estado español.



## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista *Justicia Laboral* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista Justicia Laboral* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: [redac@lexnova.es](mailto: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

---

