

**DIRECTOR: IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**

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

Nº45

# 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 Almudena Domínguez  
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 de 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

¿A QUIÉNES REPRESENTAN LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA? EL CASO DE LA DESIGNACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES DE CONTROL DE LOS PLANES DE PENSIONES.

*Jesús R. Mercader Uguina* ..... 5

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL.

*Jesús R. Mercader Uguina* ..... 13

LOS TITULARES BENEFICARIOS DE LOS DERECHOS A LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA.

*Djamil Tony Kahale Carrillo* ..... 43

LOS INCIDENTES CARDIOVASCULARES EN EL TRABAJO. SU CALIFICACIÓN COMO ACCIDENTE DE TRABAJO. UN ANÁLISIS ESPECÍFICO.

*José Miguel de Alcántara y Colón* ..... 65

## CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

### I. FUENTES DEL DERECHO

*María Antonia Castro Argüelles* ..... 95

### II. TRABAJADOR

*Luis Enrique de la Villa Gil; Luis Enrique de la Villa de la Serna (Lovells); Diego de la Villa de la Serna; María de Sande Pérez-Bedmar (Coord.); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González; Magdalena Nogueira Gustaviano ...* 105

### III. EMPRESARIO

*Jesús Cruz Villalón; Rafael Gómez Gordillo; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco .* 117

### IV. CONTRATACIÓN LABORAL

*José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer* ..... 131

V.	DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL <i>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</i> .....	143
VI.	DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO <i>M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig</i> .....	173
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 Aauri; Daniel Pérez del Prado</i> .....	183
VIII.	NEGOCIACIÓN COLECTIVA <i>Javier Gárate</i> .....	199
IX.	SEGURIDAD SOCIAL <i>Julia López López; Ignasi Areal Calama; Consuelo Cahcartegui Jávega; Josep Fargas Fernández; Nuria Pumar Beltrán; Sergio Canalda Criado; Eusebi Colás Neila</i> .....	211
X.	PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA <i>José Luis Monereo Pérez; M.ª Nieves Moreno Vida; Ángel J. Gallego Morales; José Antonio Fernández Avilés; José María Viñas Armada; Susana de la Casa Quesada</i> .	231
XI.	ADMINISTRACIÓN LABORAL <i>José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer</i> .....	245
XII.	EL PROCESO LABORAL <i>Lourdes Martín Flórez; M.ª Ángela Álvarez Vázquez; Santiago Pulido Cuesta; María Royo Codesal</i> .....	247
XIII.	SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO <i>José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernáiz</i> .....	263

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS .....	269
-------------------------	-----

## EDITORIAL

### **¿A QUIENES REPRESENTAN LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA? EL CASO DE LA DESIGNACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS COMISIONES DE CONTROL DE LOS PLANES DE PENSIONES**

La STC 128/2010 viene a resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el que se planteaba si el inciso cuarto del artículo 7.2 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (en adelante, LPFP), resultaba contrario al artículo 14 de la Constitución. Dicho precepto establecía lo siguiente: *«En los Planes de pensiones del sistema de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la Comisión de Control por parte de la comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Asimismo, en los Planes de pensiones de empleo de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial, se podrán prever procedimientos de designación de la Comisión de Control por parte de la comisión negociadora y/o por parte de la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito.»*

El citado pronunciamiento entiende que el nombramiento de los miembros de la Comisión de Control de los planes de pensiones del sistema de empleo a través de la fórmula de designación por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa supone una exclusión de los partícipes en suspenso, contraria a las exigencias del artículo 14 CE. En concreto, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad recae sobre la referencia a la *«designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores de la empresa»* de la primera frase, así como sobre la mención de la segunda frase a la designación *«por parte de la representación de trabajadores y empresas de dicho ámbito»* en los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta. En el caso analizado, la Sentencia declara la supresión de dos incisos, lo que hace cambiar de manera relevante el sentido del precepto, que adquiere una nueva configuración por obra del máximo intérprete constitucional.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión conviene detenerse brevemente en el significado y el funcionamiento de los planes de pensiones del sistema de empleo y de su comisión de control, atendidas sus particularidades.

Como señalara la STC 206/1997, de 27 de noviembre —en formulación reiterada en la más reciente STC 90/2009, de 20 de abril—, los planes de pensiones constituyen “un

acuerdo contractual de estructura compleja, con la finalidad de garantizar, como causa misma del consentimiento de voluntades, la percepción por los beneficiarios de una serie de prestaciones económicas cuando se produzcan los acaecimientos para su percepción”. Se trata, en relación con los planes del sistema de empleo, “de un instrumento de aseguramiento que (...) garantiza un ‘salario’ diferido y, por lo tanto, de una forma de ahorro”. En esta última dimensión insiste la STC 88/2009, de 20 de abril, al destacar que una de las finalidades de los planes y fondos de pensiones “consiste en establecer un instrumento de ahorro que puede cumplir una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social”.

La regulación original de los planes de pensiones de sistema de empleo —contenida en la Ley 8/1987, de 8 de junio (en adelante, LPFP)— experimentó diversas modificaciones como consecuencia de la aprobación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social —que autorizó al Gobierno para elaborar y aprobar el actual texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones— en orden a facilitar “la coordinación de su funcionamiento con los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral”. Así, estos planes de empleo constituidos en el seno de las relaciones laborales experimentan un incentivo para su integración como un componente más del ámbito de las relaciones laborales en la empresa, particularmente en el ámbito de la negociación colectiva.

El rasgo característico del plan de sistema de empleo es que su promotor podrá ser cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y que sus “partícipes” serán, precisamente, los “empleados” de la entidad promotora [artículo 4.1.a) LPFP]. Se diferencian, así, de los planes de sistema asociado (en los que los promotores son asociaciones o sindicatos, siendo los partícipes sus asociados o afiliados) y de los planes de sistema individual (promovidos por entidades de carácter financiero y en los que puede ser partícipe cualquier persona física). A los planes de sistema de empleo, insiste el precepto legal, *«exclusivamente podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora»* entendiendo como tal, de acuerdo con el artículo 25 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, *«los trabajadores por cuenta ajena o asalariados, en concreto al personal vinculado al promotor por relación laboral.»*

La normativa prevé, además, la posibilidad de que se incorporen al plan como partícipes aquellos trabajadores que *«con anterioridad hubieran extinguido la relación laboral con el promotor respecto de los cuales éste mantenga compromisos por pensiones que se pretendan instrumentar en el plan de pensiones»*, así como también la categoría de los llamados “partícipes en suspenso” quienes, aun habiendo cesado en la realización de aportaciones, tanto indirectas como imputadas, mantienen sus derechos consolidados en el plan, independientemente de que hayan cesado o no en su relación laboral. Estos partícipes en suspenso, según el artículo 35.2 del Reglamento que desarrolla el Texto Refundido, continúan con la categoría de elemento personal del plan de pensiones. La incorporación de este colectivo de partícipes constituye, así, una excepción a la regla general de la necesaria existencia de un vínculo laboral como soporte de la participación en un plan de sistema de empleo.

Por último, conviene señalar que, de acuerdo con la regulación actual, el funcionamiento y la ejecución de los planes de pensiones del sistema de empleo se encuentran sometidos a la supervisión de una comisión de control (artículo 7 LPFP) creada al efecto, a la que se

atribuyen una serie de funciones —entre otras, la selección del actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan, la supervisión del cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios, la representación judicial o extrajudicial de los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones, la designación de los miembros de la comisión de control del fondo de pensiones al que esté adscrito, la proposición de la modificación de las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo, así como la potestad de acordar la modificación de las especificaciones (artículo 6.3 LPFP)— que evidencian su trascendencia en el seno del plan de pensiones y justifican que la propia ley prevea una composición representativa de todos los intereses en juego: promotor, partícipes y en su caso, beneficiarios.

Entrando en el análisis del supuesto de hecho objeto de debate, a juicio del órgano proponente, el precepto cuestionado podría resultar vulnerador del derecho a la igualdad garantizado en el artículo 14 CE al excluir a determinados partícipes (los partícipes en suspenso) de toda intervención en el nombramiento mediante el sistema de designación de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo, por cuanto éste queda reservado a los “*representantes de los trabajadores en la empresa*”. No existe, al entender del Tribunal Supremo, justificación razonable para el trato diferenciado establecido en la norma cuestionada entre los partícipes activos y en suspenso, dado que todos ellos tienen idéntica situación jurídica frente al plan por ser titulares únicos de los recursos acumulados en el fondo afecto.

El Tribunal Constitucional comienza precisando el alcance del Auto de planteamiento del Tribunal Supremo. Éste acuerda “*plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 7.2, inciso cuarto, del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre*”, por lo que, atendiendo a sus estrictos términos, habría de interpretarse que lo cuestionado es la totalidad del inciso cuarto transcrito. No obstante, la lectura de los argumentos desarrollados por el Tribunal Supremo en su Auto de Planteamiento evidencia que el cuestionamiento es más limitado: se ciñe, en concreto, a la referencia a la “*designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa*”. Así, el Tribunal Supremo, tras recordar que la comisión de control ha de estar integrada por representantes del promotor o promotores y representantes de los partícipes y, en su caso, beneficiarios, señala que “*el nombramiento de estos últimos representantes puede hacerse o bien por un sistema de elección o bien por un sistema de ‘designación’, que es el que suscita las dudas de constitucionalidad*”. Dudas que se proyectan, exclusivamente, sobre la modalidad de designación que apela al acuerdo de “*la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa*” para designar a los representantes de los partícipes y beneficiarios en las Comisiones de control de los planes de pensiones del sistema de empleo, en tanto excluyen a los partícipes en suspenso.

El objeto central del debate debe situarse, como hemos señalado, en el hecho de si los partícipes en activo y los partícipes en suspenso de un plan de pensiones de empleo se encuentran en la misma posición a la hora de prever (en el sentido que sea) su participación en el proceso de designación de sus representantes en la comisión de control del plan y, por tanto, la diferencia de trato introducida por el artículo 7.2 LPFP vulnera el artículo 14 CE.

El Tribunal Constitucional procede, en primer lugar, a precisar si existe una objetiva diferencia de trato entre partícipes en activo y partícipes en suspenso a la hora de designar a sus representantes en la correspondiente comisión de control del plan de pensiones de empleo de que se trate. La respuesta al anterior interrogante es, por los argumentos que, seguidamente se indicarán, claramente positiva.

En primer lugar, *“no resulta relevante que unos se encuentren en activo en la empresa o sociedad promotora (y realicen aportaciones económicas) y otros hayan suspendido o extinguido su relación laboral (y no realicen, con carácter general, aportaciones económicas al plan). Todos ellos se encuentran en la misma posición jurídica frente al plan de pensiones que han suscrito, pues todos ellos son titulares únicos del patrimonio adscrito y afecto a la producción de las contingencias allí relacionadas (jubilación, incapacidad laboral, dependencia severa, muerte, etc.) y, precisamente por esta razón, todos los partícipes (independientemente de su situación laboral) están interesados en el buen desarrollo y gestión del plan. Y todo esto con independencia de que, efectivamente, en el momento de aprobación del plan todos los partícipes del mismo puedan ser calificados como empleados de la sociedad o empresa promotora, pues es característica esencial de esta modalidad de planes de pensiones su especial vinculación con los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral.”*

La afirmación anterior enlaza directamente con el segundo de los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si el precepto cuestionado introduce un trato diferenciado: la naturaleza y funciones de la comisión de control de los planes de pensiones de empleo y los procedimientos para la designación de sus miembros. En efecto, la comisión de control es la encargada del buen desarrollo y gestión del plan por lo que, como bien sostiene la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad, deviene pieza clave del buen funcionamiento del plan de que se trate (como también lo es el defensor del partícipe cuando nos encontramos en el ámbito de los planes de pensiones de sistema individual) dada la trascendencia de las funciones que asume. Ciertamente resulta lógico, como apunta el Tribunal Supremo, que la designación de un órgano “representativo” de los intereses de varias personas o grupos, como la comisión de control a la que nos referimos, se atenga al principio democrático, a tenor del cual, los representados eligen por sí mismos a sus representantes, lo que supone que la exclusión de la participación de un determinado colectivo en ese proceso habría de responder a razones objetivas y razonables. Y ello porque los partícipes, independientemente de su relación con la empresa, no son meros acreedores de prestaciones futuras frente al fondo, sino que están interesados, lógicamente, en las decisiones que se tomen respecto de la inversión y rentabilidad del plan y del fondo a él afecto.

Concluye el Tribunal Constitucional que, teniendo en cuenta los elementos mencionados, la previsión contenida en el inciso cuarto del artículo 7.2 LPFP *“establece un trato diferenciado en tanto en cuanto, según su tenor literal, los llamados partícipes en suspenso, si bien mantienen la integridad de sus derechos patrimoniales, no tendrían derecho a participar en la designación de los miembros de la comisión de control cuando se opta por la modalidad de designación directa a través del acuerdo de ‘la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa’*. En resumen, *“los partícipes del plan que se encuentren en activo podrán designar, a través de sus representantes en la empresa, a*

*los integrantes de la comisión de control del plan; por el contrario, aquellos que no se encuentren en activo (por encontrarse en excedencia, en situación de jubilación u otras situaciones similares) no podrán elegir ningún miembro sino acatar los que sean elegidos en el seno de la empresa”.*

Afirmada la existencia de una diferencia de trato procede el Tribunal a considerar si ésta resulta objetivamente justificada y razonable y si supera el juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Entiende la Sala que *“no se encuentra en la norma ninguna justificación objetiva y razonable que avale la exclusión de determinados partícipes en el proceso de designación de sus representantes en el seno de una comisión que toma decisiones relevantes para el desarrollo del plan, sin que sea suficiente el argumento de la especial vinculación de estos planes de pensiones de empleo al proceso de negociación colectiva”.*

En efecto, si bien es cierto, como subraya el Tribunal Supremo, que los planes de empleo son “un instrumento de acción protectora profesional”, un instrumento de retribución diferida —como dijimos, en la STC 206/1997, de 27 de noviembre—, que guarda una inescindible conexión con las relaciones laborales colectivas en cuyo seno se gestan, constituyéndose como “instituciones de matriz colectiva que la Ley ha querido vincular a los procesos de representación y negociación colectiva en las empresas”, también lo es que esta lógica de potenciación de la negociación colectiva como fuente y escenario de los planes de pensiones de empleo colectiva no justifica en sí misma (y en todo caso no resulta proporcional al resultado perseguido) la exclusión de todo un colectivo de partícipes, que no pueden designar por sí mismos a ninguno de los miembros que han de representar sus intereses específicos, por el mero hecho de no hallarse en activo en la empresa.

En definitiva, la opción del legislador, totalmente legítima, de vincular el plan de empleo a la negociación colectiva deviene, finalmente, vulneradora del principio de igualdad, pues impone a los partícipes en suspenso un “sacrificio” demasiado gravoso en relación con el posible fin —que por otra parte no aparece explicitado en la norma— que perseguiría la atribución de esa facultad de designación de los miembros de la comisión de control a la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Existen alternativas menos restrictivas que no pondrían en entredicho la vinculación a la negociación colectiva de estos planes. El hecho, por último, de que el precepto cuestionado no imponga un determinado procedimiento (puede ser por elección o por designación) ni una determinada modalidad de procedimiento (designación por la comisión negociadora, designación por elección de los representantes o modalidad mixta) no libera a la modalidad cuestionada de la tacha de inconstitucionalidad que se le atribuye.

En conclusión, la STC 128/2010, procede a declarar en su fallo *“inconstitucional y nula”* la primera frase del inciso cuarto del artículo 7.2 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; en concreto la referencia a la *“designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores de la empresa”*, así como la referencia contenida en la frase segunda del mismo inciso relativa a *“por parte de la representación de trabajadores y empresas en dicho ámbito”* en relación a los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta.

A la sentencia acompaña un interesante Voto particular que formula la Magistrada doña Elisa Pérez Vera al que presta su adhesión el Magistrado don Pascual Sala Sánchez. El voto se centra “*en la existencia de otras hipótesis de representación*”. Aunque de forma no explícita, la inconstitucionalidad del precepto se fundamenta, probablemente, en el hecho de que los representantes unitarios ejercen un “mandato representativo”, que deriva de la designación a través del correspondiente procedimiento electoral. Se trata, en definitiva, de una representación “institucional” o de intereses, que tiene ciertamente un alcance más limitado (acotado por la ley) que el de la representación sindical, pero que, aun así, se diferencia de la representación de voluntades. Los órganos de representación unitaria puede calificarse de órganos genéricamente representativos de la totalidad de la plantilla de base electiva, esto es, de los trabajadores ocupados en la empresa considerados individualmente, por lo que no resulta posible entender que dicho mandato de representación se extiende más allá del estricto círculo de los trabajadores en activo de la empresa o centro de trabajo. En suma, la referencia utilizada por el precepto declarado inconstitucional (artículo 7.2 LPFP), “representación de los trabajadores”, muestra una insuficiencia representativa al no alcanzar a tutelar los intereses de los partícipes en suspenso que, al no encontrarse en activo y no participar en la elección de aquellos representantes, “*no pueden considerarse integrados en la noción de “trabajadores en la empresa” ni pueden, tampoco, considerarse representados por los representantes de aquéllos.*

La citada solución no deja de plantear fundadas dudas pues, como señalan los firmantes del voto, el citado pronunciamiento “*navega por el peligroso filo de la quiebra de los intereses laborales colectivos y de la representación constitucional y legalmente prevista para los mismos, acogiendo un esquema individualizador, una concepción personalísima de los derechos de los trabajadores, cuando no corporativa, que traspone esquemas de apoderamiento y representación del Derecho privado al ámbito de las relaciones laborales, en las que, (...), tienen su contexto los planes de pensiones de empleo*”.

Jesús R. MERCADER UGUINA

Revista de Derecho del Trabajo

---

# Justicia Laboral

---

---

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**

---



# EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

## RESUMEN

### **El silencio administrativo en los procedimientos de seguridad y asistencia social**

La institución del silencio administrativo ha sido, hasta el momento, objeto de muy escasos acercamientos doctrinales. Emboscada en los más luminosos problemas materiales, esta institución aparecía oculta como tantas otras especialidades del procedimiento administrativo de la Seguridad Social. En la opción entre un modelo de silencio positivo y otro de silencio negativo, este sector de la intervención administrativa consolidó su especialidad acuñando la regla del silencio negativo, lo que representa una excepción frente a la general en el ordenamiento jurídico administrativo que parte de la estimación por silencio administrativo de solicitudes en las que haya transcurrido el plazo de resolución del procedimiento. No obstante, en el ámbito de la asistencia y protección social la regla que parece instalarse es la contraria, la excepción de la excepción o ¿quizá la regla?, lo que está generando una viva polémica doctrinal y jurisprudencial. El presente estudio hace balance del estado de situación y trata de clarificar los más polémicos aspectos de las referidas soluciones normativas.

## ABSTRACT

### **The administrative silence in the Social Security's administrative procedure**

The institution of the administrative silence has received very few doctrinal approaches so far. Ambushed behind the most luminous material problems, it was hidden like so many other specialties of the Social Security's administrative procedure. In the choice between a positive and negative silence's model, this sector of administrative intervention has consolidated its specialty creating the rule of negative silence, which represents an exception against the general rule in administrative law which believes in the estimation by administrative silence of those applications in which the term has passed under the procedure. However, in the field of social welfare the rule that has been settled seems to be the opposite one: the exception to the exception, which maybe is the rule? This matter is nowadays generating a lively controversy among the doctrine and jurisprudence. This study analyses the state of the art and tries to clarify the most controversial aspects of the above mentioned legal solutions.

---

## SUMARIO

- I. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
- II. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
- III. EL SILENCIO NEGATIVO COMO REGLA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL INICIADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO.
  1. **La regla del silencio negativo en la DA 25.2 LGSS.**
  2. **Las excepciones al régimen del silencio negativo en la DA 25.2 LGSS.**

- IV. LA FALTA DE RESOLUCIÓN EXPRESA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL INICIADOS DE OFICIO.
  - V. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN VÍA DE RECURSO.
  - VI. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS TERRENOS DE LA ASISTENCIA Y PROTECCIÓN SOCIAL.
- 

## I. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como señalara Paul Durand, «la política contemporánea de Seguridad Social reposa sobre una fuerte organización administrativa»<sup>(1)</sup>. La construcción de un Estado prestador lleva inexorablemente consigo la construcción de unas estructuras de organización y gestión que posibiliten una efectiva materialización de dichos servicios públicos. Tal compromiso alcanza un máximo grado de intensidad cuando se trata de una Administración pública que, como la de la Seguridad Social, ocupa un lugar protagonista en la economía y en las relaciones sociales y que, en última instancia, resulta la Administración pública más activa. En suma, la intervención del Estado en el ámbito de la Seguridad Social presenta características peculiares y ello, aunque no sólo, por tratarse de un orden prestacional básico que tiende a garantizar una protección general frente a los riesgos más graves de la vida.

No sorprende, por tanto, que los aspectos vinculados con la gestión de la Seguridad Social y su administración constituyan uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el modelo de Administración del Estado Social, si por tal consideramos aquella actividad estatal específicamente administrativa puesta al servicio de la realización de la administración social<sup>(2)</sup>. Sorprende, no obstante, que uno de los aspectos cuyo estudio se ha descuidado más en la Seguridad Social española es, con toda certeza, el del papel que, con respecto a ella, juega la Administración Pública, en sus diversos niveles<sup>(3)</sup>. Esta circunstancia es la consecuencia de la óptica predominante hasta hoy en la investigación de aquélla que se ha centrado en el contenido objetivo de su acción protectora (prestaciones), y en el subjetivo de su ámbito de aplicación (beneficiarios), mientras que los aspectos mediales han quedado relegados a un segundo plano<sup>(4)</sup>. El desinterés es, no obstante, generalizado, dado que también la doctrina administrativista ha obviado su estudio al considerar

---

(1) P. DURAND, *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid 1991, p. 435.

(2) En los términos de E. SCHIMIDT ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 143 a 151. Un desarrollo de estas reflexiones, J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 21.

(3) Máxime cuando como ha señalado L. PAREJO ALFONSO, *Prólogo* al libro de A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho Público de la Seguridad Social*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 13, «la Seguridad Social en tanto que formalización, en desarrollo de la Constitución, de una política pública general y administrativa prefigurada en sus elementos básicos por esta norma fundamental y, por tanto, como un bien o conjunto de bienes constitucionalmente protegidos en términos de intereses generales (...), se inscribe perfectamente, en la tarea de decantación de los perfiles que deben ser hoy propios del Derecho administrativo».

(4) Como afirmara J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *La Administración de la Seguridad Social. Análisis de una reforma*, RSS, 1979, n.º 3, pp. 41 a 67, en reflexión que sigue confirmándose en el momento actual.

dicha materia bajo la órbita de otra disciplina científica: el Derecho de la Seguridad Social. Desierto de los Tártaros, territorio de frontera abandonado, salvo cualificadas excepciones, al análisis científico.

Las actividades de gestión requieren como soporte orgánico un aparato de medios personales y materiales de organización. La gestión de un sistema de Seguridad Social ha de atender, tanto en sus supuestos orgánicos como funcionales a una serie de condicionamientos básicos<sup>(5)</sup>. En primer lugar, el contenido y alcance de su actividad, que hacen de la organización de la Seguridad Social una de las Administraciones públicas más próxima a los administrados; la más influyente, con toda probabilidad, en las condiciones de vida y trabajo de la gran mayoría de la población. Además, la suya es una actividad gestora «participada» (o participativa), en la que los agentes sociales (organizaciones empresariales, sindicatos...) tienen una intervención plural y directa que, por lo general, no existe en otras instancias administrativas. Este método organizativo equivale, en lo esencial, al rechazo del viejo monocratismo ministerial de raíz personalista y, por lo mismo, con frecuencia arbitrario y ajeno a las exigencias reales del servicio público prestado. El carácter vital y de urgencia del servicio público que presta (concesión de prestaciones para remedio de necesidades materiales básicas de los ciudadanos), demanda una estructura particularmente ágil y flexible (necesidades ambas poco compatibles con la «gravidad» y los ritos burocráticos del Derecho Administrativo común).

Todo ello provoca que no haya sido directamente el Estado el que se ha ocupado de gestionar directamente y con sus propios órganos la Seguridad Social, sino que ha venido confiando su gestión directa a instituciones públicas bajo su vigilancia y tutela. Se trata de personas jurídico-públicas fundadas por un acto de decisión estatal, para actuar un servicio público. Estos entes tienen personalidad jurídico-pública propia y un cierto grado de autonomía organizativa, aunque sometidas a la tutela estatal que se manifiesta en controles administrativos, organizativos y de naturaleza económico-financiera. Se trata, en suma, de las Entidades gestoras<sup>(6)</sup>.

Las Entidades gestoras de la Seguridad Social forman parte de la Administración Pública. Como Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, están

No es el Estado quien se ocupa directamente de la Seguridad Social, sino que encarga su gestión a instituciones públicas

---

(5) B. GONZALO GONZÁLEZ, B. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Aspectos Organizativos de la Seguridad Social Española: Dispersión de funciones y desposesión de tareas*, Foro de Seguridad Social, 2004, n.º 11, p. 218.

(6) Para un análisis detallado de la evolución del modelo me permito remitir a mi estudio realizado en colaboración con I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El modelo de organización específica de la gestión de la Seguridad Social. Tendencias descentralizadoras*, en J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.ª Nieves Moreno Vida (Coordinadores), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pp. 535 a 565.

afectadas por las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas (arts. 1 y 2 LRJPAC) y se encuentran afectadas por los principios generales señalados en el art. 3 LRJPAC. Como Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado, son también Administraciones Públicas a los efectos previstos en la LJCA de 13 de julio de 1998 (arts. 1, 3 y DA 5.<sup>a</sup>).

Igualmente, las entidades gestoras, como organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, son Entidades de Derecho Público afectadas por la LOFAGE y sus principios [art. 44.2.a), en relación con los arts. 3 y 1 LOFAGE], por lo que les resulta de aplicación el régimen jurídico de los Organismos Autónomos. Una primera caracterización de los Organismos Autónomos podría hacerse diciendo que son aquellas personificaciones administrativas instrumentales a las que se confía la realización de funciones de intervención, promoción y prestación de servicios en régimen no empresarial y, por tanto, con sujeción al Derecho administrativo<sup>(7)</sup>. Tal es la configuración que les otorga la LOFAGE, al decir que «se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos» (art. 45.1 LOFAGE y RD 432/1999).

Como es sabido, la Ley Reguladora de las Entidades Estatales Autónomas fue derogada por la LOFAGE y en su DA 6.<sup>a</sup> establece que «a las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de esta Ley, relativas a los Organismos autónomos», salvo que el régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, y el de impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y el de asistencia jurídica, sea el establecido por su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materias que sea de aplicación, y supletoriamente por la Ley 6/1997. Como se ha puesto de relieve por la doctrina, se pasa «de puntillas» por la organización del sistema de protección social<sup>(8)</sup>. En suma, la ausencia de especialidades perceptibles conduce a la aplicación de la norma general en materias tales como personal, régimen presupuestario, contratación, intervención, etc.

Por lo que se refiere a su régimen patrimonial, el art. 80 LGSS establece que el Patrimonio de la Seguridad Social se regirá por las normas establecidas en la Ley General de Seguridad Social y en sus normas de aplicación y desarrollo (RD 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social, modificado por el RD 939/2001, de 3 de agosto y RD 1041/2005, de 5 de septiembre). En lo no previsto en ellas, por lo establecido en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Por su parte, el régimen de contratación de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se sujetará a las normas generales de la Administración Pública (art. 95 LGSS). Tal régimen viene establecido por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (art. 3).

---

(7) J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, CEURA, Madrid, 1988, p. 585.

(8) A. PALOMAR OLMEDA, *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Comares, Granada, 1998, p. 272

Ciertamente, como ha señalado Santamaría Pastor, «la Seguridad Social constituye otra de las galaxias organizativas que, de forma tradicional, se han movido al margen de las restantes organizaciones personificadas del Estado. El empleo del sustantivo galaxia no parece aquí desproporcionado, si se tiene en cuenta que en ella radican las mayores organizaciones estatales en cuanto a nivel de gasto»<sup>(9)</sup>. La organización actual se encuentra definida del modo siguiente<sup>(10)</sup>: en primer lugar, cabe situar al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a quien se encomienda la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social; en segundo lugar, cabe situar al Instituto Social de la Marina, cuyo mantenimiento como gestor ha sido duramente criticado<sup>(11)</sup>; en tercer lugar, cabría situar al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria al que corresponde, una vez traspasada la competencia sanitaria a las Comunidades Autónomas, la gestión de los derechos y obligaciones del INSALUD, las prestaciones sanitarias en el ámbito de las Ciudades de Ceuta y Melilla y realizar cuantas otras actividades sean necesarias para el normal funcionamiento de sus servicios, en el marco de lo dispuesto en la DT 3.<sup>a</sup> de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (art. 15 RD 840/2002); en cuarto lugar, situaríamos al Instituto de Mayores y Servicios Sociales, denominado originariamente Instituto Nacional de Servicios Sociales, destinado a la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social y, finalmente, cierra la lista de entidades gestoras el Servicio Público de Empleo Estatal, organismo autónomo al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo.

A los anteriores se unen los Servicios Comunes que son órganos de unificación limitada y ejercicio compartido de algunas funciones instrumentales (de afiliación y recaudatoria, sobre todo) encomendadas a los institutos gestores. Éstos, contra los criterios que inspiran su existencia, acaban actuando como gestoras autónomas, antes que como instrumentos operativos al servicio de las gestoras titulares<sup>(12)</sup>. Los Servicios Comunes se caracterizan por ser Entidades, con o sin personalidad jurídica, que desarrollan tareas que, por su propia naturaleza, inciden y son afines a todos los demás Entes que integran el Sistema de la Seguridad Social. Actualmente existen como Servicios Comunes de la Seguridad Social la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y la Gerencia Informática. La Tesorería General de la Seguridad Social se configura como servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos

---

(9) J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, cit., p.1212.

(10) Más extensamente, nos remitimos de nuevo a *El modelo de organización específica de la gestión de la Seguridad Social. Tendencias descentralizadoras*, cit. y J.R. MERCADER UGUINA, *La Administración especializada: Administración Institucional y consultiva en materia laboral y de Seguridad Social*, en MERCADER UGUINA, J.R., TOLOSA TRIBIÑO, C., *Derecho administrativo laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 213-270.

(11) Así, A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho Público de la Seguridad Social*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 154, ha señalado que el contenido del RD 1414/1981 «podría calificarse como un lamentable despropósito, pues en lugar de tomar la decisión más racional desde el punto de vista organizativo, es decir la supresión definitiva del ISM» y ello porque «frente al principio de que las prestaciones, sanitarias y de servicios sociales son gestionadas *in totum* para todos los regímenes del sistema por unas mismas entidades, se concentra esta gestión en el ISM».

(12) Para una categorización jurídica del citado instituto, vid, el trabajo clásico de A. PEREDA MATEOS, *Los servicios comunes de la seguridad social*, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1972.

financieros, teniendo a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 63.1 LGSS).

Sobre las anteriores bases se estructura un modelo de gestión netamente público. En efecto, el principio de unidad gestora, como titularidad estatal exclusiva, impide que la iniciativa privada pueda asumir la función gestora, permitiendo sólo la mera colaboración al desarrollo de la actividad de servicio público, cuyo título descansaría (en el caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales), no en las figuras de la concesión del servicio público, la delegación y la descentralización administrativa, sino en la técnica autorizatoria, bajo una terminología muy variada (autorizaciones, permisos, licencias, visados, habilitaciones, inscripciones, etc.), pero que expresan ideas muy próximas entre sí<sup>(13)</sup>.

## II. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El complejo devenir del tiempo ha servido para ir trazando la senda por la que debía regirse el proceso de formación de voluntad de los órganos gestores de la Seguridad Social. Un proceso en el que se ha pasado de una situación de absoluta inexistencia hasta la aprobación de la Constitución y de la LRJPAC, a un modelo de publicación creciente en el que las reglas procedimentales ocupan un lugar destacado en tanto que instrumento de garantía tanto del propio interés público, como del de los administrados. En suma, el procedimiento constituye una técnica capital al servicio del Estado de Derecho: «pocos instrumentos son tan eficaces en orden a garantizar la libertad de los ciudadanos y el respeto a la legalidad por parte de la Administración en sus relaciones con terceros: la actuación con sometimiento a formas posee un indiscutible efecto racionalizador y pacificador de los conflictos, y que disuade en gran medida las tendencias al arbitraje y a la arbitrariedad de los gobernantes»<sup>(14)</sup>.

La LRJPAC rige en el ámbito de los procedimientos de Seguridad Social en todos aquellos aspectos no regulados expresamente por la normativa de Seguridad Social. De este modo, y frente a lo que sucedía con relación a los procedimientos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958<sup>(15)</sup>, la entrada en vigor de la LRJPAC modificó

---

(13) D. SÁNCHEZ NAVARRO, *Algunas consideraciones sobre la Gestión de la Seguridad Social*, Foro de Seguridad Social, 2004, n.º 11. Más ampliamente, del mismo autor, *La gestión de la Seguridad Social en España*, Madrid, CES, 2003.

(14) J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo, II*, CEURA, Madrid, 1999, p. 56.

(15) Como señalaba M. ALONSO OLEA, «no existe para la seguridad social una norma como la LPA que regule en general el procedimiento ni en particular los recursos internos o no jurisdiccionales; para uno y otro hay que acudir a normas especiales (...). La LPA no es aplicable y la falta de su homóloga esta ocasionando alguna dificultad de enfoque en problemas concretos», citamos, en concreto, M. ALONSO OLEA, J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1988, 11.ª ed., p.402. Citaba el maestro de nuestro actual Derecho del Trabajo en su apoyo las STS 20-11-1970 y la STCT 4-2-1984. No obstante, lo cierto es que doctrinalmente dicha posición resultó seriamente cuestionada tras la entrada en vigor de la Constitución hasta el punto que, categóricamente, A. PALOMAR OLMEDA, *El procedimiento administrativo en el ámbito de la Seguridad Social*, REDT, Barcelona, 1989, n.º 37, con-

el panorama de la regulación de los procedimientos en materia de Seguridad Social, al establecer expresamente, conforme a lo establecido en sus artículos 1 y 2, su aplicación a la Administración de la Seguridad Social, afirmación completada con el contenido de sus DD.AA. 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, en virtud de las cuales sólo quedaban excluidas de su aplicación la impugnación de los actos de Seguridad Social, así como la revisión de oficio, que se rigen por las previsiones contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) —artículos 71-73 y 145—. De igual modo, quedan excluidos los actos de gestión recaudatoria, que se regulan por su normativa específica, así como los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones, así como actas de liquidación de cuotas en el orden social<sup>(16)</sup>.

Desde la entrada en vigor de la LRJPAC se habían planteado determinados problemas, resultando el más significativo el relativo al sentido del silencio administrativo. Y ello, pues, si bien conforme al artículo 43.2. LRJPAC éste siempre tiene carácter positivo salvo que una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea (junto a otras excepciones que no resultan de aplicación a los actos en materia de Seguridad Social) establezca lo contrario, en el ámbito de la Seguridad Social, el sentido negativo del silencio se contenía en la redacción del art. 71 LPL, bien que de forma indirecta, por lo que se presentaban dudas sobre la vigencia de la LPL respecto a la LRJAE, tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999. La introducción de una nueva disposición adicional, la vigésimo quinta en la LGSS, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, vino a resolver de forma definitiva el citado problema subrayando el proceso intenso de administrativización de la gestión de la Seguridad Social, y que ha sido descrita por algún sector de la doctrina como un progresivo sometimiento de la gestión de la Seguridad Social al régimen administrativo.

La citada DA 25.<sup>a</sup> LGSS establece de forma expresa las normas de procedimiento aplicables a los expedientes en el ámbito de la Seguridad Social, del modo siguiente. En primer lugar, la tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social que no tengan carácter recaudatorio o sancionador se ajustará a lo dispuesto en la LRJPAC con las especialidades en ella previstas en cuanto a impugnación y revisión de oficio, que se siguen rigiendo por la LPL (DD.AA 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>). De esta forma, y a través de la norma sustantiva (la LGSS), queda clara la aplicación a los procedimien-

Queda clara la aplicación a los procedimientos de la Seguridad Social de las reglas específicas en materia de silencio administrativo

---

cluía su aplicación al ámbito de la Seguridad Social al considerar que «los actos de reconocimiento o denegación de las prestaciones son, materialmente hablando, actos administrativos en tanto están dictados por un órgano estatal, en virtud de su potestad de *imperium* y conforme a unas reglas predeterminadas de actuación».

(16) Para el análisis de los citados cambios, vid., A. PALOMAR OLMEDA, *Gestión y procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, en A. Desdentado Bonete (coord.), *Seguridad Social. Manual de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, 2003, Madrid, pp. 344-351.

tos de la Seguridad Social de reglas específicas en materia de silencio administrativo. El citado texto se ha visto modificado de forma sorpresiva y sorprendente por la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, que en su DF 3.<sup>a</sup> procede a dotar de nueva redacción al apartado 1.º de la citada DA 25.<sup>a</sup> Éste queda redactado en los siguientes términos: «La tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, que no tengan carácter recaudatorio o sancionador se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades en ella previstas para tales actos en cuanto a impugnación y revisión de oficio, así como con las establecidas en la presente disposición adicional, en la disposición adicional quincuagésima de esta Ley o en otras disposiciones que resulten de aplicación». Dejando al margen la más que dudosa técnica legislativa utilizada, la reforma enlaza con la modificación que introduce la citada DF 3.<sup>a</sup> en la redacción de los apartados 2 y 4 de la DA 50.<sup>a</sup> LGSS relativa a las notificaciones de los actos administrativos que traigan causa o se dicten como consecuencia de los datos que deban comunicarse electrónicamente a través del sistema RED.

Por otro lado, el párrafo 2.º de la citada DA 25.<sup>a</sup> LGSS, establece que: «en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo». Se exceptúan de la regla anterior «los procedimientos relativos a la inscripción de empresas y a la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores iniciados a solicitud de los interesados, así como los de convenios especiales, en los que la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo».

La regulación del procedimiento administrativo en materia de Seguridad Social sigue constituyendo, no obstante, un territorio, con todo, especialmente pantanoso. Son numerosas las dudas que se abren cuando se inicia el camino por tan complejo ámbito. Porque, sin bien es cierto que la LRJPAC resulta de aplicación a las entidades gestoras de la Seguridad Social, lo es también que debe adaptarse en su aplicación a las peculiaridades funcionales que aquéllas poseen. A ello se añade que la regulación específica ofrece numerosos puntos débiles pues, al lado de terrenos que tienen una regulación más completa (recaudación y procedimiento administrativo sancionador), se encuentran otros y, señaladamente, el de la acción protectora, con claras insuficiencias. Es lógicamente en el ámbito de la acción protectora en el que, pese a las insuficiencias, sólo colmadas parcialmente en materias como el reconocimiento de la incapacidad permanente o el reintegro de prestaciones indebidas, se concentra el mayor interés.

Ciertamente, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social constituye una función esencial de nuestro modelo de Seguridad Social y se encuentra condicionado en su acceso por la ley al cumplimiento de una serie de requisitos. De este modo, el nacimiento del derecho a la prestación no es automático, en la medida en que no es suficiente que se den los presupuestos previstos en la ley sino que queda sometido a un procedimiento para el reconocimiento, que tiene como misión fundamental la comprobación del cumplimiento de una serie de requisitos materiales de la que se deriva o no el derecho a la percepción

de la prestación<sup>(17)</sup>. En todos estos casos, es necesario un acto administrativo de reconocimiento por el sujeto obligado a la protección. Los actos de reconocimiento o denegación de las prestaciones «son, materialmente hablando, actos administrativos en tanto están dictados por un órgano estatal, en virtud de su potestad de *imperium* y conforme a unas reglas predeterminadas de actuación»<sup>(18)</sup>. El acto de reconocimiento participa de los elementos definitorios del acto administrativo como declaración de voluntad realizado por la Administración (y son Administración los denominados Entes Instrumentales) en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.

Aunque, como hemos venido señalando, las reglas en esta materia incorporan los principios y reglas propios de la LRJPAC, lo cierto es que es en el momento final de la resolución del expediente donde se produce una neta divergencia entre el régimen general común y el que diseña la LGSS. En efecto, tal y como hemos tenido oportunidad de ver con anterioridad, mientras que la regla general en el ordenamiento jurídico administrativo es la estimación por silencio administrativo de solicitudes en las que haya transcurrido el plazo de resolución del procedimiento, en el ámbito de la Seguridad Social rige el silencio negativo. El distanciamiento entre ambas instituciones es evidente aun naciendo ambas de la común voluntad legal. Este alejamiento es tanto más intenso cuanto más nos acerquemos a la tutela de los intereses del administrado. Ciertamente, es el deseo de interpretar el silencio de la Administración en el sentido más favorable al interesado lo que ha llevado, precisamente, a instituir la doctrina del silencio positivo.

La conservación de la doctrina del silencio negativo en el ámbito de la Seguridad Social supone, por un lado, una manifiesta huida del régimen común establecido por la LRJPAC pero, a su vez por otro lado, pone sobre la mesa los complejos problemas que la citada doctrina podría suponer de incorporarse con carácter general al procedimiento de Seguridad Social en el que el otorgamiento de las prestaciones aparece vinculado a una serie de condicionantes que difícilmente podrían ser precisados de acudir al silencio positivo. Para tratar de reconstruir en sus rectos términos las líneas maestras del citado debate, es necesario recorrer los diversos ámbitos sobre los que se proyecta la doctrina del silencio administrativo en el tan citado procedimiento.

### III. EL SILENCIO NEGATIVO COMO REGLA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL INICIADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO

#### 1. La regla del silencio negativo en la DA 25.2 LGSS

Tal y como acabamos de señalar, la regla general en el ordenamiento jurídico administrativo es la estimación por silencio administrativo de solicitudes en las que haya transcurrido el plazo de resolución del procedimiento. No obstante, existen importantes excepciones a esta regla general. A tal fin el art. 43.1 LRJPAC establece, en la redacción dada por la

---

(17) A. PALOMAR OLMEDA, *El procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración de Seguridad Social*, REDT, 1989, n.º 37, pp. 772 a 802.

(18) A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho Público de la Seguridad Social*, cit.

Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que: *«En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.*

*Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo».*

Es importante precisar que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio ha venido a modificar el régimen jurídico del silencio administrativo contenido en el art. 43.1LRJPAC, de manera que las solicitudes de procedimientos iniciados a instancias de un interesado, en los que la Administración no conteste dentro del plazo establecido en cada caso, se podrán entender estimadas, «excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario». Por tanto, como regla general, para entender desestimada por silencio administrativo una solicitud habrá que comprobar la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar que exista una razón imperiosa de interés general que justifique la desestimación y, en segundo lugar, que dicha justificación se encuentre prevista de forma expresa en una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario. En el resto de los casos podrá entenderse estimada por silencio administrativo la solicitud formulada ante la Administración.

La existencia de razones imperiosas de interés general son definidas y tasadas por el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de acuerdo con la cual éstas se conceptúan como: «razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

La Disposición Adicional Cuarta Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de

servicios y su ejercicio, posee un carácter más aparente que real, pues establece que se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, «habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de Ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto». De este modo, los casos de silencio administrativo negativos anteriores al citado texto no sufren alteración alguna. No obstante, lo que sí es cierto es que las Leyes que se promulguen a partir de esta nueva regulación deberán acreditar la referida exigencia sin que el legislador pueda ampliar a su antojo el elenco de supuestos de silencio administrativo negativo.

De este modo, la regla contenida en la Disposición Adicional Cuarta Ley 25/2009, de 22 de diciembre, resulta de plena aplicación al ámbito de la Seguridad Social, al permanecer inmodificada lo dispuesto en la DA 25 LGSS, esto es, la desestimación por silencio administrativo<sup>(19)</sup>. De este modo y, frente al criterio general del art. 43 LRJPAC, la LGSS viene a concretar la excepción legal: «*en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla (...) se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo*», exceptuándose únicamente los procedimientos relativos a los actos de encuadramiento y a los convenios especiales. En estos casos, de acuerdo con el art. 43.3 LRJPAC, «*la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente*». El procedimiento no finaliza: la Administración seguirá obligada a dictar resolución, de forma que «la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio».

En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo. Es así que el procedimiento administrativo de reconocimiento se inicia mediante solicitud del presunto beneficiario, dirigida al sujeto obligado que haya de reconocer la prestación que se rige, en general, por el principio de rogación, de modo que el «*principio de automaticidad de la acción protectora es más bien*

La eficacia de la acción protectora queda supeditada al cumplimiento de una serie de actos formalizados a través de un procedimiento que puede abrirse de oficio o a instancia de parte

---

(19) Sobre el contexto del nacimiento de la citada disposición, vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Administrativización y contractualización de las leyes y sus efectos sobre las de acompañamiento (Comentario a las novedades en materia laboral y de seguridad social de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre)*, RL, 2002, n.º 7, pp. 91 a 133.

*una excepción en nuestro ordenamiento social»*<sup>(20)</sup>. La eficacia de la acción protectora queda supeditada al cumplimiento de una serie de actos formalizados a través de un procedimiento, procedimiento que puede abrirse *ex art. 68 LRJPAC* «de oficio o a solicitud de la persona interesada».

Efectivamente, en la mayoría de los casos, la iniciación de procedimiento lo es a solicitud del interesado (art. 68 y 70 LRJPAC). La solicitud es, más que una verdadera obligación, una carga legal, ya que la no solicitud no implica incumplimiento, sino una omisión que impide el nacimiento del derecho. Dicho acto, dentro del procedimiento de reconocimiento, se enmarcaría entre los preparatorios y su finalidad es la de poner en conocimiento del ente gestor que se ha producido el supuesto de hecho y se reúnen los requisitos para causar derecho a prestación. Definido el concepto de interesado en los términos en que lo realiza el art. 31 LRJPAC, la mayoría de los procedimientos existentes en materia de Seguridad Social remiten a éstos el inicio del correspondiente expediente. Así, el art. 14 OM 18 de enero de 1967 prevé que el procedimiento para el reconocimiento de la pensión de jubilación se iniciará a instancia de parte, del mismo modo que tanto el art. 178 LGSS, para las prestaciones de muerte y supervivencia, como los arts. 209 y 219.1 LGSS, para las prestaciones y subsidios por desempleo remiten a la previa solicitud del interesado. Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el art. 28 RD 1335/2005, la iniciación del procedimiento tendente al reconocimiento de prestaciones familiares en su modalidad no contributiva, se efectuará previa presentación ante el INSS de la correspondiente solicitud, con aportación de los documentos necesarios para la acreditación de las circunstancias determinantes del derecho.

De igual modo, y en aplicación del art. 32 LRJPAC, a cuyo tenor, «los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, salvo manifestación expresa en contra del interesado», diversos procedimientos en materia de Seguridad Social posibilitan la iniciativa procedimental tanto al interesado como a su representante legal o guardador de hecho en algún caso. Es el caso del reconocimiento del derecho a las prestaciones sociales y económicas reguladas en el RD 383/1984 (art. 44); del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (OM 2 de noviembre de 2000); del procedimiento para el reconocimiento del derecho a las pensiones asistenciales por ancianidad a españoles no residentes en España (art. 8.1 RD 1612/2005), o, en fin, del procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente y a las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes (art. 4 RD 1300/1995).

En el caso de los procedimientos recaudatorios regulados en el RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (en adelante, RGRSS), se establece como regla general la desestimación por silencio en los procedimientos iniciados a instancia de parte como son los casos contemplados en los artículos 4.1y 3<sup>(21)</sup> (autorizaciones de colaboración en la gestión recaudatoria);

---

(20) D. TOSCANI GIMENEZ, *Los procedimientos administrativos de reconocimiento y revisión de las prestaciones de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2001, p. 13.

(21) Art. 4.1 RGRSS: «La concesión o denegación de autorizaciones para actuar como colaboradores en la gestión recaudatoria de la Seguridad Social corresponderá, [...], al Secretario de Estado de la Seguridad Social, quien

24<sup>(22)</sup> (utilización de medios de pago distintos al dinero de curso legal); 35<sup>(23)</sup> (solicitud de aplazamiento); 45<sup>(24)</sup> (procedencia de la devolución de las cantidades ingresadas indebidamente); 51.3<sup>(25)</sup> (compensación de deudas) y 135<sup>(26)</sup> (resolución de la reclamación de tercerías).

El segundo apartado de la DA 25 LGSS ha venido a establecer que en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo cuando el órgano competente de la Administración de Seguridad Social no se pronuncie de forma expresa una vez transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate para dictar resolución y notificarla.

En cuanto al plazo para dictar la resolución que pone fin al procedimiento por el órgano que resulte competente en cada caso, el RD 286/2003, de 7 de marzo, vino a delimitar los plazos máximos en los que se deberán dictar y notificar las resoluciones expresas en el ámbito de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, garantizando de ese modo que no en todos los casos sea preciso considerar aplicable el plazo máximo de tres meses previsto legalmente con carácter supletorio. De acuerdo con la referida disposición el plazo máximo de resolución y notificación en los diferentes procedimientos será el siguiente: en el caso de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y pensión de vejez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI): 90 días; prestaciones de incapacidad permanente, sus revisiones, lesiones permanentes no invalidantes e invalidez SOVI: 135 días; prestaciones de muerte y supervivencia y viudedad SOVI: 90 días; prestaciones por incapacidad temporal (pago

---

deberá resolver las solicitudes formuladas a tal efecto en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en su registro. *Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera dictado y notificado resolución expresa, la solicitud se podrá entender desestimada* conforme a lo previsto en el artículo 43.2 LRJPAC». También el art. 4.3 RGRSS que, sin embargo, establece para el este caso de cese en la colaboración el silencio positivo: «los colaboradores autorizados como oficinas recaudadoras que deseen cesar en su colaboración deberán solicitarlo, con una antelación mínima de 30 días al previsto para el cese, al Secretario de Estado de la Seguridad Social, quien resolverá la solicitud en el plazo de tres meses, *que se entenderá estimada en defecto de resolución expresa*».

(22) Art. 24 RGRSS: «Las solicitudes para que la Tesorería General de la Seguridad Social autorice la utilización de medios de pago distintos al dinero de curso legal, el cheque o la transferencia deberán ser resueltas en el plazo de tres meses contados a partir del día en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros de aquélla. *Si transcurrido dicho plazo no se hubiera dictado resolución, la solicitud se entenderá desestimada*».

(23) Art. 35.4 RGRSS: «La resolución por la que se resuelva la solicitud de aplazamiento deberá ser dictada en el plazo máximo de tres meses, contados a partir de la fecha de entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. *Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada la solicitud*».

(24) Art.45.2 RGRSS: «En cualquier caso, la resolución deberá adoptarse y notificarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se hubiera completado la documentación que deba aportar el solicitante de la devolución. *Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada la solicitud*».

(25) Art. 51.3 RGRSS: «Cuando se haya iniciado el trámite a instancia de parte, la resolución sobre la compensación deberá adoptarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud. *Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado y notificado resolución, podrá entenderse desestimada*».

(26) Art. 135.1 RGRSS: «La reclamación en tercería se resolverá, previa la práctica de la prueba que pueda estimarse oportuna, por el Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en el plazo máximo de tres meses, a contar desde el día en que se promovió. *Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada a efectos de formular la correspondiente demanda ante los órganos jurisdiccionales del orden civil*».

directo): 30 días; prestaciones por maternidad y por riesgo durante el embarazo: 30 días; asignaciones económicas familiares por hijo a cargo, prestación económica por nacimiento de hijo y prestación económica por parto múltiple: 45 días; reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria: 1 día; asistencia sanitaria en desplazamientos al extranjero: 45 días; revisión de oficio de actos declarativos de derechos: 135 días; reconocimiento de prestaciones devengadas y no percibidas: 30 días; prestaciones otorgadas por el seguro escolar: 90 días; pensiones de invalidez, en su modalidad no contributiva: 90 días; pensiones de jubilación, en su modalidad no contributiva: 90 días; prestaciones amparadas en la normativa comunitaria europea o en normas de convenios bilaterales, tratados o acuerdos internacionales: 180 días, etc... A la citada norma se remite el art. 27 RD 1335/2005.

Esta desestimación por silencio administrativo de las solicitudes o peticiones que no sean contestadas por la Administración de Seguridad Social no tendrá otros efectos, como se indica en el art. 43.3 LRJPAC, que los de legitimar al solicitante o peticionario para la interposición del recurso administrativo o jurisdiccional que en cada caso proceda. De este modo, de no procederse a la interposición del recurso administrativo o jurisdiccional, ello no impediría la iniciación de un nuevo procedimiento, sin perjuicio de lo establecido en el art. 43.1 LGSS a cuyo tenor: «El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud».

El silencio negativo representa una simple ficción legal que permite a los interesados el acceso a la instancia siguiente y, finalmente, a la vía jurisdiccional, ante la ausencia de resolución expresa sobre sus peticiones o recursos<sup>(27)</sup>. Constituye así el contrapeso necesario e imprescindible al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa o de la función de control de la social, pero sin que suponga la introducción de novedad alguna en el mundo jurídico (excepto el derivado de su propia naturaleza y finalidad), pues únicamente confirma en derecho una situación de hecho (el particular interesado no adquiere el derecho que solicita)<sup>(28)</sup>. Como resume la STC 117/2008, de 13 de octubre: «el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración».

## 2. Las excepciones al régimen del silencio negativo en la DA 25.2 LGSS

De esa ficción jurídica sólo se escaparán las solicitudes no contestadas por la TGSS en materia de formalización de la relación jurídica de Seguridad Social. De este modo, la DA 25 LGSS establece que se exceptúan de la regla anterior, «los procedimientos relativos a la inscripción de empresas y a la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores iniciados a solicitud de los interesados, así como los de convenios especiales,

---

(27) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2009, p. 109.

(28) E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990, p. 88.

en los que la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo».

La organización de la protección social hace necesario articular ciertos controles administrativos a través de los cuales se determine con precisión los concretos individuos que, dentro del colectivo protegido, se encuentran efectivamente incluidos dentro de su ámbito de actuación. Este sistema consiste en la constitución, entre la persona incluida en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social y los Entes Gestores, de la llamada relación jurídica de Seguridad Social<sup>(29)</sup>, que queda integrada, a su vez, por una cadena de actos que se suceden en el tiempo y a los que la ley denomina inscripción (de empresa), afiliación y alta. Tal necesidad de seguimiento y control se intensifica en los niveles profesional o contributivo de protección, al contrario de lo que ocurre en los sistemas de protección no contributiva, en los que no se precisa afiliación previa, al constituirse dicha relación de manera automática con la producción de la situación de necesidad protegida. La regulación de los citados procedimientos aparece contenida en el RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (en adelante, RGA).

La relación jurídica de seguridad social se constituye por la afiliación y es vitalicia

La inscripción de la empresa en la Seguridad Social constituye uno de los requisitos previos e indispensables a la iniciación de las actividades empresariales (art. 5.1 RGA)<sup>(30)</sup>. Tal exigencia viene impuesta, para el Régimen General, por el art. 99 LGSS, que establece que «los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitarán su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social, haciendo constar la entidad gestora o, en su caso, la MATEPSS que haya de asumir la protección por estas contingencias del personal a su servicio de acuerdo con lo dispuesto en el art. 70 LGSS». La referida imposición tiene carácter de obligación legal y, como sujeto pasivo, al empresario, que está obligado a colaborar con la TGSS en función de su inscripción. Las normas reguladoras del procedimiento de inscripción forman parte del Derecho administrativo y, en consecuencia, resultan disposiciones de Derecho público de ineludible observancia para la TGSS y los particulares.

---

(29) M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991, 4.ª ed, p. 152.

(30) J.R. MERCADER UGUINA, *Actos de encuadramiento. Inscripción de empresas. Afiliación, altas y bajas* en L.E. DE LA VILLA (dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 4.ª ed., pp. 143 a 179.

Los arts. 13.1 LGSS y 23 RGA establecen que «*la afiliación podrá practicarse a petición de las personas y entidades obligadas a dicho acto, a instancia de los interesados o de oficio por la Administración de la Seguridad Social*». La exigencia de afiliación resulta una obligación legal que ha de cumplirse con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador (art. 24.1 y 27.2 RGA). Con todo, la intervención de las empresas tiene un puro carácter colaborador o auxiliar con respecto a la Administración Pública competente, única facultada para afiliar. El acto de solicitud de los particulares no dispone de efectos constitutivos, la voluntad del particular pone en movimiento el mecanismo de la Administración, pero sólo ésta y sus actos producen el efecto jurídico deseado.

Tal y como ocurría con el acto de afiliación, las altas y las bajas y las variaciones de datos constituyen actos administrativos, en cuanto suponen el reconocimiento por la Tesorería de los inicios y los ceses de la actividad laboral afectantes a la relación de Seguridad Social. Estos actos no resultan obligaciones legales que constituyan o extingan la relación jurídica de Seguridad Social, la cual se constituye por la afiliación y es vitalicia, sino más bien de renacimiento de las alteraciones que sufre dicha relación. Mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con ella su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes (art. 7.1 RGA).

En los anteriores supuestos, y de acuerdo con lo establecido en la DA 25 LGSS, en estos procedimientos relativos a la inscripción de empresas y a la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores «iniciados a solicitud de los interesados», la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo. En estos casos, el plazo máximo para resolución previsto por el art. 63.1 RGA es de 45 días.

Igual efecto se produce en relación con los Convenios Especiales. Se puede definir el Convenio Especial como una situación asimilada al alta mediante la cual el trabajador que queda fuera de la cobertura del sistema de Seguridad Social debido a un cese definitivo, temporal o parcial de su actividad laboral, puede mantener el derecho a sus futuras prestaciones de Seguridad Social, o derechos en curso de adquisición, mediante el pago a su exclusivo cargo de las cuotas que correspondan. Como ha recordado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la finalidad del convenio no es el libre establecimiento de cualquier clase de prestaciones complementarias de carácter privado, sino el dar continuidad al alta en el régimen general, configurando una situación asimilada a ésta, a los efectos de gozar de las prestaciones y beneficios correspondientes que se otorgarán con arreglo a las normas que regulan dicho régimen, de tal manera que la asimilación no puede llevar al beneficiario a adquirir derechos más allá de los que tendría si hubiese permanecido en alta y de acuerdo con las normas que le serían aplicables de encontrarse en tal situación<sup>(31)</sup>. El Convenio Especial sirve para conservar y perfeccionar pero no instaura por sí solo el derecho a las prestaciones. La regulación que del mismo ha establecido la OTAS/2865/2003, de 13 de octubre, modificada en diversas ocasiones, que reordena y sistematiza esta institución, es-

---

(31) STS 4 de mayo de 1987 (RJ 3228).

tablece en su art. 4.1 que «*de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Vigésima Quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la falta de resolución expresa en el plazo previsto en el párrafo anterior tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo*». Plazo que se establece en tres meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Dirección Provincial o Administración competente para su tramitación».

En todos estos casos, la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo, lo que significa que el procedimiento administrativo iniciado a instancia de parte se considerará finalizado en sentido positivo, entendiéndose que lo solicitado ha sido estimado o concedido (art. 43.3 LRJPAC), por lo que la resolución expresa que pudiera dictarse con posterioridad al vencimiento del plazo previsto no podrá ir en contra de lo adquirido por silencio administrativo sino que siempre tendrá que ser confirmatoria del mismo, tal como se prevé en el art. 43.4 a) LRJPAC, de ahí que toda resolución tardía que no confirme el sentido estimatorio del silencio positivo deba ser considerada como una «revocación ilegal» por no seguir los cauces previstos en los artículos 102 y 103 LRJPAC<sup>(32)</sup>.

#### IV. LA FALTA DE RESOLUCIÓN EXPRESA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD SOCIAL INICIADOS DE OFICIO

La DA 25 LGSS, como puede comprobarse, no establece ninguna regla específica relativa a los efectos de la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio. De acuerdo con el art. 69 LRJPAC, los procedimientos podrán iniciarse «de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia». Por ello, en ausencia de norma específica en la normativa de Seguridad Social, deberemos estar para la solución de los importantes problemas prácticos que ello plantea a lo establecido por la LRJPAC. A estos efectos, su art. 44 distingue dos posibles situaciones: por un lado, aquéllas que afectan a los procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, supuesto en el que se encuadrarían todos los procedimientos iniciados de oficio por la Administración de Seguridad Social que no tengan naturaleza recaudatoria o sancionadora y, por otro, la relativa a los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen.

Por lo que se refiere a los primeros, en el ámbito de la Seguridad Social resultan susceptibles de iniciarse de oficio, entre otras, las actuaciones relativas a afiliación, altas y bajas, la inscripción de la empresa, la formalización de la protección frente a las contingencias profesionales, el procedimiento para el reconocimiento del derecho a prestaciones económicas por invalidez permanente, y a las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones

---

(32) Como señala F. LOZANO LARES, *Comentario a la Disposición Adicional 25*, en ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Dir.), *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 1616.

y deformidades de carácter definitivo<sup>(33)</sup>. Dicho procedimiento podrá iniciarse de oficio, por propia iniciativa de la Entidad Gestora, cuando considere, por cualquier circunstancia que el trabajador se encuentra en un estado que pueda ser constitutivo de una situación de invalidez permanente y, expresamente, cuando se extinga la situación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo, y se emita, en su caso, alta médica por agotamiento de la incapacidad temporal; o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (art. 4 RD 1300/1995 y art. 3 OM 18 de enero de 1996).

Igualmente, se inician de oficio tanto la prórroga del período de observación en enfermedades profesionales (DA 2.<sup>a</sup> OM 18 de enero de 1996), como el reconocimiento de la asistencia sanitaria a personas sin recursos económicos (art. 3 RD 1088/1989) o, en fin, de acuerdo con la DA 3.<sup>a</sup> del RD 357/1991, el reconocimiento del derecho a las prestaciones no contributivas en aquellos casos en que, formulada solicitud de pensión de jubilación o invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, fuera denegada, supuesto en el cual la correspondiente entidad gestora cursará al organismo encargado copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, se tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva. Se trata, pues, de supuestos, de «semiautomaticidad» de la acción protectora, pues tales actos «no requieren de la previa solicitud del interesado, sino que el citado procedimiento se inicia de oficio, por parte de la Administración, cuando tiene constancia de la actualización de la pertinente contingencia o situación de necesidad protegida»<sup>(34)</sup>.

En estos procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, la falta de resolución expresa no tendrá otros efectos que los del silencio administrativo negativo, debiendo entenderse como desestimadas las pretensiones de los interesados que hubieren comparecido (art. 44.1 LRJPAC), por lo que éstos quedarán habilitados para interponer la preceptiva reclamación administrativa previa del art. 71.1 LPL o bien para solicitar a la Entidad Gestora o TGSS que dicte el acuerdo o resolución pertinente, teniendo esta solicitud valor de reclamación previa (art. 71.3 LPL).

En cambio, en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, donde quedarían encuadrados los procedimientos recaudatorios y sancionadores o los de reintegro de prestaciones en materia de Seguridad Social indebidamente percibidas (art. 3.1 RD 148/1996 y art. 4 a 6 O. 18 de julio de 1997), cuyo inicio siempre se producirá de oficio, la falta de resolución expresa en el segundo caso determinará, en cambio, la caducidad de las actuaciones iniciadas por la TGSS, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o el órgano de la Administración central o autonómica que resulte competente (art. 44.2 LRJPAC).

---

(33) Con carácter monográfico, E. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

(34) D. TOSCANI GIMENEZ, *Los procedimientos administrativos de reconocimiento y revisión de las prestaciones de Seguridad Social*, cit., p. 18.

En efecto, el art. 44.2 LRJPAC precisa que, tratándose del ejercicio de potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, el vencimiento del plazo establecido para dictar la resolución correspondiente produce automáticamente la caducidad del procedimiento. El art. 42.1 LRJPAC indica que, en los casos de caducidad del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. La caducidad del procedimiento tiene por efecto el «archivo de las actuaciones» sin ulterior trámite (arts. 43.4 y 92.1 LRJPAC), decisión de carácter meramente formal que es inocua para las relaciones o situaciones jurídicas sustantivas subyacentes al procedimiento, por cuanto el art. 92.3 LRJPAC establece que «la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de la prescripción». Este régimen se justifica en la necesidad de liberar a los ciudadanos de la pendencia indefinida e ilimitada de un riesgo de gravamen, de sanción o de pérdida o limitación de derechos anunciada ya por la Administración, al haber iniciado ésta un procedimiento al efecto.

La caducidad del expediente no debe ser confundida, por tanto, ni con la prescripción extintiva de derechos, ni con la caducidad o decadencia de éstos. La prescripción supone, en efecto, la constitución *ope legis* de una situación jurídica (adquisición, modificación, extinción de derechos) a partir de una situación de hecho mantenida en el tiempo. Así, por ejemplo, la prolongada falta de persecución de las infracciones determina la prescripción de éstas y la extinción de la responsabilidad del infractor (art. 132 LRJPAC). La caducidad, en cambio, es una característica inherente a ciertos derechos de carácter temporal o duración definida, que se hallan sujetos a un término extintivo determinado por la ley o por la voluntad de los particulares. La prescripción aparece revestida de una cierta excepcionalidad (en cuanto a su carácter, no en cuanto a su frecuencia) ausente de la caducidad (por ser la temporalidad una nota característica del derecho caducable). Pero ambas se traducen en la modificación de una situación jurídica sustantiva<sup>(35)</sup>.

Sobre esta base, el art. 7.5 RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, prevé la posibilidad de iniciar un nuevo expediente administrativo san-

Se prevé la posibilidad de iniciar un nuevo expediente administrativo sancionador con los mismos hechos y sujetos de un expediente ya caducado siempre que la infracción no haya prescrito

(35) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1987, II, pp. 461 a 486, quien prefiere la utilización para estos casos del concepto «perención» del expediente.

cionador *con los mismos sujeto, hechos y fundamentos* de un expediente sancionador caducado, mediante la práctica de nueva acta de infracción, siempre que la infracción denunciada no haya prescrito (art. 4 LISOS) y, claro está, que haya adquirido firmeza la resolución que anuló la primera acta declarando la caducidad del procedimiento. En tales supuestos, la iniciación de un nuevo procedimiento administrativo sancionador requiere la realización de nuevas actuaciones probatorias, sin perjuicio de considerar las comprobaciones efectuadas en las actuaciones previas (ya caducadas) correspondientes al expediente sancionador caducado, como antecedente para las sucesivas que se produzcan, haciendo constar formalmente tal incidencia.

Un supuesto especial es el contemplado en el art. 91.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en el que se autoriza a los sujetos responsables del pago de las cuotas, en cualquier momento posterior a la presentación de sus declaraciones, para instar además de los órganos de la Administración competente la práctica de la liquidación correspondiente y si éstos no notificaran su decisión en el plazo de tres meses se estará a lo dispuesto en los artículos 43 y 44 LRJPAC, a efectos de su impugnación conforme a lo previsto en este artículo, «lo que ha de entenderse como una regla especial de iniciación rogada de un procedimiento administrativo de liquidación de cuotas de la Seguridad Social que por su naturaleza recaudatoria siempre ha de comenzar, como regla general, por iniciativa propia del órgano administrativo competente. Por ello, la falta de resolución expresa por parte de la TGSS en tales casos no puede conducir a la caducidad del procedimiento liquidatorio, regla que sólo resulta operativa cuando el procedimiento se inicia de oficio, sino a considerar que la pretensión no ha sido estimada por silencio administrativo negativo (art. 44.1 LRJPAC) pudiendo el interesado interponer el recurso administrativo de alzada que en tal caso procedería (arts. 43.3 y 114 LRJPAC)»<sup>(36)</sup>.

#### IV. SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LAS PECULIARIDADES DEL RECARGO DE PRESTACIONES

La LGSS establece que «*todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o instalaciones, centro o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características de edad, sexo y demás condiciones de trabajo*» [art. 123.1 LGSS]. El recargo es un aumento de la cuantía de todas las prestaciones económicas derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que cumple una misión sancionatoria y resarcitoria, ya que recae directamente sobre el empresario sin posibilidad de seguro [art. 123.2 LGSS]; y se configura expresamente como una responsabilidad «independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal que puedan derivarse de la infracción».

---

(36) Como señala F. LOZANO LARES, *Comentario a la Disposición Adicional 25*, cit., p. 1616.

Como agudamente se ha dicho, «con esta naturaleza camaleónica el recargo suele caer siempre de pie, pues pasa sin dificultad de la naturaleza punitiva a la resarcitoria según la perspectiva que se adopte»<sup>(37)</sup>. Es precisamente esa esquivada naturaleza la que hace que el recargo presente importantes problemas en relación con el tema que nos ocupa<sup>(38)</sup>.

El expediente de recargo se inicia normalmente a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Son los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, quienes poseen la facultad de instar del INSS, tal y como establece art. 7.8 LOITSS: «la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene». Este procedimiento también podrá iniciarse —normalmente a instancia de parte— por el propio INSS, en caso de que el Inspector de Trabajo actuante adopte una actitud pasiva a este respecto, ya sea porque entienda que no concurren los elementos básicos que dan lugar a su iniciación, ya sea porque haya iniciado un procedimiento sancionador y considere inoportuno —por contrario al «*bis in idem*»— hacer lo propio con el procedimiento para la imposición del recargo. Asimismo, están legitimados para iniciar este procedimiento, de acuerdo con el art. 3.2 OM 18 de enero de 1996, las Direcciones provinciales de otros Institutos de aseguramiento social. En fin, también podrán iniciarlo los beneficiarios del recargo (trabajador accidentado o sus derechohabientes) de acuerdo con las reglas generales contenidas en el art. 4 RD 1300/1995. Las Mutuas patronales y las empresas carecen de legitimación para la promoción de la incoación de expedientes.

Concluido el trámite de audiencia y vistas las alegaciones presentadas por los interesados, del informe de la Inspección de Trabajo y del dictamen-propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades (art. 10.1 OM 18 de enero de 1996), el INSS dispondrá de un plazo de 135 días hábiles desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento o desde la recepción de la solicitud de iniciación a instancia del interesado para emitir resolución (arts. 13 y 14 OM 18 de enero de 1996 y RD 286/2003). Particulares problemas ha planteado la cuestión de los efectos de la caducidad del procedimiento de reconocimiento del recargo por haber transcurrido el plazo máximo previsto para su tramitación.

Los efectos de la falta de resolución administrativa están previstos, tal y como hemos tenido oportunidad de analizar, según se trate de un procedimiento administrativo iniciado a solicitud del interesado o de oficio. ¿En qué supuesto se encuentra el procedimiento de recargo? La respuesta dependerá de la naturaleza jurídica que se le otorgue. Si entendemos al recargo como una sanción, el procedimiento que lo reconoce tendrá un carácter sancionador, por lo que el vencimiento del plazo máximo para resolver producirá la caducidad del procedimiento; si, por el contrario, consideráramos que el recargo es una indemnización, no habrá caducidad.

---

(37) A. DESDENTADO y A. DE LA PUEBLA PINILLA, *En busca de la reparación integral: las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones*, en GONZALO GONZÁLEZ y NOGUEIRA GUASTAVINO (coord.), *Cien años de Seguridad Social. A propósito de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, UNED/Fraternidad, Madrid, 2000, p. 653.

(38) Sobre las diferentes naturalezas del recargo de prestaciones, monográficamente, J.R. MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y Derecho de daños*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2001.

El problema fue aclarado por el Tribunal Supremo en una larga serie de sentencias que se inicia de 9 de octubre de 2006 (R.º 3279/2005) y continúa hasta la STS 9 de julio de 2008 (R.º 4534/2006). En estas sentencias, el caso planteado era el de un procedimiento de recargo iniciado de oficio y suspendido por la entidad gestora hasta adquirir firmeza la resolución relativa a la sanción administrativa, alegando el empresario, tras la reanudación del procedimiento, su caducidad por haberse cumplido el plazo de los 135 días.

En la STS 9 de octubre de 2006 (R.º 3279/2005), el Tribunal Supremo, ante la argumentación de la empresa de que el expediente se encontraba caducado al haberse dictado la resolución sobrepasado el plazo de 135 días previsto en el art. 14.1 OM 18 de enero de 1996, que aplica y desarrolla el RD 1300/1995, de 21 de julio, no acoge la pretensión de caducidad. Señala la sentencia que el propio art. 14.3 de la OM 18 de enero de 1996, establece el efecto del transcurso del plazo de 135 días sin resolución, que es el propio del silencio administrativo negativo en virtud del cual, transcurrido tal plazo de 135 días, la solicitud del interesado podrá entenderse desestimada, pudiendo el interesado acceder a las acciones que el art. 71 LPL pone a su disposición<sup>(39)</sup>. Así, el TS concluye precisando que, en tanto el procedimiento no se inició a solicitud del interesado sino de oficio por la Inspección de Trabajo y tratándose de un procedimiento del que pudiera derivarse el reconocimiento o la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieran comparecido en el procedimiento y que hubieran visto desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo no verán necesariamente prescritas sus acciones teniendo, en consecuencia, expedita, aunque tardíamente, la vía judicial, todo ello en atención a los artículos 44 y 92 LRJPAC.

En la misma línea la posterior STS 5 de diciembre del 2006 (R.º 2531/2006), del Tribunal Supremo señala que «la relación jurídica de recargo de prestaciones es una relación triangular, en la que, de una parte se halla la Entidad Gestora de la Seguridad Social como administración y, de otra, el empresario afectado, opuesto al trabajador beneficiario del importe del recargo». A lo que añade que, «la inactividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador que ninguna intervención tuvo en el expediente». Por tanto, la caducidad, de acuerdo con el art. 44.2 LRJPAC, sólo se produce en los procedimientos en los que se ejercitan potestades sancionadoras y «el de imposición de recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica». Su finalidad, entiende el Tribunal, es, por un lado «disuasoria, para obtener el mayor grado de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales», pero, por otro lado, también es resarcitoria, pues se trata de «incrementar el importe de unas prestaciones debidas en virtud de la relación trabajador—empresa cuando ésta no ha dispensado las medidas de protección que el contrato de trabajo impone». Concluye, por todo ello el Tribunal Supremo que «el recargo no deriva de la potestad sancionadora de la Administración (...) sino de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo».

Ciertamente, el predominio de la función resarcitoria «determina que el procedimiento no se desarrolle en el marco de una relación bilateral entre Administración y empresario

---

(39) A tenor de lo establecido en el art. 14.3 de la OM de 18 de enero de 1996: «Cuando la resolución no se dicte en el plazo señalado en el número 1 de este artículo, la solicitud podrá entenderse desestimada, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, sin perjuicio de la obligación de resolver».

infractor, sino en el marco más complejo de la denominada actividad arbitral de la Administración, en la que ésta decide una controversia entre dos privados: empresario infractor y perjudicado»<sup>(40)</sup> resultando en este caso de aplicación la regla del art. 44.1 LRJPAC. En suma, el criterio acogido por el Tribunal Supremo es, sin duda, acertado, «pues la inactividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador, dejándole sin posibilidad de ejercitar su derecho al recargo. La caducidad del procedimiento iniciado de oficio se justifica en la necesidad de liberar a los ciudadanos del riesgo de quedar afectados de forma indefinida por la actividad sancionadora o, en general, de intervención de la Administración»<sup>(41)</sup>.

Finalmente, en los supuestos en que el procedimiento se inicie mediante solicitud del trabajador accidentado o sus derecho-habientes, la ausencia de resolución expresa no podrá interpretarse en sentido favorable al interesado por cuanto la resolución no tiene por objeto conceder o denegar lisa y llanamente la solicitud del recargo, sino que precisa la determinación del porcentaje correspondiente. En consecuencia, no son aplicables para este supuesto las previsiones de silencio positivo contenidas en la LRJPAC<sup>(42)</sup>.

## V. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN VÍA DE RECURSO

En lo que respecta a los efectos del silencio en vía de recurso administrativo, la regla general consiste en entender que la falta de resolución expresa tiene un sentido desestimatorio (silencio administrativo negativo). Así ocurrirá, desde luego, cuando la Entidad Gestora o Tesorería General de la Seguridad Social no resuelva la reclamación previa planteada por el interesado, puesto que, en tales casos, el art. 71.4 LPL establece que la Administración de Seguridad Social habrá de contestar expresamente en el plazo de cuarenta

La LPL no contempla la impugnación directa de los actos de seguridad social de instrucción y trámite

(40) A. DESDENTADO BONETE, C. MURILLO GARCÍA, *Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la unificación de doctrina*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 243. Entendiéndose por actividades arbitrales aquellas «actividades que no pueden encajarse dentro de la mera actividad de limitación y que lleva a cabo la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos». Nos encontramos aquí con una innecesaria «organización de la garantía», en la que «la ordenación legal... no se garantiza a través del otorgamiento a los interesados y afectados directos de la correspondiente acción ante los Tribunales civiles, sino otorgando a la Administración un no necesario papel de árbitro, de juez provisional», como explica J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, II, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 520.

(41) Como concluye en su excelente comentario E. DESDENTADO DAROCA, *Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración de incapacidad, caducidad y prescripción*, RDS, 2007, n.º 40, pp. 47-48.

(42) A. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 113.

y cinco días, entendiéndose denegada la reclamación por silencio administrativo en caso contrario, abriéndose a partir de entonces el plazo de treinta días estipulado por el art. 71.5 LPL para formular la pertinente demanda ante el órgano judicial competente de la Jurisdicción Social<sup>(43)</sup>.

Al margen de estos supuestos excepcionales de obligación de proceder de oficio, en los más normales de procedimiento a instancia del interesado, la dinámica procedimental se articula en torno a una «solicitud inicial» y una «resolución final», expresa o tácita. Es esta resolución final contra la que el interesado debe formular reclamación previa a su impugnación ante la Jurisdicción Social. Y es que, conforme a reiteradísima jurisprudencia unificada del TS, la LPL «no contempla la impugnación directa de los actos de Seguridad Social de instrucción y de trámite, siendo la reclamación previa el único medio que prevé frente a la ‘resolución o acuerdo’, esto es, frente al acto que pone fin a la vía administrativa, único contra el que el interesado puede luego demandar ante los tribunales sociales»<sup>(44)</sup>. En este sentido, no son aplicables aquí los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que amplían el ámbito de la actividad administrativa susceptible de impugnación jurisdiccional, lo que no puede entenderse como una restricción de derechos o garantías procesales para el solicitante o beneficiario de prestaciones sociales. En palabras del Tribunal Supremo, esta «limitación se corresponde con los principios de concentración, celeridad y economía que inspiran el proceso laboral (art. 74.1 LPL), conforme a los cuales sería ilógico autorizar la impugnación de los actos de trámite de un expediente, cuando éste, una vez finalizado, puede debatirse en su totalidad en el correspondiente proceso laboral. Además, la concentración de la controversia en torno a la resolución que pone fin al expediente es, no sólo aconsejable, sino necesaria para una gestión rápida y eficaz de los procedimientos de concesión de pensiones públicas, que se vería sin duda dilatada extraordinariamente en el tiempo y en evidente perjuicio de los beneficiarios del sistema, si las Entidades Gestoras tuvieran que responder frente a cada acto intermedio de los miles de expedientes que debe resolver. Y no implica, en modo alguno, indefensión para el solicitante de la pensión, puesto que puede acudir a los tribunales sociales para combatir todos los extremos fácticos y jurídicos de la resolución que pone fin al expediente, con plenitud de garantías y medios de defensa; y sin riesgo a un eventual rechazo por no haber recurrido los actos intermedios, que es el temor que manifiesta la parte recurrente en casación unificadora, invocando al efecto las previsiones del art. 28 LJCA que tampoco es aplicable en el proceso social»<sup>(45)</sup>.

Tras la formulación de la reclamación previa, corresponde a la entidad gestora o servicio común contestarla. La contestación a la reclamación previa constituye un nuevo acto administrativo, cuya notificación al interesado abre un plazo de treinta días para for-

---

(43) Sobre esta cuestión me permito remitir de nuevo a los trabajos que realicé junto a F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *Garantías jurisdiccionales en la protección frente a los riesgos profesionales*, en J.L. Monereo Pérez (dir.), *Tratado Práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2005, pp. 849 a 916 y *Garantías jurisdiccionales en la protección frente a riesgos comunes*, en J.L. Monereo (dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, pp. 797 a 860.

(44) STS 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9063).

(45) STS 19 de enero de 2005 (RJ 2005/1998).

mular la demanda (art. 71.5 LPL). En caso de que desde la formulación de la reclamación previa hubieran transcurrido cuarenta y cinco días sin contestación expresa, se entiende producida la contestación negativa por silencio administrativo (art. 71.4 LPL), por lo que, a partir de este momento, el interesado cuenta con aquel mismo plazo de treinta días para formular su demanda (art. 71.5 LPL), aunque con la particularidad de que si con posterioridad a entenderse producido el silencio administrativo recae resolución expresa, de su notificación arranca un nuevo plazo de treinta días para formular la demanda<sup>(46)</sup>. Los tribunales aceptan como práctica válida que se anticipe por el solicitante la formulación de la demanda, y que ésta se presente antes de notificársele la resolución expresa y antes de transcurridos los cuarenta y cinco días para silencio administrativo de la reclamación previa, siempre que el acto del juicio se celebre una vez resuelta expresamente dicha reclamación o una vez transcurrido el referido plazo para entenderla desestimada por silencio administrativo<sup>(47)</sup>.

La inobservancia del plazo en cuestión determina la llamada «caducidad de la instancia», que puede ser reiniciada en momento posterior siempre que el derecho sustantivo que se acciona no hubiera prescrito o caducado. La duda está en si la reapertura de la instancia caducada exige nueva solicitud inicial o sólo una mera reiteración de la reclamación previa, que es tanto como preguntar si la caducidad de la instancia supone la de todo el expediente desde la solicitud inicial o lo que caduca es sólo la reclamación previa no seguida de demanda en tiempo. Al respecto, el TS ha establecido que no puede existir «una única respuesta a la cuestión», por lo que «el modo en que deba producirse tal reapertura de la instancia administrativa depende de la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso, relativas a la conducta procesal de las partes, al tiempo transcurrido desde la solicitud anterior, a la naturaleza de las prestaciones y de los requisitos concurrentes en cada una de ellas, y también a las facultades de los órganos jurisdiccionales, reconocidas en el art. 11 LOPJ, de rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal»<sup>(48)</sup>. Lo que sí se ha dejado claro en unificación de doctrina es que la reclamación previa produce los efectos de interrumpir la prescripción o, en su caso, suspender el cómputo de la caducidad de la acción, conforme al art. 73 LPL<sup>(49)</sup>. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional, abundando en su línea de interpretación flexible del requisito preprocesal, sostiene la validez como reclamación previa de una solicitud de resolución expresa formulada por el interesado una vez transcurrido el plazo para la reclamación previa tras silencio administrativo<sup>(50)</sup>.

---

(46) STS 30 de octubre de 1995 (RJ 1995/7934); STSJ Cataluña 11 de febrero de 2003 (AS 2003/2075).

(47) STS 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9718); STSJ Cataluña 26 de noviembre de 2003 (AS 2004/30). Esta interpretación flexible ha sido plenamente avalada recientemente por la STC 330/2006.

(48) STS 3 de marzo de 1999 (RJ 1999/2060); véase además STSJ Castilla-La Mancha 28 de abril de 2005 (AS 2005/936).

(49) STS 24 de febrero de 1998 (RJ 1998/1958).

(50) STC 330/2006, de 20 de noviembre. En el supuesto de hecho de la citada sentencia el recurrente dirigió por correo al INSS una solicitud de declaración de incapacidad permanente. Ante la falta de resolución expresa en el plazo previsto en el art. 6.1 del RD 1300/1995, el recurrente presentó ante el INSS nueva solicitud de idéntico contenido a la anterior, en la que interesaba que se dictase resolución expresa de su solicitud, calificando este nuevo escrito como reclamación previa conforme a lo dispuesto en el art. 71.3 LPL. Esta segunda solicitud fue expresamente desestimada,

El mismo efecto denegatorio tendrá, como regla general, la falta de resolución expresa de los recursos administrativos formulados por los interesados frente a las disposiciones que hayan puesto fin a los procedimientos sancionadores, a los relativos a procedimientos de encuadramiento (art. 63.2 RGA), o, en fin, a los recaudatorios (art. 46.2 RGRSS<sup>(51)</sup>) en materia de Seguridad Social pues, según lo dispuesto en el art. 43.2 LRJPAC, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

Finalmente, es preciso tener en cuenta lo establecido en el art. 43.1.2.º LRJPAC, que contempla un supuesto excepcional al que otorga al silencio un efecto positivo. De acuerdo con dicha disposición: «*No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo*». Se trata de un supuesto especial destinado a corregir la negligente actuación de la Administración que no dio respuesta en primera instancia a la solicitud planteada por el interesado.

## VI. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS TERRENOS DE LA ASISTENCIA Y PROTECCIÓN SOCIAL

Lo que cabría calificar como el sistema de protección social, se encuentra constituido por tres grandes pilares<sup>(52)</sup>: en primer término, el Subsistema de Seguridad Social, regulado por el RDL 1/1994, de 20 de junio, que refunde y aprueba la vigente Ley General de la Seguridad Social (LGSS), modificada y completada por otras Leyes especiales posteriores y desarrollada por gran número de disposiciones reglamentarias; en segundo lugar, el Subsistema Sanitario, regulado a nivel estatal por la Ley 14/1986, de 25 de abril, que aprueba la vigente Ley General de Sanidad, regulado, asimismo, a nivel de las Comunidades Au-

---

tras la incoación del correspondiente expediente de invalidez permanente, que denegó la declaración de incapacidad permanente pretendida. Contra dicha resolución formuló el recurrente demanda, que fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social (luego confirmada en suplicación), que omitió un pronunciamiento sobre el fondo del asunto al apreciar la excepción de falta de reclamación previa alegada. Ante tales hechos, el Tribunal Constitucional considera que «de lo que antecede se comprueba que en el caso de autos el recurrente en amparo ha mantenido en todo momento una actitud diligente dirigida a cumplimentar su obligación de interponer reclamación previa ante la Administración demandada antes de acudir a la vía judicial para formular su pretensión» y añade que «la entidad gestora tuvo conocimiento previo al proceso sobre el contenido y fundamento de la pretensión que se iba a formular en su contra en la vía judicial, con lo que quedó cumplida materialmente la finalidad a que obedece la exigencia de la reclamación administrativa previa, esto es, ofrecer a la Administración demandada la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial, y de preparar adecuadamente su defensa en juicio en caso de considerar que la solicitud debe ser objeto de desestimación».

(51) A cuyo tenor: «Desestimado el recurso, si el responsable de pago no realizase el ingreso de la deuda en el plazo concedido en la reclamación o, en su caso, dentro de los 15 días siguientes a aquel en que se notifique la resolución del recurso o en que pueda entenderse desestimado por silencio administrativo, la Tesorería General de la Seguridad Social aplicará lo consignado al pago de la deuda o ejecutará el aval».

(52) En la brillante clasificación efectuada por L.E. DE LA VILLA GIL, *Reforma de la Seguridad Social y Estado del Bienestar en España*, en AA.VV., *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 361.

tónomas, por múltiples disposiciones normativas de sus respectivos órganos legislativos y ejecutivos, con ámbitos de aplicación limitados a la circunscripción territorial de cada Comunidad; y, en fin, el Subsistema Asistencial, en buena parte integrado en el Subsistema de Seguridad Social y en mayor parte todavía confiado a la iniciativa de las Comunidades Autónomas.

Como venimos analizando, la regla general en el ámbito de la Seguridad Social, bajo el que se dispensa la acción de protección social en sus modalidades contributivas y no contributivas, reguladas básicamente en la Ley General de la Seguridad Social, es la del silencio negativo que contempla la DA 25 LGSS. No obstante, quedan fuera de él otros terrenos como el propio de la asistencia social. Las prestaciones económicas propias de la acción social constituyen una modalidad de actuación administrativa autónoma, inserta en el marco de la actividad prestacional de la Administración, claramente diferenciada de otras formas de actuación administrativa, singularmente de las prestadas por el sistema de Seguridad Social y plenamente singularizadas en el seno del sistema prestacional donde se integran. A su vez, este terreno, claramente diferenciado del de la Seguridad Social, se configura como materia de asistencia social a la que como específico título atributivo de posibles competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, se refiere el art. 148.1.20 CE. Esta configuración del sistema como Asistencia social y por tanto, sin formar parte del sistema de la Seguridad Social, bajo el que se dispensa la acción de protección social en sus modalidades contributivas y no contributivas, reguladas básicamente en la Ley General de la Seguridad Social, permite dudar de la aplicación de las previsiones de la DA 25 LGSS, lo que llevaría, en estos casos, en principio, a considerar de aplicación la regla general del silencio administrativo positivo contemplada por el art. 43.1 LRJPAC.

Así, un supuesto particular es el de las normas reguladoras de los procedimientos relativos a las prestaciones sociales y económicas para la integración social de los minusválidos y las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles, regulado por el RD 1734/1994, de 29 de julio, por el que se adecua a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dicha disposición que modifica el contenido del art. 44.5 del RD 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, que establece la fórmula del silencio positivo en los siguientes términos: «*Transcurrido el plazo de seis meses, desde la fecha en que la*

La configuración del sistema como asistencia social permite dudar de la aplicación de las previsiones de la DA 25 LGSS

*solicitud haya tenido entrada en los registros del órgano competente, sin que haya recaído resolución expresa, se podrá entender estimada la solicitud».*

Más problemas plantea la aplicación de la doctrina del silencio positivo en el ámbito de la protección a la dependencia<sup>(53)</sup>. Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (en adelante, LAPD) el sistema de atención a la dependencia conceptualmente es ampliación y complemento de la acción protectora de la Seguridad Social. Así se infiere cuando se señala que, «la necesidad de garantizar a los ciudadanos, y a las propias Comunidades Autónomas, un marco estable de recursos y servicios para la atención a las dependencias y su progresiva importancia lleva ahora al Estado a intervenir en este ámbito con la regulación contenida en esta Ley, que la configura como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del sistema de la Seguridad Social». A partir de ello, cabría preguntarse sobre la naturaleza de las prestaciones que se obtendrán como consecuencia del reconocimiento de la dependencia, cualquiera que sea su modalidad, porque si bien su concreta configuración legal se realiza al margen del sistema de la Seguridad Social, existen algunas previsiones de la LAPD, que hacen que dichas prestaciones en algún caso participarán de la consideración de prestaciones públicas de similar naturaleza que las propias del sistema de la Seguridad Social, con las que concurran (art. 31).

No obstante, como se ocupa de subrayar el art. 28.1 LAPD, nos encontramos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte y sometido al régimen de la LRJPAC: «*el procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley*»<sup>(54)</sup>. La anterior situación se complica, aún más, si tenemos en cuenta que en las disposiciones específicas dictadas en materia de dependencia por las distintas Comunidades Autónomas, podemos encontrar que algunas han determinado que el silencio administrativo será negativo, mientras que otras se decantan porque la falta de resolución equivaldrá a un silencio positivo, si bien, en algunos casos de forma matizada<sup>(55)</sup>. Ante esta situación: ¿cuál será el derecho aplicable?

La STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo) 9 de octubre de 2009 (RJCA 847), ha efectuado un primer acercamiento a este debate, si bien la citada resolución ha generado una cierta polémica. En ella se conocía de la impugnación por la Asociación de Minusválidos de Alcorcón, de diversos preceptos de la Orden 2386/2008, de 17 diciembre, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, reguladora de los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración

---

(53) Ampliamente, J. VIDA FERNÁNDEZ, *La asistencia social, en particular la dependencia*, en L. PAREJO ALFONSO (dir.), *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 99-116.

(54) Sobre los efectos jurídicos de la citada regulación, vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia*, TL, 2007, n.º 89, pp. 149 a 180.

(55) Así, por ejemplo, ocurre en el caso de Álava, donde el silencio administrativo se considerará positivo, pero sólo respecto a la asignación económica que haga el Programa Individual de Atención. Sin embargo, si analizamos más detenidamente las concretas disposiciones autonómicas que estiman que el silencio administrativo será negativo, es fácilmente observable que todas son o bien Órdenes o bien Decretos.

del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades. La sentencia que comentamos anula lo prescrito en el art. 5 de la Orden en lo que se refiere a la regulación del alcance del silencio administrativo, en este caso negativo, una vez transcurrido el plazo para resolver, sin haberse dictado resolución expresa. La sentencia se refiere a los efectos del silencio, admitiendo el valor estimatorio del mismo a los efectos de reconocer la dependencia. En este punto, la citada sentencia declara: «En segundo lugar pretende la parte actora que se anule el artículo quinto de la Orden en cuanto establece que: ‘... Transcurrido este plazo sin resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente’, por cuanto el procedimiento se inicia a instancia de parte, tal y como dispone el artículo 11.1, y los efectos del silencio deben ser los previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, norma a la que se remite el artículo 28 de la Ley y que resulta de aplicación subsidiaria en lo no previsto específicamente para los procedimientos administrativos seguidos en el ámbito de la Comunidad de Madrid, tal y como se desprende del contenido del artículo 57 de la Ley 1/1983 de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid». A juicio del citado pronunciamiento, la regulación del silencio administrativo negativo en este procedimiento que se inicia a instancia de parte contraviene el art. 43.2 LRJPAC, al no estar este supuesto contemplado en alguna de las excepciones previstas en cuanto a que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario al silencio administrativo positivo.

El citado pronunciamiento ha sido objeto de diversas críticas doctrinales que se han fundado, entre otros, en los siguientes motivos<sup>(56)</sup>: en primer lugar, por la indeterminación del contenido de la propia resolución tácita de reconocimiento de la dependencia. En este caso, «la resolución, por silencio estimatorio, únicamente podría llegar a afirmar que el solicitante tiene derecho a la dependencia, pero sería nula de pleno derecho por tener un contenido imposible [art. 62.c) LRJPA], dado que no concretaría el grado y nivel de dependencia y los servicios o prestaciones idóneas para el beneficiario. Esta indeterminación de contenido imposibilita ingresar a esa persona en un *status* de dependiente al que van anejos unos determinados servicios o prestaciones». Subraya la citada autora que «la solicitud para el reconocimiento de la dependencia no se hace sobre un grado y nivel aleatoriamente determinado por el solicitante, sino que se inicia para que, previa instrucción de un procedimiento donde existe una valoración técnica, se concluya que el solicitante reúne, efectivamente, los requisitos para integrarlo en alguno de los grados y niveles amparados por la Ley de la dependencia. Es una solicitud de reconocimiento pero este reconocimiento va precedido de una valoración técnica y sin esa valoración no cabe dictar la resolución final». En segundo lugar, la resolución tácita favorable por la que se concediera la dependencia sería nula de pleno derecho al ser contraria a lo establecido en el art. 62.f) LRJPA<sup>(57)</sup>. A ello se añade, finalmente, que, «las normativas autonómicas, al

---

(56) Argumentos que mantiene M.ª MERCEDES LAFUENTE BENACHES, *El reconocimiento de la situación de dependencia por silencio administrativo*, *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)* 2010, n.º 24, pp. 23-24.

(57) A cuyo tenor: «los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», lo que podrá suceder respecto a aquellas solicitudes que, por medio de un silencio estimatorio, estuvieran reconociendo la situación de dependencia a quienes no reúnen los requisitos para adquirir esta situación».

desarrollar esta cuestión, se han decantado mayoritariamente por una regulación con valor desestimatorio del silencio».

Lo cierto es que el recurso al silencio positivo en estos casos puede plantear numerosos problemas prácticos, lo que «aconsejaría que ya en la propia solicitud se inste por el propio beneficiario unas determinadas prestaciones o incluso un grado y nivel, pues de lo contrario, difícilmente se podría entender concedido lo que no se ha pedido, máxime cuando aún no se habría valorado al solicitante. De tal forma que, muy probablemente en estos casos, por silencio administrativo positivo, a lo sumo se podría entender concedido y, en consecuencia, se podría exigir en vía judicial, la cuantía correspondiente al nivel de protección mínimo, garantizado por el Estado en cada momento»<sup>(58)</sup>. Este mismo criterio limitativo ha sido mantenido por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en su Dictamen n.º 235/2007, de 12 de diciembre, relativo al proyecto de Decreto de procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los órganos de coordinación, de atención y valoración de la situación de dependencia<sup>(59)</sup>.

---

(58) Como pone de manifiesto, D. TOSCANI GIMENEZ, *El procedimiento de reconocimiento y revisión de las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia: ¿acción protectora del Sistema de Seguridad Social?*, RL, 2010, n.º 3, pp.17-60.

(59) Dictamen recogido por M.ª MERCEDES LAFUENTE BENACHES, *El reconocimiento de la situación de dependencia por silencio administrativo*, cit., pp. 25-26.

# LOS TITULARES BENEFICIARIOS DE LOS DERECHOS A LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*Profesor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad a Distancia de Madrid*

## RESUMEN

### **Los titulares beneficiarios de los derechos a la cobertura de la dependencia**

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, supone un nuevo paso en la renovación y modernización del sistema de protección social español y en la lucha contra la exclusión social al proteger a un grupo especialmente vulnerable, el de las personas en situación de dependencia, que encuentran el apoyo para su autonomía, la realización de actividades en su vida diaria y el ejercicio efectivo de sus derechos en las prestaciones y servicios que el texto legal diseña. El presente trabajo determina quiénes son los titulares beneficiarios de los derechos a la cobertura de la dependencia, tras analizar el concepto de dependencia y los requisitos para ser titulares.

## ABSTRACT

### **The holder beneficiaries of the rights to the coverage for dependency**

The Law 39/2006, of December 14th, about Promotion of Personal Autonomy and Care for dependent people, involves a new step in the renovation and modernization of the Spanish social protection system and in the fight against the social exclusion as it protects a specially vulnerable group, that of dependent people, where among the benefits and care services included in the legal text there are the support for their autonomy, the realization of daily life activities and the actual exercise of their rights. The present work determines who the holder beneficiaries are of the rights to the coverage for dependency further to analyzing the dependency concept and the requirements to be holders.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REQUISITOS PARA SER TITULAR DE LOS DERECHOS DE LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA.
  1. **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.**
  2. **Leyes autonómicas.**
- III. SUJETOS TITULARES.
  1. **Españoles.**
  2. **Emigrantes españoles retornados.**
  3. **Españoles en el extranjero.**
  4. **Extranjeros extracomunitarios residentes de forma legal.**

5. **Extranjeros extracomunitarios en situación irregular.**
6. **Menores extranjeros.**
7. **Refugiados.**
8. **Apátridas.**
9. **Extranjeros comunitarios.**

IV. REFLEXIÓN FINAL.

---

I. INTRODUCCIÓN

La atención a la situación de las personas en situación de dependencia no es nueva; ha estado presente en todos los tiempos y en todas las sociedades, aunque nunca había tenido una relevancia social comparable a la que ha alcanzado en los últimos tiempos. La atención a las necesidades de las personas en situación de dependencia constituye hoy, en todos los países desarrollados, uno de los grandes retos de la política social para las Administraciones Públicas. El reto no es otro que atender a las personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para poder ejercer sus derechos, acceder a los bienes sociales y desarrollar con normalidad las actividades más esenciales de la vida diaria. Así lo vienen poniendo de relieve todos los informes, documentos y decisiones de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

La extensión y diversificación de la realidad social de la dependencia a lo largo de la vida la han convertido en una necesidad social susceptible de protección. En España, el cuidado de las personas en situación de dependencia ha sido desarrollado tradicionalmente por las familias, pilar básico del denominado sector informal, en el que se considera a los familiares como cuidadores, independientemente de que residan en el hogar de la persona en situación de dependencia o fuera de él<sup>(1)</sup>. Esto implica que los cuidadores familiares de distintas categorías constituyan la estructura social básica de los cuidados personales, destacando a los cónyuges, hijas, nietas y nueras como núcleo fundamental de los cuidados informales. Sin embargo, este cuidado, casi en exclusiva por parte de las familias, se está cuestionando por cambios sociales (disminución del número de hijos e incorporación de la mujer al mundo laboral, entre otros), por el incremento en el número de personas que precisan cuidados y, en muchos casos, por su complejidad.

La dependencia recorre toda la estructura de edades de una población. Todos somos dependientes, pero hay colectivos que necesitan más ayudas que otros; es decir, todas las personas podemos ser autónomas, capaces de confeccionarnos nuestro propio proyecto de vida, pero no somos autosuficientes, sino que necesitamos siempre la intervención de otras personas para satisfacer nuestras necesidades. Las malformaciones congénitas, los

---

(1) Vid. CLARAMUNT BIELSA, M., «Cobertura pública en España», en AA.VV. (Ed. MORAGAS MORAGAS, R.), *El reto de la dependencia al envejecer*, Herder, Barcelona, 1999, pág. 125.

accidentes laborales, de tráfico y domésticos, las nuevas enfermedades invalidantes y el propio curso de la edad, bajo determinadas circunstancias físicas y personales, son factores que contribuyen a hacer de la dependencia un problema social de primera magnitud<sup>(2)</sup>. Como se sabe, el problema no es nuevo; de hecho, por ejemplo, el desarrollo de las políticas protectoras sobre la discapacidad ha sido muy intenso en la mayoría de los países europeos<sup>(3)</sup>.

El incremento cuantitativo de las situaciones de dependencia coincide en el tiempo con cambios importantes en el modelo de familia y con la incorporación progresiva de la mujer al mercado de trabajo, fenómenos ambos que hacen que este modelo sea insostenible a medio plazo. La protección habida a las personas en situación de dependencia era claramente insuficiente. No existía un servicio público de atención a las personas en situación de dependencia que cubriera de forma completa las necesidades de este importantísimo sector de la población. La realidad actual demostraba, en efecto, que a pesar de las distintas políticas emprendidas tanto a nivel estatal como autonómico, ésta asistencia descansaba sobre el sector privado, en particular sobre las familias.

Esta situación no puede tener cabida en el modelo de Estado social de derecho que proclama la Constitución Española (CE)<sup>(4)</sup>. La dependencia es una contingencia que puede afectar al anhelo individual que cada persona tiene de realización personal y desarrollo humano integral. Pero, a su vez, es un reto colectivo que genera preocupación social en relación con la forma de organizar y dotar recursos para abordarlo. Dicho en otras palabras, la dependencia ha dejado de verse como un problema exclusivamente individual o familiar, para pasar a percibirse como un problema que afecta a la sociedad en su conjunto; que exige nuevas políticas públicas y una determinación de los objetivos y funciones del Estado más ajustadas a las necesidades de los ciudadanos, lo que, sin duda, implica nuevos compromisos de protección y financiación.

Por todo ello nace la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LPAP)<sup>(5)</sup>, que supone un nuevo paso en la

La dependencia se percibe como un problema que afecta a la sociedad en su conjunto e implica compromisos de protección y financiación

---

(2) RODRÍGUEZ CABRERO, G., «El problema de la dependencia: Conceptualización y debates», en AA.VV. (Coord. RODRÍGUEZ CABRERO, G.), *La protección social de la dependencia*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 26.

(3) Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las «materias» de «empleo», «trabajo» y «protección social»», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 283, 2006, págs. 120-121.

(4) BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

(5) BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

renovación y modernización del sistema de protección social español y en la lucha contra la exclusión social al proteger a un grupo especialmente vulnerable, el de las personas en situación de dependencia, donde las prestaciones y servicios que el mencionado texto legal diseña buscan el apoyo para su autonomía, la realización de actividades en su vida diaria y el ejercicio efectivo de sus derechos. No cabe duda sobre los efectos positivos que genera, y va a seguir generando, esta normativa orientada en gran medida a potenciar los instrumentos de colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, especialmente necesaria en materia de protección social, en la que concurren competencias y funciones de diversos poderes públicos que han de contribuir a un objetivo de bienestar común y propio del Estado social del que forman parte. A tal efecto, el legislador crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)<sup>(6)</sup>, a través del cuarto pilar del Estado de Bienestar, con el propósito de garantizar las condiciones básicas de esa promoción, de prever los niveles de protección, y de asegurar la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas implicadas desplegando un modelo de atención integral que se origina en niveles<sup>(7)</sup>.

El presente trabajo determina quiénes son los titulares beneficiarios de los derechos a la cobertura de la dependencia, tras analizar el concepto de dependencia y los requisitos para ser titulares conforme lo señalado en la LPAP y en las leyes autonómicas, para así detallar los sujetos acreedores de los derechos que el cuarto pilar reconoce.

## II. CONCEPTO DE DEPENDENCIA

El propósito de la LPAP no es sólo establecer mecanismos de asistencia o atención a las personas en situación de dependencia<sup>(8)</sup>, dado que, de conformidad con el artículo 1.1, también protege la autonomía personal de estas personas<sup>(9)</sup>. De modo que, la autonomía es «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria».

---

(6) El cuarto pilar del Estado de Bienestar ha sido representado gráficamente como la cuarta pata o pilar faltante de una silla —que permite el apoyo y descanso de la población— el cual representa el derecho de los miembros de la familia a tener apoyo y ayudas por parte del Estado en forma de transferencias y servicios. Pilar o pata que se sustenta con las tres restantes: el derecho a la sanidad, el derecho a la educación, y el derecho a las pensiones. NAVARRO, V., «El Estado de bienestar en España y sus déficit sociales», en AA.VV. (Dir. NAVARRO, V.), *La situación social en España*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2007, pág. 32.

(7) La familia en España se considera como un elemento clave en el sistema de bienestar y solidaridad, que suple las carencias en campos básicos como la vivienda, la educación, la salud, la vejez o el desempleo. GONZÁLEZ SEARA, L., «Nuevas formas y políticas familiares en los sistemas de bienestar», en *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Fundación ONCE, Civitas, Madrid, 2002, págs. 692-693.

(8) Parte de este capítulo se encuentra en KAHALE CARRILLO, D., *La cobertura de la situación de la dependencia*, Fundación Alternativas y Estudios de Progreso, Madrid, 2009.

(9) El término «depender», etimológicamente proviene del verbo latín *dependere* que significa colgar. El diccionario de la Real Academia Española define dependencia como la «situación de una persona que no puede valerse por sí misma». [www.rae.es](http://www.rae.es). La Organización Mundial de la Salud (OMS) caracteriza a la dependencia como el hecho de no poder vivir de manera autónoma y necesitar de forma duradera la ayuda de otros para actividades ordinarias de la vida cotidiana. 54. \* Asamblea Mundial de la Salud, mayo de 2001.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 2 describe la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»<sup>(10)</sup>.

Antes de seguir avanzando es preciso aclarar que no existen «personas dependientes», sino «personas en situación de dependencia». La dependencia no es una cualidad de algunas personas, al contrario es una situación que afecta de forma ocasional o cronificada en razón de circunstancias de edad, enfermedad o accidente. En este sentido, no existen «personas dependientes» y «personas independientes», sino situaciones en las que una persona puede perder parte de su autonomía para realizar determinadas tareas o actividades. Es decir, en situación más o menos intensa de dependencia<sup>(11)</sup>.

De la simple lectura de la definición ofrecida, se pueden extraer los elementos que integran el término de dependencia:

- a) Carácter permanente: El acceso a la protección de la dependencia requiere que la necesidad de atención a la persona en situación de dependencia se prolongue en el tiempo. La dependencia, como ya se sabe, tiene afinidad con la incapacidad permanente, y, por ende, aquélla debe ser previsiblemente definitiva. No entrarán en la situación de dependencia, si bien materialmente lo sean, las situaciones que exclusivamente se desarrollen en un limitado período de tiempo o de nula dependencia, como en el caso de las enfermedades de corta duración.
- b) Agentes generadores de la situación de dependencia: La existencia de una limitación mental, intelectual, sensorial y/o física que influya en ciertas capacidades de la persona. Es decir, dicha limitación debe derivar del envejecimiento (edad), la enfermedad y/o de la discapacidad. Cabe advertir que la situación de dependencia no es exclusiva de la ancianidad, ya que también afecta a otros colectivos. Existe una distorsión en asociar la situación de dependencia con las personas mayores, cuando en realidad dicha contingencia afecta a cualquier colectivo de la población y cualquier otra circunstancia.
- c) La necesidad de ayuda de terceras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria<sup>(12)</sup>: Las consecuencias de la pérdida o falta de autonomía se extienden a la necesidad de ayuda de terceros o de ayudas signifi-

---

(10) El Consejo Económico Social (CES) señaló en el Dictamen 3/2006, de 20 de febrero de 2006, sobre el Anteproyecto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que «debería evitarse el uso de la expresión «vivir al día» para referirse a «vivir cada día» o «vivir el día a día», puesto que aquélla remite a un significado más relacionado con la subsistencia económica que con la autonomía personal».

(11) GARCÍA HERRERO, G., «Ideas, Argumentos y propuestas sobre los Servicios Sociales, la Autonomía Personal y la Protección a las Personas en Situación de Dependencia», *Trabajo Social Hoy*, 2.º semestre, 2005, pág. 22.

(12) El CES señaló en dicho Dictamen que, la definición de las «actividades básicas de la vida diaria» necesita «aclarar las referencias que incluye dicha definición, y más concretamente, la que el texto hace a las actividades «básicas» de la vida diaria, pues la definición de Actividades de la Vida Diaria que el Anteproyecto ofrece inmediatamente

cativas para el desenvolvimiento de las actividades básicas de la vida diaria<sup>(13)</sup>. Es decir, a las tareas más elementales de la persona que le permitan desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, como pueden ser las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, el cuidado personal, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (art. 2.3 de la LPAP).

Cualquier tipo de definición de la situación de dependencia que se utilice pone de manifiesto que se trata de una situación de carencia que requiere de asistencia, servicio, prestación personal o ayuda, imprescindible para poder realizar las actividades, corrientes, pero esenciales de la vida diaria; entre ellos asearse, comer, beber, vestirse, desplazarse, entre otras. Se trata de una situación en la que el sujeto no es capaz, en mayor o menor grado, de gestionar su propia vida diaria y su entorno más inmediato en los aspectos más básicos y habituales<sup>(14)</sup>. En este sentido, es conveniente subrayar que a diferencia con la generalidad de las situaciones de incapacidad protegida por el Sistema de la Seguridad Social, es decir, a la incidencia sobre la capacidad laboral del sujeto que las padece, la situación de dependencia enfrenta otras circunstancias, ya que vista desde el SAAD existe cuando la persona afectada por la incapacidad deja de ser autónoma y necesita ser atendida por terceros para poder subsistir<sup>(15)</sup>.

Por otra parte, el Consejo de Europa define la dependencia como la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana<sup>(16)</sup>. Dicho en otros términos, es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria<sup>(17)</sup>. Asimismo, la

---

después en el apartado 3, remite a un campo de actividades de mayor amplitud, que engloba tanto actividades básicas (ABVD) como instrumentales (AIVD)».

(13) La Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud (EDDES) del INE, define ABVD como las actividades «esenciales de autocuidado y de movilidad física, necesarias para llevar una vida independiente en casa». Por su parte, señala que las actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD) son «las que se asocian a tareas de la vida doméstica y de administración del hogar que implican interacciones más complejas con el medio». Las ABVD recogidas en la EDDES y en el Libro Blanco sobre la Atención a las Personas en Situación de Dependencia, especifican como tales: cambiar y mantener las posiciones del cuerpo; levantarse, acostarse, permanecer de pie o sentado; desplazarse dentro del hogar; deambular sin medio de transporte; asearse solo, lavarse y cuidar su aspecto; controlar las necesidades y utilizar solo el servicio; vestirse, desvestirse, arreglarse, comer y beber. Mientras que las AIVD, son: compras y control de suministros y de servicios sociales; cuidarse de las comidas; limpieza y cuidado de la ropa; limpieza y mantenimiento de la casa.

(14) Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La protección social de las situaciones de dependencia», *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, págs. 117 y ss.

(15) MONTOYA MELGAR, A., «Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas», en AA.VV. (dir. MONTOYA MELGAR, A.), *La protección de las personas dependientes*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 30.

(16) Cfr. MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H., «Una política integral de protección a las personas mayores dependientes», *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 10, 1998, pág. 167. VAN BUGGENHOUT, B. y VEYS, A., «Les personnes âgées dépendantes en Europe: déficits et politiques», *Reveu Belge de Sécurité Sociale*, núm. 3, 1994, págs. 827 y ss. La Recomendación puede consultarse, con su respectivo Anexo, en IMSERSO, *Vejez y Protección Social a la Dependencia en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, págs. 11-21.

(17) CONSEJO DE EUROPA, *Necesidades específicas de las personas dependientes; costes y financiación*, Estrasburgo, 1995. La protección de la dependencia, según las recomendaciones aprobadas por el Consejo de Europa,

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez<sup>(18)</sup>. En este sentido, el Texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>(19)</sup> recoge en el artículo II-94, dentro de un genérico epígrafe sobre la «Seguridad Social y la ayuda social», el reconocimiento y respeto de la Unión por el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, enfermedad, accidentes laborales, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales<sup>(20)</sup>.

A igual grado y nivel de dependencia, la capacidad económica marca la prioridad

debe cumplir por lo menos con los siguientes objetivos: a) Reducir y/o prevenir la dependencia, impidiendo su agravamiento y atenuando sus consecuencias. b) Ayudar a las personas dependientes a llevar una vida según sus propias necesidades y deseos, c) Proporcionar una protección suplementaria a las personas dependientes, ya sea a través de la concesión de una prestación, o por el acceso a los servicios existentes, o mediante la creación de servicios apropiados. En el cumplimiento de los objetivos indicados, se aboga por un sistema coordinado en el que se incluyen una serie de medidas en favor de las personas en situación de dependencia, y, entre ellas, las siguientes: a) Unas prestaciones determinadas, atribuidas tanto a las personas que viven en sus domicilios, como a las que residen en instituciones, pudiendo consistir en prestaciones en metálico directas o indirectas. Las prestaciones han de ser asignadas en función del grado de dependencia concurrente, por cuanto las mismas han de tener como finalidad primigenia la compensación de las cargas financieras que ocasiona la pérdida o deterioro de la autonomía personal, b) La libertad de elección y decisión, a fin de garantizar el respeto a la dignidad y a la autodeterminación de la persona en situación de dependencia. Incluso, en aquellos casos en que no sea posible mantener la libertad de elección, debe asegurarse una protección jurídica de la persona en esa situación, c) Una especial preocupación por la prevención y la recuperación, que eviten la aparición de las situaciones de dependencia, prevengan su agravamiento y reduzcan su grado de evolución, d) Dar una prioridad a la atención en el domicilio, en cuanto suele ser la preferida por la persona y constituye un elemento esencial del resto de la dignidad y de la calidad de vida de dicha persona. Ello precisa tanto de la adopción de medidas respecto de la habitabilidad y accesibilidad de las viviendas, como el establecimiento de ayudas y servicios a favor de las personas que tienen necesidad de asistencia y/o ayudas para la realización de actos ordinarios de la vida.

(18) Un estudio de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en ALONSO SOTO, F., «Alcance y límites de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Documentación Social*, núm. 123, 2001, págs. 161-191. SCIERRA, S., «Derechos sociales: Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales», *Temas Laborales*, núm. 62, 2001, págs. 9-30. GARCÍA SILVERO, A., «Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002, págs. 1169-1188.

(19) Aprobado por España en referéndum, del día 20 de febrero de 2005.

(20) Dejando al margen la consideración sobre los principios constitucionales comunitarios y su eficacia jurídica, posiblemente pueda admitirse que se trata de un deber de los poderes públicos europeos tendente a garantizar la protección de los ciudadanos mediante estas prestaciones de Seguridad Social, y entre las cuales se encuentra la dependencia con una mención expresa. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T y SUÁREZ CORUJO, B., «La garantía de los derechos sociales en la Constitución Europea. La consagración de la dependencia como contingencia protegida por los sistemas de Seguridad Social», *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, págs. 471-502. Adquiere un significado especial porque, así, como el resto de las mencionadas (maternidad, enfermedad, accidentes, vejez, desempleo) son contingencias ya conocidas, protegidas y consolidadas en los distintos sistemas de Seguridad Social y la dependencia no lo es. SAGARDOY BENGOCHEA, J. y LÓPEZ CUMBRE, L., «Políticas de familia y dependencia en el marco de la Seguridad Social», en AA.VV. (Dir. LÓPEZ LÓPEZ, M.), *Familia y dependencia*, Fundación Acción Familiar - Ediciones Cinca, Madrid, 2005, pág. 52.

III. REQUISITOS PARA SER TITULAR DE LOS DERECHOS DE LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA

**1. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia**

El Título Preliminar «Disposiciones generales» recoge los preceptos que se refieren al objeto de la LPAP, los principios que la inspiran, los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, y los titulares de esos derechos. Conforme lo señala su artículo 5 los requisitos para poder ser titular de los derechos de la cobertura de la situación de dependencia son los siguientes:

- a) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos en la LPAP: 1) Grado I. Dependencia moderada: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria (AVBD), al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. 2) Grado II. Dependencia severa: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias ABVD dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. 3) Grado III. Gran dependencia: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias ABVD varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.
- b) Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán haber sido inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

Para los menores de cinco años, el período de residencia se exige respecto de quienes ejerzan su guarda y custodia. Sin perjuicio de los servicios establecidos en los ámbitos educativo y sanitario, el SAAD atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de tres años acreditados en situación de dependencia<sup>(21)</sup>.

La LPAP no exige que los titulares acrediten los requisitos económicos. Sin embargo, no es óbice para que la prioridad en el acceso al catálogo de servicios del SAAD venga establecida por la capacidad económica del solicitante en el supuesto que el grado y nivel de dependencia sea el mismo<sup>(22)</sup>. Asimismo, no obsta que el reconocimiento de las prestaciones económicas del catálogo pase por la valoración de la situación económica del beneficiario tal como lo señalan los artículos 18.2 «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales» y 33.2 «La participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones» de la LPAP.

---

(21) Disposición adicional decimotercera de la LPAP.

(22) Art. 14.6 de la LPAP.

### 2. Leyes autonómicas

En términos generales, las leyes autonómicas hacen referencia a que serán titulares de los derechos de la cobertura de la situación de dependencia, aquellos ciudadanos que residan en su territorio y cumplan con los requisitos señalados en la LPAP. El artículo 5 de la LPAP, en relación a los extranjeros, remite a lo dispuesto en el artículo 14.2 y 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social (LDE)<sup>(23)</sup>, en lo relativo al derecho de los servicios y prestaciones sociales de los extranjeros, por ello se entiende que las prestaciones y servicios del SAAD forman parte de los Servicios Sociales y no constituyen Seguridad Social. Es decir, los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles; y los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tendrán derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

De lo anterior se desprende que la LDE trata de acoger a todos los extranjeros a los servicios más conectados con estados de necesidad. Sin embargo, la competencia exclusiva en materia de extranjería (art. 149.1.2 de la CE) choca con el mandato constitucional que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de asistencia social (art. 148.1.20 de la CE). En consecuencia esta Ley da libertad a las Comunidades Autónomas para que garanticen una mínima atención social a los extranjeros en situación no regular y elijan los medios para ello.

En definitiva, en cuanto a las prestaciones del SAAD para los extranjeros en situación irregular habría que determinar si las prestaciones tienen carácter básico o específico para poder reconocerlas o no; se deberá tener en cuenta los cinco años de residencia que exige la LPAP y encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos en la Ley. Por tanto, serán las Comunidades Autónomas las encargadas de interpretar si dichos años podrán ser de residencia regular o irregular. En el caso de este último se podrá acreditar, por ejemplo, con el empadronamiento. Mientras que para la residencia regular queda claro que se demostrará con la autorización de residencia o de residencia y trabajo que hagan un total de cinco años, el cual entraría, en su caso, también, la autorización de residencia y/o trabajo permanente.

La mayoría de las Comunidades Autónomas han procedido como la LPAP incluir a todos los extranjeros en un mismo apartado sin especificar más detalles que la remisión a la normativa vigente. Incluso hay Comunidades que no hacen previsión específica en relación a este colectivo, lo que puede entenderse como exclusión, dado que no se aplica el mismo régimen jurídico a todos ellos, puesto que los requisitos son para españoles. Por ello no existen criterios de igualdad y equidad al acceso del SAAD. Si la LPAP hubiera fijado un criterio más claro para el reconocimiento de este derecho se hubiese evitado el trato diferencial existente, ya que serán las Comunidades Autónomas las encargadas de determinar

---

(23) BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. La LDE es desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).

qué extranjeros tendrán mínima atención social, tras interpretar cómo se computarán los cinco años de residencia que el artículo 5 de la LPAP exige.

#### IV. SUJETOS TITULARES

##### 1. Españoles

Los españoles tendrán derecho a la cobertura de la dependencia siempre que cumplan con los siguientes requisitos: a) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos, b) Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán haber sido inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud<sup>(24)</sup>. En el supuesto de los menores de cinco años, el período de residencia se exige respecto de quienes ejerzan su guarda y custodia. Al contrastarse estos requisitos con el principio de universalidad del SAAD, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación<sup>(25)</sup>, se induce que éste no es absoluto, ya que existirán personas en situación de dependencia que, residiendo en territorio español, no tengan derecho a prestaciones<sup>(26)</sup>.

##### 2. Emigrantes españoles retornados

La LPAP prevé que el Gobierno, previo acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, aprobará las condiciones de acceso al SAAD. En este sentido, se aplicará lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)<sup>(27)</sup>, en tanto no cumplan el requisito de residencia, y de la cual se establecerán los mecanismos protectores similares a los que, en sustitución de las pensiones no contributivas, se han recogido en el marco de las prestaciones asistenciales de carácter económico a favor de los españoles retornados, hasta que no acrediten los períodos de residencia a los que, entre otros requisitos, se condicionan las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva<sup>(28)</sup>.

El legislador ha dispuesto que las personas en situación de dependencia que, como consecuencia de su condición de emigrantes españoles retornados, no cumplan el requisito haber residido en territorio español, establecido en el artículo 5.1 c) de la LPAP, podrán

---

(24) Lapso de período que coincide con lo señalado en el art. 145 de la LGSS para acceder a las pensiones en su modalidad no contributiva.

(25) Art. 3.b) de la LPAP.

(26) CAVAS MARTÍNEZ, F., «Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006, pág. 28.

(27) BOE núm. 154, de 24 de junio de 1994.

(28) Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 115-133. FERNÁNDEZ ORRICO, F., «la coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión Europea, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 41-50. SEMPERE NAVARRO, A., «Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2004, págs. 9-36.

acceder a prestaciones asistenciales con igual contenido y extensión que las prestaciones y ayudas económicas reguladas en la misma. Para ello se deberá cumplir ciertos requisitos o condiciones<sup>(29)</sup>:

- a) Le corresponderá a la Comunidad Autónoma de residencia del emigrante retornado la valoración de la situación de dependencia, el reconocimiento del derecho, en su caso, y la prestación del servicio o pago de la prestación económica que se determine en el Programa Individual de Atención.
- b) El coste de los servicios y prestaciones económicas será asumido por la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma, en la forma establecida en la LPAP.
- c) El emigrante español retornado participará, según su capacidad económica, en la financiación de las mismas, que será también tenida en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones económicas.
- d) Las prestaciones se reconocerán siempre a instancia de los emigrantes españoles retornados y se extinguirán, en todo caso, cuando el beneficiario, por cumplir el período exigido de residencia en territorio español, pueda acceder a las prestaciones del SAAD.

Se prevé la articulación de medidas para mejorar la atención de españoles en el extranjero en situación de dependencia

### 3. Españoles en el extranjero

En relación a los ciudadanos españoles en el extranjero el artículo 20 de la Ley 40/2006, de 14 de Diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior<sup>(30)</sup>, señala la previsión que tendrán los poderes públicos para articular medidas específicas que propicien una mejor atención a las personas en situación de dependencia mediante dos líneas de acción. Por una parte, el apoyo económico a aquellos centros y asociaciones de españoles en el exterior y retornados en el Estado español que cuenten con infraestructuras adecuadas para la atención de personas mayores o en situación de dependencia. Por otra, implementar medidas específicas, especialmente de carácter asistencial, sanitario y farmacéutico encaminadas a la consecución del bienestar integral de la ciudadanía española en el exterior en situación de necesidad en aras de alcanzar la gradual asimilación a las prestaciones vigentes del SAAD.

---

(29) Disposición adicional única del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la LPAP.

(30) BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2006.

#### 4. Extranjeros extracomunitarios residentes de forma legal

En relación a las personas que carezcan de la nacionalidad española, junto al cumplimiento de los requisitos relativos a la situación de dependencia y la residencia, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LDE)<sup>(31)</sup>, a los Tratados internacionales y a los convenios que se establezcan con el país de origen<sup>(32)</sup>. Por consiguiente, todos los extranjeros que cuenten con la autorización de residencia o autorización de residencia y trabajo tendrán derecho a la cobertura de la situación de dependencia, siempre que cumplan con los requisitos generales exigidos en el artículo 5 de la LPAP.

Hay que destacar, en este sentido, que gracias a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>(33)</sup>, los extranjeros residentes podrán reagrupar, además de los menores, a sus hijos mayores en situación de dependencia. Novedad que el legislador ha querido incorporar, ya que anteriormente incluía exclusivamente a los menores de edad. Por otra parte, el Gobierno tiene facultad para establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España<sup>(34)</sup>.

#### 5. Extranjeros extracomunitarios en situación irregular

A los extranjeros en situación irregular, es decir, aquellos que no cuenten con la respectiva autorización de residencia o la autorización de residencia y trabajo solo tendrán derecho, como ya se ha apuntado, a los servicios y prestaciones sociales básicas. En el que las Comunidades Autónomas serán las encargadas de establecer cómo se demostrarán los cinco años que exige el artículo 5 de la LPAP, y si consideran que con una residencia no regular es computable para ser beneficiario de los derechos de la cobertura de la dependencia.

Dicho en otras palabras, las Comunidades Autónomas son las que decidirán si estos extranjeros tendrán o no dichos derechos, al establecer en sus leyes si la residencia no regular es computable o no al plazo señalado en la LPAP o en el mejor de los casos determinar

---

(31) BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. Una revisión de los aspectos sociolaborales agrupados en esta normativa en VALDUEZA BLANCO, M., «Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005, págs. 969-992. Un análisis de los derechos laborales de los extranjeros en España en ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001. ÁLVAREZ CORTÉS, J., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001. BALLESTER PASTOR, M., «Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento», *Justicia Laboral*, núm. 8, 2001. CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000. KAHALE CARRILLO, D., «El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social», en AA.VV., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

(32) Art. 5.2 de la LPAP.

(33) BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

(34) Paralelamente, se baraja esta posibilidad por lo dispuesto en el art. 7 de la LGSS.

cómo se demuestran los cinco años. Existen Comunidades Autónomas que exigen como requisitos la residencia<sup>(35)</sup> o el domicilio<sup>(36)</sup> en su territorio, mientras que en otras son más específicas y exigen el empadronamiento<sup>(37)</sup>.

### 6. Menores extranjeros

La mencionada norma establece la distinción entre personas con más de 3 años en relación a las que tienen menos edad, dado que a las primeras se les aplican los derechos, obligaciones y prestaciones contenidas en la LPAP; y los menores de 3 años se integrarán en los diferentes niveles, con la particularidad de que en el seno del Consejo Territorial del SAAD proceda a la adopción de un plan integral de atención que deberá contemplar un conjunto de medidas que los diferentes Entes públicos territoriales han de adoptar, en orden a facilitar la atención temprana y rehabilitación de las capacidades físicas, intelectuales y mentales del menor<sup>(38)</sup>.

Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se aplicará a lo dispuesto en las leyes del menor que se encuentren vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, unido a lo dispuesto en los Tratados internacionales. El Tribunal Constitucional ha señalado que todos los menores tienen un estatuto de derechos indisponibles que les corresponden por el solo hecho de serlo y que; por tanto, no admite que se introduzcan diferencias relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento<sup>(39)</sup>.

En el supuesto de un extranjero sin documentación cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el artículo 35 de la LDE establece que el Ministerio Fiscal determinará las pruebas necesarias que deberán realizarse por la institución sanitaria con el fin de determinar con certeza la edad del extranjero presuntamente menor. Dicho en otras palabras, el legislador trata de determinar la verdadera edad del extranjero para actuar en consecuencia y ponerlo bajo la tutela de los servicios de protección de menores de la

---

(35) Aragón: Orden 15 de mayo de 2007, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el acceso a los servicios y prestaciones establecidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (BOA núm. 63, de 28 de mayo de 2007), Castilla y León: Orden FAM/824/2007, de 30 de abril, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia (BOCyL núm. 96, de 18 de mayo 2007), Extremadura: Decreto 1/2009, de 9 de enero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 9, de 15 de enero de 2009).

(36) Andalucía: Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración (BOJA núm. 38, de 18 de junio 2007).

(37) Asturias: Decreto 68/ 2007, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOPA núm. 157, de 6 de julio de 2007) y Madrid: Orden 2386/2008, de 17 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades (BOCM núm. 302, de 19 de diciembre de 2008).

(38) Disposición adicional decimotercera de la LPAP.

(39) STC 141/2000, de 29 de mayo.

Administración competente en los casos que el menor no esté acompañado de padres o familiares directos, o cuando se decida que ésta sea la mejor opción por hallarse en situación de desamparo.

Una de las dudas que se plantean al respecto es si el menor extranjero puede negarse a que se le realicen estas pruebas. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>(40)</sup>, en el artículo 10, enumera los derechos de los usuarios de la sanidad, y de la cual establece el derecho que tienen aquéllos a ser informados previamente a cualquier intervención, y la obligatoriedad de recabar su consentimiento de manera escrita antes de proceder a realizar la intervención o las pruebas médicas. Como se observa, el precepto es amplio, de manera que los casos en que es preceptivo el consentimiento abarcan desde la realización de cualquier prueba diagnóstica hasta las intervenciones quirúrgicas. Según el ordenamiento jurídico vigente es reglado facilitar información tanto oral como escrita al afectado por parte del médico responsable y solicitar su consentimiento previo.

Antiguamente, el mencionado texto legal, en el apartado 6 del artículo 10, establecía las excepciones a la necesidad del consentimiento escrito del afectado en tres supuestos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, b) Cuando el afectado no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho le corresponderá a sus familiares o a las personas allegadas a aquél, c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. Como puede observarse el segundo supuesto establecía el consentimiento por sustitución, mientras que en el primero y tercero constituían verdaderas excepciones a la necesidad de obtener el consentimiento, ya que el organismo sanitario debería prestar la asistencia sin más, en función de los bienes jurídicos protegidos; es decir, la salud pública como interés general de la población y el bien supremo de mantener la vida o evitar lesiones irreversibles en la persona, respectivamente. Sin embargo, este apartado fue derogado por Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>(41)</sup>.

El artículo 9 de aquella Ley establece los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. A este respecto el legislador fue más precavido en delimitar de manera específica dichos conceptos que en la Ley General de Sanidad. De manera que el apartado tercero señala los cuatro supuestos en los que puede concurrir el consentimiento por representación: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a juicio del médico responsable, b) Cuando el estado físico o psíquico del paciente no le permita hacerse cargo de su situación, c) Cuando el paciente se encuentre incapacitado legalmente, d) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz tanto intelectual como emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

El supuesto que nos interesa, en este caso, es el último; es decir, que el consentimiento lo debe realizar el representante legal del menor después de haber escuchado la opinión de éste si tiene doce años cumplidos. En el caso que se trataran de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no se prestará el consen-

---

(40) BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

(41) BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

timiento por representación. En materia de actuación de grave riesgo, según el criterio del médico responsable, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Ahora bien, en el caso del menor extranjero al que se pretende realizar una prueba para determinar su edad real, de acuerdo con la legislación específica se requiere el consentimiento previo del menor al que se le ha de haber informado previamente de las actuaciones que se le van a realizar y la finalidad perseguida con ellas, si tiene más de doce años cumplido. De la lectura del artículo 35 de la LDE se desprende que el Ministerio Fiscal decidirá sobre la realización de determinadas pruebas médicas que la institución sanitaria viene obligada a realizar con prioridad y sin necesidad del consentimiento del afectado. Al entenderse en este sentido se estaría ante un supuesto de otorgamiento del consentimiento por sustitución por presunción legal que el menor no está capacitado para tomar decisiones, y el Ministerio Fiscal asume su representación legal a estos efectos. Existen interpretaciones que al acogerse este criterio se iría más allá de la literalidad de la ley, por afectar a un derecho de la persona constitucionalmente reconocido como derecho fundamental, razón por la que conculcaría la Constitución Española<sup>(42)</sup>.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>(43)</sup>, hace mención a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. Por una parte, establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por el ordenamiento jurídico, y concurra un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y es imposible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Por otra parte, señala que se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. En el supuesto de que el paciente carezca de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, b) Cuando el pa-

El Ministerio Fiscal  
decidirá sobre  
la realización de  
pruebas médicas  
a personas  
presuntamente  
menores de edad

---

(42) SAURA SÚCAR, M., «la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (99), 1 de agosto de 2001.

(43) BOE 274, de 15 de noviembre de 2002.

ciente esté incapacitado legalmente, c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. En el supuesto que se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

En definitiva, todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que no sea protegido en su país de procedencia. De manera que las autoridades españolas tienen la obligación negativa de no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral, y la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para su adecuada protección y promoción<sup>(44)</sup>.

El artículo 23.2 del Convenio sobre los Derechos del Niño<sup>(45)</sup> contempla el derecho del menor impedido mental y físicamente a recibir cuidados especiales, y de la cual los Estados parte alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación del niño que reúne las condiciones requeridas y la asistencia que se solicite por parte de sus padres o los representantes de su cuidado y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de dichas personas. Además que los derechos previstos en el Convenio se apliquen a los niños con independencia de toda circunstancia. Ello señala, sin duda, que el menor extranjero en situación de dependencia quedará protegido, aunque no se encuentre en posesión de la respectiva autorización de residencia a la que hace referencia la LDE<sup>(46)</sup>. El único requisito que establece es que el Estado tenga recursos disponibles, y dada la configuración de derecho subjetivo de la tutela de la dependencia la inexistencia de los mismos no podría ser impedimento para su reconocimiento. En cualquier supuesto, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en el territorio español, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico<sup>(47)</sup>.

Si bien, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>(48)</sup>, no acoge ningún derecho al respecto, el artículo 3 señala que los menores gozarán de los derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin ningún tipo de discriminación, por ejemplo, la nacionalidad. Asimismo, el artículo 1 establece que este texto normativo es de aplicación a los menores que se encuentren en territorio español. Ello, sin duda, da entender que la legislación interna protege a los menores, independientemente de su nacio-

---

(44) Obligaciones señaladas en los arts. 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989. Vid. KAHALE CARRILLO, D., «Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *Temas Laborales*, núm. 88, 2007, págs. 85-122.

(45) Adoptado el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

(46) AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería, Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 462.

(47) Art. 14.2 de la LDE.

(48) BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

nalidad<sup>(49)</sup>. Por otra parte, en el ámbito autonómico, también se reconocen los derechos de los menores a la protección a la situación de dependencia a través de la protección de los servicios sociales, independientemente de la situación administrativa<sup>(50)</sup>.

### 7. Refugiados

Los extranjeros reconocidos como refugiados tienen derecho a residir en el territorio español y desarrollar cualquier actividad laboral, profesional e incluso mercantil. Es decir, cuando un extranjero entra a España en la condición de asilado o refugiado<sup>(51)</sup> tendrá una autorización de permanencia provisional en el que podrá quedarse por un período máximo de sesenta días, mientras se sustancia el expediente.

En el supuesto de que el extranjero en esta condición no traiga ninguna documentación el Ministerio de Justicia e Interior acordará la residencia obligatoria al interesado hasta la resolución definitiva de su expediente<sup>(52)</sup>. Por tanto, el extranjero en esta situación se encuentra en situación regular por la que tendrá reconocido en plenitud el derecho a los Servicios Sociales y, por ende, a las prestaciones y servicios del SAAD, siempre que cumpla con los requisitos generales establecidos en la LPAP; es decir, encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos, y residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

### 8. Apátridas

Los apátridas que legalmente residan en territorio español gozan de igual trato en relación a los trabajadores nacionales<sup>(53)</sup>, y de conformidad con el artículo 9.10 del Código Civil, «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual». Ello significa la aplicación a

---

(49) TARIBANI-CASTELLANI AZNAR, M., «Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia», en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), *La protección de la dependencia*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 173.

(50) Cfr. Arts. 2 y 19 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de la Rioja; arts. 2 y 32 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de las Islas Baleares; arts. 2 y 42 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero del País Vasco; y, arts. 2 y 27 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de 2005.

(51) Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Refugiados, Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 22 de julio de 1978. El artículo 3 prohíbe cualquier discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.

(52) En relación a los indicios suficientes a la admisión de solicitud de asilo, véase la reciente STS, de la Sala de lo Contencioso, de 1 de noviembre de 2006. KAHALE CARRILLO, D., «El significado de los indicios suficientes como requisito para la admisión a trámite en un procedimiento de asilo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 285, 2006, págs. 95-102.

(53) Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVIII) de 26 de abril de 1954 y ratificada por España mediante Instrumento de fecha 24 de abril de 1997.

este colectivo de las normas de los Servicios Sociales en las mismas condiciones que a los nacionales. Por consiguiente, también serán titulares de los derechos a la cobertura de la dependencia, siempre que cumplan con los requisitos que exige la LPAP.

## 9. Extranjeros comunitarios

Los extranjeros comunitarios residentes de forma legal serán titulares de los derechos de la cobertura de la dependencia, siempre que tengan la autorización de residencia o autorización de residencia y trabajo y demuestren residir en el territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán haber sido inmediatamente anterior a la fecha de solicitud, y, a su vez, se encuentren en situación de dependencia en algunos de los grados establecidos en la LPAP.

A tal efecto, la Ley suscita varios interrogantes con su aplicación en el ámbito de las normas internacionales de Seguridad Social, especialmente a las referidas con la Unión Europea (UE)<sup>(54)</sup>. La primera disyuntiva que plantea es la de la posible inclusión de las prestaciones de cobertura de las situaciones de dependencia en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CEE) 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 y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad<sup>(55)</sup>, texto que es reemplazado por el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>(56)</sup>. En este sentido, se incluye el tema de las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional<sup>(57)</sup>, al tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas distingue entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del prenombrado Reglamento y prestaciones incluidas en él, basándose casi exclusivamente en los elementos constitutivos de cada prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación de ámbito nacional. Por esta razón, de reunir la legislación, en relación a la cobertura de la dependencia, las condiciones determinantes para su inclusión material en el ámbito de los reglamentos comunitarios de coordinación de las legislaciones de la Seguridad Social el resultado más inmediato sería la aplicación del principio de trato, recogido en el artículo 3

---

(54) La Unión Europea, en las últimas décadas, ha planteado la proyección de las prestaciones de la situación de dependencia dentro de la libertad de circulación y de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, a raíz de la Decisión 2000/142/CE, de 23 de junio de 1999, de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, que incorporó las mismas dentro del concepto de «prestaciones en especie»; sin embargo, el contenido de la Decisión quedó totalmente afectado por ciertos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Justicia dictados, por ende, con posterioridad, como la sentencia Jauch (asunto C-215/99, Sentencia de 8 de marzo de 2001). En este sentido, véase ARGÜELLES BLANCO, A. y MIRANDA BOTO, J., «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia laboral y de Seguridad Social del año 2001», *Aranzadi Social*, núm. 3, 2002, págs. 455-482. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., «¿Libre circulación de los pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2004, págs. 47- 97.

(55) Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 74, de 27 de marzo de 1972.

(56) Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 158, de 30 de abril de 2004.

(57) Diario Oficial de la Unión Europea, serie L núm. 166, de 30 de abril de 2004.

de dicho Reglamento y la exportación de aquéllas prestaciones, aunque el beneficiario cambiase su residencia a otro Estado distinto a aquel que ha de soportarlas<sup>(58)</sup>.

El juzgador comunitario se ha pronunciado en distintas sentencias en relación con las prestaciones que podrían tener cierta similitud con las previstas en la LPAP<sup>(59)</sup>. En todas ellas considera incluidas las prestaciones del sistema de cuidados dentro de las prestaciones de enfermedad, independientemente que las prestaciones en litigio hubiesen sido calificadas como prestaciones mixtas o estuviesen a cargo de un sistema de protección estatal, en vez del regional. Asimismo, reitera que no es suficiente la mención a una prestación determinada dentro del Anexo II del Reglamento (CEE) 1408/71, para determinar que en ningún supuesto se aplica dicho texto, dado que tal disposición ha de ser interpretada de manera que contribuya al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores migrantes<sup>(60)</sup>. En función de este razonamiento una determinada prestación puede ser considerada como prestación de Seguridad Social en la medida en que se conceda a sus beneficiarios, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se dirija a alguno de los riesgos señalados en el artículo 4.1 del Reglamento<sup>(61)</sup>. Recientemente el TJCE incluyó entre las prestaciones del Reglamento (CE) 883/2004, las de dependencia<sup>(62)</sup>. Ello implicaría que los años de residencia exigidos para ser titular de los derechos del SAAD hubieran de computarse en otro Estado de la Unión Europea<sup>(63)</sup>.

Las prestaciones de cuidados pueden conceptuarse como prestaciones complementarias del seguro de enfermedad

---

(58) PANIZO ROBLES, J., «La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 286, 2007, pág. 83.

(59) En especial los asuntos 0-160/96 (Molenaar), 0-215/99 (Jaunch) y 286/039 (House). En los mismos términos, el asunto Gaumain reitera la conexión entre el seguro de dependencia con las prestaciones de enfermedad, de modo que una prestación consistente en la asunción, por parte de las entidades que aseguran el riesgo de la dependencia, de las cotizaciones sociales del seguro de vejez de la persona que presta los servicios de los cuidados domiciliarios, constituye una prestación de enfermedad, de la que es beneficiaria la persona en situación de dependencia.

(60) Objetivo que no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder los beneficios de Seguridad Social que les concede la legislación de un Estado miembro, en particular cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que aquellos pagaron. STJCE de 25 de febrero de 1986 (asunto 284/84 Spruyt).

(61) PANIZO ROBLES, J., «La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)», *op. cit.*, pág. 84.

(62) STJCE de 21 de febrero de 2006 (C-286-/03).

(63) CAVAS MARTÍNEZ, F., «Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *op. cit.*, pág. 16.

Dicho en otros términos, las prestaciones concedidas de modo objetivo, en función de una situación legalmente definida, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas en situación de dependencia están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad y deben ser consideradas prestaciones de enfermedad. Las únicas prestaciones especiales y no exportables son las que se dirigen a prevenir la pobreza y proteger a las personas con discapacidad y que tienen una relación estrecha con el entorno social y económico del Estado miembro<sup>(64)</sup>.

A tal efecto, el juzgador comunitario plantea el problema que puede acarrear la inclusión de la legislación sobre cobertura de la dependencia en el ámbito de aplicación del aludido Reglamento, dado que la concesión de las prestaciones deberán realizarse en un marco de igualdad en relación a las personas nacionales y no nacionales a las que se aplican los Reglamentos Comunitarios; sin olvidar que el campo de aplicación personal de aquellos se ampliaría con el Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril de 2004<sup>(65)</sup>, que ya no hace mención a colectivos concretos, sino a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembros. Las prestaciones de cuidados pueden conceptuarse como prestaciones complementarias del seguro de enfermedad. Con el resultado de que si son prestaciones en especie, las prestaría el país de estancia o de residencia con cargo al competente que le corresponda, como el de afiliación; mientras que si se refiere de prestaciones en metálico, podrán ser exportables de manera directa por la institución competente<sup>(66)</sup>. Sin embargo, si se parte que la financiación de éstas, cuya incardinación, no en el ámbito de la Seguridad Social, sino dentro de los servicios sociales, se señala que las prestaciones del SAAD podrán calificarse como prestaciones especiales de carácter no contributivo, y quedarán incluidas en el Anexo II bis del Reglamento (CEE) 1408/71, y, por ende, no serían objeto de exportación considerándolas como una «ventaja social» en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) del Consejo 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad<sup>(67)</sup>.

Por último, el TJCE ha afirmado que las prestaciones frente al riesgo de dependencia, aún cuando tengan características propias, pueden ser consideradas prestaciones de enfermedad. Por otra parte, los trabajadores por cuenta ajena o propia y los miembros de su familia tienen derecho al acceso, en el Estado miembro de residencia o de estancia, a la asistencia correspondiente a su estado de salud, en condiciones de igualdad con los nacio-

---

(64) Aunque el legislador comunitario puede adoptar disposiciones por las que se introduzcan excepciones al principio, según el cual las prestaciones de Seguridad Social son exportables, dichas excepciones deberán interpretarse en el sentido estricto.  *Vid. SSTSJCE de 5 de marzo de 1998, asunto 0-160/96 (Molenaar); 0-215/99 (Jaunch); y, de 16 de julio de 1992, C-78/91 (Hughes).*

(65) Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 166, de 30 de abril de 2004.

(66) PANIZO ROBLES, J., «La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)»,  *op. cit.*, págs. 84-85.

(67) En este sentido, véase PÉREZ ALONSO, M., «La libre circulación de trabajadores y la protección de los derechos de seguridad social»,  *Tribuna Social*, núm. 36, 1993, págs. 13-22. ACOSTA ESTÉVEZ, «La libre circulación de los trabajadores en la Comunidad Europea»,  *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1991, págs. 77-87.

nales de ese Estado miembro. Asimismo, los trabajadores por cuenta ajena o propia y los miembros de su familia que trasladen su residencia y que tengan derecho a prestaciones por dependencia en especie en su Estado miembro (competente o de afiliación), tienen derecho a esas prestaciones independientemente de su denominación específica en el sistema de protección social del Estado miembro de residencia, salvo que la normativa de ese Estado miembro no prevea la concesión de tales prestaciones<sup>(68)</sup>.

### V. REFLEXIÓN FINAL

Los requisitos generales para ser titulares de los derechos a la cobertura de la dependencia son los señalados en el artículo 5 de la LPAP, ello significa que el sujeto debe encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos en la Ley, y residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años, el período de residencia se exige respecto de quienes ejerzan su guarda y custodia. Por tanto, el español, así como los emigrantes españoles retornados y los españoles en el exterior que cumplan con estas exigencias tendrán garantizada la cobertura de la dependencia.

En el caso de los extranjeros, algunas Comunidades Autónomas a la hora de desarrollar sus normas han procedido como la LPAP al incluirlos en un mismo apartado sin especificar más detalles que la remisión a la normativa vigente. En este sentido, según las conclusiones obtenidas en este trabajo se obtiene que los titulares de derechos a la cobertura de la dependencia, en relación al Derecho de Extranjería, desde el ingreso en la Comunidad Europea, serán los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y los nacionales de terceros Estados.

A los primeros se les aplica el régimen comunitario de libre circulación de ciudadanos y trabajadores, con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad como base; mientras que a los segundos la LDE. De manera que, a los nacionales de los Estados miembros se sujetarán, en general, a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE<sup>(69)</sup>. En el supuesto de tratarse de ciudadanos que han ejercido el derecho a la libre circulación de trabajadores estarán sujetos al Reglamento (CEE) 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; y a los nacionales de terceros Estados se les aplicará la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, los Tratados internacionales y los convenios que se establezcan con el país de origen.

---

(68) Sentencia de 16 de julio de 2009, asunto núm. C-208/07 (Petra von Chamier-Glisczinski y Deutsche Angestellten-Krankenkasse).

(69) Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 158, de 30 de abril, y corrección de errores Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, núm. 229, de 29 de junio.



# LOS INCIDENTES CARDIOVASCULARES EN EL TRABAJO. SU CALIFICACIÓN COMO ACCIDENTE DE TRABAJO. UN ANÁLISIS ESPECÍFICO

JOSÉ MIGUEL DE ALCÁNTARA Y COLÓN

*Letrado del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social*

## RESUMEN

**Los incidentes cardiovasculares en el trabajo.  
Su calificación como accidente de trabajo.  
Un análisis específico**

El artículo analiza la problemática que presentan los incidentes cardíacos para ser calificados como accidentes de trabajo según la legislación española, básicamente la presunción positiva de accidente laboral del art. 115 de la LGSS cuando acaece en el centro de trabajo. Es un estudio práctico y a nuestro juicio, novedoso del tema del accidente laboral usando como técnica de contraste una sentencia curiosa y analizando un supuesto específico que se ha estudiado en su versión negativa (es decir, cómo no calificarlo de accidente de trabajo) pero no positivo. El jurista puede utilizarlo como guía para, desarrollándolo, servirle de apoyo en su reclamación ante las cada vez más frecuentes negativas de calificación como laborales de los infartos, ángor, etc... ocurridos en el puesto de trabajo cuando se tienen patologías cardíacas previas.

## ABSTRACT

**Cardiovascular incidents at work.  
Its designation as work-related accident.  
A specific analysis**

The article analyzes the problem arisen by the heart incidents being designed as work-related accidents according to the Spanish legislation, basically the positive presumption of work-related accident in the art. 115 of the LGSS when it happens at a working centre. It is a practical study and in our view, original about the work-related accident matter using as a contrast technique a curious sentence and analyzing a specific supposition that has been studied in its negative version, that is to say, how not to be designated as a work accident, but not positive. The jurist can use it as a guide to, developing it, to use it as a support in reclamations for the more and more frequent negative designations as work-related of heart attacks, angina pectoris, etc... occurred at work when there are previous heart pathologies.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: REGULACIÓN LEGAL.
- III. REQUISITOS DEL ACCIDENTE LABORAL.
- IV. LA CUESTIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD: LA CARGA DE LA PRUEBA DE LAS PARTES.
- V. LA ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA: LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.
- VI. REPERTORIO JURISPRUDENCIAL RELATIVO A LA PATOLOGÍA CARDÍACA COMO ACCIDENTE DE TRABAJO.

- VII. EL TRABAJO COMO DESENCADENANTE DE UNA CRISIS CARDIACA.
  - VIII. DE LA CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN ACCIDENTE DE TRABAJO.
- 

## I. INTRODUCCIÓN

Este tema solventado a nuestro juicio por la jurisprudencia, es ocasionalmente, revivido por resoluciones judiciales de tribunales inferiores que olvidan o se enfrentan directamente con la dicción literal de la ley y con la interpretación que de ésta hace el Tribunal Supremo, único órgano con competencia jurisprudencial.

La sentencia del juzgado de lo social n.º 1 de los de Cádiz, Sentencia 42/2010, autos 484/09, magistrada cumbre, recaída en un procedimiento de determinación de contingencia, en el que participé, ha originado que retome el tema de los accidentes ocurridos en el lugar de trabajo, sus requisitos y sus presunciones y permite que podamos precisar los extremos del accidente de trabajo.

Esta sentencia nos permitirá desbrozar la, a nuestro juicio, doctrina correcta y el porqué de que la misma contenga, desde nuestro punto de vista, fundamento erróneo.

Igualmente, esta sentencia es paradigma de la «desformalización» que vienen sufriendo las resoluciones judiciales de instancia en el ámbito social, con la plasmación de opiniones dentro de los hechos o de los fundamentos, opiniones ajenas al íter jurídico, la mezcolanza en los fundamentos de derecho de normas y de hechos, que no se declaran ni probados, o lo que es aún más frecuente: la colocación de hechos presuntos en el espacio de los fundamentos de derecho, violando la estructura de la sentencia y la forma de su impugnación, cuestión que también trataremos.

## II. CONCEPTO DEL ACCIDENTE DE TRABAJO. REGULACIÓN LEGAL

En materia de accidentes de trabajo, obligatoriamente hemos de partir del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154, de 1994, que regula el concepto de *Accidente de Trabajo*:

«Artículo 115. Concepto del accidente de trabajo

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.
2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:
  - a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.
  - b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.

- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.
- e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.
- f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

- a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

- b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

5. No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo:

- a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira.
- b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo».

Por lo que se refiere al requisito del lugar de trabajo, se presume la laboralidad en favor del trabajador

La sentencia, entiende, a pesar de haber acaecido indubitadamente los hechos en tiempo y lugar de trabajo y a consecuencia de éste, que no procede aplicar el meritado artículo y contraviene la presunción de accidente y altera la disposición legal de la carga de la prueba que recae en los demandados, sustituyendo incluso la prueba de éstos por valoraciones.

### III. REQUISITOS DEL ACCIDENTE LABORAL

Primero hemos de establecer cuáles son los requisitos para considerar como laboral, al amparo de la presunción del apartado 3 del art. 151, un accidente.

Lógicamente, el lugar ha de ser **lugar de trabajo**:

Lugar de trabajo es el lugar, habitual o no, en que se desarrolla la actividad del trabajo. Para hacer valer la presunción, ha de acreditarse que el lugar en que acaece es el de trabajo por ser el centro de trabajo de la empresa, o el lugar de prestación efectiva del servicio, o en definitiva donde el empresario determine que se debe prestar el servicio. Si el accidente acaece entre ese lugar y el domicilio del trabajador, al ir o volver del trabajo es un accidente laboral *in itinere*. Si acaece entre ese centro y el lugar de prestación efectiva, es accidente laboral en misión. Si acaece en el centro de trabajo o en el lugar de efectiva prestación, es accidente laboral *estricto sensu*. En los tres casos, la presunción de laboralidad favorece al trabajador y si no se acredita fehacientemente por quien lo niega esa naturaleza, el accidente conserva su naturaleza laboral.

¿Ha de ser el **lugar habitual**? Entendemos que no. Puede ser el centro de trabajo habitual del actor, otro centro de la empresa o empresas o incluso un lugar propiedad de un tercero donde el trabajador ha de desarrollar, por orden de la empresa, su actividad.

¿Ha de estarse en el lugar **por trabajo**? Evidentemente sí. Si se está en el lugar de trabajo sin estar por trabajo, el incidente no es laboral.

¿Ha de **estarse trabajando**, es decir es necesaria la efectiva prestación de servicio en el momento de acaecimiento del accidente? Evidentemente a nuestro juicio no. Se puede estar en el lugar de trabajo no trabajando en el momento del incidente, por ejemplo en una pausa para el bocadillo o en un receso.

Recuérdese que el lugar de trabajo se extiende a los espacios en que el trabajador puede estar al momento de sufrir el incidente, por ejemplo al ir o volver del trabajo como es el accidente *in itinere*... en estos casos ni se está trabajando de manera efectiva ni es el lugar de trabajo. Lo mismo ocurre en los accidentes en misión es decir los acaecidos en cumplimiento de una orden de trabajo, durante la jornada laboral.

Así, la jurisprudencia es contundente:

Si la lesión se produce en la jornada y en lugar de trabajo, aunque no se estuviera trabajando, por ejemplo porque el trabajador está en la pausa del bocadillo, se considera accidente de trabajo (SCT de 6 de mayo de 1980).

No si la estancia en el lugar de trabajo no tiene por finalidad trabajar o actividad conexas (SCT de 7 de octubre de 1980). Se extiende también la presunción a los lugares próximos al centro de trabajo a los que se va como consecuencia de éste (STS de 15 de febrero de 1972) u obligado por interrupciones forzosas, por ejemplo, por la lluvia (SCT de 13 de marzo de 1975). La presunción se entiende que debe jugar cuando la lesión o episodio sobreviene al incorporarse el obrero al trabajo, aun no comenzado éste (SCT de 15 de octubre de 1980).

Igualmente ¿es necesario que todo el accidente **se desarrolle en el centro de trabajo?**, es decir, inicio del hecho, desarrollo y posible consecuencia; en este sentido la interpretación jurisprudencial de la presunción de laboralidad es flexible y humana aplicándola cuando, por ejemplo, los primeros síntomas de la lesión se manifiestan en el trabajo, si bien el desenlace se produce poco tiempo después, horas o días, en el domicilio del trabajador.

La entidad gestora en el proceso de referencia pretende entender que no hay accidente porque el incidente es previo a la baja. Ello se contrapone con lo establecido entre otras en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1531/2001 (Sala de lo Social, Sección 3.ª), de 20 noviembre.

#### IV. LA CUESTIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD: LA CARGA DE LA PRUEBA DE LAS PARTES

Evidentemente, no podemos realizar el estudio de todo el accidente de trabajo en el presente artículo. Simplemente, esbozaremos unas notas sobre el accidente que acaece en tiempo y lugar de trabajo y, sobre todo, analizaremos la presunción del apartado 3 del artículo 115.

Conforme al artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las presunciones que la Ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

La prueba en contra ha de ser contundente, clara y saltar a la vista, es decir que no se tenga que hacer una interpretación para entender existente la prueba.

No estamos ante la posibilidad de destruir la presunción en base a una duda razonable: la presunción legal exige la contundencia de la prueba que la desvirtúe. Las opiniones de las partes, testigos o peritos, sea cual sea su función, no puede desvirtuar una presunción: si la ley dice que es accidente de trabajo salvo prueba en contrario, esta prueba en contrario ha de ser de tal entidad y objetividad que permita revocar una posición de la ley.

El juez no puede, en base a hechos negativos (como en el caso, cuando se afirma que no se sabe cual es la etiología por parte del que niega su naturaleza laboral, ello hace que la contingencia sea común) o a opiniones o creencias (negar su naturaleza laboral por creer que el incidente desencadenante no tuviera, a juicio de quien lo niega, suficiente entidad) destruir una presunción legal.

En la sentencia de análisis, se desvirtúa la presunción en base a la opinión del médico de la demandada que afirma que se desconoce la etiología en el 99% de los casos y por eso es común o cuando se afirma que se tiene en cuenta el informe de otro trabajador implicado cuando lo vio «alterado o nervioso» y por eso no es laboral, extremos que evidentemente, no constituyen prueba suficiente. De hecho, no son ni prueba mínima.

Evidentemente, una sentencia en derecho no puede revocar una presunción legal por opiniones como las citadas: ha de establecerse una causa desencadenante distinta, objetivada e independiente del trabajo y acreditarse su concurrencia para revocar la presunción. Dar a suponer una posible causa distinta (venía alterado o nervioso) o alegar el desconocimiento de la etiología (causa de producción) para establecer que esa etiología es laboral, evidentemente no se ajusta a la legalidad de las presunciones. La sentencia establece esa contingencia por la opinión de una parte (que ni siquiera es médico).

En cuanto al análisis de las pruebas efectuadas, en este caso ni siquiera ratificadas, han de usarse los criterios interpretativos que establece la ley.

Reseñar que la congruencia es un valor fundamental: la opinión cambiante y contradictoria de una parte (en este caso de la entidad gestora), no reúne el requisito de prueba en contrario válida para desvirtuar una presunción legal.

La opinión testifical de quien es parte contraria en un proceso y que ni siquiera ratificó en juicio, tampoco puede, a nuestro juicio, constituir prueba mínima para desvirtuar una presunción legal y más, al ser manifiestamente incompetente para establecer una valoración médica .

No ha de olvidarse que la cuestión objeto del presente análisis es que acaecido un accidente en tiempo y lugar de trabajo y a causa o consecuencia de éste, un incidente cardiológico (ángor precordial, infarto completo, infarto incompleto, ...) *la baja y el proceso consecuente de IT es derivado de accidente de trabajo* y que corresponde a quien lo niega la prueba de la existencia de causa distinta que sea determinante del incidente y que esté desvinculada del trabajo, cuestiones no acreditadas por quien lo niega.

El beneficiado por la presunción nada tiene que probar. No obstante, ello no es obstáculo para que se recomiende que se acredite la naturaleza laboral. De hecho, en el proceso en cuestión se acreditaron los extremos laborales del incidente y la inexistencia de patología cardíaca previa. Es recomendable siempre que el beneficiado por la presunción acredite su posición aunque ésta no sea estrictamente necesaria: por el mero hecho de gozar de la presunción, si no se desvirtúa ha de estimarse la posición del beneficiado por ésta. Sin embargo, es como decimos recomendable que el beneficiado por la presunción afiance ésta con las pruebas que añadan firmeza a su posición.

Por otra parte, no cabe inversión de la carga de la prueba: o el que la niega desvirtúa la presunción por prueba objetiva y contundente, o no realiza esta prueba, con lo que se aplica la presunción: La sentencia que analizamos incurre en el error de desplazar la carga de la prueba al beneficiado por la presunción y omitir la apreciación de la prueba laboral realizada. Ambas actuaciones son, a nuestro juicio *contra legem* al ir contra la presunción legal y los efectos que ésta tiene.

### V. LA ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA: LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El **artículo 248.3** de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece: «Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo», en el **artículo 209** de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando afirma que en la sentencia «... se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso», y en el **artículo 97.2** de la propia Ley de Procedimiento Laboral, Texto Articulado aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995. La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a ésta conclusión, son a nuestro juicio, las normas que establecen taxativamente, la estructura de la sentencia. Todas estas ideas son muy bien resumidas y expresadas por García de Enterría y Fernández en su Curso de Derecho Administrativo:

«No basta, sin embargo, como es lógico, con aducir o expresar alguna razón, con motivar el acto de cualquier manera. La exigencia de razones que resulta del artículo 9.3 de la Constitución no se agota, como es evidente, en el puro plano formal de la motivación. Las razones que la autoridad que decide ha de aducir para excluir la tacha de arbitrariedad tienen que tener alguna consistencia..., deben proporcionar un fundamento objetivo capaz de sostener la decisión, han de ser, pues, razones justificativas, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional».

La sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso, decidiendo las pretensiones formuladas por las partes es decir constituye la resolución que resuelve el proceso. El artículo 245 de la LOPJ señala que se denominarán sentencias las resoluciones judiciales, que *«decidan definitivamente el pleito o causa, en cualquier instancia o recurso, o cuando según las leyes procesales deban revestir esta forma»*. La sentencia constituye un acto trascendental del proceso, pues éste en su conjunto, cobra sentido, en función de este momento final. Es la culminación del juicio o silogismo jurídico que comienza con la demanda. El trabajo del Juez al sentenciar consiste en resumir todos los elementos del proceso (motivación) y sentar la conclusión jurídica (fallo). La sentencia es un silogismo o juicio lógico dentro del cual

En la jurisdicción social frecuentemente se “flexibilizan” las formalidades procesales

la norma constituye la premisa mayor, los hechos del caso la premisa menor y el fallo la conclusión.

La sentencia exige una forma determinada, es decir de un cierto formalismo. La forma viene determinada en el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y también ha incidido en su regulación la LOPJ al suprimir de la motivación la necesidad de los resultandos y considerandos (art. 248.3).

La ley establece, pues, que la sentencia recogerá en los fundamentos jurídicos, la base argumental legal con la interpretación jurisprudencial correspondiente en su caso, que sea suficiente para, con los hechos declarados probados, permitir la emisión del fallo de la sentencia.

Evidentemente, los fundamentos jurídicos, y no solo formalmente sino sustancialmente, son argumentaciones legislativas que amparan la reclamación del actor o la desestiman al relacionarlos, con lógica jurídica, a los hechos probados e indubitados obrantes en el apartado de hechos probados de la sentencia.

Estos fundamentos de derecho alcanzan tanto el ámbito del derecho discutido (cuestiones de fondo) como el ámbito del derecho procesal (cuestiones de forma). Asistimos sin embargo, a la peligrosa senda de flexibilizar tales requisitos procesales a un nivel que suponen su casi desaparición. No está de más recordar que las normas procesales no son cuestiones de juzgados sino reglas de juego establecidas para garantizar los derechos de las partes.

Omitirlas es violar esas garantías y deberían llevar aparejada la revocación de las sentencias que en ello incurrieren. Esta exigencia hace que se nos tache de *ius procesalistas* o *legalistas*. Creemos sin embargo, que la flexibilización, es decir no aplicar rígidamente las normas, no significa la no utilización de las mismas.

Los *supuestos hechos y las opiniones subjetivas* que, como en este caso, obran en los fundamentos de derecho no constituyen *ex lege* fundamento aunque se adornen con el adjetivo jurídico y no pueden estar colocados en ese apartado.

Si el juzgador entiende probado algún hecho, ha de declararlo como hecho probado y no como fundamento en orden a que se pueda recurrir en suplicación su existencia o prueba y que se cumpla los requisitos de las sentencias.

No es de recibo el rigor que algunos tribunales superiores exigen a los recurrentes en relación a la súplica y la liberalidad que se permite en la estructura y fundamentación de las sentencias de instancia.

Cierto es que en la jurisdicción social, lamentablemente cada vez con más frecuencia, la formalidades procesales son cada vez mas «flexibilizadas», pero ello no puede llevar al extremo de alterar el lugar de los hechos y de los fundamentos, porque ello viola los más elementales principios formales de la sentencia, y mientras los requisitos estén (y están para garantizar los derechos de los litigantes y la objetividad judicial) han de cumplirse y porque lo contrario infringe la estructura de la sentencia: las sentencias habrán de contener en párrafos separados los hechos y los fundamentos de derecho, y son prueba de una mala técnica procesal.

Por último, los hechos probados han de ser incuestionados y congruentes con los documentos no impugnados por las partes, máxime cuando son públicos, que no pueden desvirtuarse por opiniones o pareceres: a título de ejemplo la sentencia que analizamos, refleja datos erróneos como la contradicción de fechas notorias a la vista de los documentos públicos obrantes.

Igualmente, toda sentencia ha de seguir una línea argumental congruente con los criterios de los órganos superiores y sobre todo con la doctrina del tribunal supremo pero además, ha de ser congruente con los criterios del propio órgano judicial que la dicta. La doctrina reseñada será objeto de análisis en el apartado correspondiente del presente estudio.

### VI. REPERTORIO JURISPRUDENCIAL RELATIVO A LA PATOLOGÍA CARDIACA COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

La doctrina de nuestros tribunales viene contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 26 de octubre de 2009 que tiene su continuación doctrinal en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2010, autos 279/07, que en su hecho tercero establece la naturaleza laboral del accidente ocurrido en el trabajo como accidente de trabajo.

La sentencia del TSJ de Andalucía sede Sevilla número 16/2008, de 10 de enero, en recurso de suplicación 556/2007 establece nítidamente en el fundamento de derecho segundo.

«Con carácter previo hay que indicar que es jurisprudencia del Tribunal Supremo —cuyo arranque parte de la vieja sentencia de 17 de junio de 1903— la distinción entre accidente de trabajo y enfermedad y también la comprensión dentro del termino lesión, de las enfermedades de súbita aparición o desenlace, de modo que se ha afirmado (entre otras muchas en STS de 12 de julio de 1999) que la presunción del art. 84.3 LGSS de 1974 —art. 115.3 de la vigente de la de 1994— se refiere no solo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo. Entre estas enfermedades de súbita aparición o desenlace— a las que se aplica automáticamente la presunción *iuris tantum* del citado artículo 115.3 LGSS —se ha incluido el infarto de miocardio (STS de 27 de febrero de 1997 y 28 de enero de 1998), la angina de pecho (STS 14 de julio de 1997 y 23 de julio de 1999) y el accidente cardiovascular activo con hemiparesia derecha (STS de 4 de marzo de 1998)— sin que baste acreditar que en el momento de producción no se estaban realizando grandes esfuerzos, pues no se puede asegurar que el estrés provocado por la actividad laboral sea ajeno a la producción del episodio coronario».

Por otra parte, como dice la STS de 27 de diciembre de 1995 «para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgido en tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite fehacientemente.

Y continúa la sentencia «También hay que recordar que no se rompe el nexo causal porque el trabajador tuviera antecedentes de tipo coronario (STS de 27 de diciembre de 1995, 15 de febrero y 18 de octubre de 1996, 27 de febrero de 1997 y 23 de enero de 1998) o de tabaquismo o de hiperlipemia (STS de 18 de marzo de 1989) o análogos».

Por último en esta sentencia se recoge un supuesto de trabajador que se da de baja por contingencia común el día 17 de enero por molestias y debilidad en el brazo, fue a urgencias días después, con el hecho cardiovascular, «sin que el mero hecho de acudir posteriormente (días después) al médico sea causa suficiente para romper dicho nexo». En idéntico sentido se pronuncian las STS de Justicia de Andalucía en recurso 2892/2004, 2799/05 y 4244/06 entre otros.

Queremos igualmente reseñar que, el Tribunal continúa señalando que «... los antecedentes de riesgo no son considerados relevantes por la jurisprudencia (*obiter dicta* párrafo 5 del fundamento de derecho segundo de esta sentencia).

El Tribunal Supremo dice por su parte que lesión corporal es *menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional, incluidas lesiones psicósomáticas*, siendo el prototipo legal de AT el que se produce en el centro de trabajo y en horario laboral,

Por su parte el artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (31/1995), indica textualmente: Se considerarán como «daños derivados del trabajo» las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo. En la sentencia efectivamente queda demostrado que el hecho ocurre después de que el trabajador comenzó la jornada (7,30-8, 00 de la mañana) y muy avanzada ésta (sobre las 10,30 según certificado de la empresa) siendo evidente la situación de estrés laboral acreditada médicamente.

Por D. Juan Sebastián Fernández-Simal Fernández, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, Jefe de unidad de seguridad y salud en el trabajo y una de las mayores autoridades en accidentes de trabajo se realizó y recogió en su informe expedido en diciembre de 2008 para la subsecretaría del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que exponía:

La mayoría de los países admiten que la exposición laboral contribuye al desarrollo de las enfermedades cardiovasculares, considerándose en muchas ocasiones como enfermedades relacionadas con el trabajo. De tal manera, las condiciones de trabajo y las exigencias del puesto de trabajo juegan un papel importante y en muchos casos determinante en el proceso multifactorial que origina estas enfermedades.

El infarto agudo de miocardio, IAM (que puede llegar a la necrosis del tejido miocárdica provocado por la oclusión parcial o total del flujo sanguíneo en una arteria coronaria) de aquellos que desarrollan cualquier actividad laboral tiene una manifestación sintomática y en su origen pueden haber intervenido una serie de factores de riesgo inherentes o relacionados con el trabajo.

En España, un total de 838 trabajadores fallecieron en accidente laboral durante los nueve primeros meses del año, 35 menos que en el mismo período del año anterior, según datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración. El 34,6% de los mismos tienen su origen en causas no traumáticas o infartos.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido incluyendo en el término «lesión corporal» a las enfermedades de súbita aparición o desenlace, por lo que no cabe duda de que el IAM ha de integrarse en la definición de accidente de trabajo dada por el mencionado artículo 115.1 de la LGSS.

El IAM, por tanto, es obvio que es una lesión corporal, por lo que este aspecto no plantea problemas.

Las dificultades se presentan en la relación causa-efecto, es decir, en la relación directa del IAM con el trabajo desarrollado.

A la hora de buscar o determinar esa relación directa, hemos de partir de la presunción de laboralidad de las lesiones corporales que un trabajador sufre en el lugar y en el tiempo de trabajo. En este sentido se pronuncia el artículo 115.3 de la LGSS al establecer que: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo». Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. De esta manera, todo IAM que se produzca en el lugar de prestación de servicios (sea o no coincidente con el centro de trabajo) y durante el transcurso de la jornada laboral, debe ser considerado como accidente de trabajo. Por tanto la carga de la prueba, le corresponde a quién estime que, pese a haberse producido en el lugar y tiempo de trabajo, no guarda relación directa con el mismo».

Es evidente a nuestro juicio que la miocardiopatía isquémica o hipertensiva, con bloqueo de la coronaria derecha del recurrente se incluye en este caso, pero es más, aunque se entendiera que el accidente de trabajo sufrido en el despacho se inicia por un cuadro anginoso, o una subida de tensión de la discusión, es evidente que ello no priva de su naturaleza laboral.

El Tribunal Supremo (TS) considera que un infarto de miocardio puede ser calificado como accidente laboral cuando se produce en el lugar y tiempo de trabajo, siempre que no se acredite de manera suficiente que no existe ninguna relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado y nada se acredita.

### VII. EL TRABAJO COMO DESENCADENANTE DE UNA CRISIS CARDÍACA

En Sentencias reiteradas del Tribunal Supremo, apelando a la doctrina consolidada en una sentencia de 1998 se considera como accidente laboral el infarto sufrido por un trabajador en su empresa, pese a que los primeros síntomas aparecieron la noche anterior.

Lo que se valora no es la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, sino como desencadenante de una crisis

En el presente caso se manifiestan avanzada la jornada laboral en tiempo y lugar y a causa del trabajo.

El Supremo, recuerda la doctrina ya unificada por varias sentencias, como las SSTS de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8529), 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9846), 15 de febrero de 1996 (RJ 1996/1022), 18 de octubre de 1996 (RJ 1996/7774), 14 de julio de 1997 (RJ 1997/6260), 4 de mayo de 1998 (RJ 1998/4091) y 18 de marzo de 1999 (RJ 1999/3006) entre otras (y las que éstas citan) que señalan que la Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo.

La ley establece que, para descartar la «presunción de la laboralidad» de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de trabajo, la jurisprudencia exige que se acredite de manera suficiente que no hay relación entre la lesión padecida y el trabajo. El TS reitera que lo que se valora a estos efectos no es la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, sino como factor desencadenante de una crisis.

Las sentencias del Supremo concluyen que esta posible acción del trabajo «no puede quedar excluida por la prueba de que la enfermedad se padecía ya, pues aunque sea así, es la crisis la que hay que tener en cuenta a efectos de protección».

Así, se ha calificado como accidente de trabajo el sufrido por quien carecía de antecedentes cardíacos y estaba sometido a tensión psíquica por aplicación de un nuevo sistema de trabajo (TSJ Andalucía, sentencia de 11 de mayo de 1995); o por estar bajo situación de stress. En el presente caso no existen ni siquiera, antecedentes de infarto ni de patología cardíaca alguna la sentencia de La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 27 de septiembre de 2007, dictó una sentencia por la que se declara como accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido durante la jornada de trabajo. El Tribunal Supremo, que ha reconocido el infarto de miocardio como accidente de trabajo en diversas resoluciones, fundamenta su razonamiento en la interpretación que realiza del contenido del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social. Este artículo establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que son accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo. El Tribunal Supremo interpreta que esta norma no sólo se refiere a los accidentes en sentido propio o estricto como lesiones o padecimientos sufridos por la acción repentina y violenta de un elemento exterior, sino también a los padecimientos o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo. En consecuencia, el Tribunal estima que si se sufre un infarto de miocardio durante la realización del trabajo debe presumirse que es un accidente de trabajo y que esta presunción sólo puede destruirse si se prueba de manera suficiente la falta de relación entre el trabajo y la lesión sufrida.

En este sentido, el mismo Tribunal entiende que no es suficiente para destruir dicha presunción el hecho de que el trabajador padezca o sufra la enfermedad con anterioridad o el hecho de que haya tenido síntomas de esta antes de iniciar el trabajo ya que el propio trabajo puede ser un desencadenante de aquella.

El AT sólo habrá de demostrarse, por parte del trabajador, cuando haya sido fuera del trabajo, con la excepción del accidente de trabajo en misión). En estos casos, el trabajo

puede ser el elemento desencadenante del infarto o coadyuvante del mismo, a efectos de calificar el Accidente como Laboral.

Como coadyuvante, se integraría dentro del supuesto que contempla el art. 115.f) LGSS.

Importante el reseñar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en Recurso de Suplicación núm. 2691/2003, siendo Ponente: Ilma. Sra. María Elidía Felgueroso Fernández, que estableció en fundamento de derecho...:

«SEGUNDO.—En esencia la cuestión que se debate se refiere al alcance de la presunción de laboralidad de un accidente, entendida esta palabra en sentido amplio, para comprender tanto cuando el evento dañoso o las lesiones han surgido en el tiempo y lugar de trabajo, como si en esa presunción se incardina igualmente el accidente impropio, entendido como aquel que no es consecuencia directa del trabajo pero que surge como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones laborales.

La doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias de 27 de diciembre de 1995, 15 de febrero y 18 de octubre de 1996, 27 de febrero y 20 de marzo de 1997, 14 de julio de 1997, 11 de diciembre de 1997, 23 de enero de 1998, 4 de mayo de 1998, 18 de marzo de 1999 y 10 de abril de 2001, incluye los fallos cardiacos, vasculares o circulatorios dentro del concepto de la lesión corporal a que se refiere el número 1.º del artículo 115.

Esta doctrina ha surgido de las presunciones establecidas por el legislador, y en la sentencia del 18 de marzo de 1999, se indica que “el legislador, teniendo en cuenta la desigualdad de las partes en la relación de trabajo, al regular la contingencia que nos ocupa, ha establecido una serie de presunciones que juegan en distinto ámbito y con distinta intensidad a los efectos de alterar los principios sobre la carga de la prueba”. En dicha sentencia se destaca esa distinción según se trata del accidente propio o impropio y sus efectos en relación con la práctica de la prueba, declarando en relación con los defectos o enfermedades padecidos con anterioridad por el trabajador, que la presunción se establece con mayor intensidad dado el término imperativo que utiliza el legislador “tendrán la consideración de accidente de trabajo...” dice el precepto.

La presunción del artículo 115.3 la prueba en contrario que acredite de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, y es evidente que, en principio, no se puede descartar la influencia de los factores laborales en la formación y desencadenamiento de una crisis cardiaca o cardiovascular.

TERCERO.—La sentencia de instancia desestima la pretensión del actor, razonando que la causa del infarto que motivó la situación de incapacidad temporal no guarda relación con el trabajo, debiéndose más a los antecedentes familiares y a los factores de riesgo que sobre el mismo pesaban: hipertensión controlada con tratamiento, tabaquismo, colesterol alto.

Tal afirmación no puede ser compartida por la Sala, ya que conforme declara la doctrina jurisprudencial antes mencionada cualquier lesión como las indicadas aunque tenga una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas casualmente con el trabajo, y el hecho de que exista con anterioridad la dolencia no excluye la actuación del trabajo como factor desencadenante como indica la sentencia del 23-11-1999, citando jurisprudencia anterior. En relación con los factores de peligro, el hecho de presentar el lesionado antecedentes de riesgo sin determinar por otro lado en qué intensidad (que ha de presumirse inicialmente que era poco intensa, ya que no existía ni baja en el trabajo ni tratamiento) son situaciones frecuentísimas en personas de determinada edad, constituyen-

do simplemente factores de riesgo que no impedían al trabajador sus tareas y la presunción de laboralidad, de los que la sentencia extrae una presunción contraria a las previsiones del legislador.

Debe afirmarse, en consecuencia, que el infarto de miocardio sufrido por el actor durante el tiempo y en el lugar de trabajo goza de la presunción, establecida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, de ser debido a accidente de trabajo, y como quiera que esa presunción *iuris tantum* no ha sido convenientemente desvirtuada por las codemandadas, debe revocarse la sentencia de instancia con íntegra acogida del recurso».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 3673/2005, de 27 de abril, que establece:

La jurisprudencia ha declarado como doctrina concluyente incardinar los fallos cardíacos, vasculares o circulatorios dentro del concepto de lesión corporal a que se refiere el núm. 1 del artículo 115 de la LGSS (SS 14.07.1997 —RJ 1997, 6260—, 11.12.1997 —RJ 1997, 9475—, 23.1.1998 —RJ 1998, 1008— y 18.3.1999 —RJ 1999, 3006—, citadas en la de 10.4.2001 —RJ 2001, 4906—); y cualquier lesión que como las indicadas tengan una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas causalmente con el trabajo y el hecho de que exista con anterioridad la dolencia no excluye la actuación del trabajo como factor desencadenante tal como indica la sentencia del TS de 23.11.1999 —RJ 1999, 9341—.

De otra parte la presunción de laboralidad del artículo 115.3 del TR de la LGSS, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es de aplicación no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente externo, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo causados por agentes patológicos internos o externos (SS. 22.3.1985 —RJ 1985, 1374—; 25.9.1986 —RJ 1986—, 5175; 4.11.1988 —RJ 1988, 8530— y 27.10.1992 —RJ 1992, 7844—), se exige que la falta de relación entre lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) Sentencia núm. 4076/2003, de 22 de diciembre —JUR 2005\75124— Recurso de Suplicación núm. 2402/2003, Ponente: Ilma. Sra. Ana M<sup>a</sup> Orellana Cano, Recurso 2402/03, que establece:

A estos efectos, es interesante destacar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999, en la que se afirma que la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social es aplicable no solo a los accidentes sino también a las enfermedades que se manifiestan durante el trabajo, siendo necesario para excluir la presunción, prueba en contrario que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, concluyendo que, en principio las enfermedades cardíacas, aunque tengan una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas causalmente con el trabajo; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sentencia núm. 3177/2000, de 7 de septiembre, AS 2001\168, Ponente: Antonio Reinoso y Reino, estima el recurso de suplicación interpuesto por los actores contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Cádiz al establecer:

«Se recurre igualmente al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral por entender que existió interpretación errónea de los artículos 114 y 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, y hay que tener en cuenta que la presunción establecida en el número 3 del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social releva de la carga de la prueba al trabajador para atribuir la demostración de inexistencia de relación con el trabajo a la parte que lo alegue, de tal forma que todas aquellas lesiones que sufran los trabajadores en el lugar y tiempo de trabajo tienen la naturaleza de accidente laboral, mientras no se desvirtúe la presunción mediante prueba con fuerza suficiente que justifique que el daño sufrido no guarda relación de causa-efecto con la actividad de la víctima, siendo doctrina jurisprudencial reiterada la aplicación de la presunción de laboralidad del citado precepto no sólo a los accidentes en sentido estricto, o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos [sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1374), 25 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 5202), 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8529) o 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7844)], admitiéndose desde hace ya tiempo como contingencia profesional el infarto de miocardio y las cardiopatías isquémicas, así como otras patologías no traumáticas de aparición súbita como el derrame cerebral, que se manifiestan en el tiempo y en el lugar de trabajo, sin que la existencia de molestias o síntomas anteriores a la incorporación al trabajo dejen sin efecto la presunción antedicha, y así concretamente no se rompe el nexo causal por el simple hecho de haber padecido molestias en momentos o fechas anteriores al infarto, o porque el trabajador tuviera antecedentes de tipo cardíacos o coronarios [sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9846), 15 de febrero (RJ 1996, 1022) y 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7774), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1605) o 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 1008)], o de tabaquismo o de hiperlipemia [sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 9341)], o incluso otras enfermedades cardíacas como la cardiopatía isquémica derivada de angina de pecho con ángor de esfuerzo (*sentencia de 18 de junio de 1997 [RJ 1997, 4762]*), o análogas como la parada respiratoria de origen central provocada por hipoxia cerebral (*sentencia de 11 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9475]*), o accidente cardiovascular activo con hemiparexia derecha (*sentencia de 4 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4091]*), y aplicando esta doctrina al caso enjuiciado hay que destacar que el accidente vascular cerebral se produce en toda su intensidad en tiempo y lugar de trabajo, concretamente el día 24 de junio de 1997 en que el fallecido se presentó a las 8 de la mañana en el centro de trabajo, y según consta en el hecho probado tercero estuvo trabajando hasta las 8.30 horas aproximadamente, dirigiéndose luego al

La presunción de laboralidad también se aplica a las enfermedades que puedan surgir en el trabajo por agentes patológicos internos o externos

Hospital donde se le diagnosticó el accidente vascular cerebral isquémico, por lo que rige plenamente la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, presunción que no se desvirtúa suficientemente por el hecho de que el día anterior por la tarde iniciase un cuadro de desorientación y dificultad en el habla, porque como ya se ha dicho el hecho de que aparezcan molestias o dificultades en momentos anteriores, o incluso que se tengan antecedentes cardíacos o coronarios, no impide la calificación de accidente de trabajo, por lo que no puede tenerse tampoco en consideración, como hace la sentencia de instancia, que el actor estuviese en tratamiento por hipertensión arterial o porque padeciese estenosis de las arterias carótidas provocadas por placa de ateroma o grasa, y en cambio sí hay que considerar la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en *sentencia de 23 de febrero de 1982 (RTCT 1982, 1049)*, referida a la dificultad de establecer cuando se trata de enfermedades cardíacas o vasculares si el infarto coronario o el infarto cerebral guarda o no relación alguna con el trabajo, porque expresa dicha sentencia que aun dedicándose a una actividad que no debe producir por sí misma ninguna alteración física ni psíquica, no se rompe el nexo causal entre el trabajo y la enfermedad porque resulta imposible determinar si efectivamente la mera asistencia al trabajo da lugar a una tensión emocional suficiente para producir la vasoconstricción de las coronarias, y como la presunción de laboralidad del accidente se basa en las circunstancias objetivas, la influencia de otras circunstancias que pudieran desvirtuar la presunción tiene que quedar patente y resultar inequívoco el atribuir a causas externas el ataque cardíaco, doctrina ésta que es plenamente aplicable al presente caso que se trató de un infarto cerebral, porque como ha señalado esta Sala de lo Social de Sevilla en sentencia de 21 de enero de 2000 las enfermedades cardíacas o vasculares pueden producirse por diversas circunstancias ya sean relacionadas con las tareas propias del oficio o por otras ajenas al mismo, pero rigiendo siempre la presunción de laboralidad y de relación de causa-efecto cuando, como en el presente caso, sucede en el lugar y tiempo de trabajo, máxime si el trabajador atendía al público en ventanilla en una sucursal a la que acudía diariamente numeroso público y que tenía dificultades para adaptarse al sistema informático instalado en su oficina (hecho probado cuarto), lo que de por sí ya supone un estrés en su actividad diaria que influye indefectiblemente en el desencadenamiento de la enfermedad que le produjo la muerte, razones todas que obligan pues a la estimación del recurso y consiguientemente de la demanda, revocando la sentencia de instancia.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>a</sup>), de 11 de junio de 2007 (RJ 2007\6630), establece:

«Y a este respecto cabe recordar la doctrina ya unificada por esta Sala, no solo en la sentencia de contraste, sino en las de *18 de marzo (RJ 1999, 3006) 12 (RJ 1999, 5790)* y *23 de julio de 1999 (RJ 1999, 6841)*, que reitera la de *18 de abril de 2001 (sic) (JUR 2001, 203614)* (Rec. 1870/00) en los siguientes términos literales: « la presunción del artículo 84.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo y que para la destrucción de la presunción de la laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen

dicho nexo causal. La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padecía la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología de este tipo de lesiones, sino su actuación en el marco del artículo 84.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción y no puede quedar excluida por la prueba de que la enfermedad se padecía ya, pues, aunque sea así, es la crisis la que hay que tener en cuenta a efectos de protección».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 188/2008, de 10 de enero, establece:

«Y con tales presupuestos se conforma a derecho la sentencia de instancia, en cuanto a este Motivo, para lo que basta resaltar su razonamiento jurídico que viene a coincidir plenamente con el expuesto por la más reciente doctrina judicial, en supuestos semejantes al presente de producción de lesiones en el tiempo de trabajo, incluso durante el almuerzo (*STSJ.Cast-León [Vall] de 12-6-06 [JUR 2006, 211401]* ; *STSJ Madrid 27-12-2004 [AS 2005, 454]* ; *STSJ And-Gra. 4-6-2002 [AS 2003, 1254]* ), al sostener que, ante estos presupuestos, ha de entenderse aplicable la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en *sentencia de 23-1-98 (RJ 1998, 1008)*, con cita de las de *27-10-92 (RJ 1992, 7844)* y *27-12-95 (RJ 1995, 9846)* (aunque ya se había pronunciado con anterioridad en las *sentencias de 10-5-88 [RJ 1988, 3595]* y *27-6-90 [RJ 1990, 5529]*) que establecen que la presunción del art. 84.3 (hoy 115.3) de la *LGSS (RCL 1974, 1482)* no sólo se refiere a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causados por agentes patológicos internos o externos. Añade dicha sentencia que «para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal. En cuanto a lo primero, es de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es, con frecuencia, un factor desencadenante o coadyuvante en la producción de enfermedades súbitas, y en cuanto a lo segundo, como ya afirmaba la *sentencia de 29-9-86 (RJ 1986, 5202)* para desvirtuar la presunción de laboralidad de una enfermedad de trabajo, no es bastante que se hubieran producido síntomas de la misma (dolor precordial opresivo) en fechas o momentos inmediatamente precedentes al episodio mortal».

Trasladada la anterior doctrina al supuesto de autos, no existe hecho alguno concluyente que desvirtúe la presunción de laboralidad del art. 115.3 de la *LGSS*, pues el proceso patológico surgió y se desarrolló inicialmente durante el trabajo, y la existencia de un esfuerzo mayor o menor en la ejecución del trabajo, lo admite incluso el recurrente en su recurso.

Y es que, como añade la referida doctrina judicial, la expresión «con ocasión» elimina la hipótesis de una causalidad rígida, flexibilizando la relación hasta el punto de admitir tanto las relaciones directas como las indirectas. No se exige, por tanto, que el trabajo

sea la causa determinante directa de la lesión, sino que basta, simplemente, con que el desarrollo de una actividad profesional determine, bajo la forma de una vulnerabilidad específica, la exposición del sujeto protegido a una serie de riesgos inherentes al trabajo o conectados con él. En todo caso, siempre se exige la existencia de una relación causal directa o indirecta con el trabajo, lo que excluye la ocasionalidad pura, es decir, fuera del radio de influencia racional del trabajo. Se presumirá, dice el artículo 115.3 de la LGSS, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo. En los supuestos de aparición súbita de la dolencia en el tiempo y lugar de trabajo, el lesionado o sus causahabientes únicamente han de justificar esa ubicación en el tiempo y en el espacio laboral, recayendo sobre el patrono o las correspondientes entidades subrogadas la carga de justificar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la realización de la tarea. O lo que es mismo, y como dice la STJ de Madrid, Sección 3.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2002, requiere por parte de los presuntos responsables la prueba en contrario que acredite de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión.

Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 3177/2000, de 7 de septiembre, viene igualmente a establecer:

«Se recurre igualmente al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral por entender que existió interpretación errónea de los artículos 114 y 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, y hay que tener en cuenta que la presunción establecida en el número 3 del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social releva de la carga de la prueba al trabajador para atribuir la demostración de inexistencia de relación con el trabajo a la parte que lo alegue, de tal forma que todas aquellas lesiones que sufran los trabajadores en el lugar y tiempo de trabajo tienen la naturaleza de accidente laboral, mientras no se desvirtúe la presunción mediante prueba con fuerza suficiente que justifique que el daño sufrido no guarda relación de causa-efecto con la actividad de la víctima, siendo doctrina jurisprudencial reiterada la aplicación de la presunción de laboralidad del citado precepto no sólo a los accidentes en sentido estricto, o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos (*sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1374], 25 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 5202], 4 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8529] o 27 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7844]*), admitiéndose desde hace ya tiempo como contingencia profesional el infarto de miocardio y las cardiopatías isquémicas, así como otras patologías no traumáticas de aparición súbita como el derrame cerebral, que se manifiestan en el tiempo y en el lugar de trabajo, sin que la existencia de molestias o síntomas anteriores a la incorporación al trabajo dejen sin efecto la presunción antedicha, y así concretamente no se rompe el nexo causal por el simple hecho de haber padecido molestias en momentos o fechas anteriores al infarto, o porque el trabajador tuviera antecedentes de tipo cardíacos o coronarios (*sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9846], 15 de febrero [RJ 1996, 1022] y 18 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7774], 27 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1605] o 23 de enero de 1998 [RJ 1998, 1008]*), o de tabaquismo o de hiperlipemia (*sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999 [RJ 1999, 9341]*), o incluso otras enfermedades cardíacas como la cardiopatía isquémica derivada de angina de pecho con ángor de esfuerzo (*sentencia de 18 de junio de 1997 [RJ 1997, 4762]*), o aná-

logas como la parada respiratoria de origen central provocada por hipoxia cerebral (*sentencia de 11 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9475]*), o accidente cardiovascular activo con hemiparexia derecha (*sentencia de 4 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4091]*), y aplicando esta doctrina al caso enjuiciado hay que destacar que el accidente vascular cerebral se produce en toda su intensidad en tiempo y lugar de trabajo, concretamente el día 24 de junio de 1997 en que el fallecido se presentó a las 8 de la mañana en el centro de trabajo, y según consta en el hecho probado tercero estuvo trabajando hasta las 8.30 horas aproximadamente, dirigiéndose luego al Hospital donde se le diagnosticó el accidente vascular cerebral isquémico, por lo que rige plenamente la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, presunción que no se desvirtúa suficientemente por el hecho de que el día anterior por la tarde iniciase un cuadro de desorientación y dificultad en el habla, porque como ya se ha dicho el hecho de que aparezcan molestias o dificultades en momentos anteriores, o incluso que se tengan antecedentes cardíacos o coronarios, no impide la calificación de accidente de trabajo, por lo que no puede tenerse tampoco en consideración, como hace la sentencia de instancia, que el actor estuviese en tratamiento por hipertensión arterial o porque padeciese estenosis de las arterias carótidas provocadas por placa de ateroma o grasa, y en cambio sí hay que considerar la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en *sentencia de 23 de febrero de 1982 (RTCT 1982, 1049)*, referida a la dificultad de establecer cuando se trata de enfermedades cardíacas o vasculares si el infarto coronario o el infarto cerebral guarda o no relación alguna con el trabajo, porque expresa dicha sentencia que aun dedicándose a una actividad que no debe producir por sí misma ninguna alteración física ni psíquica, no se rompe el nexo causal entre el trabajo y la enfermedad porque resulta imposible determinar si efectivamente la mera asistencia al trabajo da lugar a una tensión emocional suficiente para producir la vasoconstricción de las coronarias, y como la presunción de laboralidad del accidente se basa en las circunstancias objetivas, la influencia de otras circunstancias que pudieran desvirtuar la presunción tiene que quedar patente y resultar inequívoco el atribuir a causas externas el ataque cardíaco, doctrina ésta que es plenamente aplicable al presente caso que se trató de un infarto cerebral, porque como ha señalado esta Sala de lo Social de Sevilla en *sentencia de 21 de enero de 2000* las enfermedades cardíacas o vasculares pueden producirse por diversas circunstancias ya sean relacionadas con las tareas propias del oficio o por otras ajenas al mismo, pero rigiendo siempre la presunción de laboralidad y de relación de causa-efecto cuando, como en el presente caso, sucede en el lugar y tiempo de trabajo, máxime si el trabajador atendía al público en ventanilla en una sucursal a la que acudía diariamente numeroso público y que tenía dificultades para adaptarse al sistema informático instalado en su oficina (hecho probado cuarto), lo que de por sí ya supone un estrés en su actividad

Deben reunirse  
cuatro requisitos:  
trabajo por cuenta  
ajena, fuerza lesiva,  
lesión y nexo causal

diaria que influye indefectiblemente en el desencadenamiento de la enfermedad que le produjo la muerte, razones todas que obligan pues a la estimación del recurso y consiguientemente de la demanda, revocando la sentencia de instancia».

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social), núm. 378/2006, de 31 de marzo, igualmente establece, con un marcado carácter didáctico que:

«De manera sintética hemos de decir que el artículo 115 párrafo 1.º del TR de la Ley General de la Seguridad Social define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

De tal forma nos encontramos con que son cuatro los requisitos que simultáneamente han de concurrir para su existencia:

a) Un trabajo prestado por cuenta ajena, b) una fuerza lesiva, c) una lesión, concepto que ha sido interpretado tradicionalmente de una forma amplia, abarcando no solo las lesiones producidas por un agente externo sino también las debidas a causas internas; de esta manera se han podido incluir en el concepto de accidente de trabajo las lesiones derivadas de ciertas enfermedades (las enfermedades comunes cuya causa determinante la constituye el trabajo, las enfermedades intercurrentes sufridas durante el proceso patológico derivado del accidente y las enfermedades o defectos preexistentes que resulten agravados por el accidente), y d) la relación de causalidad entre trabajo, fuerza lesiva y lesión.

Por otra parte, el párrafo 3.º del referido artículo 115 establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

El Tribunal Supremo ha mantenido que en casos de infarto de miocardio acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo, hay que aplicar la presunción de accidente de trabajo. Como dice la sentencia de 27 de diciembre de 1995:

«Hay que partir del presupuesto de que el concepto de “lesión” constitutiva del accidente de trabajo al que se refiere el artículo 84.1 y 3 de la *Ley General de la Seguridad Social de 1974 (RCL 1974, 1482)*, hoy artículo 115.1.3 del *texto refundido de 1994 (RCL 1994, 1825)*, de igual contenido, comprende no solo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias como se infiere de lo prevenido en los apartados e), f) y g) del número 2 del citado artículo, y en particular respecto del infarto de miocardio, se ha pronunciado reiterada jurisprudencia que lo trata de accidente de trabajo en determinados supuestos. Así la *sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 febrero 1996 (RJ 1996, 1022)*, con cita a su vez de las *sentencias también del Tribunal Supremo de 10 (RJ 1987, 7842) y 28 diciembre de 1987 (RJ 1987, 9046), 16 noviembre 1998 (RJ 1998, 9825), 15 febrero 1996 (RJ 1996, 1022)*, superando algunos criterios restrictivos precedentes, ha establecido que la presunción contenida en el artículo 84.3 (hoy 115.3) de la Ley General de la Seguridad Social, por la que salvo prueba en contrario se estimará que son accidentes de trabajo las lesiones que sufra

el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo alcanza no solo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades; y tal presunción solo queda destruida cuando se acredite de manera suficiente la falta de relación entre la lesión producida y el trabajo realizado, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se acrediten hechos que desvirtúen dicho nexo causal, y no basta para desvirtuarla la posible existencia de episodios cardíacos precedentes, ya que no se ha acreditado de manera concluyente que el elemento desencadenante se debiera a causas extrañas a la relación laboral (*sentencia de 18 de junio de 1997 [RJ 1997, 4762]*), lo que es de aplicación asimismo en el caso examinado».

Es de añadir, por último, lo que indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1999, según la cual:

«En el estado actual de la ciencia médica, cabe tener por cierto que las enfermedades isquémicas del miocardio, sea una angina de pecho, sea un infarto de miocardio, pueden verse influidas por factores de índole varía, entre ellos el esfuerzo o la excitación que son propios de algunas actividades laborales».

Del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia y de la documentación obrante en las actuaciones se desprende: que al terminar la jornada de trabajo del día 27 de abril de 1998, aun encontrándose en su puesto de trabajo, el Sr. xxx se encontró mal, acudiendo al día siguiente al Servicio de Urgencias del SCS, donde fue atendido no siendo dado de baja médica (hecho probado cuarto); al día siguiente, al finalizar la jornada de trabajo correspondiente al 29 de abril, encontrándose aun el esposo de la actora en su puesto de trabajo, volvió a sentirse mal, dirigiéndose a continuación a su domicilio (hecho probado cuarto); siendo aproximadamente las 5,40 horas de la madrugada del día 30 de abril y cuando se encontraba descansando en su domicilio el Sr. xxx sufrió un infarto masivo de miocardio, que le ocasionó la muerte antes de que llegara a un centro hospitalario en una ambulancia medicalizada (hecho probado cuarto); el fallecido no tenía antecedentes de enfermedades cardíacas de ningún tipo.

A la vista de tales datos, la Sala entiende, al igual que hizo el Magistrado de instancia, que el infarto agudo de miocardio que sufrió el esposo de la demandante el día 30 de abril de 1998, que finalmente le originaría la muerte, comienza a desencadenarse durante la jornada de trabajo del día 29 de abril de 1998, cuando el mismo se hallaba realizando su cometido profesional (por tanto, en tiempo y lugar de trabajo). Teniendo en cuenta que el proceso de necrosamiento de las arterias coronarias en que consiste el infarto agudo de miocardio puede dilatarse más o menos tiempo, en función de la fisiología del enfermo y del elemento que lo desencadena, no tiene ninguna relevancia que el mismo continuara trabajando, pues durante la jornada laboral y después de concluida ésta continuaba presentando los síntomas característicos de que el proceso isquémico avanzaba indefectiblemente y sin ser detectado.

Por ello tiene plena vigencia la presunción de tiempo y lugar que establece el artículo 115 párrafo 3.º del TR de la Ley General de la Seguridad Social, presunción *iuris tantum* que no ha sido desvirtuada por la actividad probatoria llevada a cabo en el procedimiento por la Mutua demandada y ahora recurrente, que no ha acreditado la total falta de conexión

de la lesión cardiaca del Sr. y el trabajo que realizaba, especialmente teniendo en cuenta que el mismo no tenía ningún antecedente por enfermedades isquémicas del miocardio, ni presentaba factores de riesgo.

Todo ello conduce a la Sala, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia, a la desestimación del motivo, por su efecto del recurso y a la confirmación de la sentencia combatida en todos sus pronunciamientos.

## VIII. DE LA CONGRUENCIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO

La resolución judicial ha de ser clara, precisa y congruente. Este último requisito exige, a nuestro juicio, una especial mención en supuestos como la declaración de contingencia.

La sentencia, para ser congruente ha de continuar el iter lógico establecido por la Ley: Existente una presunción legal, no desvirtuada esta, ha de seguirse la consecuencia de lo establecido en la presunción.

Ello no se opone a la libre valoración de la prueba (STC 44/1989, de 20 de febrero) ya que el juzgador/a es libre para valorar la prueba pero no para variar la graduación de la misma.

En el presente caso, la sentencia cambia la disposición de carga de la prueba del obligado legalmente (quien niega la naturaleza laboral) a quien está beneficiado por el mismo (el trabajador que sufre el incidente en tiempo y lugar de trabajo) y además, sustituye la carga de la prueba del obligado por opiniones y suposiciones

De todos es conocido que la disposición adicional primera de la Ley de Procedimiento Laboral, promulgada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE 11 de abril), establece la remisión, en lo no previsto en ella misma, a la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Real Decreto de 3 de febrero de 1881, Gaceta de 5 de marzo y por evolución legislativa, en los artículos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual, y por lo tanto lo dispuesto en el artículo 218 de la LEC vigente del año 2000. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación, cuando establece la obligatoriedad de que las sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas y las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito. Ello determina la necesidad de establecer claramente lo deducido por las partes y la necesidad de probar lo que se afirma como base de las pretensiones ya que lo contrario causaría indefensión a la contraparte y mas cuando se exige que la carga de la prueba corresponde a las demandadas.

Ello evidentemente, entronca con la congruencia exigible en los procedimientos judiciales y en este caso, en el proceso laboral. Sería «... la congruencia exigible entre reclamación administrativa y demanda y entre contestación administrativa-expediente administrativo y contestación a la demanda», *ex* sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de enero de 1997.

Podemos definir la incongruencia de una resolución judicial como la discrepancia del fallo de la misma en relación a lo planteado y probado, y lo deducido en el pleito.

Según el Tribunal Constitucional, en Sentencia 60/1996, Recurso 3337/1993, «la incongruencia de las resoluciones judiciales, entendida como una discordancia manifiesta entre lo que solicitan las partes y lo que se otorgan en aquellas, concediendo más, menos o cosa distinta de lo pedido y probado, puede llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, tanto por no satisfacer tal pronunciamiento la elemental exigencia de la tutela judicial, que es la de obtener una sentencia fundada sobre el fondo del asunto sometido al órgano judicial, como por provocar indefensión, ya que la incongruencia supone, al alterar los términos del debate procesal, defraudar el principio de contradicción (cfr. TC sentencia 20/1982 de 5 de mayo)».

Podemos hacer referencia a una incongruencia omisiva y una incongruencia activa:

La primera es aquella incongruencia de la sentencia basada en el hecho de que el juez no resuelve algún punto controvertido en el pleito.

La segunda, la incongruencia activa, es la que se produce por el pronunciamiento judicial separado de lo planteado o discutido y probado, en el pleito, lo que ocurre en el presente supuesto.

Nuestro Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 11 de febrero de 1981 (y las que ésta cita), 1 de julio y 23 de octubre de 1982 y 15 de diciembre de 1983, junto a las de los Tribunales Superiores de Justicia como el de La Rioja de 19 de junio de 1995, han establecido la existencia de tres tipos de incongruencia: activa, omisiva y la que han venido en llamar mixta.

Así, para nuestro Tribunal Supremo, la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión que constituye el objeto del pleito, aparece como una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia, como es lógico, puesto que se trata de un requisito de la misma, y el otro término de comparación es el constituido por la demanda y las demás pretensiones deducidas oportunamente en la litis; y lo que otorga, a nuestro juicio, validez jurídica a la sentencia es el nexo intermedio constituido por los hechos probados. Sin hechos probados que adveren la justicia de lo exceptuado, dado que la carga de la prueba le corresponde a los demandados, la sentencia no puede negar lo pedido que goza de presunción *iuris tantum*, máxime cuando lo acaecido ocurrió en tiempo y lugar de trabajo y a causa de éste, cuestión además acreditada en autos.

Lo analizado es plasmación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que según el Tribunal Constitucional en sentencia entre otras de 14 de enero de 1991 (y las citadas) es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones

La incongruencia activa es la que se produce cuando el pronunciamiento judicial se separa de lo planteado, discutido y probado en el pleito

planteadas que sea motivada y fundada en Derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable».

Lo anterior entronca con el número 3 del artículo 120 de la Constitución Española, al decir que «las sentencias serán siempre motivadas», mandato constitucional que encuentra su desarrollo ordinario en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo» —en el artículo 209 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil—»... se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso»—, y en el artículo 97.2 de la propia Ley de Procedimiento Laboral, y concordantes, Texto Articulado aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, —«La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a ésta conclusión. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo».

Como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/1987, de 5 de febrero, «el artículo 120.3.º de la Constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas y la relación sistemática de este precepto con el artículo 24 lleva a la conclusión ineludible de que el ciudadano que tiene derecho, como tutela efectiva, a la sentencia, lo tiene también al requisito o condición de motivada... requisito que expresa un derecho del justificable y el interés legítimo de la comunidad jurídica en general de conocer las razones de la decisión que se adopta y, por tanto, el enlace de esta decisión con la Ley y el sistema general de fuentes, en cuanto aplicación de ellas que es».

Así, como dice la misma sentencia, «el juzgador debe explicar la interpretación y aplicación del Derecho que realiza», pues, según puso de relieve la sentencia del mismo Tribunal 116/1986, de 8 de octubre, « la mera emisión de una declaración de voluntad no debe estimarse ni respuesta judicial suficiente ni satisfacción adecuada al derecho a la tutela judicial que proclama el art. 24.1 de la Constitución. Lo primero, porque la motivación de la sentencia constituye requisito esencial de la misma, según resulta de lo dispuesto por los artículos 120.3 de la citada Ley Suprema y de los artículos 359 y 372.3 de la también citada Ley Procesal Civil (actual art. 218); la segunda, porque el mencionada artículo 24.1 que excluye, como es obvio, el derecho del justiciable a que su tesis prospere, comprende sin embargo el que se le den a conocer las razones que sustentan la decisión que recaiga», como expresó la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de enero de 1989.

El proceso va encaminado a proteger los derechos de las partes intervinientes en los términos planteados por las mismas con el respeto, evidente, de las normas de orden público. El Tribunal Constitucional establece en sentencia 98/1996 que «solo tiene relevancia constitucional, es decir lesiona el art. 24 en la medida en que, de un lado, no satisfaga la elemental exigencia de la tutela judicial efectiva consistente en obtener una sentencia

fundada sobre el fondo del asunto sometido al órgano judicial y, de otro, provoque indefensión».

Por ello, una sentencia que incumple estos extremos, acarrea indefensión en tanto en cuanto quien afirma la inexistencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar la existencia en el proceso de los requisitos en que se funda, no siendo de recibo que no se pruebe y admitir algo como probado, existente y conocido cuando no se acredita así, sustrayendo la competencia jurisdiccional establecida legalmente, o cuando además este acreditado lo contrario que *ex abundantia*, goza de presunción legal a su favor.

Por lo tanto es evidente que las sentencias que no cumplen estos requisitos, realizan una lesión al derecho desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio *iura novit curia* y, en general, de los principios que rigen la carga de alegación y de la prueba de los hechos en el proceso, según establecen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996 y 28 de junio de 1994.

Asimismo, los principios *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos y daré el derecho), determinan que existentes y probados los hechos por no desvirtuados por la contraparte, el juez venga obligado aplicar el derecho correspondiente. La interpretación hace referencia a entender o no probado, motivadamente, lo alegado. Una vez realizado, el juzgador está obligado a aplicar la consecuencia de la ley.

Por su parte, esta postura jurisprudencial entronca con la corriente jurídica del Tribunal Constitucional que en sentencias, entre otras, 41/1989 de 16 de febrero y 15/1990, de 1 de febrero, establecen que es preciso rechazar todo supuesto que implique una aplicación excesivamente rígida de la regla contenida en el art. 120 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy 142), sobre todo si se tiene en cuenta que la congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los tramites previos al proceso, incluyendo la petición inicial y el resto de los datos aportados por el expediente administrativo correspondiente.

Fundamentalmente, los hechos han de ser probados correspondiendo la carga de la prueba al demandante o al demandado, si existe como es el caso presunción legal a favor del demandante. Sólo lo probado justifica la sentencia en el sentido pretendido por el que prueba. La sentencia sin hechos probados que acrediten y justifiquen el fallo, carece de validez al ser arbitraria y no discrecional e infringir los derechos fundamentales, especialmente el de justicia.

Respecto de la declaración de hechos probados importa subrayar que la obligación de consignar en la premisa fáctica de la sentencia, con precisión y claridad suficiente, todos los elementos de convicción que el juzgador estime acreditados tienen capital trascendencia, y es que la misma no sólo sirve para fundar el fallo, sino también para que los litigantes puedan intentar su impugnación, y para que, en su caso, el Tribunal Superior pueda pronunciarse en justicia sobre la pretensión planteada. Por ello, su incumplimiento vicia de nulidad la sentencia, debiendo el Tribunal *ad quem* declararlo así (entre otras muchas SSTS de 29 de abril de 1992, 22 de octubre de 1992, 18 de abril de 1994, 23 de mayo de 1996 y 11 de diciembre de 1997). Ahora bien, sólo podrá afirmarse que la narración histórica es insuficiente, cuando en ella no se contengan los hechos de relevancia

en el pleito que han quedado acreditados en virtud de la prueba practicada en el mismo (SSTS 4 de octubre 1995 y 22 enero 1998), bien entendido que, salvo casos excepcionales de contradicción frontal con la doctrina unificada, la suficiencia o no de los hechos probados no es revisable en casación para unificación de doctrina, al tratarse de una cuestión puramente fáctica que en nada afecta a la formación de un cuerpo de jurisprudencia uniforme, que es el objeto y finalidad de este recurso (entre otras, SSTS 22 octubre y 12 noviembre 1991).

En lo que se refiere a la incorporación en los fundamentos de derecho de las razones en que se apoya la declaración de hechos probados, debe notarse que ello no se opone a la libre valoración de la prueba que corresponde al juzgador, sino que alude a la necesidad de explicar los elementos de este juicio (STC 44/1989, de 20 febrero).

Por último, también recuerda la LPL/1995 el deber de fundamentar en derecho y suficientemente el fallo o parte dispositiva de la sentencia, lo que resulta del mandato constitucional conforme al cual «las sentencia serán siempre motivadas» (art. 120.3 CE) y tienen como finalidad garantizar la exclusión de la arbitrariedad y posibilitar la impugnación permitiendo el conocimiento de las partes sobre las razones de hecho y de derecho que justifican una determinada decisión.

En este sentido, y todavía aludiendo a la forma de la sentencia, señala el artículo 209.4.<sup>a</sup> LECiv que el fallo debe contener «numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas (y), en su caso, la determinación de la cantidad objeto de la condena «(sobre éste requisito, art. 99 LPL/1995). Pero dicha regla debe completarse con lo que la LECiv llama «requisitos internos de la sentencia» (arts. 216 y ss.), fundamentalmente, y sin perjuicio de lo que se indique al comentar los artículos siguientes de esta Sección de la LPL/1995, lo siguiente:

En primer lugar, que, por imperativo del principio de justicia rogada, «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley (así, en determinados supuestos la LPL/1995) disponga otra cosa en casos especiales».

En segundo lugar, que como consecuencia de aquel principio y como regla general —que también conoce excepciones en el proceso laboral (cfr. art. 96 LPL/1995)—, la carga de la prueba sobre los hechos en que se funda la pretensión pesa sobre quien los alega, de modo que si «al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarán —no sin antes valorar la «disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio» (art. 217.5 LECiv)— las pretensiones del actor o del reconviviente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones» (art. 217.1 LECiv). En base al art. 115 de la LGSS la carga de la prueba corresponde a las demandadas.

Y, en tercer lugar, y en relación también con esto último, que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación

y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho» (art. 218.2 LEC).

Esto es, dicha motivación viene referida, como ya señala este artículo 97.2 LPL/1995, tanto a los elementos fácticos, como a los jurídicos. La necesidad de motivar las sentencias no equivale a exigir de los órganos judiciales una argumentación extensa, consistente o que vaya respondiendo punto por punto a cada una de las alegaciones, ni impide una argumentación concisa y escueta. Lo que impone es la necesaria relación entre los argumentos de la sentencia y el propio fallo. Por ello, queda fuera del vicio de incongruencia la consistencia de las argumentaciones jurídicas utilizadas o «la pureza estilística o el rigor discursivo» [SSTC 97/1987 (RTC 1987, 97) y 88/1992 (RTC 1992, 88)], lo que no es el caso.

Igualmente es rechazable una redacción extensa que no determine lo efectivamente probado.



Revista de Derecho del Trabajo

---

# Justicia Laboral

---

---

**CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA**

---



# I. FUENTES DEL DERECHO

---

## SUMARIO

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

1. PACTO DE NO COMPETENCIA.
  - A) **Efectos del incumplimiento.**
  - B) **Adecuación de la indemnización y retraso en el pago de la compensación.**
2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
  - A) **Acuerdo transaccional de extinción.**
  - B) **Condición más beneficiosa.**
  - C) **Principio de absorción y compensación salarial.**
3. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS.
  - A) **Efectos de la sentencia que declara la nulidad de todo o parte del convenio.**
  - B) **Convenio colectivo aplicable.**
4. COSTUMBRE.
5. DETERMINACIÓN DE LA NORMA VIGENTE: TRANSICIÓN DE NORMAS.
6. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.
  - A) **Presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales.**
  - B) **Principio de aplicación conforme.**

---

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica incluye las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, recogidas en los números 5 a 8 de 2010, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales IL J 620 a 1224), que afectan a materias relativas a las fuentes. En estas sentencias se analizan cuestiones diversas, entre ellas, en primer lugar, las relacionadas con el pacto de no competencia, en particular con los efectos que pue-

da tener la inadecuación de la cuantía de la indemnización pactada, especialmente cuando haya incumplimiento del pacto por parte del trabajador. Y se abordan varias cuestiones relativas al papel que puede jugar la autonomía de la voluntad manifestada en el contrato, en concreto, los efectos que sobre la validez de un acuerdo transaccional de extinción del contrato pueda tener el incumplimiento de algunos de los compromisos asumidos por una de las partes; la aplicación del convenio elegido en contrato como condición más beneficiosa, aunque la empresa no estuviera en su ámbito de aplicación y la inaplicación del principio de absorción cuando la variación salarial provenga de la misma fuente o los conceptos salariales en comparación sean heterogéneos. También se analizan, en alguna de las sentencias correspondientes a este período, cuestiones referidas al convenio colectivo, relativas a la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad de parte de éste conectada con el valor declarativo y no constitutivo de la sentencia que la decide, así como sobre la inaplicación del art. 84 ET cuando el convenio está en situación de prórroga o ultra-actividad. En particular, sobre la existencia de una costumbre se pronuncia otra de las sentencias revisadas, a propósito del cómputo del período del devengo de determinados complementos retributivos, en la que el espacio temporal en que se venía aplicando el mismo criterio y la ausencia durante ese tiempo de acciones para impedir su aplicación serán determinantes para su consolidación como tal. Los efectos que el cambio normativo pueda tener en el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad serán abordados en la única STC analizada en esta crónica. Por último, varias STJUE se ocuparán del papel de los tribunales nacionales y del TJEU, a propósito de la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales, y de precisar el alcance del principio de aplicación conforme (a Derecho de la Unión).

## 1. PACTO DE NO COMPETENCIA

### A) Efectos de incumplimiento

Los efectos que pueda tener, sobre el compromiso de no competencia para después de extinguido el contrato, un pacto que incorpora una compensación económica para el trabajador inadecuada es la cuestión de fondo que se plantea en la **STS de 13 de abril de 2010** (IL J 912). Esta sentencia desestima el recurso de casación para unificación de doctrina formulado contra una sentencia de suplicación que había condenado a los trabajadores a devolver las cantidades que habían estado percibiendo durante la vigencia del contrato en concepto de compensación derivada de un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato, como consecuencia de su incumplimiento. La razón por la que se desestima el recurso es porque una de las sentencias que se aporta como término de contradicción no era idónea al haber sido casada y anulada ya, y la otra no incidía sobre la misma cuestión.

No obstante, y después de revisar la argumentación seguida en la sentencia de suplicación, según la que el incumplimiento del compromiso de no concurrencia asumido por los trabajadores demandados genera en todo caso el deber de devolución, inclusive cuando se entiende que la compensación no es adecuada por infravaloración del sacrificio profesional del demandado, el TS advierte que en este razonamiento subyace, aunque no se diga expresamente, la idea de que en el supuesto hipotético de infravaloración de la compensación económica exigida en este pacto típico del contrato de trabajo, el trabajador que lo haya

incumplido obtiene la ventaja de devolver menos de lo que hubiera debido devolver de haberse calculado correctamente aquella. Recuerda también que éste había sido «por cierto», el fundamento explícito de la STS de 7 de noviembre de 2005 (rec. 5211/2004), que se apoya además en el art. 9.1 ET, sobre nulidad parcial del contrato de trabajo, precepto este último también aplicado a una cláusula abusiva de «no competencia» postcontractual en la STS de 10 de febrero de 2009 (rec. 2973/2007).

## **B) Adecuación de la indemnización y retraso en el pago de la compensación**

Sobre la adecuación de la indemnización pactada, y en este otro caso también sobre el retraso en su pago, versa, a su vez, la **STSJ de Murcia de 12 de abril de 2010** (IL J 1066). En este supuesto la sentencia de instancia, estimando la demanda de la empresa, condenó al trabajador al pago de la suma de 3.469,08 euros por el incumplimiento del pacto de no competencia suscrito con la empresa. El trabajador demandado interpone recurso de suplicación, alegando que la compensación pactada a su favor no era la adecuada y que además fue entregada tardíamente, habiendo caducado la acción de la empresa para reclamarla.

Sin embargo, la sentencia considera adecuada la indemnización con base, en primer lugar, en el plazo de duración del pacto, que obligaba al trabajador a abstenerse durante seis meses de prestar servicios para una serie de empresas (cuyo nombre se concretaba), en segundo lugar, en que había recibido una formación, y, en tercer lugar, en que el importe era próximo a los salarios que hubiera podido percibir, teniendo en cuenta, además, que el pacto no le impedía trabajar para todo tipo de empresa, ni siquiera le impedía continuar con su actividad profesional (representante de comercio) pues la incompatibilidad sólo operaba respecto de empresas que se dedicasen a la comercialización o venta del mismo producto. Por último, el Tribunal valora, a los mismos efectos de confirmar la adecuación de la indemnización, el dato de que la extinción del contrato se hubiera producido a instancia del trabajador para contratar sus servicios con empresa dedicada a la misma actividad, «de donde se deduce que el cambio de empresario convenía económicamente al trabajador» con independencia del coste económico.

La sentencia niega cualquier relevancia al hecho de que la empresa tardara 78 días en abonarle una parte de la compensación pactada. De nuevo la baja voluntaria y el corto período de tiempo transcurrido para la nueva contratación del trabajador, evidenciaban que el retraso en ese pago no había obligado a la contratación posterior. El retraso se justificó por el hecho de proceder la empresa a su abono con ocasión de la liquidación, así como por la lógica espera para recibir la notificación sobre la nueva empresa beneficiaria de los servicios del trabajador.

Por último, la sentencia rechaza la alegación del trabajador de extemporaneidad de la reclamación efectuada por la empresa, que consideraba que la acción había caducado, y se rechaza porque los plazos de caducidad deben estar previstos en la norma legal, lo que no ocurre en estos casos, sin que quepa aplicarlos por analogía. Al no tratarse de una acción de despido sino de reclamación de cantidad, sólo cabría apreciar prescripción, lo que la sala no hace habida cuenta que no fue alegada en instancia.

En la fundamentación jurídica de la sentencia se acoge la doctrina de la Sala IV del TS sobre el art. 21 ET (SSTS de 14 de mayo de 2009, rec. 1097/2008, con cita de las ante-

riores de fecha de 5 de abril de 2004, rec. 2468/03, y 24 de septiembre de 1990) en la que se pone de manifiesto el doble interés en juego cuando se formaliza un pacto de estas características: para el empleador, la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo trabajo.

## 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

### A) Acuerdo transaccional de extinción de la relación laboral

La **STSJ de Madrid núm. 320/2010, de 9 de abril (IL J 1189)**, aborda los efectos que sobre validez de un acuerdo transaccional de extinción de la relación laboral pueda tener el incumplimiento por una de las partes de los compromisos asumidos en él. En concreto, el recurrente sostiene la ineficacia del acuerdo extintivo una vez acreditado el incumplimiento empresarial de las estipulaciones contenidas en el acuerdo, con lo que, al no tener lugar la extinción contractual, entiende que el empresario ha incurrido en un despido que ha de ser calificado de improcedente.

La sentencia considera que esta tesis no tiene fundamento. Se apoya para ello en la consideración del acuerdo al que habían llegado la empresa y el trabajador como un contrato de transacción libremente pactado y sin vicio de consentimiento alguno, el cual tiene para las partes autoridad de cosa juzgada. A tenor del art. 1809 CC la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

El incumplimiento por parte de la empresa del pago de parte de la cantidad comprometida en concepto de liquidación, saldo y finiquito no significa que la extinción contractual no haya tenido lugar, pues se insiste en que en tal acuerdo se dio la relación laboral por extinguida, ni menos aún que se restaure la situación posterior al despido y previa al acuerdo para así declararlo extintivo. La consecuencia del incumplimiento empresarial ha de ser, como correctamente se resolvió en instancia, la condena a la empresa a abonar la suma resultante de la extinción del vínculo laboral que aún resta por satisfacer y, de no llevarse a efectos voluntariamente, proceder a la vía de apremio.

### B) Condición más beneficiosa

En la **STSJ de Madrid núm. 326/2010, de 9 de abril (IL J 1186)**, se acepta el juego de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del convenio a aplicar, ante la falta de cobertura legal, y a la vista de la remisión expresa a un convenio en el contrato suscrito, aun cuando la empresa no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación funcional de dicho convenio.

Se trata de una cuestión sobre la que esta Sala ya había dictado sentencias en pleitos coincidentes en las que se reconocía que al suscribirse el contrato de trabajo se había pactado como condición más beneficiosa para los trabajadores la aplicación de un determinado convenio y éste ha de continuar aplicándose mientras no exista un convenio más favorable

en su conjunto para los trabajadores, todo ello de conformidad con lo establecido en los arts. 3 ET y 1278 CC.

### C) Principio de absorción y compensación salarial

La **STS de 9 de marzo de 2010** (IL J 636) se limita a reiterar doctrina de la misma Sala y unificada por la Sentencia de 9 de julio de 2001 (rec. 4641/00) seguida por la de 18 de septiembre de 2001 (rec. 4147/00) y por la de 2 de diciembre de 2002 (rec. 949/02) sobre la inaplicación del principio de absorción y compensación salarial previsto en el art. 26.5 ET, cuando el incremento salarial dependa de la aplicación de los propios mandatos del mismo convenio colectivo o del contrato individual que fijan el salario. Se trata de una figura, la absorción y compensación, que tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento en un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta, tal y como viene manteniendo el TS desde su Sentencia de 10 de noviembre de 1998.

Por su parte, la **STS de 14 de abril de 2010** (IL J 907) desestima el recurso de casación para unificación de doctrina, confirmando la solución seguida por la sentencia recurrida que había rechazado la absorción parcial del concepto denominado «suplemento» que percibían los trabajadores recurrentes (oficiales de primera y encargado de taller) con el incremento del salario base a que tenían derecho los mencionados trabajadores en aplicación del convenio colectivo, al tratarse aquel de un complemento salarial vinculado a puestos de trabajo determinados, que se venía abonando en cuantía distinta debido a que «la naturaleza inicial de la retribución tenía un marcado carácter profesional por realización del trabajo», que por ello no guardaba la debida homogeneidad o analogía con el incremento del salario base.

Aprovecha esta sentencia para resumir las precisiones interpretativas que hasta el momento ha efectuado la Sala de lo Social del TS a propósito de la aplicación de este principio:

1. La compensación y absorción deberá operar sobre retribuciones que representen cierta homogeneidad (STS de 10 de junio de 1994, rec. 2247/1993, que cita la de 15 de octubre de 1992).
2. La finalidad de la norma (art. 26.5 ET) es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras (STS de 28 de febrero de 2005, rec. 2486/2004), superposición que no se produce si los conceptos salariales son heterogéneos.
3. Las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a los «términos, modo y extensión en los que han sido pactadas» las remuneraciones salariales implicadas (STS de 29 de septiembre de 2008, rec. 2255/2007).
4. La absorción y compensación no rige, en principio, entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos no vinculados a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y los que se ligan al puesto de trabajo (STS de 21 de enero de 2008, rec. 4192/2006).

5. No cabe la compensación y absorción en el salario base de un complemento personal percibido con ocasión de la fusión de determinadas cajas rurales (STS de 25 de mayo de 2005, rec. 89/2004) o la compensación y absorción en el sueldo de convenio de un complemento de cantidad y calidad del trabajo que no se satisface a todos los empleados (STS 10 de junio de 1994, rec. 2247/1993).

### 3. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS

#### A) Efectos de la sentencia que declara la nulidad de todo o parte del convenio

La cuestión que se discute en casación para la unificación de doctrina en la **STS de 16 de febrero de 2010 (IL J 637)** se centra en determinar el momento en que deban situarse los efectos de una sentencia firme que declara la nulidad de parte de un convenio colectivo (que condicionaba el disfrute efectivo del descanso dentro de la jornada a la no interrupción de la atención al usuario, en el caso de los trabajadores con jornada continuada que presten servicios en cabina, cuando sólo se encuentre un cobrador por turno) por oponerse a la Ley y vulnerar por ello el art. 85.1 ET.

Los términos del debate se mueven entre entender que los efectos de la resolución anulatoria se producen *ex nunc*, lo que impediría su aplicación retroactiva, tesis que defendía el Juzgado de lo Social, y que se mantuvo igualmente en la sentencia de contraste, o entender, como hizo la sentencia dictada en suplicación, que al tratarse de una resolución declarativa y no constitutiva ni de condena, que se limitaba a constatar una situación (la nulidad de un precepto convencional) que ya existía desde que el convenio se aprobó, debía producir efectos *ex tunc*, siendo por tanto aplicable el aforismo *quod nullum est, nullum producit effectum*.

El TS desestima el recurso al entender que la doctrina correcta es la que contiene la resolución combatida, dado que las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo o parte de él no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión. Únicamente, aclara el TS, deberían quedar fuera de la afectación de nulidad aquellas situaciones producidas con anterioridad a la nulidad del precepto convencional que ya hubieran sido refrendadas por sentencia firme, de forma similar a lo que establece, respecto de la anulación de los reglamentos, el art. 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no así los actos de gestión empresarial para los que los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad únicamente pueden verse afectados por la prescripción o por la caducidad.

Esta doctrina se reitera en las **SSTS de 12 de abril de 2010 (IL J 714)** y **de 11 de mayo de 2010 (IL J 957)**. Esta última, además de recoger lo ya dicho en las sentencias precedentes, rechaza expresamente la aplicación en estos casos de la regla del apartado 2 del art. 164 LPL según la cual la sentencia dictada en el proceso de impugnación del convenio colectivo será ejecutiva desde que se dicte, pues no se refiere a los efectos de la anulación en el tiempo, sino a la no suspensión de lo decidido en la sentencia como consecuencia de la interposición.

En ninguno de estos supuestos se consideró un obstáculo para la admisión del recurso de casación para unificación de doctrina, que los convenios aplicados en las sentencias re-

curridas y en las de contraste fueran distintos, lo relevante era que en las sentencias objeto de comparación se dirimían sendas reclamaciones salariales al amparo de preceptos convencionales que, en un momento determinado, habían sido declarados judicialmente nulos, planteándose en ambos casos el momento en que debían producir efectos las resoluciones anuladas, y, pese a esas coincidencias sustanciales, las decisiones adoptadas en unos y otros casos tuvieron signo divergente.

## B) Determinación del convenio colectivo aplicable

La **STSJ de Aragón, núm. 1016/2009, de 30 de diciembre** (*IL J 959*), reitera la doctrina del TS (STS de 23 de octubre de 1995, rec. 2054/94; 2 de febrero de 2004, rec. 3069-02 y 17 de mayo de 2004, rec. 101-03) según la cual cuando un convenio pasa a situación de ultra-actividad, conforme al art. 86.3 ET, no rige, en principio, la prohibición de concurrencia del art. 84 ET, pues se entiende que el convenio en situación de prórroga o ultra-actividad no está vigente. Conclusión distinta supondría una petrificación de la estructura de la negociación colectiva.

## 4. LA COSTUMBRE

En la **STS de 21 de abril de 2010** (*IL J 1163*) la cuestión litigiosa surge porque el convenio colectivo aplicable regula el momento de pago de determinados conceptos retributivos (pagas extra y paga de productividad en función del grado de cumplimiento de objetivos alcanzados en el año), pero no establece el período de devengo. La sentencia dictada en suplicación, recurrida en casación para unificación de doctrina, se decantó por la interpretación literal del precepto convencional de la que se deduce que las pagas extra de julio y septiembre se devengan de fecha a fecha, o sea de julio a julio y de septiembre a septiembre de manera que habiendo cesado los trabajadores en diciembre tienen derecho a 6/12 de la paga extra de julio y 3/12 de la de septiembre. En cuanto a la paga de productividad, ésta se devenga dependiendo de la prestación de servicios en la anualidad anterior, esto es, se devenga de enero a diciembre, aun cuando se abone en marzo.

La solución por la que se decanta la sentencia dictada en casación para unificación de doctrina es la de la sentencia de contraste que mantiene el cómputo semestral de las pagas litigiosas porque ese es el criterio que se viene aplicando desde hace décadas «sin que haya existido durante este largo lapso de tiempo ninguna objeción ni discrepancia respecto del método de cálculo practicado». De lo contrario, tal cuestión no hubiese sido tan pacífica durante tan largo espacio temporal y hubiese motivado que se hubiesen ejercitado las acciones oportunas. Y ello no ha sido así pues ese actuar continuo en el tiempo ha devenido en una costumbre acreditada y aceptada tanto por la empresa como por los trabajadores.

## 5. DETERMINACIÓN DE LA NORMA VIGENTE. TRANSICIÓN DE NORMAS

En la **STC 22/2010, de 27 de abril** (*IL J 621*), se plantea la incidencia que sobre el objeto de una cuestión de inconstitucionalidad pueda tener la modificación sobrevenida del precepto cuestionado, en este caso el art. 174.3 LGSS 1994.

En concreto, el aspecto de la regulación contenida en ese precepto que suscitó las dudas de constitucionalidad al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión (la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) tenía que ver con la regla tercera que extendía, mediante una remisión al art. 101 CC, y a los concretos efectos de la pérdida de la pensión de viudedad a la que se hubiera accedido desde una situación de separación legal o divorcio, las causas de extinción de la pensión civil compensatoria que se reconoce en esas situaciones de separación legal o divorcio cuando se produce desequilibrio económico. Esta solución introducía un distinto régimen de extinción para las pensiones de viudedad a las que se accedía en tales casos, del aplicable al cónyuge viudo cuya pensión no se extingue por tal motivo al no estar previsto expresamente (como declaró la STC 126/1994, de 25 de abril, al negar la aplicación analógica de esa causa de extinción en los supuestos del cónyuge viudo).

Pero la modificación normativa operada en ese precepto, que consistió en añadir a esa remisión que se venía haciendo a las causas de extinción del art. 101 CC una matización que abría la vía a ciertas excepciones que pudieran establecerse reglamentariamente (en clara alusión a la excepción añadida al art. 11 de la OM 13 de febrero de 1967 por el RD 1465/2001), afectaba a otra causa de extinción (contraer nuevamente matrimonio) distinta de la que se cuestionaba (convivencia *more uxorio*) por lo que no ha impedido el juicio de constitucionalidad sobre ella al no determinar la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Sobre este particular se reitera doctrina según la cual en las cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación o modificación de la norma cuestionada produce o no efectos extintivos sobre el objeto del proceso según resulte o no aplicable dicha norma en el que ha dado lugar a la cuestión de inconstitucionalidad y de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (SSTC 199/1987 y 385/1993, de 23 de diciembre) toda vez que la posible aplicación de la norma derogada en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal (SSTC 28/1997, de 13 de febrero; 111/1983, de 13 de febrero; 25/2003, de 19 de julio y 255/2004, de 23 de diciembre). En este caso no planteó ninguna duda que la norma en cuestión era la aplicable, al tratarse de la normativa vigente en la fecha de producirse el hecho causante.

Por lo demás, la sentencia «remitiéndose íntegramente a la fundamentación jurídica» de otra precedente, la STC 125/2005, declaró la inconstitucionalidad del art. 174.3 LGSS 1994 en su referencia concreta a «vivir maritalmente con otra persona» como causa de extinción. Se insiste en que la diferencia entre regímenes, de un lado, el aplicable a los viudos *stricto sensu* convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste, independientemente de que lo fueran de un causante que hubiera contraído un único matrimonio o que hubiera contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio, y de otro, el aplicable a los cónyuges cuyo matrimonio se hubiera extinguido por divorcio así como los legalmente separados, conducía a que una misma situación de hecho (convivencia *more uxorio* del titular de la pensión) operase como causa extintiva en unos casos y no en otros. La constatación del panorama de desigualdad resultaba evidente.

Razona el TC que, si a todos los cónyuges sin distinción se les otorgaba el derecho a la pensión de viudedad, y de esta forma se concebía como una única pensión repartida entre todos ellos, es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pudiera aplicarse en unos casos sí y en otros no, pues no obedecía a ninguna razón relacionada

con la propia esencia o fundamento actual de la pensión. Respondía, en cambio, a causas totalmente ajenas vinculadas al distinto estado civil derivado de la relación que mantenían con el causante, factor éste que no sólo no reunía la cualidad de razonable y constitucionalmente exigible sino que conllevaba una vulneración de la prohibición de discriminación en función de «cualquier circunstancia personal o social» a la que se refiere el art. 14 CE.

## 6. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### A) Presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales

La **STJUE de 10 de junio de 2010** (*IL J 750*) a propósito de la adecuación al Derecho comunitario de una norma del ordenamiento jurídico italiano de transposición del Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial aplicado por la Directiva 97/81/CEE, en la que se aborda el ámbito de aplicación del Acuerdo, reitera la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad sobre la interpretación del Derecho de la Unión. En concreto, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio, y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, lo que implica que cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (Sentencias de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C-119/05, rec. p. I-6199, apartado 43, y de 22 de diciembre de 2008, *Magoor*, C-414/07, rec. p. I-10<sup>9</sup>21, apartado 22).

A la vista de lo anterior, sólo es posible la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse cuando resulta evidente que la cuestión solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (lo que ya se había mantenido en la Sentencia de 7 de junio de 2007, *Van der Weerd y otros*, C-222/05 a C-225/05, rec. p. I-4233, apartado 22).

Sobre el papel del juez nacional incide también la **STJUE de 24 de junio de 2010** (*IL J 876*) para recordar que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales establecida por el art. 234 CE, corresponde únicamente al juez nacional que conoce del litigio, que es el único que tienen un conocimiento directo de los hechos del asunto y ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, desde el momento en que las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, en principio, el Tribunal está obligado a pronunciarse (Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, Sentencia de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, y Auto de 12 de junio de 2008, *Vassilakis y otros*, C-364/07).

## B) Principio de interpretación conforme

La influencia de los principios del Derecho comunitario en la interpretación que se haga de la normativa nacional constituye la fundamentación jurídica utilizada en la **STSJ de Extremadura núm. 185/2010, de 6 de abril (IL J 976)**, según la cual, conforme a constante doctrina del TJCE (SSTJCE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*; 11 de septiembre de 2007, *Hendrix*; 24 de junio de 2008, *A. Commune Mesquer* y 25 de julio de 2008, *Janecek*), los Tribunales nacionales han de interpretar al límite el Derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las Directivas y los principios del Derecho comunitario. Interpretación *pro communitate* que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, puesto que «las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 de la Constitución, tal y como ha proclamado el TC en Sentencias 28/1991, de 14 de febrero, 64/1991, de 22 de marzo, y 13/1998, de 22 de enero). De lo que se deriva la consideración del Derecho comunitario como canon hermenéutico del bloque de constitucionalidad, muy particularmente cuando el nivel de protección dispensado al ciudadano es superior al proporcionado por la Constitución, en virtud del juego combinado de los arts. 10.2 y 9.3 CE.

En definitiva, y reiterando lo dicho en la STS de 24 de junio de 2009, se recuerda que la primacía del Derecho comunitario no solamente determina la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, sino que incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva».

Sobre el particular se pronuncia, a su vez, la **STJUE de 24 de junio de 2010 (IL J 876)** según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar el Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de la que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el art. 288 TFUE. Esta obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones de Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva de que se trate (en el mismo sentido, Sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07). Esta obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

El principio de interpretación conforme, continúa diciendo el TJUE, exige, sin embargo, que los tribunales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de que se trate y de alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

## 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 eclesiásticas.
- f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.
- g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.
- h) Funcionarios en prácticas.
- i) Funcionarios del Estado transferidos a las CC.AA.
- j) Miembros de las corporaciones locales.
- k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.
- l) Otros.

**C) Exclusiones.**

- a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.
- b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial.
- c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. **TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.**

---

## 1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

### A) Presupuestos sustantivos

**STSJ de Cataluña, de 18 de marzo de 2010 (Recurso de Suplicación núm. 7331/2009) IL J 860.**

1. La presente sentencia resuelve el recurso de suplicación presentado por la parte demandante frente a la resolución de instancia que desestimaba la acción de despido por aquélla ejercitada, solicitando la calificación de improcedencia. Los hechos recogidos en la decisión recurrida se refieren a la existencia de una oferta de empleo para trabajadores extranjeros entre D. José María, dueño del negocio «Juanchito Latin Club» y el demandante. Igualmente, se recoge la «alegación» por parte del demandante de una antigüedad en la empresa demandada de 5 años, con una categoría profesional de portero de acceso y un salario de 85 euros diarios, con una jornada semanal de viernes y sábados de 23 a 6 horas y domingos de 21 a 5 horas.

2. A pesar de los hechos recogidos, la sentencia que se comenta se tiene que limitar a examinar una cuestión meramente procesal, pues es en ésta en la que exclusivamente se basa el recurso de suplicación presentado por el demandante. En efecto, el representante de la parte recurrente impugna la sentencia desestimatoria señalando que no ha tomado en consideración la *facta confessio* de la parte demandada. Ésta es la cuestión que se resuelve en la resolución, recordando la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, que establece que para que sea viable el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: A) Infracción de una norma procesal; B) Cita por la parte recurrente del precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; C) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto; D) Que la infracción de la norma procesal produzca indefensión; E) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida. Por otra parte, el tribunal recuerda que la *facta confessio* es una presunción que puede ser destruida por los hechos o pruebas que aparezcan en los autos en contrario. Además, la incomparecencia que da lugar a esta presunción no exime a la parte demandante de probar lo que afirma, y esta prueba no se ha producido, por lo que no cabe estimar el recurso y se convalida la decisión de instancia.

3. Resulta fundamental recordar que, pese a la ausencia de la contraparte, corresponde a la parte demandante probar lo que alega, de manera que no queden resquicios que impidan a quien solicita amparo por el ordenamiento ver reconocido su derecho. En este caso, la prueba debía haber girado en torno a la existencia de una relación en régimen de dependencia y ajenidad respecto al dueño del local demandado. El hecho de que el recurso se apoyara en elementos meramente procesales no hace más que reforzar la ausencia de prueba de lo solicitado.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

#### C) Administradores sociales

##### **STSJ de Baleares, de 19 de mayo de 2010 (Recurso de Suplicación núm. 47/2010) IL J 1130.**

1. La sentencia resuelve el recurso de suplicación presentado por el representante legal de las sociedades codemandadas frente a la sentencia de instancia que estimaba la demanda por extinción contractual presentada por Dña. Alicia y las condenaba al abono de 9.000 euros. Los hechos de los que parte la resolución son los siguientes: el origen de la relación entre demandante y demandadas es laboral, en particular, Dña. Alicia es contratada laboralmente como ayudante de panadería con un sueldo de 700 euros al mes y posteriormente promocionada a la categoría de encargada de tienda con unos ingresos de 1.200 euros mensuales. En el momento de la promoción Dña. Alicia suscribe la adquisición del 40% de participaciones sociales de la SL Molina Pan Forn de Campos, correspondiendo el 60% a D. Eugenio. Además, ambos constan como administradores solidarios. Ulteriormente, D. Vicente, pareja de hecho de la demandante, es contratado laboralmente por la misma sociedad. Dña. Alicia firma dicho contrato como representante de la SL, y posteriormente, D. Eugenio firma el despido de D. Vicente. Desde ese momento, se inician las discrepancias entre la demandante y D. Eugenio, como resultado de las cuales comienza el descenso de provisión de género y, finalmente, se retira la cafetera de la panadería. Seguidamente, se ofrece a la demandada firmar un nuevo contrato laboral, de nuevo como ayudante de panadería con la consiguiente reducción del salario y la baja como trabajadora autónoma.

2. Como primer motivo de recurso la parte demandada opone excepción por incompetencia del orden jurisdiccional social, alegando que entre las partes en conflicto existe una relación mercantil en la medida en que Dña. Alicia posee el 40% de las participaciones sociales, ostenta el cargo de administradora solidaria y está dada de alta en el RETA. Este motivo es desestimado basándose en los propios actos de la empresa, pues es en virtud del 60% restante del capital que se dan instrucciones sobre el horario de la demandada y se la releva en sus funciones, volviendo a asignarle las de ayudante de panadería. Es más, por decisión del propietario del 60% del capital se procede a disolver y liquidar la sociedad. Junto a estos argumentos fácticos, el Tribunal recuerda que la exclusión del art. 1.3.c) ET no entra en juego cuando, junto a la actividad de consejero delegado, se desarrolla otra que supone un trabajo común o especial que no se refiere a las tareas propias de administración social. En estos casos, es jurisprudencia consolidada la que admite la plena compatibilidad de ambas relaciones. Seguidamente, el Tribunal insiste en declarar la existencia de una relación laboral ordinaria, en la que claramente concurren ajenidad y dependencia. El alta en el RETA no responde más que a un erróneo encuadramiento en el sistema y los datos valorados por la sentencia destruyen la presunción *iuris tantum* a la que hace referencia la DA 27.<sup>a</sup> LGSS.

3. En efecto, del relato fáctico se obtiene una estrategia de encubrimiento de una relación laboral ordinaria mediante el uso fraudulento de una estructura societaria. El empleador de Dña. Alicia ha superado los límites fijados por la legislación laboral y de seguridad social para presumir la inexistencia de relación laboral, pero lo ha hecho de modo artificial, pues

en ningún caso se delimita el margen de beneficios obtenido por Dña. Alicia conforme a su participación en la sociedad limitada, lo que podría poner en duda la concurrencia de ajenidad; ni se muestran datos sobre la capacidad de decisión de la actora en cuestiones vitales para la sociedad, lo que cuestionaría la presencia de dependencia. Es más, en la exposición de los hechos se revela la existencia de un entramado societario cuyo control efectivo ejerce D. Eugenio; control que excluye cualquier duda acerca de la naturaleza laboral de la relación que vinculaba a ambas partes. La utilización del ropaje societario para ofrecer a un trabajador una mejora de sus condiciones salariales y de trabajo, permiten al empleador un ahorro en costes y el traslado del riesgo hacia el propio trabajador. No obstante, el ordenamiento laboral todavía mantiene límites a este uso fraudulento de la legislación para trascender esa apariencia y proteger la realidad.

#### **D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad**

##### **STSJ de Baleares de 11 de marzo de 2010 (Recurso de Suplicación núm. 518/2009) IL J 778**

1. Las partes mantenían una relación previa de amistad, además, la demandante prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada desde febrero de 2009. En abril del mismo año ante la falta de retribución la actora decide reclamar a la demandada, derivando la reclamación en una fuerte discusión que terminó en agresión física, dando lugar al juicio de faltas 116/09 seguido en el Juzgado de Instrucción número 3 de Ibiza. Asimismo, la disputa entre las partes provocó que la demandada comunicara verbalmente a la actora su despido. Recurriendo éste la trabajadora.

El Juzgado de lo Social estimó improcedente el despido de la demandante y obliga a la demandada en el plazo de cinco días a readmitir a la demandante o a pagar la correspondiente indemnización por despido improcedente. La sentencia de instancia es recurrida por la parte demandada.

2. El recurso se articula en torno a dos peticiones. En primer lugar el recurrente solicita la revisión fáctica del primer antecedente de hecho de la sentencia de instancia. La nueva redacción pretende desvirtuar la relación laboral que vinculaba a las partes haciendo hincapié en la relación de amistad que las unía previamente. Y todo ello con base en la denuncia presentada por la actora a consecuencia de la agresión física en la que derivó la solicitud de su retribución, y en la que la actora reconocía la relación de amistad. La petición no puede prosperar porque para que se lleve a cabo la revisión fáctica basada en la valoración de la prueba testifical realizada por el tribunal de instancia es necesario que la prueba documental que se alega sea literosuficiente, no necesitar de más interpretaciones o lucubraciones, no existir otra prueba valorada con relación al mismo objeto y demostrar inequívocamente el error del antecedente fáctico. Incumplándose todos estos requisitos. Además, la prueba documental alegada constituye una mera prueba testifical documentada, inoperante a la hora de revisar los hechos probados recurridos. De igual forma la petición no podía ser acogida por el Tribunal ya que el motivo de suplicación referido a la revisión de hechos probados no está previsto para que las partes introduzcan sus valoraciones jurídicas.

La segunda de las peticiones de la demandada en instancia continúa la misma línea argumental de la primera, y trata de exponer que el tribunal de instancia debería haber

estimado de oficio la excepción por incompetencia de la jurisdicción laboral. La recurrente entiende que la relación de amistad que unía a las partes sitúa la prestación de servicios dentro de los límites del artículo 1.3.d) ET y, por tanto, fuera de la frontera de la laboralidad y del ordenamiento social.

Recuerda el Tribunal que los requisitos de laboralidad previstos en el ET, conforme a una asentada interpretación jurisprudencial, son básicamente cuatro: voluntariedad, retribución, ajeneidad y dependencia. La voluntariedad ha de presumirse salvo prueba en contrario. La ausencia de retribución no desvirtúa la relación laboral cuando traiga causa en el incumplimiento del empleador. La ajeneidad es entendida como cesión anticipada al empresario de los frutos del propio trabajo y no asunción de los riesgos del proceso productivo. Y, finalmente, la dependencia es entendida de una manera flexible como la realización de la prestación laboral bajo la esfera de control y dirección del empleador. Aunque es cierto que la existencia de una relación de amistad entre las partes debe ser tenida en cuenta como un indicio de la existencia de una relación de servicios excluida del ordenamiento laboral, éste no resulta determinante si se identifican los requisitos anteriormente enunciados. Eso es precisamente lo que lleva a cabo el Tribunal *a quo* fruto del testimonio de los clientes que acudían a la peluquería.

3. Debe compartirse el criterio del Tribunal, pues la existencia de una amistad entre las partes no debe ser más que un indicio que en caso de ausencia de los requisitos de laboralidad permita presumir al juzgador que nos encontramos ante una relación excluida del ordenamiento laboral, pero su mera presencia no debe suponer automáticamente una imposibilidad de cumplir todos los requisitos necesarios contemplados en el artículo 1 ET.

La única duda razonable que podría presentarse a la solución elaborada por el órgano jurisdiccional es el amplio margen temporal en el que se produce la reclamación de la retribución por parte de la trabajadora. Parecería razonable que si la trabajadora entendía que el desarrollo de su actividad era el normal de un trabajador hubiera reclamado el primer salario a la empleadora en un primer momento y no que esperara casi tres meses para exigirle el pago correspondiente. Si bien es cierto que podría haberse producido dicha reclamación y no haberse incorporado a la redacción fáctica, o incluso en el supuesto de que ésta no se hubiera realizado no habría obstáculo alguno para reconocer la laboralidad, pues una mayor o menor premura en la reclamación no deben prejuzgar ni influir en la calificación de la relación.

## F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

### STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2010 (Recurso de Suplicación núm. 5421/2009) IL J 1142.

1. El demandante ha venido prestando sus servicios para el demandado desde 1996 bajo la cobertura de una relación de naturaleza mercantil, en virtud del contrato de agencia que las partes suscribieron el 3 de octubre de dicho año. El demandante asumía el abono de las cuotas correspondientes a la Seguridad Social en su condición de sujeto dado de alta en el RETA.

A comienzos de 2008 la empresa demandada decide proceder a laboralizar a todo el personal del área comercial que desarrollaba su trabajo en condiciones similares al tra-

bajador demandante. El citado proceso afectó a más de 100 personas que en febrero de 2008 procedieron a formalizar un contrato laboral de representante de comercio. Durante el período de negociaciones que precedieron a la conversión en personal laboral del área comercial el actor remitió un escrito a la empresa para que el departamento de Recursos Humanos tuviera conocimiento de su deseo de mantener la relación mercantil mientras no se llegara a un acuerdo respecto de las nuevas condiciones laborales entre las dos partes.

El 1 de febrero la empresa elabora un contrato laboral reconociendo al trabajador una antigüedad desde el 1 de mayo de 2000. El actor recurre la propuesta empresarial y en conciliación el 14 de marzo la empresa reconoce que la antigüedad laboral del trabajador se remonta hasta 3 de octubre de 1996, fecha de la contratación inicial del trabajador. Accesorariamente la empresa se compromete a pagar las cuotas del RGSS de los últimos cuatro años de todos los trabajadores que hubieran satisfecho las cuotas correspondientes del RETA, tal y como hizo el demandante, y tal y como se le ofreció a él particularmente. No obstante, el trabajador no llegó a firmar en ningún momento el contrato con las condiciones ofrecidas, a consecuencia de ello la TGSS denegó el alta en el RGSS solicitado por la empresa el 31 de enero de 2008, al carecer el contrato de la firma válida del trabajador.

El trabajador interpuso demanda de extinción de contrato en abril del 2007. El Juzgado de lo Social la desestimó al entender que la relación laboral no estaba vigente. Siendo dicha sentencia confirmada por el TSJ de Madrid en diciembre de 2008.

2. El TSJ de Madrid entiende que no puede prosperar la petición del demandante al no haber rubricado en ningún momento el contrato redactado por la empresa, junto con las condiciones ofrecidas. De tal suerte que al no haber aceptado dichas condiciones no puede imponerse a la empresa la obligación de satisfacer al actor el importe de las cuotas abonadas por él al RETA. Por ello entiende el Tribunal que no se le ha generado al actor ningún perjuicio que deba ser reparado por la empresa demandada.

La anterior aseveración no se ve modificada por los distintos reconocimientos realizados por la empresa desde que se inició el proceso de laboralización del personal del área comercial. Ya que dichos ofrecimientos sólo deben entenderse realizados dentro de un proceso complejo de negociación en el que las partes intentan acercar posiciones. En consecuencia, no habiendo sido aceptado por el actor el contrato laboral ofertado por la empresa, en virtud del cual se le reconocía la laboralidad de su prestación desde el comienzo de su relación con la empresa, no cabe exigir ningún tipo de efecto a este reconocimiento.

Por último, es importante destacar que es el propio actor el que consciente y explícitamente rechaza la conversión laboral de la relación mercantil que le unía con la hoy demandada.

3. La sentencia es interesante porque analiza una operación empresarial posiblemente atípica. Es bastante más habitual que las empresas procedan a mercantilizar las relaciones laborales que mantenían con antiguos trabajadores interponiendo todo tipo de cortafuegos que impidan a la legislación laboral proteger al trabajador que fraudulentamente aparece ligado al empleador mediante una relación mercantil.

En el caso que nos ocupa una empresa decide laboralizar al personal mercantil del área comercial, aun cuando no hay indicios ni hechos que permitan dudar de la legitimidad de la relación mercantil.

Para llevar a cabo la conversión laboral la empresa debe emprender una negociación con los trabajadores para determinar y pactar las condiciones que regirán el contrato laboral. Es precisamente en este proceso negociador en el que el demandante expresa sin ningún género de dudas su disconformidad con las condiciones ofrecidas por la empresa y su disposición personal a permanecer como personal mercantil no aceptando la conversión laboral. Esta decisión personal del trabajador impide que más tarde exija el cumplimiento de unas condiciones que libremente él decidió no aceptar. Lo contrario supondría vulnerar la doctrina que impide ir contra los actos propios para garantizar la inseguridad jurídica de los operadores en el ordenamiento jurídico.

Distinto hubiera sido si el demandante no hubiera llevado a cabo ninguna declaración expresa y la empresa hubiera reconocido unilateralmente al trabajador su condición de personal laboral. En ese caso aun cuando el contrato no hubiera sido firmado por el trabajador deberíamos entender que la declaración de laboralidad sí despliega completamente sus efectos y las partes sí deberían pasar a estar vinculadas mediante una relación laboral y no mercantil.

#### 4. ZONAS GRISES

##### A) Transportistas

Destacan en esta crónica las sentencias sobre transportistas, en especial la J 1046 sobre transportista autónomo. No es aplicable la Ley 20/2007 mientras no se formalice el contrato TRADE expresamente, libremente por ambas partes y en los plazos transitorios.

#### **STSJ Andalucía de 27 de abril de 2010 (Recurso de Suplicación núm. 3618/2008) IL J 1046.**

1. El demandante ha prestado servicio como transportista por cuenta de una entidad, desde el 1-07-2006, mediante contrato denominado contrato de transporte. El demandante viene facturando a la entidad por los servicios de transporte que realiza una cantidad mensual bruta de 2.411,37 €. Los servicios consistían en el transporte, reparto y recogida de devolución de los productos de prensa distribuidos por un cliente de la demandada, a través de las rutas asignadas. A tal fin, el actor debía personarse diariamente en las dependencias de la demandada, donde recogía el material que luego repartía en los puntos de venta (kioscos, librerías) de su ruta. Solía comenzar sobre las 2.30 a 3.00 horas de cada día, concluyendo el reparto sobre las 8.30 a 10.00 horas; en ocasiones se alargaba hasta las 12.00 horas. La demandada comunica al demandante en 28-04-2008 que adopta la decisión de dar por resuelto éste, debido a las irregularidades que se han producido en la prestación del servicio a su cliente, por parte del demandante, consistentes en la utilización en beneficio propio del material de servicio proporcionado por la empresa, lo que lleva a la pérdida de negocio de nuestro cliente, por el daño causado a nuestra imagen, y porque supone un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. El demandante no había comunicado a la demandada que reunía la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente.

2. El TSJ mantiene la incompetencia del orden social porque en los casos de personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las

que sean titulares, realizado mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder de disposición ostenten, cuando tal circunstancia concorra desde antes del 12-10-2007 y se mantenga en esta fecha, si es que lo vinieren haciendo entonces en las condiciones propias de un TRADE, los contratos que mantenían con sus clientes no se convierten en contratos de TRADE en tanto que el prestador del servicio no le comunique que, en su concreto caso, concurre la circunstancia de ser «económicamente dependiente» (DT 3.ª 2 Ley 20/2007), lo que no ha hecho el demandante, quien no consta que haya comunicado al demandado que reunía esa concreta circunstancia.

Cuando esas mismas personas hubieran efectuado esa comunicación a su cliente, expresiva de ser un autónomo «económicamente dependiente», la novación del contrato anterior por el propio del TRADE no surge automáticamente con esa notificación, ya que en esos casos se mantiene el contrato anterior (y sujeto a su régimen jurídico propio), al menos hasta que no transcurra un plazo de dieciocho meses desde que se dicten las normas reglamentarias previstas en el art. 12.1 Ley 20/2007 o ambas partes convengan, expresamente, atenerse al régimen jurídico propio del TRADE, ya que de no concurrir esto último, lo que ha querido el legislador es que, en esas circunstancias y en tanto no transcurra el plazo señalado, se mantenga la vigencia del contrato anterior, permitiendo a cada uno de los contratantes extinguirlo antes de tener que convertirlo en un contrato sujeto al régimen TRADE.

No ha transcurrido el plazo citado cuando la demandada decide dar por finalizada la prestación de servicios del demandante (28-04-2008), ya que las normas reglamentarias anunciadas, esto es, el RD 197/2009, de 23 de febrero, se publicaron el 4 de marzo de 2009, sin que hubieren convenido entre ellos esa adaptación contractual.

La citada Ley pretende que la sujeción al régimen jurídico propio del TRADE, a diferencia de lo que sucede con el régimen jurídico del contrato de trabajo, se haga sobre la base de la voluntad de las partes en sujetarse a él mediante un contrato escrito en el que se reconozca expresamente esa naturaleza por reunirse la condición de dependencia económica respecto al cliente (art. 12.1 Ley 20/2007), sin que lo exceptúe para el caso de los prestadores del servicio de transporte anteriores al 12-10-2007. Y tal contrato no se ha concertado entre las partes ni siquiera en forma verbal.

Se ha de abandonar la tradicional libertad formal del contrato de trabajo y consiguiendo primacía del principio de realidad: sólo estamos ante una relación de TRADE cuando, además de cumplirse los requisitos sustantivos exigidos (vínculo, autonomía, dependencia económica) se haya formalizado por escrito un contrato en que expresamente así se haga constar. La forma e indicación de la cualidad adquiere así valor esencial, *ad solemnitatem* (art. 12 Ley 20/2007).

La relación del TRADE si bien está sujeta al Derecho común de las obligaciones, mantiene un conjunto de garantías jurídico-sociales extraídas del Derecho del Trabajo. Sólo se configura el TRADE cuando, además de cumplirse los requisitos sustantivos exigidos (vínculo; autonomía; dependencia económica), se haya formalizado por escrito un contrato en que expresamente así se haga constar. Por ello no se puede acudir al orden social hasta el cumplimiento de esas exigencias formales, no existiendo ningún derecho u obligación de los dispuestos en el capítulo III de la Ley 20/2007 cuyo cumplimiento sea posible exigir con antelación a la formalización del contrato TRADE; es decir, en tanto que las partes no han efectuado la adaptación contractual; no puede exigirse con base en la resolución contractual

la responsabilidad derivada del art. 15.2 Ley 20/2007, que es precisamente la que aquí se reclama, aun cuando pudiera reclamarse el cumplimiento de lo pactado por las partes al amparo de la normativa bajo la cual se concluyó el contrato, en la jurisdicción competente.

Subsiste el contrato con el cliente que se haya concertado cuando no se es TRADE, aun cuando sobrevenga un cambio de circunstancias que conviertan al trabajador autónomo en un TRADE (art. 12.3 Ley 20/2007), sin más excepción que la de que las partes decidan transformar su contrato en uno de TRADE.

Es singular que los transportistas en quienes concurran los requisitos de un TRADE, a la vigencia de la Ley, no pueden imponer la adaptación de sus contratos al propio del TRADE (DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> Ley 20/2007), de modo que se permite a cualquiera de las partes optar «por rescindir el contrato» suscrito con anterioridad al 12-10-2007; además, para que pueda operar el TRADE, ha de comunicar a su cliente principal que reúne el requisito de dependencia económica, lo que es lógico porque el cliente no tiene por qué conocer el resto de actividades de trabajo, económicas o profesionales del trabajador autónomo.

Los plazos establecidos para la adaptación sólo corren a partir del desarrollo reglamentario previsto para los contratos de TRADE (RD 197/2009, de 23 de febrero).

De todo lo anterior resulta que las partes pueden elegir la aplicación o no del contrato de TRADE, y quien, aun estando en situación propia de un TRADE, ignora la Ley 20/2007, su relación contractual no queda sujeta a ese régimen jurídico sin un consentimiento expreso de vinculación a él.

3. El rigor formalista que se destaca en la sentencia del TSJ, se detecta en el art. 12 Ley 20/2007, y contrasta con el no tan intenso que se expresa en el art. 7 Ley 20/2007, donde se acepta el contrato de palabra, no necesariamente por escrito. Pero, en todo caso, se trata de una figura chirriante dentro del ámbito laboral, porque el TRADE debe disponer de infraestructura productiva y material, suficientes para el desarrollo de su actividad, independientes de los de su cliente, y actuar con criterios organizativos propios, sometido sólo a instrucciones técnicas posibles de su cliente, lo que, desde luego, no se incluye en el concepto jurídico de dependencia, en el sentido del art. 1.1 LET. El TRADE también asume el riesgo y ventura de la actividad (art. 11.2 Ley 20/2007), lo que también se separa de la ajenidad referenciada en la misma disposición.

Claro que las singularidades respecto de los contratos de trabajo ordinarios en materia de vacaciones, de descanso en festivos y semanal, de causas y consecuencias de la extinción contractual, en el que no se precisa qué sea causa justificada para que el cliente pueda extinguir el contrato, imprecisión o tasa de los daños por incumplimiento del contrato tanto por el cliente como por el TRADE, la toma en consideración para ello de elementos como el mero importe pactado o el derivado del tiempo restante de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el TRADE, acercan el supuesto al propio del régimen civil de prueba del daño (arts. 14 y 15 Ley 20/2007). Es de notar que se regula en esta ley ordinaria el régimen de asociación profesional de los TRADE, que se margina del de libertad sindical, y que se constituye un órgano mixto de representación, el Consejo de Trabajo Autónomo, compuesto por representantes de las asociaciones de TRADE representativas, las organizaciones sindicales y las empresariales más representativas, con funciones, fundamentalmente, informativas y

de consulta, de estudio y de elaboración del propio reglamento. Llama también la atención que se deslegalice lo que afecta a las características de los contratos, que se remite a las previsiones reglamentarias (art. 12.1.2).

Se trata de una opción legislativa de protección y promoción del trabajador autónomo, que hace agua dentro del Derecho del Trabajo, por muy expansivo que se pretenda sea el ámbito de éste.

**STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2009 (Recurso de Suplicación núm. 2613/2009) IL J 733.**

El demandante prestó servicios por cuenta de la empresa codemandada por un tiempo aproximado de un mes desde el 7 de enero hasta el 2 de febrero de 1993. En mayo de ese mismo año, la empresa le vendió el vehículo camión adscrito a una autorización administrativa de transporte privado complementario, solicitando el demandante nueva autorización de transporte público de mercancías de la serie MDL respecto al citado vehículo. Previa la anulación de la autorización correspondiente a la empresa, le fue expedida autorización a su nombre. Con posterioridad, el mismo demandante adquirió otro vehículo adscrito a la misma autorización. El demandante figura dado de alta en el RETA desde que obtuvo la primera autorización, en junio de 1993, hasta la actualidad y realiza tareas de transporte con el camión de su propiedad para una empresa filial de la antes citada también ahora demandada (consta escritura pública según la cual se realiza escisión parcial, reducción de capital y creación de una nueva sociedad limitada en virtud de la cual la primera empresa segregaba y traspasaba en bloque parte de su patrimonio a la nueva sociedad mercantil). En esa tarea que realiza, maneja un listado de clientes que le entrega la empresa, permaneciendo el camión de su propiedad en las instalaciones de ésta durante las noches. El demandante gira mensualmente facturas contra la empresa por importe variable en función de los servicios prestados. Ante las desavenencias habidas entre ellos, presenta demanda el actor frente a las dos empresas y ésta es desestimada absolviendo a las dos empresas demandadas de las pretensiones ejercitadas frente a ellas. Contra dicha resolución se interpuso recurso de suplicación cuya sentencia ahora se comenta.

2. La sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco analiza el precepto legal invocado, el art. 1.3.g) ET que excluye del ámbito laboral la actividad, realizada bajo precio, de quienes se dediquen al transporte haciendo uso de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, empleando vehículos cuya propiedad ostenten, aunque dicha actividad la realicen de forma continuada para el mismo cargador. Es probado en el supuesto presente que el demandante figura dado de alta en el RETA y que ha venido realizando la actividad de transporte empleando vehículos que sucesivamente han sido de su propiedad y respecto de los cuales ostentaba la correspondiente autorización administrativa. Ciertamente la actividad la realizaba sólo para la empresa demandada a la que cobraba mediante facturas por importe variable según los servicios prestados, pero todas las circunstancias expuestas encuentran, a juicio de la Sala, acomodo pleno en el precepto legal citado, por lo cual la exclusión de la laboralidad del contrato resulta clara careciendo de relevancia otras circunstancias.

3. Si se examina el resto de circunstancias concurrentes en el presente supuesto que aparecen probadas y mencionadas en la propia sentencia, se puede comprobar que se trata de

cuestiones que incardinarían la relación dentro del concepto propio de contrato de trabajo. Así, el hecho de que sea la empresa la que señale las rutas y los puntos de reparto, o sea la que fije el precio de la actividad que remunera, incluso el hecho de que el vehículo permaneciera por las noches en sus dependencias acercan la actividad a la figura de trabajo asalariado. La sentencia recuerda, sin embargo, que lo predominante en este caso es que opera la exclusión constitutiva por la presencia de los factores enumerados en el art. 1.3.g) que en este caso se dan. Tras la previsión legal de la exclusión antes señalada, la práctica judicial entiende automáticamente excluida del ámbito laboral toda relación contractual en la que el vehículo aportado exceda de las dos toneladas a pesar de que concurren los presupuestos sustantivos del art. 1.1 ET. Si el tonelaje fuera inferior sí cabría la posibilidad de que la relación fuera laboral si se dan los presupuestos configuradores.

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

### III. EMPRESARIO

---

#### SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. EMPRESARIO.
    - A) **Concepto de empresario a efectos laborales.**
  2. GRUPO DE EMPRESAS.
    - A) **Responsabilidad solidaria: criterios para declarar su existencia.**
  3. CONTRATAS.
    - A) **Diferencias con la cesión ilegal.**
    - B) **Responsabilidad solidaria de la empresa principal.**
  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) **Diferencias con la contrata.**
    - B) **Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza.**
    - C) **Cómputo del plazo para reclamaciones salariales en supuestos de cesión ilegal.**
  6. SUCESIÓN DE EMPRESAS.
    - A) **Concepto de transmisión.**
    - B) **Subrogación prevista en Convenio Colectivo.**
    - C) **Subrogación del empresario por acuerdo entre empresas y representantes de los trabajadores.**
    - D) **Cómputo de antigüedad en supuestos de subrogación empresarial.**
    - E) **Un convenio colectivo extraestatutario no puede sustituir al convenio colectivo de la empresa cedente.**
-

## 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 5 a 8 de 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 620 a J 1224) 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 Sala, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

### 1. EMPRESARIO

#### A) Concepto de empresario a efectos laborales

Como motivo de sendas reclamaciones por despido realizadas por dos trabajadores que prestaron servicios alternativamente para dos empresas que forman parte de un grupo de empresas, se reclama la extensión de la responsabilidad en el pago de las indemnizaciones correspondientes, a un empresario individual que adquirió las participaciones de una de las sociedades condenadas, con anterioridad al momento en que se produjeron las extinciones contractuales, calificadas como improcedentes por la sentencia de instancia. En opinión de los recurrentes, la conjunción en una misma persona del cargo de administrador social y propietario de las mencionadas participaciones en el capital de la empresa, le convertiría en verdadero empresario de los trabajadores despedidos, a los efectos de aplicación del art. 1.2 ET. Por tal motivo, la sentencia de instancia, en opinión de los trabajadores, debió haber hecho uso de la doctrina del levantamiento del velo, para extender la responsabilidad por despido a dicha persona. La STSJ de Andalucía de 23 de marzo, *IL J 936*, niega dicha posibilidad por entender insuficientes los motivos alegados, pues para el Tribunal:

«[...] no procede extender la responsabilidad al empresario individual D. Serafín, porque el mero hecho de que adquiriera las participaciones de Fotosherry, SLU con anterioridad a las extinciones contractuales ejercitadas y sea administrador social de la misma no le otorga personalidad jurídica autónoma independiente, por lo que no puede ser considerado empleador conforme al art. 1.2 del ET» **STSJ de Andalucía de 23 de marzo, IL J 936.**

### 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 tradicio-

nalmente de este fenómeno en determinados supuestos. Como regla general, la existencia de un grupo de empresas no produce efectos jurídicos sobre las relaciones laborales de quienes prestan servicio en alguna de las empresas del grupo. Las 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 por cada una de ellas. Únicamente cuando se trata de grupos ficticios y, por tanto, a los lazos económicos que vinculan a las sociedades del grupo se adicionan otros elementos organizativos, como el funcionamiento unitario, la confusión de plantillas o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, cabe comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo. La mayor dificultad para quienes aspiran a que se reconozca la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo estriba en la acreditación de estas circunstancias. La **STSJ de Andalucía de 23 de marzo, IL J 936**, se ve obligada a abordar esta cuestión ante la reclamación de dos trabajadores, que habiendo prestado servicio alternativamente en dos empresas que forman parte de un grupo, una de ellas ya cerrada por decisión empresarial, solicitan se extienda la responsabilidad hacia las otras empresas del grupo en el pago de sendas indemnizaciones por despido. En opinión del Tribunal, el hecho de que ambos trabajadores prestaran servicios alternativamente en las empresas codemandadas, no es suficiente para determinar que entre las empresas afectadas se produce confusión de plantillas y, por tanto, no puede considerarse la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales:

«Pues bien, aplicando estos criterios jurisprudenciales al caso que nos ocupa fue certera en parte la sentencia combatida en la solución que adoptó, pues de los inalterados datos que constan en la sentencia, tanto en los hechos como en los fundamentos de derecho, no se desprende que las empresas demandadas formen ningún grupo de empresas, pues no existe un funcionamiento organizativo común, ni confusión de patrimonios, ni de plantillas, ni que los trabajadores actores hayan prestado servicios en todas ellas, sino que siempre lo hicieron para Fotosherry, SLU» **STSJ de Andalucía de 23 de marzo, IL J 936**.

En el mismo sentido, desestimatorio de la pretensión de aplicación de un mismo convenio colectivo al conjunto de los trabajadores que prestan servicios en distintas empresas que forman un grupo de empresas, se pronuncia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la resolución de un conflicto colectivo presentado contra un grupo editorial, por no concurrir las notas exigidas por la jurisprudencia en la materia.

«Identificadas las líneas de fuerza, exigidas por la jurisprudencia, para que concurra un grupo de empresas, al que deba considerarse propiamente empresario real de los trabajadores, debe descartarse que concurren en el supuesto debatido, aunque se haya acreditado pacíficamente que las empresas demandadas constituyen un grupo de empresas, cuyo liderazgo corresponde a Diario *El País*, SL, lo que constituye un aspecto irrelevante, porque la unidad de dirección del grupo de empresas, así como la coincidencia de accionistas, carece de incidencia para la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales (por todas, STS 21-12-2000, rec. 4383/1999; STS 26-12-2001, rec. 139/2001), o de una dirección comercial común (STS 30-4-1999, rec. 4003/1998), o de sociedades participadas entre sí (SSTS 20-1-2003, rec. 1524/2002 y 3-11-2005) puesto que se ha demostrado claramente que cada una de las empresas codemandadas tiene su propia dirección y su propia estructura organizativa, disponiendo, además, de los medios materiales y personales precisos para eje-

cutar eficiente y autónomamente sus funciones empresariales, no habiéndose demostrado tampoco, que haya movilidad generalizada dentro de las empresas del grupo, probándose únicamente que algunos prejubilados se mantuvieron inicialmente en Diario *El País*, SL, aunque la actividad, en la que prestaban servicios se hubiera segregado, puesto que se trata de una incidencia menor, causada con toda probabilidad por una simple confusión, que se subsanó inmediatamente después de la actuación de la Inspección de Trabajo, quien no levantó siquiera Acta de infracción, limitándose a anotarlo en el Libro de Visitas, no habiéndose probado finalmente la nota de confusión patrimonial, debiendo concluirse, por tanto, que no estamos ante un grupo de empresas, al que corresponda realmente la condición de empleador» **SAN de 16 de junio de 2010, IL J 1215.**

### 3. CONTRATAS

#### A) Diferencias con la cesión ilegal

El TS desestima la existencia de cesión ilegal en un supuesto de externalización de servicios de informática en una empresa del sector financiero. El contrato entre la empresa principal y la contratista informática preveía el desarrollo de diversos proyectos, entre los que se encontraba el servicio de mantenimiento de las aplicaciones de sistemas de información de gestión al que fue destinado el trabajador demandante, que realizó dichas labores durante un período de seis años, hasta que la entidad financiera decidió sustituir a la empresa contratista. El demandante formaba parte de un grupo de diez trabajadores que realizaba estas tareas en el centro de trabajo de la empresa financiera, ajustándose al horario del convenio colectivo de la empresa informática, utilizando los equipos informáticos del banco, cuyo alquiler era pagado por la empresa de informática. El demandante, en ocasiones, participaba de cursos de formación junto al personal del banco, tomaba las vacaciones en los períodos en que ambas empresas acordaban y poseía códigos de acceso y correo electrónico distintos a los de los empleados del banco. A pesar de que la sentencia recurrida calificó la prestación de trabajo del demandante como cesión ilegal, entendiéndolo que las cláusulas del acuerdo de externalización pretendían eludir los mecanismos de protección de trabajadores, que no constaba que el pago del arrendamiento del material informático se hubiese realizado jamás y que el servicio de mantenimiento que realizaba el actor formaba parte de la gestión del sistema operativo de la empresa que le obligaba a tener un conocimiento de la dinámica empresarial de la entidad bancaria. En definitiva, la tesis de la sentencia recurrida es que se daban suficientes elementos indiciarios para considerar probado un nivel de integración del trabajador en la empresa de tal intensidad, que su prestación de trabajo debía ser considerada cesión ilegal. Ninguno de estos argumentos convenció al Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, considera que la solución ajustada a derecho de la cuestión sometida a controversia es la que se ofrece en la sentencia de contraste. Para el Tribunal Supremo, el supuesto enjuiciado es un caso típico de externalización de actividades que corresponden a la propia actividad de la empresa, negocio lícito expresamente previsto en el art. 42 ET.

En concreto, para el Tribunal Supremo:

«Aunque expresada en términos en los que abundan los tecnicismos que dificultan la comprensión, es claro, y así lo viene a reconocer la propia sentencia recurrida, que la actividad

del actor en el centro de trabajo de BBVA no es ficticia sino que corresponde a una labor de comunicación informática con los empleados que pertenece a la gestión normal y habitual del propio sistema operativo de la empresa, dando servicio a la multiplicidad de sucursales y operarios de ella. Esta pertenencia a la propia actividad de la empresa comitente no es jurídicamente anómala o ilegal, como entiende la sentencia impugnada, sino que integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Es sabido también que, en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la dinámica empresarial de ésta, introduciéndose a veces en toda la gama de comunicaciones que existen dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse, como parece entender la sentencia recurrida, a un objeto residual o accesorio, sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial.

Por lo demás, es patente en el caso, a la vista de los hechos probados resumidos en el fundamento segundo, que, como viene exigiendo la jurisprudencia y acoge ahora el art. 43.2 ET, la empresa contratista tiene entidad y actividad propias; que en la relación de trabajo con el actor, entablada antes de la contrata con BBVA, se mantienen los lazos del poder de dirección habituales en los supuestos de subcontratación; y que INDRA ha puesto en juego sus medios personales y materiales en el desempeño de la actividad contratada por encargo del BBVA, sin que sea relevante a tal efecto el que el equipo informático utilizado para dicha labor fuese alquilado a la propia entidad bancaria. En este contexto, la falta de constancia en los hechos de los recibos del abono de tal alquiler de maquinaria consentiría tal vez una sospecha o suspicacia más o menos fundada, pero no constituye un indicio ni de inexistencia de dicho contrato de arrendamiento, ni tampoco, con mayor razón, de inconsistencia de la labor contratada. Lo mismo puede decirse de la falta de constancia de penalizaciones por incumplimiento, las cuales presuponen como es obvio que el incumplimiento haya tenido lugar, lo que no tiene por qué haber ocurrido» **STS de 15 de abril de 2010, u.d., IL J 910.**

## **B) Responsabilidad solidaria de la empresa principal**

La **STSJ de Murcia de 23 de marzo de 2009, IL J 814**, resuelve la cuestión litigiosa en torno a si cabe imponer la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.2 ET por las reclamaciones salariales realizadas por una administrativa que trabajaba para una empresa que tiene como objeto social las excavaciones y movimientos de tierra. Esta empresa fue contratada por otra empresa, con objeto social similar, para la realización de zanjas y pozos de bombeo de registro de aguas para una tercera empresa cuyo objeto social es el estudio, concesión, construcción y explotación de toda clase de obras. Debe tenerse presente que, aunque expresamente la regulación legal no lo contempla así, viene siendo opinión generalizada que la responsabilidad en caso de subcontratación se limita a los trabajadores que participan en la realización de la contrata, quedando por tanto al margen de esta garantía aquellos otros que, perteneciendo a la plantilla de la empresa subcontratista, se dedican a otras tareas. Precisamente en esta línea se pronuncia la sentencia que traemos aquí a comentario. La cuestión puede tener interés en la medida en que en estas empresas los empleados administrativos pueden realizar labores de soporte para distintas contratas, sin quedar plenamente vinculadas a ninguna de ellas, quedando por tanto al margen de las garantías previstas en el art. 42 ET.

En esta ocasión el Tribunal entiende que no corresponde condenar a las empresas co-demandadas, por haber quedado acreditado que la trabajadora nunca estuvo adscrita a la contrata:

«Al amparo del apartado c) del art. 191 LPL se argumenta por la parte recurrente infracción del art. 42 ET. Motivo que debe ser estimado habida cuenta que el recurso se centra exclusivamente en la trabajadora doña Andrea, que efectivamente su labor fue exclusivamente administrativa, concretamente auxiliar administrativa, y por tanto nunca estuvo desempeñando funciones en la obra en sí. Lo que significa que no pudo estar adscrita a la obra que la empresa recurrente tenía subcontratada, que precisaba exclusivamente trabajadores de obra pero no personal administrativo» **STSJ de Murcia de 23 de marzo de 2009, IL J 814.**

#### 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 Madrid de 10 de febrero de 2010, IL J 704**, resuelve un supuesto de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, por un accidente sufrido por un trabajador en misión contratado como mozo de almacén, que desempeñaba funciones de carretillero sin haber recibido la formación necesaria. El Tribunal exime de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal por entender que no incurrió en irregularidad alguna; en opinión del Tribunal, el trabajador accidentado no había sido contratado para realizar las labores de carretillero, si la empresa usuaria encomendó estas labores al trabajador en misión, lo hizo incumpliendo el contrato de puesta a disposición. A mayor abundamiento, las facultades de dirección y control de la actividad laboral corresponden a la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios (art. 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 (art. 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); pero, es evidente, que la formación requerida debe ser la correspondiente al puesto de trabajo que consta en el contrato de puesta a disposición, no pudiendo exigirse una formación para puestos de trabajo para los que no ha sido contratado dicho trabajador.

«Pues bien, a la vista de la anterior regulación y lo que dispone el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, no cabe sino concluir que la empresa de trabajo temporal recurrente, tal y como han quedado configurados los hechos probados, en donde no se viene a discutir por ninguna de las partes el contenido de la actividad propia de un mozo de almacén y la de un carretillero con formación en el uso y manejo de carretillas elevadoras (la sentencia afirma con rotundidad que no era la actividad para la que fue contratado el trabajador, lo que implica que se asume la distinta categoría profesional) no ha incurrido en una infracción o norma de seguridad que le sea imputable y que haya podido contribuir al siniestro sufrido por el trabajador accidentado. Basta con destacar que la contratación del trabajador lo fue como mozo de almacén y que el accidente de trabajo tuvo lugar cuando

desempeñaba funciones de carretillero, manejando una carretilla elevadora. Esta alteración de funciones es relevante en orden a determinar la condición de empresario infractor, a los efectos que aquí nos ocupan. Esto es, la empresa de trabajo temporal no puso a disposición de la empresa usuaria un trabajador para desempeñar la actividad de manejo de una carretilla elevadora, con lo cual la falta de formación que en esa actividad pudiera tener no era debida a un incumplimiento por parte de la empresa recurrente quien en ningún momento tenía obligación de formar al trabajador en ese ámbito de actividad laboral, al no ser el que motivó el contrato de puesta a disposición.

Como se ha dicho anteriormente, es la empresa usuaria la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y, a falta de incumplimiento por parte de la recurrente en orden a sus obligaciones frente a los trabajadores puestos a disposición de aquella que, además, haya contribuido a la producción del siniestro, no es posible declararle responsable del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social» **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2010, IL J 704.**

## 5. CESIÓN ILEGAL

### A) Diferencias con la contrata

La prohibición legal de la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa solamente queda exceptuada para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas (art. 43.1 ET). Cuando el tráfico prohibido se materializa a través de una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la demostración de la concurrencia de la cesión ilícita se hace más compleja, resultando decisivo, a efectos de delimitación, determinar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. Siguiendo esta técnica, la **STSJ de Justicia de Galicia de 12 de marzo de 2010, IL J 800**, declara la existencia de cesión ilegal en un supuesto de prestación de servicios de una trabajadora como técnica especialista de informática, por medio de sucesivos contratos de duración determinada celebrados con distintas empresas de servicios, para realizar dichas funciones en la consellería de pesca, marisqueo y acuicultura de la Xunta de Galicia. El Tribunal determina la existencia de cesión ilegal, asumiendo que las empresas contratistas se limitaron a ceder mano de obra sin poner en juego su organización, partiendo de hechos probados como que recibía las órdenes sobre su trabajo directamente del personal de la Xunta, que utilizaba los ordenadores y demás medios de trabajo de la Xunta, que solicitaba permisos y vacaciones a los responsables de la Xunta, que fichaba las horas de entrada y salida como los trabajadores de la Xunta y mantenía su mismo horario e incluso figuraba en el listín telefónico de la Consellería.

Similar condena se produce en otro supuesto, que afecta también a la Administración Autonómica Gallega. En concreto, se trata de un supuesto en el que el Tribunal, como hechos particularmente relevantes, considera probado que:

«el actor realizaba funciones propias de la administración, proporcionándole ésta los medios para su desempeño. Además, el demandante tenía a su disposición a dos administrativos proporcionados por la Xunta de Galicia;

que el poder de dirección ejercido por la Xunta de Galicia sobre la demandante es bastante más amplio que el de “coordinación de las actividades”, ya que su centro de trabajo radica en el edificio administrativo San Caetano, en el Servicio de Ayudas Estructurales; recibía órdenes de trabajo e instrucciones del Sr. Bruno, funcionario de la Xunta y Jefe de Servicio, quien autorizaba las vacaciones del actor y las coordinaba para que el servicio no quedase sin cubrir. Siendo el horario del actor el mismo que el del resto del personal del departamento;

que era la Xunta quien le proporcionaba los medios materiales, ordenador, programas, correo electrónico de la Consellería do Medio Rural, disponiendo incluso de una tarjeta identificativa expedida por la Xunta de Galicia con el título de autorización oficina técnica» **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2010, IL J 858.**

## **B) Momento procesal oportuno para ejercitar la acción de fijeza**

El Tribunal Supremo resuelve, en unificación de doctrina, sobre la posibilidad de que los trabajadores sometidos a cesión ilegal ejerciten la acción reclamando la naturaleza indefinida de la relación laboral en alguna de las empresas que intervienen en el tráfico ilegal, cuando en el momento del juicio oral prestan servicios para una nueva contrata que se ha subrogado en la actividad y respecto de los contratos de los trabajadores sometidos a cesión ilegal por la anterior contrata. La sentencia recurrida había negado dicha posibilidad, recogiendo la doctrina que sostiene que el art. 43.3 ET obliga a ejercitar la acción de fijeza que el precepto reconoce al trabajador cedido ilegalmente, mientras subsista la cesión (STS de 14 de septiembre de 2009, rec. 4232/08). En esta ocasión, el Tribunal Supremo, manteniendo la doctrina anterior, matiza algunos aspectos de ésta para declarar que el momento en el que este requisito debe cumplirse no es la fecha del juicio oral, sino la de la demanda en el juzgado de lo social, por aplicación de los arts. 410, 411 y 413.1 LEC.

«Tal y como tiene establecido la Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1.ª 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio *perpetuatio jurisdictionis*, artículo 411 LEC, los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC, desde la interposición de la demanda si luego es admitida —SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008—.

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia —art. 411 LEC— de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el art. 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquel precepto, no cabe que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas. Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que

habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto del juicio oral o el momento en que se dicta sentencia» **STS de 7 de mayo de 2010, u.d., IL J 1078.**

### **C) Cómputo del plazo para reclamaciones salariales en supuestos de cesión ilegal**

El Tribunal Supremo se pronuncia nuevamente sobre esta materia, en unificación de doctrina, respecto de varias trabajadoras que, contratadas por una empresa de servicios mediante contrato de obra y servicio determinado, prestaban servicios en las dependencias de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía. Declarada por sentencia la cesión ilegal de estas trabajadoras y estimados improcedentes los despidos realizados por la empresa de servicios, las trabajadoras proceden a reclamar las diferencias salariales entre lo percibido y lo establecido en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía. La cuestión central a determinar es si la prescripción de la acción para reclamar dichas cantidades comienza a computarse desde la sentencia declarativa de la cesión ilegal o, por el contrario, debe computarse desde la fecha en que la retribución no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para su pago. La sentencia se decanta por la segunda de las opciones que, manteniendo el efecto *ex tunc* de la resolución judicial, procede a ajustar su alcance económico a los efectos de la prescripción.

Con arreglo a la doctrina ya unificada (por todas STS de 24 de noviembre de 2004, rec. 6369/2003), «la tramitación de un procedimiento anterior en el que se postulaba un pronunciamiento declarativo no afecta a la obligación del actor a reaccionar en evitación de la prescripción porque ésta no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que, habiéndose denegado la correspondiente retribución, no se hizo efectivo el momento efectivo para el pago.

La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva consigo desestimar el objeto de la pretensión que en el recurso se mantiene, pues como señala la STS de 1 de diciembre de 1993 para que opere la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 1973 del Código Civil, ambas acciones han de coincidir en objeto y causa de pedir pues no basta que ambas acciones tengan una indudable conexión causal si son inequívocamente diferenciadas en cuanto a su objeto, recordando también lo dicho en la STS de 17 de septiembre de 1990, debieron pedir no ya que se declarara sin más el derecho sino las consecuencias económicas que la aplicación de los preceptos legales correspondientes generaban, pues el ejercicio de aquella acción declarativa y de mera constatación del derecho no pudo interrumpir la prescripción de la otra acción de contenido económico que derivaba de ella» **SSTS de 15 de marzo y de 27 de abril de 2010, u.d., IL J 759 y J 1165.**

## 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» (art. 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.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2010, IL J 1075**, aborda 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 art. 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. La tesis del Tribunal se apoya en la especialidad de una relación, la del notario y los trabajadores de la notaría, condicionada por la función pública que desarrollan, aunque no aclara suficientemente en qué medida las particularidades que de ella se desprenden, conducen a la inaplicación del mencionado precepto:

«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» **STSJ Castilla-La Mancha de 26 de mayo, IL J 1075**.

### B) Subrogación prevista en Convenio Colectivo

Cuando la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 44 ET no es posible por ausencia de transmisión de los elementos que determinan la cesión de una entidad económica que mantiene su identidad, tal como exige el mencionado precepto, es posible establecer obligaciones de subrogación en el convenio colectivo aplicable. Es el caso típico de la negociación colectiva de actividades que habitualmente se producen mediante contrata de obras o servicios, aunque en algunos de estos supuestos sí cabe transmisión de empresa en el sentido legal del término y, por tanto, subrogación por imperativo legal. En estos supuestos de contratas en los que no resulta aplicable el art. 44 ET, la subrogación sólo cabe por vía de acuerdo, sea éste individual o colectivo. Cuando ésta se produce por vía colectiva, la subrogación se dará en las condiciones y con los efectos expresamente previstos en el convenio colectivo que la recoja y sea de aplicación. A modo de ejemplo, resulta frecuente que la subrogación no opere para el conjunto de los trabajadores, exigiéndose requisitos

de antigüedad, o que se exija a la empresa saliente que haga entrega de la documentación relativa a los trabajadores empleados en la contrata.

La **STSJ de Castilla y León de 17 de junio, IL J 796**, aborda un supuesto de sucesión de contratas de limpieza de edificios y locales, en el que no se produce la subrogación de una trabajadora por encontrarse en situación de incapacidad temporal, incumpliendo con la obligación establecida en el convenio colectivo vigente. En el mismo sector de actividad, la **STSJ de Madrid de 21 de mayo, IL J 1444**, aborda un supuesto en el que la negativa de subrogación empresarial se justifica en el incumplimiento de los requisitos de antigüedad previstos en el convenio. Por su parte, la **STSJ de La Rioja de 25 de mayo de 2010, IL J 1116**, determina que la contrata entrante debió subrogarse parcialmente en el contrato del trabajador demandante, que prestaba servicios de limpieza en distintos centros de trabajo. Por su parte, la empresa saliente no debió extinguir el contrato del trabajador, en la medida en que alguno de los centros de trabajo donde prestaba servicio ha permanecido bajo su gestión:

«Eulen, S.A. en su condición de empresa entrante debió cumplir con las obligaciones que en materia de subrogación de personal se describen en las normas mencionadas, normas que le resultan de aplicación al ser una empresa de limpieza sometida a su ámbito, y la negativa a asumir al trabajador, no es sino una manifestación expresa de su voluntad de no mantener una relación de trabajo, lo que es tanto como afirmar que es la expresión de una decisión de despido cuya calificación sólo puede ser la de improcedente al no existir tampoco causa alguna para ello.

Así las cosas, la empresa Soldene SA debió mantener la relación de trabajo con el demandante en aquellos centros ahora adjudicados en los que el actor trabajaba, y la nueva adjudicataria Eulen SA debió subrogarse en la posición de la anterior adjudicataria respecto del trabajador, en aquellos centros en los que prestaba servicios y que ahora le habían sido adjudicados, y no habiendo cumplido con estas obligaciones, sus decisiones sólo pueden ser calificadas de despido improcedente, resultando ser ajustada a derecho la decisión adoptada por la sentencia de instancia, siendo evidente, porque así se desprende de la propia resolución recurrida, que pese a la responsabilidad solidaria de ambas empresas, en la relación interna de esa solidaridad, cada una responderá conforme al alcance de su incumplimiento» **STSJ La Rioja de 25 de mayo de 2010, IL J 1116**.

La condena por despido improcedente por negativa a la subrogación se repite en la **STSJ de Murcia, de 24 de mayo de 2010, IL J 1141**, en un supuesto de sucesión de contratas de gestión de instalaciones deportivas pertenecientes a una entidad local. La peculiaridad del caso resulta del hecho de que en esta ocasión también había sido demandada la entidad local. La inaplicación del art. 44 ET determina la absolución de la Administración Pública, pues no siendo tampoco aplicable el convenio colectivo, no existe obligación alguna de subrogación:

«En consecuencia: a) La desvinculación de la empresa AFS respecto del contrato del actor, comunicada mediante carta de fecha 30-11-2008, es constitutiva de despido improcedente y procede condenar a la misma a la readmisión del actor hasta la fecha del 02-03-2009 en la que, por adjudicación de la nueva contrata, la empresa Ferrovial Servicios SA estaba obligada a subrogarse en la titularidad de dicho contrato, la sentencia recurrida en cuanto exo-

nera de responsabilidad a dicha empresa vulnera el art. 25 del Convenio así como el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores b) La falta de subrogación en la titularidad del contrato del actor por parte de la empresa Ferrovial Servicios S.A. con fecha 30-11-2008 es constitutiva de despido improcedente, por lo que procede condenar a dicha empresa a que, a su opción o bien proceda a la readmisión del actor, o bien dé por extinguida la relación de servicios con el pago de la indemnización que prevé el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores. c) Procede absolver al Ayuntamiento de Cieza de las consecuencias derivadas del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia recurrida, en cuanto establece la responsabilidad del Ayuntamiento, vulnera los arts. 25 del Convenio de referencia y el 44 del Estatuto de los Trabajadores» **STSJ de Murcia de 24 de mayo de 2010, IL J 1141.**

### **C) Subrogación del empresario por acuerdo entre empresas y representantes de los trabajadores**

El TSJ de Castilla y León estudia la posibilidad de aplicar el art. 44 ET en un supuesto de cesión de trabajadores por acuerdo entre las empresas y la representación de los trabajadores, con mantenimiento de la naturaleza de sus contratos, su antigüedad y categoría profesional. Uno de los trabajadores afectados solicita el mantenimiento de los salarios fijados en la empresa cedente, por aplicación de dicho precepto; por su parte, la empresa entiende que dicha norma no resulta aplicable y, por tanto, cumplió con todas sus obligaciones en esta materia, al limitarse a respetar lo establecido en el acuerdo de cesión. El Tribunal desestima la aplicación de la norma estatutaria por considerar que no se cumplen los elementos objetivos establecidos en el precepto, sin detenerse a considerar que no es necesario que se transmita la empresa con todos sus elementos, que es posible la transmisión de una parte de la empresa, o que en actividades intensivas en mano de obra la transmisión puede producirse sin presencia de elementos materiales, con la cesión de un número relevante de trabajadores.

«En aplicación de dicha doctrina, al caso presente, estando en presencia de una subrogación empresarial, con determinados efectos pactados al momento de producirse la misma, lo que ha existido es un traspaso o cesión de los trabajadores de una empresa a otra, pero no una sucesión empresarial, al no producirse una transmisión de todos sus elementos como lo demuestra el hecho probado de que Fico Traspar SA sigue existiendo como empresa independiente, pues mantiene su patrimonio, maquinaria e instalaciones» **STSJ de Castilla y León de 22 de abril de 2010, IL J 1067.**

### **D) Cómputo de antigüedad en supuestos de subrogación empresarial**

El art. 44.4 ET establece la obligación de la empresa cesionaria de mantener las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de la empresa cedente. Esta obligación no tiene carácter indefinido en el tiempo, pues los trabajadores afectados por la transmisión deberán acomodarse a las condiciones establecidas en el convenio colectivo que con posterioridad a la cesión haya sido acordado y les sea aplicable. Ahora bien, una cosa es que se aplique el complemento de antigüedad establecido en el nuevo convenio, y otra cosa bien distinta es que el cómputo de la antigüedad se inicie a partir del momento en que se produce la transmisión, eliminando los años que el trabajador prestó servicios en la empresa

cedente. Esta cuestión ha sido resuelta a favor de la primera de las opciones, a partir de los argumentos que siguen:

«El cambio de convenio colectivo como consecuencia de la sucesión empresarial determina que haya de aplicarse el nuevo convenio colectivo, con abandono de la regulación precedente, pues el artículo 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador (...).

Por ello, una vez que se aplica el nuevo convenio colectivo respecto del cual se ha producido una adhesión expresa, el complemento de antigüedad ha de reconocerse en los términos que se establezcan en ese nuevo convenio, computándose la antigüedad desde el inicio de la relación laboral, que es única, aunque haya habido subrogación empresarial, y por esto, la empresa no puede excluir la antigüedad adquirida en las anteriores empresas o establecer alguna diferencia en su abono, ni siquiera sobre la base de afirmar que conforme a los anteriores convenios de aplicación a la trabajadora se haya mantenido otro método de cálculo del complemento» **STSJ La Rioja de 15 de abril 2010, IL J 982.**

#### **E) Un convenio colectivo extraestatutario no puede sustituir al convenio colectivo de la empresa cedente**

Conforme a lo establecido en el art. 44.4 ET, la empresa cesionaria está obligada a mantener las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente respecto de los trabajadores afectados por la cesión, hasta que se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio que sea aplicable a dicha empresa. Esta obligación se mantiene incluso cuando vencido el convenio se encuentra en fase de ultraactividad. La cuestión resuelta en el caso comentado es si un convenio extraestatutario, aplicable en la empresa cesionaria, puede realizar esta función de sustitución del convenio colectivo de la empresa cedente o si dicha operación únicamente puede ser llevada a cabo mediante convenio colectivo estatutario. El Tribunal Supremo se inclina por la segunda de las posiciones, negando la naturaleza de fuente de la relación laboral de estos acuerdos:

«[...] estos pactos no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, carecen de eficacia normativa y únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y, finalmente, dado que de estimarse lo contrario prevalecería la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo que quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios *ex art. 37.1 CE*» **STS de 12 de abril de 2010, IL J 906.**

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO  
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO



## IV. CONTRATACIÓN LABORAL

---

### SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

A) **Relación laboral indefinida: acción declarativa.**

2. CONTRATACIÓN TEMPORAL.

A) **Supuestos.**

- a) Contrato para obra o servicio determinado.
- b) Contrato eventual por circunstancias de la producción.
- c) Contrato de interinidad.
- d) Contrato de inserción.

B) **Reglas generales.**

- a) Conversión en indefinidos.
- b) Tratamiento de la extinción contractual.

3. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL.

A) **Contrato a tiempo parcial.**

B) **Contrato fijo discontinuo.**

C) **Contrato de relevo**

4. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A) **Contratos laborales y contratos administrativos.**

B) **Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral.**

---

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 5 a 8 de 2010 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*) merece la pena destacar la **STS de 26 de abril de 2010, IL J 888**, que aborda la cuestión de las diferencias existentes entre

contratos indefinidos no fijos y contratos de interinidad por vacante [*infra* 3.A).c)]; y la **STS de 28 de abril de 2010, IL J 1212**, que resuelve la cuestión de cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad de un despido en supuestos de extinción del contrato temporal durante la tramitación del proceso.

## 1. CUESTIONES GENERALES

### A) Relación laboral indefinida: acción declarativa

Destaca en esta materia la **STS de 14 de abril de 2010, IL J 719**, que viene a recordar la jurisprudencia relativa a las condiciones que necesariamente deben concurrir a la hora de presentar acción declarativa para la declaración de existencia de una relación laboral indefinida. Concretamente, se trata de un supuesto en que, extinguido el contrato para la formación, quiere solicitarse la declaración de relación laboral por tiempo indefinido. El TS, sin embargo, aplicando la jurisprudencia respecto de la propia naturaleza de la acción declarativa, que requiere, ineludiblemente, la existencia o subsistencia de la relación jurídica objeto de declaración, concluye que:

«[...] extinguida la relación entre las partes el 13 de octubre de 2008 y carente por completo de un componente de condena, no discutiéndose ni siquiera el carácter laboral del vínculo sino la fijeza, la pretensión adolece de la falta de requisitos que determinan la existencia de acción, pues si bien la relación se encontraba vigente en el momento de la reclamación previa, su extinción sin impugnación impide que la declaración que se efectúa permita su utilización formando parte del efecto compulsivo de una ulterior acción de condena».

## 2. CONTRATACIÓN TEMPORAL

### A) Supuestos

#### a) Contrato para obra o servicio determinado

Numerosas son las resoluciones que en este período abordan diferentes aspectos relacionados con el régimen jurídico de esta modalidad de contrato temporal (además de la de alcance procesal: **STS de 9 de abril de 2010, IL J 717**).

Por una parte, han de ser destacadas las **SSTS de 11 de marzo de 2010, IL J 729; de 25 de marzo de 2010, IL J 635; y de 17 de mayo de 2010, IL J 954**, que vienen a confirmar la doctrina jurisprudencial referida a que el concreto supuesto de prevención y extinción de incendios forestales durante la época estival se configura como una actividad fija y periódica discontinua, considerando que:

«La naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual. La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de

incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes, pues no de otra forma se concibe la detección y reconocimiento de posibles focos, de manera estable, sin perjuicio de que dependiendo en cada ejercicio de la magnitud del evento dañoso o de las peculiaridades que presenta cada estación como la que deriva de una más acentuada sequía, se acuda a otras formas temporales de contratación para refuerzo de quienes de manera permanente asumen las tareas de control».

También en relación con la contratación a través de esta modalidad contractual por parte de la Administración Pública ha de hacerse referencia a la **STS de 21 de abril de 2010, IL J 761**, que, tras hacer un repaso de los requisitos para la celebración del contrato por obra, determina que no se ajusta a derecho el contrato para prestar un servicio concreto cuando la trabajadora «ha estado al frente de la ventanilla única de la Delegación de Vivienda en Palencia, con lo que, forzosamente, ha tenido que atender las tareas normales del Departamento». En el mismo sentido, la **STS de 4 de mayo de 2010, IL J 927**, entiende que las tareas consistentes en realizar cursos de formación a los presos internos de baja cualificación profesional —de acuerdo con lo previsto en las normas penitenciarias— constituyen parte de la esencia de la misión de los Centros Penitenciarios, dado que no se trata de una ejecución de actos limitada en el tiempo, ya que se han de prestar y se vienen prestando ininterrumpidamente, lo que hace «irrelevante el que el Departamento de Justicia recibiera ayudas económicas con ese fin de cualquier otro organismo, pues tratándose de un servicio consustancial a su función si no percibe ayudas habrá de procurarse otro medio de financiación, ya que el servicio ha de ser prestado en todo caso». Asimismo, la **STSJ de Aragón de 12 de abril de 2010, IL J 964**, extrae la conclusión de que en modo alguno se puede atribuir sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa a las tareas que realiza una auxiliar en educación especial contratada por la Diputación General de Aragón, consistentes «en cubrir las necesidades de asistencia y formación de los escolares con minusvalía, atendiendo a los escolares, en su limpieza y aseo, colaborando en los cambios de las aulas o servicios de los escolares, en la vigilancia personal de éstos, en las clases en ausencia del profesor, colaborando también con el profesorado en la vigilancia de los recreos etc.»; dado que estas funciones:

«[...] constituyen la actividad natural y ordinaria del colegio de educación especial y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes. Por otra parte, tampoco es acertado decir que la actividad de la actora fuera de duración incierta, ni tampoco limitada en el tiempo».

En sentido contrario, la **STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2010, IL J 841**, viene a entender que sí se ajusta a los requisitos del contrato por obra, el pactado con una entidad de acción social sin ánimo de lucro en el marco de un programa de «garantía social», con la constitución de distintos talleres profesionales, entre los que figura uno de peluquería, para el que había sido contratado el trabajador. En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2010, IL J 826**, considera que se proyecta sobre el contrato de obra la temporalidad de la contrata cuando «se ha especificado un determinado servicio para fincas o empresas con las que a su vez la empleadora contrata [...] no habiéndose probado por el demandante la falta de realidad de los trabajos que se dicen prestados ni ninguna otra causa de la que pueda deducirse el fraude». Coincide también en la conclusión de la

celebración adecuada de este contrato la **STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010, IL J 974**, que, considerando inaplicable el artículo 15.5 ET a un contrato por obra que se «prorroga» en tres ocasiones porque no se ha producido la finalización de la obra —por lo que se trata del mismo contrato—, declara que la actividad consistente en el «archivo de numerosos expedientes de licencias de apertura y urbanismo desde el año 1997 que se encontraban pendientes de su control definitivo, mecanización informática y remisión al archivo general» puede considerarse obra o servicio porque, aunque forma parte de la actividad del servicio de Urbanismo del Ayuntamiento, tiene sustantividad y autonomía dentro de ella, puesto que se trata de llevar a cabo esa labor respecto a unos expedientes en los que desde 1997 no había sido realizada, con lo que puede determinarse cuándo se empieza y cuándo se termina:

«[...] siendo esa tarea de duración limitada en el tiempo, aunque en un principio no se sabía cuándo iba a terminar, siendo aquí indiferente que se consignaran en el contrato y en unas prórrogas fechas determinadas que sólo han de considerarse orientativas; en el contrato se especificó suficientemente cuál era tal objeto, pues se describió cuáles eran las tareas a realizar y sobre qué tipo de expedientes y, en fin, no consta que la demandante llevara a cabo, durante ese contrato, tareas distintas a las que tenían por objeto el contrato».

Por otra parte, la **STSJ de Valencia de 2 de febrero de 2010, IL J 823**, declara que no se debe considerar como causa de extinción del contrato por obra vinculado a contrata, el supuesto en que ésta se extingue *ante tempus* por impago, de acuerdo con lo pactado entre las empresas en el contrato mercantil, no habiéndose trasladado esta cláusula resolutoria al contrato de trabajo, que no se extingue adecuadamente porque se produzca un acuerdo de resolución de la contrata entre las empresas tal y como ha señalado la jurisprudencia.

#### b) *Contrato eventual por circunstancias de la producción*

En relación con esta modalidad contractual, más concretamente en relación con la duración del contrato eventual ampliada por convenio, ha de traerse a colación la **STSJ de Murcia de 22 de marzo de 2010, IL J 833**, que considera válida la ampliación de doce meses dentro de un período de dieciocho que contiene el convenio colectivo de empresas de mensajería en un supuesto en que, cuestionado el convenio aplicable —entre éste y el convenio colectivo de transporte de mercancías por carretera—, se entiende que no ha de tenerse en cuenta el dato de que se desconozca el tipo de transporte que lleva a cabo la empresa, cuando en el contrato de trabajo suscrito por el trabajador se concreta que a éste le es aplicable el convenio colectivo de empresas de mensajería:

«La sentencia recurrida, en cuanto estima que no existe causa para la terminación del contrato, al declarar la duración indefinida de la relación laboral existente entre las partes por haber durado un año el contrato eventual suscrito, aplica indebidamente el artículo 22.2 del convenio colectivo para el transporte de mercancías por carretera y vulnera, por falta de aplicación, el artículo 15.3 del convenio colectivo estatal para las empresas de mensajería, en relación con el 15.1.b) del ET, por lo que procede su revocación y, en su lugar, la desestimación de la demanda al no existir despido sino extinción del contrato de trabajo por la expiración del tiempo convenido [artículo 49.1.c) del ET]».

*c) El contrato de interinidad*

En cuanto a los contratos de interinidad por vacante debe destacarse la **STS de 26 de abril de 2010, IL J 888**, que aborda la cuestión de las diferencias existentes entre contratos indefinidos no fijos y contratos de interinidad por vacante, señalando a este respecto que:

«[...] si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, sin, por tanto, equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura».

Existen varios pronunciamientos en esta crónica relativos a la extinción de los contratos de interinidad por vacante. En primer lugar, la **STSJ de Aragón de 24 de febrero de 2010, IL J 999**, que determina la ilegalidad del cese de una interinidad por vacante al no haberse producido por un procedimiento reglado de cobertura definitiva de la plaza, sino como consecuencia de la imposición a otro trabajador de una sanción de traslado forzoso. En este caso, ha de precisarse que el tribunal toma en cuenta que en la sanción que motiva la extinción del contrato de interinidad no se cumplió la exigencia convencional de que el traslado forzoso se produjera cuando la sanción fuera firme. También ha de mencionarse alguna sentencia que reputa improcedente el despido al basarse la extinción en la cobertura de la plaza, cuando dicha cobertura se hizo por trabajadores de otra categoría profesional que no se correspondía con la de los interinos (**STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2010, IL J 650**).

En cuanto a los pronunciamientos que declaran la licitud del cese de los contratos de interinidad por vacante, cabe reseñar la **STSJ de Galicia de 23 de abril de 2010, IL J 1032**, que admite la extinción del contrato de interinidad por la provisión de la plaza por quien se reincorporó a dicha plaza tras una excedencia voluntaria. Como se reseñara en anteriores crónicas, por la Sala de lo Social del tribunal gallego se analiza nuevamente la incidencia de una normativa autonómica que prevé un futuro proceso de consolidación como indefinidas de plazas vacantes ocupadas por interinos. La sentencia concluye que dicho proceso no excluye la extinción válida del contrato de interinidad ni da derecho a una suerte de reserva de puesto de trabajo. Por lo demás, mencionar algún pronunciamiento que considera que los contratos de interinidad por vacante (aunque formalizados como de obra o servicio con cláusula de extinción por cobertura por un funcionario de la plaza) se extinguen lícitamente por dicha cobertura (**STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2010, IL J 795**).

Ya en relación con los contratos temporales de interinidad por sustitución de los trabajadores cabe hacer referencia a la **STJUE de 24 de junio de 2010, IL J 876**, que resuelve dos cuestiones prejudiciales sobre la legislación italiana y su adecuación a la Directiva 1999/70. En concreto, se declara que la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo Marco no tiene efecto directo y «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que ha suprimido la obligación del empresario de indicar, en los contratos de duración determinada celebrados para sustituir a trabajadores ausentes, los nombres de dichos trabajadores y los motivos de su sustitución, y que se limita a establecer que tales contratos de duración determinada deben celebrarse

por escrito e indicar los motivos del recurso a dichos contratos, siempre que estas nuevas condiciones se vean compensadas por la adopción de otras garantías o protecciones, o que afecten sólo a un grupo limitado de trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo de duración determinada, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente».

*d) Contrato de inserción*

La **STS de 17 de mayo de 2010, IL J 1222**, examina las características y finalidad de estos contratos. A este respecto, 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 no dependía de la finalización de esa obra o servicio sino de la conclusión del programa subvencionado y su financiación.

**B) Reglas generales**

*a) Conversión en indefinido*

Varias sentencias determinan la conversión en indefinida de una relación de trabajo pactada inicialmente como temporal. En primer lugar, cabe destacar las **SSTSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2010, IL J 861 e IL J 894**, que, aplicando la regla del artículo 15.5 ET, determinan que se convierte en relación indefinida la configurada a través de sucesivos contratos para obra o servicio concertados con el trabajador por la Junta de Extremadura para la prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales —que no es una actividad permanente porque depende de que la Junta se lo encargue, de una u otra forma—, cuando el conjunto de los contratos suscritos superan el período de tiempo reseñado en el precepto y sin que quepa entender que se trata de un trabajo fijo discontinuo.

Responden también estas resoluciones a la cuestión relativa a la imposición de la multa por temeridad que se impone a la Junta por incomparecer al acto de conciliación, coincidiendo la sentencia con la pretensión de la papeleta, declarando ajustada a derecho su exigencia, pero no así su cuantía:

«Por ello, como en este caso, y no se discute, la empresa no compareció al acto de conciliación sin justificación para su ausencia, cabe la imposición de la sanción impuesta. [...] En este caso, parece excesiva la imposición de la máxima sanción que permite el art. 97.3 ET [...] sin exponer razones para su cuantía, cuando este precepto exige la imposición de la multa, pero no que sea la máxima permitida. Por ello, aquí ha de rebajarse dado que, a la vista de lo que se ha razonado en los fundamentos anteriores para confirmar la sentencia que estimaba la pretensión del demandante, no parece que, oponiéndose a la demanda la empresa actuara con excesiva temeridad o mala fe, sino que su oposición era más que razonable, aunque, a la postre, no haya podido prosperar».

También, en esta materia ha de reseñarse la **STSJ de Baleares de 15 de marzo de 2010, IL J 790**, que determina el carácter indefinido de la relación pactada entre una empresa dedicada a la construcción y sus trabajadores que, sin embargo, son contratados como fijos discontinuos desde finales hasta inicio del verano.

*b) Tratamiento de la extinción contractual*

En relación con la extinción de contratos temporales, ha de hacerse referencia a las **SSTSJ de Asturias de 9 de abril de 2010, IL J 1035 e IL J 1050**, que consideran que, en relación con el contrato por obra, cabe admitir la cláusula configurada en el convenio colectivo en el sentido de admitir la extinción del contrato constatada «la disminución real del volumen de la obra o servicio contratado», que haga que «resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio».

En segundo lugar, ha de hacerse referencia, en relación con la cuestión del tratamiento de la extinción de los contratos temporales, a la **STS de 28 de abril de 2010, IL J 1212**, que resuelve la cuestión de cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad de un despido, cuando se trata de supuestos en los que la trabajadora había sido contratada temporalmente y el contrato se había extinguido durante la tramitación del proceso por vencimiento del plazo marcado para su duración, antes de dictarse sentencia firme declarando la nulidad del despido: «El núcleo de la contradicción radica en determinar si la declaración de nulidad de un despido, caso de contratados temporales, no impide la extinción del contrato temporal cuando venza el plazo de duración del mismo, extinción que debe declarar el órgano judicial que conoce del asunto cuando se ha cumplido ya el término resolutorio, lo que supondría limitar los efectos de la declaración de nulidad al pago de los salarios de trámite devengados hasta el día en que el contrato se habría extinguido en condiciones normales y el importe de la indemnización correspondiente en los casos que proceda».

En relación con ello, es necesario apuntar que la sentencia cuenta con dos votos particulares planteados en relación, primero, con el fondo; y, en segundo lugar, con la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste que debió llevar a la desestimación del recurso. Concretamente se plantea que, aun tratándose de despidos nulos en ambos casos, el contrato temporal en la sentencia de contraste era eventual por circunstancias de la producción, cuando en la recurrida se trata de un contrato para la formación. La sentencia, sin embargo, no tiene en cuenta esta diferencia y concluye que:

«[...] hay que entender que, cuando el empresario decide extinguir el contrato antes de que venza el plazo establecido para su ejecución, está anunciando, también, su decisión de rescindir el contrato cuando llegue el término resolutorio pactado, pues así se deriva de su actuación, razón por la que el trabajador deberá impugnar no sólo el cese anticipado, sino también la licitud de la cláusula que establece la temporalidad del contrato. Consecuentemente, si no se cuestiona la validez del término resolutorio pactado o si se declara que el mismo es lícito, el contrato se extinguirá llegado su vencimiento, porque, cual se dijo antes, es diferente el tratamiento que debe darse a la decisión empresarial de extinguir anticipadamente el contrato, del que corresponde a la rescisión del mismo por las causas válidamente pactadas, extinción que se produce, cuando llega el día convenido, con independencia de las vicisitudes que se hayan producido, siempre que no se haya cuestionado y anulado la validez de la cláusula que limitó la duración del contrato. [...] Ello sentado, como se trata de una obligación de hacer es de aplicar lo dispuesto en los artículos 1184 y 1136 CC, precepto este último aplicable a las obligaciones de hacer por mor de lo dispuesto en su último párrafo. Ello comporta que a partir de la extinción del contrato la empresa no venga obligada a dar ocupación a la parte actora, pues no le es exigible legalmente esa obligación.

Sin embargo, viene obligada a indemnizar los perjuicios causados hasta ese día, ya que, la irregular extinción anticipada del contrato le es imputable a ella. Consecuentemente, conforme a la regla tercera del citado artículo 1136 CC, al no ser posible dar la ocupación pactada durante el período de tiempo comprendido entre el día del despido nulo y aquel en el que finalizó el contrato, tal obligación debe sustituirse condenando a la empresa al pago de los salarios (precio de la cosa) que la trabajadora debía haber cobrado de haberse ejecutado el contrato hasta el día pactado. Con ello se repara el lucro cesante que la actora sufrió, pues, cual se dijo antes, a partir de la extinción del contrato no existe pérdida imputable a la empresa y la reparación del lucro cesante debe cubrir el real o probable, pero no el que, aunque sea posible, no es objetivamente probable, sino hipotético e imaginario».

En relación con los efectos que la resolución anticipada del contrato para la formación tiene respecto del perfil formativo de éste, esto es, de la obligación de formación teórica y práctica que asume la empresa se viene a señalar que:

«La íntegra satisfacción del perjuicio causado requeriría compensar por la formación no recibida entre el día del cese por decisión empresarial y de aquel en que finalizó el contrato. No dar la formación debida en ese período de tiempo es imputable a la empresa, pero el incumplimiento de ese deber no es causa que justifique la prórroga del contrato al efecto, como se razonó antes con base en el artículo 11.2.k) ET. Este perjuicio, aunque se puede cuantificar, no tiene carácter material, no merece el calificativo de lucro cesante, ni el de daño emergente, porque hace referencia a un perjuicio inmaterial, como es la pérdida de la posibilidad de adquirir una mejor formación y experiencia profesionales. La reparación de este perjuicio no se puede acordar en este momento porque no se ha pedido al impugnar el presente recurso, ni se pidió al impugnar el recurso de suplicación resuelto por la sentencia recurrida, lo que impide a este Tribunal plantearse de oficio esa cuestión, ya que, en los recursos extraordinarios, como son los de suplicación y casación unificadora, el Tribunal debe limitar su conocimiento a las cuestiones planteadas por las partes. Lo dicho cobra especial importancia visto el suplico de la demanda, donde se reclamó una indemnización de 9.000 euros por daños morales, pretensión que desestimó la sentencia de la instancia, pronunciamiento que no fue impugnado».

En definitiva, en la sentencia se equiparan las consecuencias que la nulidad del despido provoca en un supuesto en que el contrato para la formación se extingue por cumplimiento del término pactado durante la tramitación del proceso y las que se producen cuando esta circunstancia se da tratándose de un contrato eventual por circunstancias de la producción.

### 3. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

#### A) Contrato a tiempo parcial

En el terreno del cálculo de los períodos de cotización en estos contratos, cabe reseñar la **STJUE de 10 de junio de 2010, IL J 750**, que dilucida la no adecuación al Derecho comunitario de una legislación italiana que computa para la prestación de jubilación únicamente los períodos trabajados, de determinados trabajadores con un contrato denominado «a tiempo parcial vertical cíclico», que sólo trabajan determinados meses o semanas.

## B) Contrato fijo discontinuo

En relación con el contrato de fijo discontinuo, diversas y de variada temática son las resoluciones que merecen nuestra atención en el período analizado. En primer lugar, la **STS de 15 de marzo de 2010, IL J 634**, resuelve un conflicto colectivo sobre cómo ha de interpretarse la locución de «antigüedad» a los efectos del llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos previstos en el convenio de una Diputación provincial. Los términos de la controversia estaban en interpretar que la antigüedad se refería bien al primer llamamiento o bien, que había de establecerse en atención al año del proceso selectivo y dentro de éste, por el orden de escalafón obtenido en la adjudicación de las plazas. La sentencia se inclina por esta segunda interpretación:

«Esta antigüedad en la plantilla determinada en función del ingreso en el empleo público a partir de los procesos de selección que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, es la que mejor se ajusta a la regulación de los procesos de llamamiento de los trabajadores discontinuos, pues en ese llamamiento, aparte de ponderar la experiencia de la especialidad y/o en la categoría, debe valorarse como mérito específico no el tiempo genérico de prestación de servicios, sino el tiempo cualificado de esa prestación como trabajador fijo de plantilla que ha ingresado en la empresa a través de los correspondientes procesos de selección, que garantizan su mayor preparación en orden al servicio».

En cuanto a la delimitación del contrato fijo discontinuo respecto a otros contratos temporales, las **SSTS de 25 de marzo y de 13 de mayo de 2010, IL J 635 e IL J 1085**, establecen que en las campañas forestales la contratación de trabajadores para la prevención y extinción de incendios responde a una necesidad de carácter intermitente o cíclico por lo que la contratación no puede ser eventual, sino fija discontinua.

Buscando, asimismo, perfilar el alcance de esta modalidad contractual, la **STSJ de Navarra de 7 de abril de 2010, IL J 1021**, establece que los trabajos desarrollados por el trabajador no tenían el carácter de fijos discontinuos, pues no se correspondían con la existencia de ciclos o temporadas, sino que dependían del volumen de pedidos que tenga la empresa, coincidiendo el cese de su actividad con períodos de vacaciones o cierre de la empresa. Desde esta perspectiva se considera al trabajador fijo.

En cuanto a la extinción de este tipo de contratos, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de abril de 2010, IL J 1024**, determina que si no se acredita debidamente la causa, la falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo, aunque no existiera preterición respecto al resto de trabajadores de la lista, constituye un despido improcedente.

Ya en relación con la protección social de estos trabajadores, las **SSTS de 22 de abril y de 12 de mayo de 2010, IL J 765 e IL J 1180**, aplican doctrina unificada sobre la forma de cálculo de los períodos cotizados por trabajadores fijos discontinuos. Concretamente, se establece la aplicación extensiva de la fórmula prevista en la Orden Ministerial de 30 de mayo de 1991 establecida para el sector de frutas y hortalizas a un estibador portuario. Aplicando analógicamente el artículo 6 de la Orden se establece que por cada día trabajado realmente habrá que considerar cotizados 1,33 días o 1,61 días según la jornada desarrollada a los efectos de tener en cuenta los días de descanso por los que también se cotiza. La primera de las sentencias declara que:

«La expresión “períodos de ocupación cotizada” que emplea el tan citado artículo 210.1 de la LGSS no puede interpretarse en un sentido tan restrictivo que resulte equivalente a días efectivamente trabajados, por cuanto, respecto de los trabajadores fijos discontinuos a los que se refiere la Orden reiteradamente invocada, el artículo 6 de ésta, considera como cotizado, por cada día de trabajo real y efectivo, 1,33 días o 1,61 días, según que la jornada se desarrolle respectivamente, de lunes a sábado o de lunes a viernes (...). Tal como en la sentencia de contraste también se razona, es cierto que el trabajador fijo discontinuo puede llegar a trabajar en algunos períodos del año, como consecuencia de necesidades impuestas por las fechas de recolección de los productos agrícolas, el mismo número de días —o incluso más— que un trabajador fijo, y que en tales ocasiones resulten más días cotizados que los naturales de un mes, pues 26 días de trabajo efectivo suponen para un fijo discontinuo 34 días de cotización, pero ello no es obstáculo para el cómputo de todas las cotizaciones, porque en ellas va incluida la parte proporcional de las vacaciones, que los fijos discontinuos no disfrutaban normalmente, y por las que los trabajadores fijos cotizan en el mes de su disfrute, de tal suerte que no existe, en cómputo anual, diferencia alguna porque como ya se dijo, a 275 días de trabajo real corresponde 365 cotizaciones».

### C) Contrato de relevo

Respecto a este contrato, en primer lugar, la **STS de 18 de mayo de 2010, IL J 1158**, reiterando doctrina unificada, 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 entiende que no cabe entender que exista una conducta fraudulenta por parte de la empresa originaria que justifique la aplicación de la responsabilidad empresarial de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002. En casos donde sí se declara la responsabilidad por falta de contratación de un relevista se limita esta responsabilidad de forma proporcional al período en que cesó el relevista y hasta que se produjo la nueva contratación (**STS de 13 de abril de 2010, IL J 710**).

También reitera doctrina, la **STS de 12 de mayo de 2010, IL J 1082**, que no admite el acceso a la jubilación parcial del personal estatutario en tanto no se desarrolle reglamentariamente para este colectivo el artículo 166 LGSS.

En doctrina judicial de suplicación, se desestima la demanda en materia de reclamación del derecho a la jubilación parcial reconocido en el convenio colectivo de aplicación cuando el empresario acredita que no ha sido posible concertar un contrato de relevo (**STSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2010, IL J 1207**).

Abordando el cumplimiento de los condicionantes para acceder a la jubilación parcial existen diversos pronunciamientos. En cuanto al requisito de correspondencia entre el contrato de relevo y el del jubilado parcialmente, la **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2009, IL J 961**, interpreta lo dispuesto en el artículo 12.6 ET y en el artículo 166.2 LGSS entendiéndolo 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, entendiéndose por tal el que implique «el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente». Sólo cuando el puesto de trabajo que ocupe el

relevista no sea el mismo o uno similar se exige una correspondencia entre las bases de cotización no inferior al 65%. En el caso de autos la trabajadora jubilada parcialmente y la relevista pertenecían al mismo grupo profesional, aunque con distinto nivel retributivo, por lo que la sentencia entiende cumplida la exigencia de correspondencia entre el contrato de relevo y el del jubilado parcialmente. En segundo lugar, cabe destacar la **STSJ del País Vasco de Sala General de 23 de marzo de 2010, IL J 818**, que, con dos votos particulares discrepantes, reconoce el derecho a un jubilado parcial al acceso a la prestación de jubilación correspondiente al no estimar que existiera incumplimiento de la obligación de que el puesto de trabajo del trabajador relevista se corresponda con el del trabajador sustituido jubilado parcialmente. En concreto, en el caso de autos este último era jefe administrativo y la relevista ocupaba el puesto de auxiliar administrativa. La sentencia estima que se cumple el requisito de que el grupo salarial no sea inferior al 65%.

En cuanto al requisito de antigüedad en la empresa, la **STSJ de Baleares de 15 de marzo de 2010** señala que la antigüedad de seis años en la empresa introducida por la Ley 40/2007, se gradúa para el trabajador del caso de autos por mor de la disposición adicional séptima, siendo en el caso concreto de dos años. Es importante reseñar que la sentencia precisa que la normativa señala que dicho período hubiera de realizarse a tiempo completo.

Finalmente, también la **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2010, IL J 874**, establece que de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 304/2004, el participante de un plan de pensiones del sistema de empleo que pasa a jubilación parcial anticipada no tiene, en principio, derecho a la percepción de las prestaciones del plan hasta su jubilación total, salvo disposición expresa en contrario contenida en el propio plan, que en ese caso no existía.

#### 4. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

##### A) Contratos laborales y contratos administrativos

En relación con esta materia las **SSTSJ de Asturias de 12 y 21 de mayo de 2010, IL J 1120, 1122 y 1123**, determinan que no es admisible que una Administración autonómica modifique el modelo contractual para impartir formación a los desempleados de suerte que los contratos temporales que venía realizando a unos docentes se reconviertan en contratos administrativos en los que los servicios se adjudiquen a una empresa que a su vez contrata a quien hasta entonces realizaba su trabajo con contrato indefinido discontinuo. En este sentido se argumenta:

«[...] las facultades de modificación de tipo de contratos de la Administración pierden su legitimidad cuando el cambio obedece a una finalidad contraria a los intereses de los trabajadores que siendo hasta la fecha contratados en régimen de contratación laboral son obligados a convertirse en autónomos y bajo una modalidad contractual administrativa que implica desconocer su carácter de trabajadores laborales fijos discontinuos; tal actuación encubre un acto de cesión ilegal de trabajadores, y por ello se producen las consecuencias que la sentencia señala».

**B) Contratación laboral. Irregularidades en la contratación laboral**

En relación con la celebración de contratos temporales por la Administración Pública, la **STSJ de Asturias de 9 de abril de 2010, IL J 1037**, determina la consideración de una trabajadora como indefinida no fija ante la falta de la debida identificación de la obra o servicio en su contrato temporal.

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) Salarios. Absorción y compensación.
- b) FEVE. Acuerdos extraestatutarios. Trabajadores afectados.
- c) Sucesión empresarial. Plus Convenio desestimación.
- d) RTVE. Cálculo y devengo de las pagas extraordinarias y de productividad.
- e) Conflicto colectivo. Incremento salarial pactado
- f) Conflicto colectivo. Estimación. Acuerdo entre partes no permitiendo la absorción y compensación
- g) Conflicto colectivo. Estimación. Cosa juzgada. Incremento salarial.
- h) Personal de limpieza de hospital. Equiparación retributiva al personal estatutario.
- i) British Airways. Reclamación retributiva. Desestimación.
- j) II Convenio colectivo del Grupo Unión Fenosa. Cantidades percibidas como compensación por cambio del sistema de pensiones.
- k) Absorción y compensación salarial. Requisitos. No procede.
- l) Concurrencia de convenios. Determinación del convenio aplicable.
- m) Diferencias salariales. Estimación parcial. Principio del Derecho Comunitario.
- n) Diferencias salariales. Desestimación.
- ñ) Valor liberatorio. Abono mensual de pagas extraordinarias.
- o) Diferencias salariales. Estimación parcial. Devengo y pago del salario. Criterio al respecto.

###### B) Fondo de Garantía Salarial.

- a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en procedimiento ordinario. No es necesaria una sentencia específica de despido.

##### 2. JORNADA DE TRABAJO.

A) **Horas extras: el valor fijado en convenio colectivo no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria**

B) **Horas extras: el complemento denominado «compensación por cambio del sistema de pensiones» debe integrarse en módulo del cálculo del salario hora que debe servir luego para fijar el importe de las horas extraordinarias.**

3. PACTO DE NO COMPETENCIA.
    - A) **No procede admitir más derechos ni obligaciones que los establecidos en el acuerdo bilateral.**
  4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.
    - A) **Demanda de clasificación profesional y denegación de acceso al recurso: irrelevancia del momento en que se origina la falta de correspondencia entre funciones y clasificación profesional del trabajador.**
    - B) **Servicio de *handling*, sucesión empresarial extra muros del artículo 44 ET y encuadramiento profesional de los trabajadores subrogados.**
  5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.
    - A) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Alteración de las dietas. Desestimación.**
    - B) **Modificación sustancial de las condiciones laborales. Cambio de conceptos salariales.**
    - C) **Modificación sustancial de las condiciones laborales. Impugnación. Procedimiento ordinario, procedimiento especial.**
    - D) **Modificación sustancial de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación. Complemento de puesto de trabajo.**
    - E) **Proceso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad de las actuaciones.**
    - F) **Ampliación de la jornada. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**
- 

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2010 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 620 a J 1224).

### 1. SALARIO

#### A) **Definición y composición de la estructura salarial**

a) *Salarios. Absorción y compensación*

#### **STS de 9 de marzo de 2010 (recurso de casación 34/2009), IL J 636.**

1. Los trabajadores de «S.E.S.A.» que pasaron a integrarse dentro del Grupo E. con una antigüedad anterior a diciembre de 1995 tenían derecho, según los artículos 23 y 24 de su Convenio colectivo 93-94, a un ascenso de categoría por el mero transcurso del tiempo en su categoría de origen, generándose así mismo el derecho al salario base de la

categoría de destino. El Convenio de 1997 estableció un sistema nuevo de clasificación profesional que derogaba el anterior, pero estableció en su disposición transitoria 2.<sup>a</sup> que para los trabajadores con una antigüedad anterior a diciembre de 1995 se prorrogaba el contenido de los artículos 23 y 24 del Convenio 93-94 exclusivamente en sus efectos económicos hasta el momento en que se perfeccionaran los ascensos y/o asimilaciones a los que hubieran tenido derecho conforme a la categoría que ostentaba el trabajador a la firma del Convenio colectivo 95/96, los efectos económicos se aplicarán incrementando, cuando proceda, el salario base individual, sin que afecte a la clasificación profesional del trabajador teniendo en cuenta las bases económicas establecidas en la tablas de referencia. Una vez integradas las empresas en el Grupo E. perdieron su vigencia los respectivos convenios y pasaron a aplicarse los denominados «Convenios Marco». El artículo 12.4 del Primer Convenio Marco estableció que la promoción en curso de devengo se regiría por el sistema establecido en el Convenio colectivo de origen. A éste le sucede el 2.º Convenio Marco, que es el vigente a la fecha de presentación de la demanda, que dispone en su disposición transitoria 2.<sup>a</sup> que «el personal que a la firma del presente convenio marco no hubiere hecho efectiva la promoción en curso de devengo a que hace referencia el artículo 12.4 del primer acuerdo marco, podrá optar por la que le correspondiera por el Convenio de origen o por el presente convenio, comenzando el cómputo del plazo, a partir del 1 de enero de 2001». El Grupo E. ha venido respetando la promoción económica de los trabajadores afectados, partiendo de que ésta representa una «garantía de mínimos», procediendo al incremento salarial de la categoría superior sólo si en la fecha del término promocional no alcanzaba el trabajador el importe del salario correspondiente a la categoría a la que ascendía; en otro caso no abonaba, además, la diferencia salarial existente entre ambas categorías.

2. Se desestima la demanda inicial porque la Sala del TSJ entiende que existen dos fuentes convencionales distintas, el convenio de origen y los convenios marco, cuestión jurídica que no comparte la Sala del Tribunal Supremo, pues entiende que los convenios de origen perdieron su vigencia al ser sucedidos por la normativa convencional posterior, la normativa en vigor en la interposición de la demanda es el 2.º convenio marco del Grupo E, por ende es el derecho a discutir en el presente procedimiento. Sentada esta cuestión y puesto que el Grupo E ha respetado la promoción económica de los trabajadores afectados pero sólo a la fecha del término promocional, no al importe del salario de la categoría a la que ascendía, sí ha aplicado en este concepto la absorción y compensación. A este respecto recuerda la Sala del TS, en doctrina unificada entre otras en sentencias de fecha 9/7/2001 (recurso 4616/00), 2/12/2002 (recurso 949/02), y sobre la base del artículo 26.5 ET, que se 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, de modo que el incremento contenido en una fuente normativa quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta, cuestión que no ocurre en el presente caso, puesto que ya se razonó que hay una única fuente de derecho a aplicar, por ende estima ambos recursos de casación.

3. Para aplicar la compensación y absorción distingue claramente el TS, cuál debe ser el origen de la mejora salarial, determinando que para que entre en juego esta figura jurídica deban ser dos las fuentes normativas, no una única como ocurre en el caso de autos, aunque ésta se remita por referencia expresa a otra anterior.

b) *FEVE. Acuerdos extraestatutarios. Trabajadores afectados*

**STS de 23 de marzo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2756/2009), IL J 644.**

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es si los actores, que habían suscrito un acuerdo extraestatutario con vigencia del año 2002 al 2005 con FEVE, y tras la firma del XVII Convenio Estatutario por la empresa, tienen derecho o no a percibir el fondo de compensación de modificaciones normativas para los ejercicios 2004 y 2005 en diferentes términos que el resto de los trabajadores. Estimada la demanda de los trabajadores para cobrar la diferencia por este concepto entre lo cobrado el año 2003 por los trabajadores sujetos al pacto extraestatutario y la cantidad acordada por el convenio de eficacia general para este concepto, la empresa recurre señalando una sentencia de contraste que ante la misma pretensión desestima la demanda de los trabajadores. El convenio extraestatutario (2002-2005), en su artículo 6 disponía que durante los años 2003, 2004 y 2005, además del incremento salarial que supondrá la aplicación de la nueva estructura salarial corresponderá a la Comisión Paritaria la negociación de los incrementos de salario que procedan para cada uno de estos años dentro de los límites autorizados por la Ley. El XVII Convenio Estatutario para los años 2002-2005, en su artículo 7, estableció que las retribuciones del año 2005 se actualizarían con el IPC previsto por el Gobierno, incluyendo una prima de productividad cuyo importe y condiciones de devengo corresponde autorizar al Ministerio de Hacienda, la Comisión paritaria del Convenio acordó los incrementos salariales para el año 2005. La Comisión paritaria del acuerdo extraestatutario no llegó a acuerdo alguno a este respecto. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 25 de abril de 2006, declaró el derecho de los trabajadores afectados por el pacto extraestatutario a que en el año 2005, su salario aumentara en los términos previstos por el convenio de eficacia general, sentencia confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de enero de 2008.

2. Señala la Sala en el presente recurso que la doctrina correcta es la que aplica la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2006, ratificada por el Tribunal Supremo en la que se concluye que los trabajadores adheridos al Convenio extraestatutario no tienen derecho a cobrar una cantidad superior a la que perciben el resto de los trabajadores por este concepto. Ante la coexistencia entre una regulación normativa y una regulación contractual se deben aplicar las condiciones más favorables y la referenciada sentencia de la Audiencia Nacional declara que a los trabajadores adheridos al acuerdo extraestatutario ha de aplicárseles las subidas salariales recogidas en el convenio de eficacia general. Por lo tanto, la consecuencia y aplicación correcta de esta sentencia consiste en que los extraestatutarios también participen del fondo de compensación de modificación de condiciones normativas «en las mismas condiciones que los demás trabajadores», que es textualmente lo resuelto por la Audiencia Nacional, en aras a la homogeneización de las retribuciones.

3. Estima la Sala del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, sobre la base de otra sentencia de conflicto colectivo de la Audiencia Nacional ratificada a su vez por el Tribunal Supremo que dictaminó que la falta de acuerdo de la Comisión paritaria en el acuerdo extraestatutario, no podía interpretarse como la no aplicación de ningún incremento, reconociendo a los trabajadores extraestatutarios los incrementos salariales recogidos en el convenio de eficacia general, para todos los trabajadores, es

decir, la aplicación de la norma más favorable, y esta misma interpretación lleva a concluir a la Sala que el resto de las retribuciones deben ser aplicadas bajo el mismo criterio, dando la razón a la tesis mantenida por FEVE.

*c) Sucesión empresarial. Plus Convenio, desestimación*

**STSJ Canarias de 11 de enero de 2010 (recurso de suplicación 751/2009), IL J 669.**

1. Sucesión y subrogación empresarial entre las empresas «CG S.A.» y «TG S.A.» a partir del 1-01-2007. En aplicación del Convenio colectivo la primera empresa sustituye el complemento de antigüedad a partir del 1 de enero de 1999 por el «plus convenio», que a partir de ese momento se incrementará en la misma proporción que las tablas salariales y será cotizable. El Convenio colectivo de la empresa «TG S.A.» recoge la sustitución en términos similares, y el convenio para los años 2007-2008 prevé igualmente que el plus convenio que sustituyó al complemento salarial de antigüedad, se incremente en la misma proporción que las tablas salariales y sea cotizable. Y así mismo prevé en el artículo siguiente, bajo la denominación de complementos al puesto de trabajo: a) Plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad: todo el personal afectado por el presente convenio percibirá mensualmente, sin distinción alguna, la cantidad que se fija en la tabla salarial. En las Tablas salariales del Convenio para el 2007 de la empresa «CG S.A.» la categoría del actor tiene un salario bruto de 17.167,44 euros (salario base, beneficios, plus convenio, retribución agua, plus lectores, cuatro pagas extraordinarias). En el convenio para el año 2007 en la empresa «TG S.A.» recoge un salario anual bruto de 18.794,99 euros (salario base, plus tóxico, plus asistencia, plus transporte, cuatro pagas extraordinarias). La empresa «TG S.A.» en la nómina de atrasos 2007 descontó al actor, de los conceptos salariales fijos, 419,70 euros de beneficios, 400,38 euros de plus convenio, 116,34 euros de paga extra de marzo. El trabajador interpone demanda interesando seguir percibiendo a partir del 1 de enero de 2007 (fecha de la sucesión) el concepto retributivo denominado plus convenio previsto en el convenio de la primera empresa «CG S.A.». Se desestima su solicitud por entender que es de aplicación la institución de la absorción y compensación salarial.

2. Confirma la Sala la Sentencia de instancia y entiende no vulnerado el artículo 26.5 ET, porque la alegación del recurrente de no ser conceptos homogéneos el plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad con el plus convenio, elemento esencial para que opere la institución de la absorción y compensación, no puede aplicarse al presente caso, a fin de que la regulación en el convenio de la empresa «TG S.A.» de estos pluses, y contrariando incluso su propia naturaleza no se abona en función del puesto de trabajo, sino a todos los trabajadores, por lo que entiende sí procede la absorción regulada en el artículo 5 del Convenio de la empresa «TG S.A.».

3. Ratifica la Sala una sentencia de instancia, aplicando su criterio ya dictado en un caso anterior de fecha 1 de octubre de 2009, que no estima la pretensión del actor por entender que es de aplicación el artículo 26.5 ET, y que las cantidades que el trabajador venía percibiendo en concepto de plus de convenio quedan absorbidas y compensadas por las cantidades abonadas en los pluses de puesto de trabajo, porque éstos se abonan a todos los trabajadores sin distinción de las funciones y trabajos que realizan.

d) *RTVE. Cálculo y devengo de las pagas extraordinarias y de productividad*

**STSJ de la Rioja de 21 de enero de 2010 (recurso de suplicación 2/2010), IL J 737; STSJ de Murcia de 22 de marzo de 2010 (recurso de suplicación 1026/2009), IL J 828; STSJ de Valencia de 13 de abril de 2010 (recurso de suplicación 1991/2009), IL J 1026.**

1. En todas las sentencias señaladas, y 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. Así mismo se pone de manifiesto, como temas secundarios, la firma de documento, y, en una de ellas, concretamente la de la Sala de Valencia, la posible discriminación de la mujer en aplicación de la Directiva Comunitaria 76/207, Sentencia TJCEE de 11 de noviembre de 1997 (asunto *Marschall*).

La cuestión central es 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; negando, por otro lado, el valor liberatorio del recibo de saldo y finiquito, frente al cálculo de dos de las pagas extraordinarias como semestrales.

2. En referencia a la impugnación del artículo 66 del Convenio colectivo de RTVE en relación con los artículos 3, 29 y 31 ET, por la forma de pago y cálculo del devengo de las pagas extraordinarias la Sala 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; y el valor liberatorio del finiquito.

Sobre la primera cuestión se cierne la sombra de la Jurisprudencia de la Sala en su criterio mayoritario, entre otras citamos las de fechas 21 y 24 de abril de 2009, 4 de febrero de 2009 y 17 de marzo de 2009, criterio que se mantiene, y que no altera el sistema concebido en el artículo 31 ET, ni en 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 se admite como válido y no contrario a los preceptos del ET y al artículo 37.1 CE, que en caso de 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.

En relación con las otras dos cuestiones, entiende que no media renuncia de derecho pues el actor ha percibido las cantidades que le corresponden, y tampoco se entienden infringidos los artículos 9.2 y 14 CE, en relación con la normativa comunitaria al respecto, pues no puede ponerse en duda que la «preferencia» sólo puede reconocerse respetando el principio de mérito, en el caso que nos ocupa se realizó en función de la puntuación obtenida en las distintas pruebas que se realizaron.

3. La Sala, en estas tres sentencias, reitera su criterio mayoritario en la interpretación del ET, del artículo 37.1 CE, y 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 ET, dando una especial relevancia esta doctrina del TS, a la forma de aplicación del incuestionado sistema regular e histórico seguido por la empresa respecto a las pagas extraordinarias y de productividad, que 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.

*e) Conflicto colectivo. Incremento salarial pactado en Convenio colectivo*

**STS de 24 de marzo de 2010 (recurso de casación 82/2009), IL J 757.**

1. Se centra el litigio en la interpretación de un artículo del Convenio colectivo donde se pactan los incrementos salariales fijos desde el año 2007 al 2010, a través de dos tablas, en la primera se recoge un incremento anual a cuenta y en la segunda un incremento adicional al IPC real. Las revisiones salariales se entenderán con carácter retroactivo al 1 de enero del año al que hagan referencia. La demanda mantenía que la empresa había aplicado con efectos de 1 de enero de 2009 el incremento anual a cuenta, en concreto un 2%, pero no aplicaba el adicional establecido para ese año en el 0,6%. La empresa recurrente sostiene que la Audiencia Nacional hace una interpretación errónea, pues el 0,6% de incremento adicional ha de serlo al IPC real que no se conoce hasta el 31 de diciembre de 2009.

2. Resuelve la Sala el recurso de casación aplicando la doctrina ya determinada en otras sentencias (SSTS 26-01-2010, 18 y 25-02-2010), en que interpretando otros incrementos salariales previstos en negociación colectiva, busca la solución en interpretar cuál ha sido la voluntad de las partes a la hora de determinar el incremento salarial, y en esta materia se atribuye un amplio margen de interpretación al tribunal de instancia frente al cual se desarrolla la actividad probatoria, salvo que se haga una interpretación irracional o infrinja alguna norma. El concepto de IPC previsto lo equipara al parámetro utilizado en los presupuestos generales del Estado, que pone en evidencia una previsión en relación con la revaloración de las pensiones públicas. A mayores ha de tenerse en cuenta que según el artículo 82.3 ET estas cláusulas contractuales han de respetarse aun en situación de crisis económicas generalizada, y hace referencia la Sala a la STS de 18 de febrero de 2010, en la que se afirma que ni siquiera un hipotético pacto de remisión a la baja a efectuar a finales del año 2009 «exoneraría de cumplir al comienzo de ese año lo establecido en convenio».

3. Es clara y reiterada la postura del TS en referencia a la interpretación de los acuerdos en negociación colectiva, donde si los términos del texto pueden dar lugar a dudas, ha de prevalecer la intención de los contratantes (empresa-trabajadores), y la voluntad de éstos al tiempo de la negociación, prevaleciendo siempre esta última.

f) *Conflicto colectivo. Estimación. Acuerdo entre partes no permitiendo la absorción y compensación*

**Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2010 (conflicto colectivo 53/2010), IL J 767.**

1. En diciembre de 2008 CC.OO. y UGT firmaron con la empresa «SE S.L.» un acuerdo sobre traspaso y unificación de convenio colectivo aplicable a todos los centros de trabajo de España, y se pactó, en el primer punto del acuerdo, que el cambio de convenio partiría de la no aplicación del principio de compensación y absorción. En el mes de enero de 2010 la empresa procedió a absorber y compensar las mejoras voluntarias que el incremento del nuevo trienio supone en el complemento de antigüedad, alegando que la política de congelación salarial del 2010 autoriza la absorción de la antigüedad a aquellos empleados que tienen un trienio adicional en 2010 y cuyo salario supere los mínimos del convenio. La reclamación de la parte actora se centra en declarar la obligación de la empresa de incrementar un 1% los conceptos económicos establecidos en el convenio colectivo.

2. Estima la Sala el conflicto colectivo planteado, pues de todo lo expuesto queda acreditado que en el Acuerdo firmado en diciembre de 2008 la voluntad de las partes fue no permitir la absorción y compensación. Este acuerdo tiene eficacia general. Fundamenta la Sala que el artículo 26.5 ET excepciona que uno de los conceptos sea inabsorbible por propia naturaleza o por convenios colectivos de eficacia general, acuerdos colectivos que mejoran las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos.

3. Hace primar la Audiencia Nacional la voluntad de las partes negociadoras y contratantes aplicando los artículos 3.4 y 1281 a 1289 del Código Civil, donde se enuncia que en los contratos debe primar la literalidad de sus cláusulas. Aplicando la Audiencia Nacional su propio criterio en Sentencia de 16 de abril de 2007, donde entendió «que la mejora de las condiciones laborales nacida o generada por la voluntad de las partes interesadas se incorpora al conjunto de derechos de los trabajadores afectados, integrando una ventaja para éstos emanada del propio querer de las partes».

g) *Conflicto colectivo. Estimación. Cosa juzgada. Incremento salarial*

**Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010 (conflicto colectivo 62/2009), IL J 781.**

1. La cuestión a debatir es la interpretación del artículo 4 del VII Convenio colectivo de Antena 3 que reza: «para el año 2010 se incrementarán dichos conceptos con el IPC real del año. Con carácter inicial se incrementarán en el IPC previsto por el Gobierno para dicho año. Si el IPC real superara al previsto por el Gobierno para dicho año, se procederá a la revisión salarial por el exceso entre el IPC real y el previsto con efectos del día 1 de enero de 2010». El 21 de septiembre de 2009 esta misma Sala dictó sentencia, actualmente firme, sobre conflicto colectivo en interpretación del párrafo 3.º de este artículo 4, reconociendo el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a seguir disfrutando de las condiciones económicas e importes retributivos que venían percibiendo durante 2008 y cuyo cálculo se debió al incremento correspondiente del 2% sobre los valores del 2007 y a percibir en 2009 el importe del incremento salarial correspondiente al IPC previsto por el

Gobierno para este ejercicio del 2% sobre los valores percibidos y consolidados en el año 2008 condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración. La demandada alega incompetencia funcional por considerar que únicamente estaba afectado el centro de trabajo de San Sebastián de los Reyes.

2. Fundamenta la Sala el hecho de acoger la excepción de cosa juzgada (artículo 222.4 LEC), en que está vinculada por los hechos probados de la sentencia referida, y el hecho probado noveno recoge «la existencia de trabajadores que prestan sus servicios en distintas ciudades del territorio nacional y del extranjero», así, el suplico de la demanda de este procedimiento solicita se declare el derecho de todos los trabajadores de Antena 3 TV a tener un incremento salarial del 1% para el año 2010, debiendo desplegarse los efectos positivos de «cosa juzgada» porque el texto del convenio colectivo origen del conflicto es idéntico al del año 2009. Así, la Sala confirma los requisitos de tal institución, son las mismas partes, objeto y la causa a pedir, y aunque se fundamente en dos párrafos distintos del mismo artículo, es la Doctrina del TS la que en reiteradas sentencias (23-10-95) establece que el efecto positivo de cosa juzgada no exige una completa identidad, es suficiente que lo decidido en el primer proceso sea condicionante en el segundo vinculándolo a lo ya fallado.

3. La Sala de lo Social de la AN aplica y reitera la doctrina del TS, que en este mismo sentido tiene declarado que la falta de alguna de las identidades no es suficiente para que no se extienda el efecto positivo de cosa juzgada, pues basta que la declaración precedente actúe como condicionante y prejudicial de la posterior.

*h) Personal de limpieza de hospital. Equiparación retributiva al personal estatutario*

**STSJ Madrid de 2 de marzo de 2010 (recurso de suplicación 4941/2009), IL J 794.**

1. Las demandantes prestan sus servicios en el Hospital Ramón y Cajal, a partir de enero de 2008 hay una adjudicataria de la limpieza del Hospital que se ha subrogado en la relación laboral de las actoras. El personal de limpieza del H. R. y C., tiene convencionalmente reconocida la equiparación retributiva con el personal del antiguo Insalud. Que por resolución de fecha 29-03-2007 la Dirección General de RRHH de la Consejería de Sanidad y Consumo de la CAM se reconoce al personal que ostente la condición de personal estatutario fijo en las Instituciones Sanitarias y que acredite 5 años de servicios prestados en la categoría para entrar en el nivel I y 10 años para el nivel II, el derecho a percibir, en una paga única, el abono a cuenta del nivel de promoción profesional según corresponda, en concepto de productividad fija, y por unas cuantías anuales determinadas en el convenio. Este abono tendrá carácter a cuenta hasta la aprobación definitiva del modelo profesional, se efectuará en el mes de abril, y además, «el pago de las cuantías correspondientes quedará en suspenso en aquellos supuestos en los que el personal estatutario fijo que tenga derecho al mismo se encuentre en alguna situación en la que no perciba retribuciones. En este caso se hará en el momento que se reincorpore pero proporcionalmente al tiempo de servicios prestados en el ejercicio 2007. En los supuestos de IT, maternidad y riesgo durante el embarazo, la paga se abonará en su totalidad en el momento de su reincorporación». Que por resolución de 14 de diciembre de 2007 la misma Dirección General regula la concesión del permiso de días adicionales, los demandantes solicitaron la concesión de estos días el 18 de junio de 2008. Así mismo, de los actores, una ha estado en IT desde el 23-01-2007

hasta el 8-02-2007, y desde el 19-03-2007 hasta, al menos, el 31-01-2008, sin que conste la fecha en que ha podido ser dada de alta; la segunda desde el 9-12-2006 hasta, al menos, el 31-01-2008, sin que conste nuevamente la fecha en que ha podido ser dada de alta, y la tercera desde el 10-05-2007 hasta, nuevamente, al menos el 31-08-2008.

2. La sentencia de instancia es confirmada por el TSJ, el cual no entiende vulnerada ninguna norma por la juez *ad quo* que desestima la demanda con el fundamento de que una de las actoras no ha trabajado ningún día del 2007, y las otras dos sólo parte del año, lo que determina la inexistencia del derecho en la primera y la pluspetición en las otras dos, y, además, la carencia a reclamar al permanecer en situación de IT a la fecha de la reclamación, cuando por la resolución de 29 de marzo de 2007 es necesaria la reincorporación. Así mismo, y en referencia a los días adicionales solicitados, se alega la infracción del artículo del convenio en el que se establece que la petición ha de realizarse por el interesado antes del 31-03-2008, plazo que no hay que confundir con el de disfrute establecido hasta el día 30 de junio de 2008, en consecuencia, la solicitud está fuera de plazo. Así mismo, fundamenta la pluspetición porque la reclamación debía haberse realizado mes a mes, por la diferencia entre el subsidio y la retribución salarial, al tener garantizado el complemento del 100% del total devengado. Por ello reconoció parcialmente la petición de la tercera actora, en la cantidad de 402,09 euros, la cual resulta de calcular las diferencias entre los conceptos referenciados.

3. La subrogación empresarial no es, en este caso, la causa de la denegación por parte de la empresa de la paga única a la que, en principio, hubieran tenido derecho los demandantes si, en aplicación de las resoluciones generales dictadas por RRHH de la Consejería de Sanidad y Consumo de la CAM, hubieran cumplido con los requisitos establecidos en ellas. Insistiendo nuevamente esta Sala en la ya más consolidada y reiterada doctrina al respecto, que las cantidades a reclamar deben estar detalladas mes a mes, cuando en la causa a pedir existen diferencias mensuales en las retribuciones objeto del derecho.

i) *British Airways. Reclamación retributiva. Desestimación*

**STSJ Madrid de 2 de marzo de 2010 (recurso de suplicación 3825/2009), IL J 840.**

1. Que el actor trabaja para Iberia con una antigüedad desde el 1-10-1997, que inicialmente trabajó para la empresa British Airways en servicio de *handling* siendo subrogado por Iberia el 1-07-2007. El salario del actor en la British tenía conceptos fijos (salario base, antigüedad, prima domingo, prima uniforme, comidas, transporte) y variables (prima laborable, nocturno, prima festivo, extra festivo, diurno etc.). Por la garantía retributiva prevista en el artículo 67D.1 del I convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en Aeropuertos (*Handling*), se acuerdan los siguientes criterios: conceptos fijos, sobre el complemento *ad personam* que se determine en cada caso, conforme al sistema retributivo de aplicación en las empresas cesionarias, será competencia de éstas, en el marco de sus respectivos convenios, la determinación del reparto de los incrementos salariales que en su caso pudieran acordarse; conceptos variables, la cesionaria abonará al trabajador subrogado el volumen de variables realmente realizado en dicha empresa, garantizando el precio unitario que dichas variables tenían en la empresa cedente, siempre y cuando éste sea superior al de la cesionaria hasta el volumen realizado en aquélla; el resto, si lo hu-

biere, se abonará al precio unitario vigente en la cesionaria. Desestimada la modificación de hechos probados, denuncia el recurrente, en los motivos tercero y cuarto, primero, la aplicación errónea de los artículos 25 y 67D.1 del I convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en Aeropuertos (*Handling*), así como de los artículos 3.1.c) y 26 del ET (motivo tercero), y segundo, la aplicación errónea del artículo 14 de la CE, del artículo 67D.1 antes citado y de los artículos 85.3 y 91 del ET. El actor pretende hacer valer que las sumas dinerarias que percibió en la empresa «British» por comida y transporte corresponde a conceptos fijos y no variables.

2. Desestima el recurso la Sala, pues dando validez a lo acordado en instancia, «Iberia» cumplió con sus obligaciones puesto que abona al actor un «plus *ad personam*», y reparte los incrementos salariales tal y como está facultada para ello. Así mismo, fundamenta también la Sala, tal y como ya lo ha realizado en sentencias anteriores, que a los conceptos de comida y transporte, no puede atribuírseles naturaleza fija salarial, y ello porque a su entender es la propia definición de éstos en los artículos 37 y 38 del convenio aplicable, la que establece, en lo que aquí interesa, que todo el personal con contrato de trabajo a tiempo completo, será compensado de los gastos que tenga que realizar por ese concepto, con el abono de una cantidad por día efectivamente trabajado, y sobre el transporte, especifica que los desplazamientos que vengan obligados a efectuar aquellos empleados que prestan sus servicios en aeropuertos, y en consideración a las diversas peculiaridades que concurren en cada localidad se acomodarán a las siguientes normas «...». Fundamenta la Sala que son, en consecuencia, conceptos remuneratorios que se encaminan a compensar los gastos, nunca iguales cada mes, e inherentes al puesto de trabajo. Alega la recurrente que según el criterio seguido en el acta 2/08 de la Comisión paritaria del convenio colectivo, en resumen, la cuantía de los conceptos jurídicos objeto de este procedimiento, la garantía económica se extiende al conjunto de conceptos variables realmente percibidos durante el año anterior a que tuviera lugar la subrogación, lo que indica por sí mismo que no son conceptos fijos, y que habrá de abonarse según el precio previsto para la empresa cedente, siempre que éste sea, claro está, superior al de la cesionaria, más las variables llevadas a cabo en la nueva adjudicataria del servicio por encima del volumen alcanzado en la anterior. Fundamenta la Sala que no se aparta el Juzgador de instancia de tal interpretación, el problema surge cuando se realiza en la empresa cesionaria un volumen de variables superior a las que se realizaron en la empresa anterior, de tal forma que para pagar el exceso deben hacerse todas al mismo precio de la empresa cesionaria lo que da seguridad jurídica y evita situaciones discriminatorias, y así lo establece el precepto que recoge que es sobre «las mismas variables», y recoge un límite temporal en los últimos doce meses. Desestima, así mismo, la vulneración del artículo 14 CE haciendo expresa cita de la STC de 10 de julio de 1981, pues no es factible tal vulneración cuando no es posible comparar las situaciones como iguales sin que resulten tales semejanzas en sí mismas discriminatorias.

3. Ratifica la Sala la sentencia de instancia, buscando la voluntad de las partes en la negociación colectiva, que es base de la reclamación efectuada por la parte actora, aplicando nuevamente la sentencia de la Sala del TSJ de Madrid, la doctrina jurisprudencial que a modo de ejemplo cita la STS de 23 de mayo de 2006, en la que los juzgados de instancia gozan de un amplio margen de interpretación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria, por ser además más objetivos a no ser que ésta no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la voluntad contractual.

j) *II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa. Cantidades percibidas como compensación por cambio del sistema de pensiones*

**STS de 30 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2922/2009), IL J 879; STS de 30 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2175/2009), IL J 880; STS de 3 de mayo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2195/2009), IL J 920; STS de 3 de mayo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2468/2009), IL J 921; STS de 4 de mayo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2528/2009), IL J 922; STS de 4 de mayo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2166/2009), IL J 923.**

1. Todas las sentencias reseñadas centran la cuestión en dilucidar si un complemento retributivo, denominado de forma expresa en la norma convencional aplicable como «compensación por cambio del sistema de pensiones» ha de integrarse, o no, en el módulo del cálculo del salario hora que posteriormente ha de servir para determinar el valor de las horas extraordinarias. El artículo 95 del Convenio colectivo de Grupo Unión FENOSA, BOE 13-6-2002, lo denomina expresamente como «concepto retributivo». La empresa recurrente, en todas las sentencias referidas, señala como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 4 de marzo de 2009 (rec. 206/2009), que en idéntica controversia, señaló tal concepto como extrasalarial a diferencia de todas las sentencias ahora referidas, aplicando la STS de fecha 14 de julio de 1992 que expresó que las contribuciones o aportaciones a los planes de pensiones carecen de naturaleza salarial, asemejándose más a las cotizaciones a la seguridad social o mejoras prestacionales.

2. Resuelve el Alto Tribunal dando lectura al artículo 95 del vigente convenio colectivo en cuyo contenido figuran referencias al concepto retributivo en cuestión «compensación por cambio del sistema de pensiones» cuya cuantía viene determinada por conceptos salariales tales como: salario de grupo, salario de ocupación, antigüedad, complemento personal de homologación, quebranto de moneda, plus de asistencia, etc. Por el contrario, el artículo 107 integra las denominadas «condiciones de aplicación» en el que regula las pensiones complementarias, expresando conceptos que poseen naturaleza de mejoras de seguridad social. Esta diferencia en la regulación es la que la Sala traslada al cálculo de las horas extraordinarias, señalando que en la vigente regulación del artículo 95 ha pasado a ser un concepto salarial al señalarlo como «concepto retributivo», ello unido al artículo 26.1 del ET que establece una presunción *iuris tantum* como «salario» de las cantidades percibidas por el trabajador, son la causa de la desestimación de los recursos interpuestos por la empresa. Finalmente, recuerda la Sala de lo Social del TS, la doctrina sobre el amplio margen de interpretación del que gozan los tribunales de instancia en la interpretación de los contratos, ante los cuales se desarrolla la actividad probatoria.

3. Matizar que no es contraria la interpretación realizada sobre la base jurídica del artículo 26.1 ET con la señalada en la sentencia de contraste de 14 de julio de 1992, que recoge como naturaleza extrasalarial las contribuciones o aportaciones a los planes de pensiones, que se sigue manteniendo pues tal y como razonan las sentencias ahora comentadas, aunque en un principio este concepto hubiera venido a compensar un antiguo y no identificado cambio de sistema de pensiones, en la vigente redacción no cabe duda de su calificación

expresa y directa de «concepto retributivo» ascendiendo su cálculo a un tanto por ciento de conceptos de idéntica naturaleza salarial.

*k) Absorción y compensación salarial. Requisitos. No procede*

**STS de 14 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2721/2009), IL J 907.**

1. La cuestión que da origen a la demanda inicial del presente procedimiento es la compensación de mejoras realizada por la empresa demandada, que ha consistido en la absorción parcial a partir de junio de 2007 del complemento denominado «suplemento» por el incremento del salario base al que tienen derecho los trabajadores oficiales de primera y encargado de taller en aplicación del Convenio colectivo aplicable vigente. Este suplemento se abonaba desde el año 1996 a título de «equiparación de los salarios de los actores con los percibidos en las empresas del grupo, su importe varía de un trabajador a otro en función del precio/hora trabajado», habiéndose incrementado cada año en la misma cuantía que el resto de los conceptos salariales.

2. La sentencia recurrida niega la compensación salarial practicada y la de contraste llega a la conclusión contraria en un procedimiento con la misma cuestión a debatir. Estima la Sala que la interpretación correcta es la establecida en la sentencia recurrida, y ello sobre lo establecido en el artículo 26.5 ET, institución jurídica sobre la que tiene establecido esta Sala que: para aplicarse deben ser conceptos homogéneos, la interpretación restrictiva tiene por finalidad evitar la superposición de mejoras salariales derivadas de distintas fuentes normativas, debe siempre realizarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a la voluntad de las partes, en principio no opera sobre conceptos salariales establecidos en función del puesto de trabajo, y no cabe la absorción y compensación en el salario base de un complemento personal, o en la retribución del convenio de un complemento que no sea para todos los trabajadores. Expuestos los anteriores extremos, no puede operar el artículo 26.5 ET en el presente caso pues el denominado «suplemento» es un complemento salarial vinculado a los puestos de trabajo, que se venía abonando en cuantía diferente.

3. Sentencia dictada en unificación de doctrina, que hace una detallada y exhaustiva redacción de la doctrina del TS en Sentencias de 10-06-1994, 28-2-2005, 29-09-2008, 21-01-2008, 25-05-2005, donde se establecen las líneas interpretativas del artículo 26.5 ET, bajo la voluntad negociadora de las partes, que se establezcan en distintas fuentes normativas, y la homogeneidad de los conceptos, así como que el concepto retributivo a compensar se genere para todos los trabajadores y no en función del puesto concreto de trabajo, son las directrices fundamentales.

*l) Concurrencia de convenios. Determinación del convenio aplicable*

**STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2009 (recurso de suplicación 949/2009), IL J 959.**

1. Los actores, con una antigüedad respectivamente de 20-09-2007, 01-01-2007 y 27-06-2007, han venido prestando sus servicios profesionales para la empresa «SDF S.L.», quien

venía prorrateándoles las pagas extraordinarias en los recibos de salarios mensuales. Los demandantes solicitan el abono de éstas, por la disposición 54.1 del Convenio General del Sector de Construcción (BOE 17-08-2007), la cual recoge la prohibición de su prorrateo y de la indemnización por fin de contrato, prohibiéndose, por lo tanto, con carácter general el pacto global de salario. Y el prorrateo supondrá que las cantidades se consideren como salario ordinario al período que indebidamente se hayan incluido las cantidades. En el Convenio colectivo provincial de Huesca no se establecía la prohibición del prorrateo hasta que se firma el siguiente que ya lo recoge publicado (BO de 2-1-2008). La sentencia recurrida aplica el Convenio colectivo de Huesca añadiendo que su aplicabilidad no es discutida por las partes, permaneciendo el debate si es este Convenio o el General el que rige las relaciones laborales.

2. Según el artículo 84 ET un convenio, durante su vigencia, no puede ser afectado por otro de ámbito distinto, salvo pacto en contrario conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 del E.T. Ahora bien, el debate en cuestión exactamente no es éste, sino si un convenio prorrogado o en situación de «ultra actividad» tiene este mismo límite, pues bien, fundamenta la Sala que no puede confundirse la «ultra actividad» con la vigencia a que se refiere el artículo 84 ET, por lo que no está propiamente dicho que esté en situación de vigencia plena el primer convenio de Huesca, sino de «ultra actividad» situación en la que solamente se mantienen las cláusulas normativas para evitar vacíos de regulación. En el presente caso el Convenio colectivo de Huesca de 2002 terminó su vigencia el 31 de diciembre de 2002, pues tal y como establece en su articulado se entenderá denunciado al terminar su vigencia o cualquiera de sus prórrogas, en consecuencia, la entrada en vigor el 20-09-2007 del Convenio estatal implica la sujeción a sus normas de los contratos que se firmen posteriormente a esta fecha, lo que afectó al contrato de trabajo del demandante que firmó su contrato el 20-09-2007, de modo que conforme al citado artículo 54.1 estaba prohibido (precepto indisponible) para los nuevos contratos el prorrateo de las pagas extraordinarias y en consecuencia se estima el recurso y la demanda en este punto.

3. La cuestión a debatir, es decir, la concurrencia en el tiempo de dos convenios, no implica deducir automáticamente la aplicación del anterior hasta la firma del próximo, pues son éstos dos conceptos básicos para saber la situación jurídica real en la que se encuentra cada uno de ellos, «vigencia» y «ultra actividad», otra interpretación supondría, tal y como afirma la propia sentencia del TS «la petrificación de la estructura de negociación colectiva y contraria a un sistema de libre negociación, en tanto quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes» (STS 23-10-1995).

*m) Diferencias salariales. Estimación parcial. Principio del Derecho Comunitario*

**STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010 (recurso de suplicación 61/2010), IL J 976.**

1. La actora, tras su reincorporación de una situación de IT el día 3-4-2009 es despedida por la empresa el día 21, si bien en un primer momento se realiza una extinción por causas objetivas, a continuación se realiza otro despido reconociendo la improcedencia de éste y consignando la cantidad de la indemnización legalmente prevista. La actora procede a realizar una reclamación de cantidad por los días de mayo, la paga extraordinaria de junio, y diferencias en el complemento de IT. La empresa le había abonado en mayo los días

correspondientes a este mes, más otros 216,13 por la paga extraordinaria de julio y las diferencias del complemento de invalidez hasta el mes de octubre.

2. Se estima parcialmente la demanda deducida por el actor, y recurre la empresa denunciando normas sustantivas y jurisprudencia. En primer lugar estima el juez de instancia la totalidad de las diferencias de IT solicitadas, por una cuestión probatoria, dejando patente que la empresa no ha acreditado documentalmente haberlos abonado. En relación con la cuantía de la paga extraordinaria, en criterio de la Sala ha de prosperar en este punto el recurso, pues ciertamente ha de ser proporcional descontando el tiempo en situación de IT, pues en la base reguladora que sirve de cálculo para la prestación por IT va incluida la prorrata de pagas extraordinarias, por lo tanto la empresa ha de descontarlo cuando llegue el momento de su abono. Respecto de las vacaciones, suerte distinta debe correr la pretensión de la recurrente, y ello sobre la base del derecho y jurisprudencia comunitaria, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo (Gran Sala), de 20 de enero 2009 *Schultz-Hoff*. En lo que aquí interesa, en cuestión prejudicial declaraba: «se pide que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/887, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en materia de vacaciones retribuidas y no disfrutadas cuando el trabajador se haya encontrado en baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga. Por ello debe interpretarse que se opone a prácticas que nieguen la retribución ordinaria del trabajador por sus vacaciones cuando no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.

3. Es indiscutible, conforme a la constante doctrina del TJCE, que los tribunales nacionales han de interpretar el derecho interno, con el objetivo de alcanzar una interpretación *pro comunitate*, incluso tratándose de la propia Constitución, o de los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Así se señala también por nuestro TS, en Sentencia de 24 de junio de 2009.

*n) Diferencias salariales. Desestimación*

**STSJ de Castilla y León de 22 de abril de 2010 (recurso de suplicación 218/2010), IL J 1053.**

1. El actor trabaja como especialista desde el 29/8/1973 en una empresa que se rige por el convenio colectivo provincial de la industria siderometalúrgica, salvo en materia salarial que lo es por pacto empresarial de 23/1/2009, realizando 1.720 horas anuales en 220 jornadas. Aprobado un ERE de suspensión de contratos durante días laborables (STSJ de Castilla y León de Burgos de 23/01/2009) se consideró necesario y se dictó resolución para que se determinara el coeficiente corrector en el que se incluiría el 1,25% salvo que la suspensión se proyecte sobre todos los días de una semana, en el que se incluirá el derecho a la prestación por desempleo los días de descanso y festivos que se encuentren en esa semana. Según pacto en la empresa «el complemento será objeto del incremento salarial correspondiente a fin de que, sumados los incrementos de los dos anteriores el salario y el plus convenio lleguen en su conjunto al salario bruto de la empresa correspondiente». En las semanas que se ha producido la suspensión la empresa ha abonado el salario calculando

la equivalencia en días naturales (con inclusión de descansos) de los días laborables en los que se ha trabajado efectivamente, sobre la base del total de los días en que es posible la suspensión, 110 días es el 50% de la jornada anual 220. El actor reclama a la empresa la diferencia entre la suma de la prestación por desempleo más la parte proporcional del salario abonado por la demandada en función de los días de trabajo efectivo trabajados y el 100% del salario asignado al trabajador en los meses indicados (febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre y octubre).

2. Se alega por la parte recurrente la infracción del artículo 37 CE, y ello porque entienden que no se ha tenido en cuenta que el Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica es de aplicación así como el pacto de empresa, en los meses referidos se les abonó por cantidades inferiores. Fundamenta la Sala que el ERE autorizó a la empresa a la suspensión de 88 trabajadores, entre ellos el actor, durante 10 días al mes, no superando el total de 110. En las mensualidades en que la empresa ha abonado al actor lo ha hecho correctamente, ya que ha tenido en cuenta las retribuciones fijadas en el pacto de empresa en función de las jornadas realizadas, de tal manera que si en el año 2009 el máximo de jornadas laborables a realizar era 110, es decir, el 50% de la jornada anual, debe percibir por la empresa el 50% de la retribución anual, puesto que durante la suspensión del contrato la empresa está exonerada de abonar remuneración alguna (artículo 45.2 ET). Por lo que la Sala llega a la misma conclusión que en instancia que la empresa ha abonado correctamente las retribuciones. Distinto es que lo haya realizado el INEM al 1,25% lo que sería objeto de otro procedimiento.

3. Autorizado un ERE en los términos ya señalados, la empresa abona a los trabajadores la equivalencia en días naturales en proporción al porcentaje de jornada de trabajo efectivo. Y así se declara probado en los hechos, incontestados por el actor, donde se establece y pondera los días trabajados en relación con los días laborables en cada una de las mensualidades que se reclaman, por ello inalterada la base fáctica de la sentencia debe desestimarse el recurso.

ñ) *Valor liberatorio. Abono mensual de pagas extraordinarias*

**STS de 18 de mayo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2973/2009), IL J 1086.**

1. La cuestión central de recurso es la de determinar las consecuencias del pago prorrateado de las pagas extras, cuando el convenio tiene previsto su abono en determinadas fechas. En la sentencia recurrida y en la de contraste las pagas extras se venían abonando de forma prorrateada, en las dos el convenio aplicable fija unas fechas concretas para su cobro, y, por último, la controversia se planteó en igual, si cabía la compensación de lo debido en concepto de pagas extras a la fecha de su devengo con lo abonado mes a mes voluntariamente.

2. Casa la Sala expone y fundamenta que no cabe aplicar la doctrina alegada cual hace la sentencia recurrida en la que se resolvió que el pago mensual de las pagas extras no libera el empresario de su pago cuando llega la fecha establecida de devengo, puesto que en los casos que se dilucidan en estas sentencias, el prorrateo está prohibido en el Convenio colectivo aplicable, no como ocurre en el presente caso. La posibilidad de la compensación

la funda el recurso en los artículos 31 ET y 1196 y 1202 CC. Pues el citado artículo 31 no prohíbe el prorrateo de las pagas extras cuando las partes lo acuerden, y, en efecto, cuando las partes lo acuerden debe estimarse más correcta la doctrina de la sentencia recurrida tal y como ya hemos manifestado, pues la licitud de ese pacto obliga a estar a él y a conceder valor liberatorio al pago prorrateado. El abono de la mejora corresponde realmente al pago de lo convenido en el contrato, cual se evidencia con el pago total abonado por este concepto y de lo pagado por salario base, coincide con lo acordado en el contrato suscrito entre las partes. Y un error de confección no puede ser causa de otra interpretación, por ello si lo abonado como mejora voluntaria más el salario mensual pactado en él con la inclusión de las pagas extras coincide, debe hacerse esta interpretación según lo dispuesto en el artículo 1174 CC, de ahí la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. Nuevamente el TS hace primar la real voluntad de las partes, ante las posibles interpretaciones sobre las retribuciones que pueden dar lugar a errores, y ello sobre la base de tres cuestiones fundamentales, que el salario anual pactado en contrato sea el que realmente percibe el trabajador, que en el Convenio colectivo aplicable no esté prohibido el prorrateo de pagas extras, y que un error de nomenclatura en la nómina no es prueba suficiente si como consecuencia de ella el trabajador no ve disminuido su salario acordado contractualmente.

*o) Diferencias salariales. Estimación parcial.  
Devengo y pago del salario. Criterio al respecto*

**STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2010 (recurso de suplicación 4625/2009), IL J 1118.**

1. El tema central del recurso es la prescripción de la acción en reclamación de cantidades salariales. El actor formuló demanda reclamando los salarios de octubre a mayo de 2007, pagas extras de navidad 2006 y verano 2007, así como compensación económica por vacaciones no disfrutadas. Se dictó sentencia en instancia desestimando sus pretensiones al apreciar que toda la reclamación estaba prescrita. Recurre el actor precisando que de su petición inicial solamente mantiene lo referente al mes de mayo, prorrateo de paga extra de verano, y compensación económica por vacaciones 2007.

2. Fundamenta la Sala que el artículo 59.2 ET acuerda: «Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no pueden tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse», así mismo, el artículo 1969 CC determina también que el tiempo se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, y a su vez el ET en el artículo 29.1 establece que «la liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos o costumbre. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes». En consecuencia, el derecho a percibir el salario debido por la ejecución del contrato de trabajo prescribe al año de la fecha en que debió procederse a su liquidación. Lo que nos obliga a diferenciar entre pago del salario y devengo de éste. El pago no coincide con el devengo salvo excepciones, por eso nos tenemos que remitir al último día de cada mes en que se mantiene la relación laboral, y caso de haberse extinguido la relación antes de la terminación de ese mes, al día que tuviera lugar tal extinción. En referencia a las partes proporcionales de las pagas extras y vacaciones ha de estarse a la

sentencia dictada por el TS de 20-01-2006, y tomar como fecha el cese de la relación laboral a partir del cual puede exigirse por el trabajador la parte que le corresponda hasta esa fecha, aplicándose el mismo criterio para el instituto de la prescripción en el que el plazo de cómputo se inicia desde el cese en la empresa.

3. Se recoge en la sentencia referenciada, la doctrina el TS, mediante la cual se determina que el trabajador tiene el derecho a pedir la parte proporcional que le corresponde de las pagas extras, porque estos complementos salariales se devengan día a día en la parte alícuota que le corresponda, por esto desde el mismo momento del cese puede exigirse el abono de la parte correspondiente. Siendo idéntico el criterio que se aplica para las vacaciones.

## **B) Fondo de Garantía Salarial**

a) *Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en procedimiento ordinario. No es necesaria una sentencia específica de despido*

### **STS de 13 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3126/2009), IL J 712.**

1. El trabajador reclama del FOGASA el abono de las prestaciones de garantía derivadas de la insolvencia empresarial. Se cuestiona, concretamente, en la medida en que el artículo 33.2 ET exige determinados títulos habilitantes, si se puede considerar idónea a tal efecto la sentencia dictada en procedimiento ordinario o si, por el contrario, se debe considerar exigible que el título habilitante para que pueda aparecer legalmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA cuestionada sea necesariamente una sentencia específica de despido.

2. El TS indica en la sentencia comentada que la cuestión planteada ya tiene doctrina unificada de la Sala. Así, en la STS de 22 de enero de 2007 (rec. 3011/2005) se señaló que «el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción por despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos», doctrina reiterada, entre otras, en las posteriores SSTS de 3 de febrero, 4 de mayo, 6 y 27 de octubre y 11 de noviembre de 2009 (rechs. 2226/2008, 2062/2008, 358/2009, 582/2009, y 449/2009, respectivamente), IL J 125, IL J 539, IL J 1522, IL J 1530 e IL J 1806, respectivamente.

3. Tal como se indica por parte del TS se reitera una doctrina unificada de la Sala referida a la consideración de las sentencias recaídas en procesos ordinarios como títulos habilitantes a los efectos indicados. En la STS comentada se recuerda lo indicado en la STS de 31 de enero de 2008 (rec. 3863/2006), IL J 17, en donde se subraya que «a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del FOGASA (no basta) con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible,

para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que aquélla esté reconocida en alguno de los títulos habilitantes que se concretan en el artículo 33.2 ET», como se ha indicado en numerosas ocasiones, pero que es evidente que dicho título habilitante existe en aquellos casos en que la petición se fundamenta en reconocimientos contenidos en sentencias firmes. «La finalidad del precepto de establecer controles de carácter básico para garantizar en la medida de lo posible la realidad y la certeza de los débitos cuyo pago tiene que asumir subsidiariamente el Fondo queda así debidamente garantizada», como se señala en la STS de 4 de mayo de 2009, citada, y que reproducen las SSTS de 10 y de 12 de junio de 2009 (rec. 2761/2008 y 3175/2008, respectivamente), *IL J 689* e *IL J 872*.

En el mismo sentido las SSTS de 22 de junio y de 6 de julio de 2009 (rec. 1960/2008, y 1477/2008), *IL J 865*, e *IL J 800*.

## 2. JORNADA DE TRABAJO

### A) Horas extraordinarias: el valor establecido en convenio colectivo no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria

#### STS de 21 de abril de 2010 (recurso de casación 21/2009), *IL J 758*.

1. El sindicato Unión Sindical Obrera interpuso demanda solicitando la nulidad del artículo 5 del Convenio colectivo del sector de montajes y empresas auxiliares del metal del principado de Asturias por contener el citado convenio colectivo una retribución del valor de la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria. La demanda [dirigida contra los sindicatos CC.OO., UGT y la patronal del sector (FEMETAL) en su condición de firmantes del convenio] fue estimada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias; frente a esta estimación recurre FEMETAL ante la Sala de lo Social del TS.

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 la 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 las 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.

**B) Horas extraordinarias. Valor: el complemento denominado «compensación por cambio del sistema de pensiones» debe integrarse en módulo del cálculo del salario hora que debe servir luego para fijar el importe de las horas extraordinarias. II Convenio colectivo del grupo Unión Fenosa**

**STS de 30 de abril de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 2922/2009), IL J 879; STS de 30 de abril de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 2175/2009), IL J 880; STS de 27 de abril de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 1234/2009), IL J 881; STS de 3 de mayo de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 2195/2009), IL J 920; STS de 3 de mayo de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 2468/2009), IL J 921; STS de 4 de mayo de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 2528/2009), IL J 922; STS de 4 de mayo de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina 2166/2009), IL J 923.**

1. La totalidad de las sentencias enunciadas parten de un supuesto idéntico. Un trabajador empleado en el grupo Unión Fenosa, y al que le resulta aplicable el II Convenio colectivo de este grupo empresarial, reclama cantidades en concepto de diferencias en la retribución de las horas extraordinarias, que considera se encuentra fijada por debajo del valor de la hora ordinaria. Se discute, en síntesis, si un determinado concepto retributivo denominado «complemento por cambio sistema de pensiones» debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el valor de la hora extraordinaria.

Las sentencias recurridas ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia interpretan el II Convenio colectivo del grupo empresarial en el sentido de incluir el citado complemento en el módulo que debe servir para calcular el valor de la hora extraordinaria; interpretación que no es compartida por la empresa que formaliza recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual le desestima confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

2. Para el Tribunal Supremo, más allá del origen del citado complemento, éste merece la calificación de salario y, por ende, debe incluirse en el módulo que rige el valor de la hora extraordinaria por dos razones principalmente; la primera, atendiendo a una interpretación literal, ya que en la propia norma colectiva se califica como «concepto retributivo»; la segunda razón atiende a la forma de cálculo del citado complemento, fijado por un tasado incremento porcentual sobre otros conceptos con idéntica naturaleza salarial (salario de grupo, y de ocupación, antigüedad, etc.).

3. El Tribunal Supremo viene estableciendo desde su Sentencia de 14 de julio de 1992, *RJ* 1992/5617, la naturaleza extrasalarial de las primas aportadas a los planes de pensiones. Más recientemente, en el mismo sentido, la STS de 25 de septiembre de 1995, *RJ* 1995/6886. Conforme esta doctrina, las citadas cantidades no se incluyen en la indemnización por despido, ni en consecuencia, en el módulo de retribución de las horas extraordinarias.

No parece que las sentencias comentadas supongan un cambio en esta línea doctrinal, sino que más bien cuestionan que la retribución recibida bajo el concepto «compensación por cambio del sistema de pensiones», obedezca en realidad a la percepción de una mejora voluntaria de seguridad social, cuya naturaleza no habría quedado suficientemente probada por la empresa recurrente.

Así se extrae de la afirmación contenida en el cuerpo de las sentencias comentadas, según la cual, las cantidades percibidas tienen naturaleza salarial «aunque en un principio hubieran venido a compensar un *antiguo y no identificado* cambio en un *ignorado* sistema de pensiones, toda vez que en la vigente regulación convencional, es decir, en el artículo 95 del Convenio colectivo publicado en el BOE del 13 de junio de 2002, ha pasado a formar parte de la retribución salarial de los afectados».

### 3. PACTO DE NO COMPETENCIA

#### A) **No procede admitir más derechos ni obligaciones que los establecidos en el acuerdo bilateral**

**STS de 20 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2629/2009), IL J 911.**

1. El demandado ha venido prestando servicios para la empresa «Aramark, Servicios de Catering, S.L.», con categoría profesional de director regional senior de sanidad. El contrato de 10 de enero de 2000 recoge un plus de no competencia, estando previsto en la cláusula adicional cuarta que, en caso de no respetarse el pacto de no concurrencia, el actor vendría obligado a indemnizar a la empresa durante el período de un año con una cantidad de 150.000 pts. mensuales. Dicho pacto fue modificado por otro de fecha 12 de septiembre de 2000 en el que se establecieron nuevas condiciones. Sin embargo, con fecha 2 de febrero de 2006 ambas partes suscriben un nuevo pacto en el que se reafirman en la vigencia y validez del pacto de no competencia post contractual suscrito entre las partes el 10 de enero de 2000 (esto es, el inicial) en cuyo apartado cinco consta que el mencionado pacto se extiende dos años después de la extinción de la relación contractual y que queda limitado a las empresas dedicadas a restauración colectiva, dejando sin efecto la limitación referida a las empresas de limpieza. Despedido el trabajador y admitida la improcedencia del despido por la empresa, aquél comienza a prestar servicios para una empresa cuyo objeto social es idéntico al del empleador que le despidió. La empresa solicita no sólo la indemnización prevista sino la devolución de las cantidades abonadas durante toda la vigencia del contrato en concepto de plus de no competencia.

2. El Tribunal Supremo opta por aplicar una jurisprudencia ya consolidada en cuanto a la naturaleza del pacto de no competencia (SSTS de 5 de abril de 2004 y de 24 de septiembre de 2009) en virtud de la cual el recurso formulado por la empresa ha de ser desestimado. No procede, en su opinión, «condenar al trabajador a devolver la cantidad percibida durante la vigencia del contrato, en concepto de pacto de no competencia, sino únicamente al abono de la cantidad pactada para el supuesto de que no se respete el pacto de no concurrencia». Las razones que esgrime el Tribunal para justificar su actuación son: a) el sentido literal de las palabras contenidas en el pacto según las cuales «resulta claro el alcance del contrato y en caso de incumplimiento del pacto de no concurrencia el trabajador habrá de indemnizar a la empresa con la cantidad establecida»; b) la intención de los contratantes que no permite deducir que se imponga como obligación la devolución de las cantidades abonadas en concepto de plus de no competencia; c) la desproporcionalidad de la sanción por el incumplimiento de la cláusula contractual si, además de la

indemnización prevista, se obliga a la devolución de las cantidades mensuales percibidas como plus salarial.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo aplica criterios hermenéuticos, teleológicos y de proporcionalidad. Deducir una sanción mayor de la establecida por las partes bilateralmente para el incumplimiento contractual no sólo resulta desmedido sino ilegal por vulnerar, entre otros, el artículo 1282 CC. Además, en este caso concreto, hay que precisar que, si el despido es admitido por la empresa como improcedente, un acto unilateral de ésta no puede desencadenar la obligación de sancionar o resarcir una conducta que, de no provocar la empresa la extinción del contrato de trabajo por propia voluntad unilateral, no se habría producido.

#### 4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

##### A) **Demanda de clasificación profesional y denegación de acceso al recurso: irrelevancia del momento en que se origina la falta de correspondencia entre funciones y clasificación profesional del trabajador**

##### **STSJ de Murcia de 1 de febrero de 2010 (recurso de suplicación 1077/2009), IL J 743**

1. La sentencia que se comenta conoce del recurso de suplicación interpuesto ante sentencia desestimatoria dictada en demanda de clasificación profesional promovida por un trabajador con categoría de «Profesional Medio de Producción». Trabajador que presta servicios para la empresa «Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española S.A.» y que demanda el reconocimiento de la categoría Profesional de Productor TV —tomando para ello en consideración tres fechas de efectos distintas, dos de ellas con carácter subsidiario— y consiguiente reconocimiento de las diferencias salariales correspondientes.

2 y 3. La sentencia recuerda la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo citando expresamente, entre otras, su Sentencia de 3 de abril de 2009, recurso núm. 1006/2008, y advirtiendo que se trata indudablemente de un proceso de clasificación profesional. Modalidad cuyas sentencias son irrecurribles *ex* artículo 137 LPL con independencia de que “la falta de correspondencia entre una —*función*— y otra —*categoría*— se produzca en la clasificación inicial o en el ulterior desarrollo de la relación laboral» y también de que se haya acumulado a la pretensión de clasificación la reclamación de diferencias retributivas, trayendo a colación nuevamente a estos efectos la jurisprudencia del Alto Tribunal.

Y, en efecto, cabe recordar que, a título de ejemplo, las SSTS (ud) de 1 y 14 de febrero de 2000, IL J 206 y 228 (reces. núm. 93/2000 y núm. 1268/2000) consolidan, vigente el TRLPL de 1995, la jurisprudencia surgida con anterioridad a la LPL de 1990 y reiterada bajo su vigencia, relativa a la extensión del carácter irrecurrible de la sentencia sobre clasificación profesional. Según esta jurisprudencia la exclusión de la posibilidad de recurso de suplicación de los procesos de clasificación profesional es «predicable tanto en el supuesto de que la pretensión deducida limitase su objeto al reconocimiento de la superior categoría cuyas funciones, según se alegare, fueron las realizadas [...] como a aquellos otros en que se acumulara a dicha acción otra para reclamar las diferencias retributivas correspondientes, ya que esta segunda petición queda condicionada a la tramitación y decisión de la primera, respecto de la que tiene carácter subordinado». Esta irrecurribilidad se ha de ob-

servar con independencia de que las diferencias retributivas que se reclaman acumulándose a la acción de clasificación superen el límite de 1.803 euros, dado el carácter accesorio de esta petición económica condicionada a aquella otra [STS (ud) de 28 de octubre de 2002, *IL J* 2010 (rec. núm. 621/2002)].

Decir, como colofón, que precisamente la Sala de Murcia puso tempranamente, en su Sentencia de 26 de noviembre de 2001, *IL J* 2679 (rec. núm. 987/2001), orden a la jurisprudencia sobre la irrecorribilidad de las sentencias dictadas en esta materia induciendo una serie de importante criterios.

## **B) Servicio de *handling*, sucesión empresarial extra muros del artículo 44 ET y encuadramiento profesional de los trabajadores subrogados**

**STSJ Cataluña de 17 de febrero de 2010 (recurso de suplicación 7983/2008), *IL J* 698.**

1. Esta sentencia conoce de la demanda sustentada por un colectivo de trabajadores que prestan sus servicios como conductores en un servicio de *handling* inicialmente adjudicado a la «UTE EUROHANDLING Barcelona». A resultas de la adjudicación del servicio a la empresa «NEWCO AIRPORT SERVICES, S.A.» los trabajadores son cedidos a ésta, mediante su consentimiento, sin incurrir en un supuesto de subrogación empresarial *ex* artículo 44 ET. Más concretamente, los demandantes pretenden el reconocimiento de la categoría profesional de «Conductores C nivel retributivo 10 B» dentro de esta última realidad empresarial, estimando ha de computarse a tales efectos su tiempo de prestación de servicios en «Eurohandling UTE», y consiguientes diferencias salariales. Categoría por lo demás reconocida a trabajadores subrogados procedentes de «Spanair S.A.» y de «IBERIA LAE S.A.».

2. La Sentencia de instancia, de 11 de julio de 2008, identifica como régimen jurídico convencional aplicable, entre otros, el I Convenio Colectivo General del Sector de Servicio de Asistencia en Tierra en Aeropuertos (en especial su artículo 67), el I Convenio Colectivo Estatal de la empresa «Newco Airport Services S.A.» (anexo I, artículo 8) y el I Convenio Colectivo Estatal del Colectivo de Rampa de la Compañía «Spanair S.A.» (artículo 13 del anexo I). Esta normativa regula el ingreso, progresión profesional y nivel salarial en las empresas del sector y en particular en la cesionaria. Y en virtud de ella se estima la demanda por considerar, básicamente, la experiencia profesional de los actores en idénticas funciones, absolviendo a la empresa «Eurohandling UTE».

3. La Sentencia de la Sala confirma en todos sus extremos el pronunciamiento objeto de recurso. Considera la Sala que el régimen convencional anteriormente citado ofrece dos sólidas líneas argumentativas. Líneas vinculadas a dos instituciones, clasificación profesional y subrogación empresarial. Y concretamente a su regulación convencional.

La primera razona que si bien esta normativa contempla como nivel de encuadramiento inicial el de entrada en cada grupo laboral, acceso abierto mediante prueba de aptitud y otros requisitos, existe, no obstante, la posibilidad de efectuar el ingreso del trabajador en la empresa en niveles superiores al de entrada. Y ello en función de su grado de conocimiento y experiencia. Previsión que, se estima, se ha materializado en el supuesto enjuiciado. Se valora a tales efectos en particular que «los trabajadores demandantes ostentaban en el momento de su incorporación a la empresa “NEWCO” experiencia y conocimiento

profesional de la actividad desarrollada por lo que la empresa no debió asimilarlos a la categoría de Conductores A, nivel 11 B, como si fueran trabajadores de nuevo ingreso, sino en el nivel superior demandado», reconociéndoles a efectos de progresión en la categoría el tiempo trabajado como conductores en la empresa de proveniencia.

Una segunda línea consiste en rechazar la identificación del supuesto presente como de subrogación *ex lege* en virtud del artículo 44 ET pero no así la aplicación, posible por analogía, de la doctrina emanada en interpretación de éste. Línea que toma en consideración, entre otros, el artículo 67.4.d) del Convenio Colectivo General del Sector cuando reconoce para los trabajadores subrogados el derecho a ser incorporado en el grupo profesional o categoría asimilable a la que venía desempeñando, realizando de hecho los trabajadores en la empresa cedente la misma actividad y en el mismo puesto de trabajo correspondientes al encuadramiento demandado.

## 5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

### A) **Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** **Alteración de las dietas. Desestimación**

**STSJ de Castilla y León —Valladolid— de 22 de diciembre 2009 (recurso de suplicación 1889/2009) IL J 656.**

1. Los demandantes venían percibiendo unas dietas por desplazamientos fuera de sus centros de trabajo y que se veían obligados a efectuar gastos de manutención y/o pernoctar fuera de su domicilio, ello conforme a lo establecido en el Convenio Colectivo para el Transporte de Viajeros por Carretera de Salamanca. La empresa comunicó con fecha 15-6-2009 la opción por abonar directamente todos los gastos de manutención y pernoctación de sus trabajadores realizados fuera de su domicilio, con la finalidad de poder recuperar el IVA de los citados gastos. Al margen la empresa les indica los sitios de parada en los distintos servicios de la explotación de la sociedad. En relación con los servicios discrecionales, que ocasionalmente se realizan, la empresa abonará las facturas debidamente justificadas, siempre y cuando su importe no exceda de lo prescrito en el artículo 36 del Convenio colectivo. Por sentencia dictada por el Juzgado *a quo* se entendió la inadecuación de procedimiento por no entender modificación sustancial alguna.

2. El debate, por tanto, se circunscribe a aclarar si nos encontramos ante una modificación sustancial al afectar a materias comprendidas en el artículo 41, párrafo 3.º del núm. 2 ET, por el contrario, la empresa entiende que no afecta a la retribución ya que las dietas no tienen tal naturaleza, por lo que la modificación no puede ser considerada como sustancial. La Sala señala que según el artículo 26.2 ET, «no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral. En este sentido, la dieta es definida por el Tribunal Supremo (entre otras, en Sentencias de 10 de noviembre de 1966, 6 de febrero de 1967 y 11 de febrero de 1978), concordante con la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo (Sentencias de 26 de febrero de 1983 y 10 de diciembre de 1986) y de los Tribunales Superiores de Justicia (por todas, Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid de 8 de noviembre de 1993) como una retribución de carácter irregular que se debe al trabajador y que ha de entenderse que existe cuando por orden de la empresa aquél tenga que ir provisional o eventualmente, durante cualquier período de tiempo, a población o lugar distinto de aquel en que habitualmente presta sus servicios o donde radica el centro de trabajo, para efectuar tareas o realizar funciones que le son propias, y de modo tal que el productor no pueda realizar sus comidas principales, ni pernoctar en su domicilio o residencia ordinaria diariamente; cuya situación mientras dura le da derecho a percibir de la empresa las dietas o compensaciones económicas que, legal o convencionalmente, estén establecidas. Así pues, las dietas son una retribución de carácter extrasalarial e irregular que responde a la necesidad de compensar al trabajador los mayores gastos que le originan los desplazamientos por cuya causa tiene que prestar sus servicios fuera de la localidad en donde radica su centro habitual de trabajo; mayores gastos que se producen por el hecho de tener que efectuar sus comidas y pernoctar fuera de su domicilio». El Convenio colectivo prevé que la empresa podrá optar entre compensar los gastos efectivamente realizados por los trabajadores o abonar las cantidades establecidas en el mencionado artículo. Por tanto, el ejercicio de una u otra opción no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las recogidas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino un ejercicio del poder de dirección y del *ius variandi*, y por tal se confirma la sentencia.

3. La conclusión que desprende la sentencia es que la alteración causada respecto al concepto de dietas, cuando aquélla está prevista en la negociación colectiva no es una modificación sustancial de condiciones sino ejercicio del *ius variandi* y por tal, habiendo acudido el trabajador a la modalidad procesal contenida en el artículo 138 LPL, ello determina lo correcto de acoger la sentencia de instancia la inadecuación de procedimiento, circunstancia esta que conforme a la reciente reforma de la LPL (Ley 13/2009), al no exigir la conciliación previa a tales procedimientos, se ajusta mejor a la legalidad, más que la adecuación a un fallo desestimatorio del fondo de la litis.

## **B) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Cambio de conceptos salariales**

### **STSJ de Cataluña de 17 de febrero 2010 (recurso de suplicación 7480/2008) IL J 684.**

1. El trabajador inicio su prestación de servicios para otra empresa en el año 1996, siendo subrogado en el año 2004 por otra nueva y por último en el año 2007, de nuevo fue subrogado por otra empresa quien adquirió aquélla en razón de una fusión por absorción. Éste desde el año 2003 venía percibiendo, además de tres pagas extraordinarias, una cuarta paga de beneficios pactándose, asimismo, un sistema de pago de éstas. En fecha 15-1-2007, «Retribución Anual: El Trabajador percibirá un salario de 30.334,26 euros brutos anuales por todos los conceptos salariales, que se distribuirán de la siguiente manera: Doce pagas ordinarias; dos pagas extraordinarias a satisfacer en junio y diciembre; ambas partes acuerdan que la cantidad correspondiente a la gratificación de beneficios se consolidará, en lo sucesivo, como salario fijo, encontrándose expresamente incluida en el importe de retribución anual arriba mencionado». A partir de la subrogación ha venido percibiendo una suma mensual por diversos conceptos de 2.241,39 y lo cotizado ascendía a 2.084,27 euros más 286,46 euros por pagas extras dando un total de base de cotización de 2.240,87

euros. El juzgado *a quo* desestimó la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

2. La cuestión que dirime la Sala de lo Social es si como consecuencia de la subrogación se ha producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en concreto si la inclusión de parte de lo que el actor percibía antes de producirse la subrogación como salariales en otros, como conceptos no sujetos a cotización de SS, o sea de tipo indemnizatorio, es o no una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Parte la Sala de la dificultad de conceptualizar la modificación sustancial y ello porque depende de múltiples factores, al estar en presencia de un concepto jurídico indeterminado de necesaria concreción e integración caso por caso a la vista de las circunstancias que concurran, pero en todo caso debe considerarse modificación la conducta del empresario que altere sustancialmente las condiciones de trabajo en términos tales que el trabajador no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlos, porque alteran en su perjuicio condiciones contractuales que resultan trascendentes para la permanencia del vínculo y que suponen una grave frustración del programa de prestaciones, de tal índole que pueda justificar la ruptura de una relación que en principio está llamada a mantenerse según el principio civil de conservación del negocio (STS de 8 -2-1993).

Pues bien, la circunstancia del caso que se examina, donde se han introducido percepciones que antes eran salariales dentro de conceptos meramente indemnizatorios y, por lo tanto extrasalariales (plus transporte y mantenimiento de vestuario), lo que comporta no sólo la posibilidad de su supresión, sino que influyen en los derechos que el trabajador pudiera tener ante contingencias varias relacionadas con la materia propia de la Seguridad Social, IT, pensiones de incapacidades, jubilación..., determina que afecta a la estructura salarial y por tal incide en los elementos sustanciales del contrato con lo que revoca la sentencia y declara que estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

3. Debate en que incide la sentencia que examinamos es el concepto de modificación sustancial, esto es, por un lado sitúa a éstas en aquellas que alteran sustancialmente las condiciones de trabajo, pero al mismo tiempo y encontrándonos ante un concepto indeterminado debe examinarse cada supuesto de una manera individualizada. En el presente supuesto alterando las partidas salariales que inciden en la cotización al excluir conceptos salariales y modificarlos en conceptos extrasalariales, ello supone una modificación sustancial pues altera el contenido de las prestaciones de Seguridad Social.

### **C) Modificación sustancial de las condiciones laborales.**

#### **Impugnación. Procedimiento ordinario, procedimiento especial**

**STS de 22 de marzo 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2293/2009), IL J 756.**

1. El presente conflicto se refiere a profesora de Religión Católica de Enseñanza Secundaria que presta sus servicios en el Instituto. Su régimen de contratación era de duración determinada, al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 1/1999, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) con vigencia de 1 de septiembre hasta el día 31 de agosto de cada curso escolar, y su jornada laboral a tiempo completo, es decir, 35 horas semanales de las que 18 horas eran lectivas. El día 2 de octubre

del año 2007 la actora y la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía firmaron un contrato de trabajo en el que se reconocía el carácter de indefinido de la relación laboral, al amparo de lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación en relación con el Real Decreto 696/2007, pero modificándose la jornada de trabajo, de forma que se reducía a 29 horas de las que 15 eran lectivas.

2. La cuestión la dirime la Sala de lo Social del TS, al rechazar el recurso de suplicación por el TSJ toda vez entender que la reducción de la jornada es una cuestión incardinable en el artículo 41 ET, y por ello debe tramitarse por el proceso especial del artículo 138 LPL, y no el ordinario. La sentencia que se examina, alterando el silogismo a que acude la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ, señala que, conforme la jurisprudencia se sostiene que es precisamente el seguimiento de las formalidades el que nos lleva a la utilización de una u otra modalidad procesal, sólo es exigible la tramitación procesal del artículo 138 LPL cuando dicha medida haya sido adoptada siguiendo las formalidades que el artículo 41 ET establece, pues es a ese procedimiento de la norma sustantiva al que da respuesta la modalidad procesal especial. En el presente supuesto no habiendo seguido la Administración los trámites previstos en el artículo 41 ET (notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo anterior a 30 días), es entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 LPL, por ello procede recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

3. La Sala de lo Social del TS reitera la doctrina en cuanto diferenciar la modalidad procesal especial contemplada en el artículo 138 LPL, para aquellos procesos en que el empresario ha cumplido los trámites previstos en el artículo 41 ET y el proceso ordinario cuando no se han cumplido los requisitos del artículo 41 ET. En el primer supuesto la propia norma procesal advierte que no cabe recurso alguno y cuando se trata de proceso ordinario procede el recurso de suplicación.

#### **D) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Nulidad. Desestimación. Complemento de puesto de trabajo**

##### **STSJ Navarra de 25 de febrero de 2010 (recurso de suplicación 49/2010), IL J 820.**

1. Los trabajadores demandantes, pintores oficiales de 2.<sup>a</sup>, venían percibiendo un denominado plus de grupo especial toda vez el trabajo que desarrollaban. En la empresa se inició un proceso de modificación del taller de pintura que concluyó en el año 2008, ello supuso un excedente de mano de obra de pintura, recolocándolos en otros puestos de trabajo, manteniéndolos en sus categorías profesionales sin abonárseles el plus grupo especial. Tal concepto es reclamado siendo desestimado por el Juzgado de Instancia.

2. Como primer planteamiento que formulan los trabajadores es que la desaparición de tal plus es una modificación colectiva de condiciones de trabajo al amparo del artículo 41.1.d) ET, ello es rechazado por la Sala al entender, como entendió el Juzgado, que se trata de un complemento de puesto de trabajo lo que viene reforzado por el propio Convenio colectivo al señalar que el cálculo del plus «grupo especial» se efectúa por el tiempo de permanencia en dicho puesto, graduándose su devengo en función del número de horas realizadas en esos concretos puestos de trabajo. Asimismo, la reubicación de los trabajadores está contemplada en el Convenio colectivo y a su vez fue ratificada por acuerdo en

2002 de la empresa y la representación sindical y que ambas denominan «modificación sustancial de las actuales instalaciones». Por tanto, entiende la Sala que estamos ante una movilidad funcional conforme lo dispuesto en el artículo 39 ET y ésta garantiza los derechos económicos y profesionales del trabajador pero no implica la consolidación de los complementos de puesto de trabajo, sino sólo los personales del trabajador, precepto que no exige al empresario fijar la causa que motiva su decisión, aunque su derecho a utilizar la movilidad funcional habrá de ejercerse de buena fe y sin ánimo discriminatorio —artículos 1258 Código Civil, y 20.2, 4.2.c) y 17.1 ET, en relación con el 14 de la Constitución—.

Por otro lado, la sentencia analiza los complementos de puesto de trabajo y dispone que «han de entenderse aquellos que percibe el trabajador por razón de las características del puesto de trabajo, esto es, de índole funcional, por depender exclusivamente su percepción del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, sin ser, por ello, de carácter consolidable. Por el contrario, se entenderá que el complemento es de naturaleza personal cuando derive de condiciones personales del trabajador y no fueran tenidas en cuenta al fijar el salario base». En el presente supuesto la Sala al determinar que el plus se recibía por el desempeño de determinados puestos de trabajo delimita el carácter de naturaleza personal.

3. En el presente recurso se examina si estamos ante una modificación colectiva por cuanto a los trabajadores que se les ha recolocado ya no perciben el plus y, en segundo lugar, la naturaleza del complemento. Respecto al primero, como hemos destacado, la Sala correctamente entiende que no se trata de modificación colectiva sino de movilidad funcional y por tal la desaparición del plus es ajustada a derecho. Respecto a la naturaleza del complemento es la propia de una condición personal y por tal desaparece cuando desaparece el puesto.

#### **E) Proceso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad de las actuaciones**

#### **STSJ de Murcia de 7 de junio del 2010 (recurso de suplicación, 335/2010) IL J 1275.**

1. La trabajadora viene prestando servicios para el Ayuntamiento y desde el inicio percibe un complemento de destino y específico. A partir de la nómina de julio dejó de percibir tales complementos, aumentando el salario base, pero disminuyendo el total del salario mensual. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda, declarando la inadecuación de procedimiento.

2. La Sala de lo Social del TSJ señala que procede declarar la nulidad de la sentencia y ello por cuanto, como se sostiene por la doctrina del TS, seguida, entre otras, por la Sentencia de 25 de septiembre de 2002, si no se está en presencia de un auténtico procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, deben seguirse las actuaciones como si fuera un procedimiento ordinario, pues implícitamente se viene a reconocer que es la corrección jurídica proporcional, ya que el litigio se puede resolver con todas las garantías igualmente, según su propia naturaleza.

3. La Sala de lo Social acude a la declaración de nulidad pues entiende que la sentencia del Juzgado de lo Social debió entrar en el examen de la litis a pesar de no tratarse de un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y por tal proseguir por los trámites del proceso ordinario. La cuestión que se suscita en la actualidad ante la modificación de la

LPL (Ley 13/2009) al no exigirse conciliación previa en tal proceso (artículo 64 en relación con el artículo 138 ambos de la LPL), es si cabe reconducir al proceso ordinario y en ese supuesto reponer las actuaciones al momento de presentar la demanda para que el Sr. Secretario mande subsanar la demanda por defecto de omisión del acto de conciliación. En aras de evitar dilaciones indebidas y sobre la base del principio *pro actione*, tal sería el camino.

#### **F) Ampliación de la jornada. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

##### **STSJ de Castilla La Mancha de 4 de junio 2010 (recurso de suplicación 1218/2010), IL J 1380.**

1. El trabajador viene prestando servicios como trabajador fijo de plantilla, a jornada completa, en un supermercado, ostentando la categoría profesional de «Profesional Venta asistida B», percibiendo un salario de 1.784,77 euros mensuales, con la inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. La prestación es de carácter indefinido y a jornada completa, realizando turnos rotatorios de mañana o tarde. Con fecha 27-02-2009, la empresa comunicó al trabajador de manera verbal, que el día 28-02-2009, y a la finalización del turno de trabajo, debía permanecer en el centro de trabajo para efectuar el inventario de percederos, lo que así efectuó, no siendo dichas horas retribuidas ni compensadas. Es de aplicación el Convenio colectivo Supermercado Grupo Eroski.

2. El trabajador instó demanda de modificación sustancial de contrato de trabajo lo que fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Social. La Sala de lo Social del TSJ, previamente, examinó la accesibilidad al recurso, señalando y recogiendo la STS 19-5-2004 (rec. 2811/03) que si la empresa ha adoptado su decisión sin cumplir las formalidades del artículo 41 ET, el proceso a seguir es el ordinario, al que no afecta ya la limitación indicada en cuanto acceso al recurso. En el presente caso se trata de una medida que se comunicó verbalmente al interesado el día antes de su efectividad, de manera que resulta patente que no se han cumplido los requisitos de antelación y notificación a la legal representación de los trabajadores a los que alude el párrafo tercero del mentado precepto. Pero, también, a la vista de las posiciones de las partes, dicho requisito no se cumplió porque la empresa no consideraba que estuviera afectando de manera sustancial condición alguna de trabajo, y, de ser así, con igual motivo se estaría discutiendo una decisión empresarial impugnada por el proceso ordinario.

Pero la cuestión a tener en cuenta es la naturaleza de la medida, esto es, si se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. La STS 9-12-2003 (rec. 88/03), destaca, en primer lugar, que «el carácter sustancial de la modificación de condiciones de trabajo se refiere al alcance o importancia de la modificación y no a la naturaleza de las condiciones modificadas», de manera que no es suficiente que la modificación afecte a alguna de las materias enumeradas en el artículo 41.1 ET, sino que, además, es preciso que el alcance o intensidad de tal modificación tenga la suficiente importancia o entidad. En segundo lugar, que para poder hablar de una modificación sustancial, es necesario que ésta tenga una mínima permanencia en el tiempo, esto es, que no se trate de una mera alteración circunstancial o transitoria de las condiciones de trabajo, sino que mantenga sus efectos durante un tiempo suficiente como para poder suponer una alteración de la intensidad requerida. En el presente supuesto «resulta ciertamente difícil admitir que la simple

ampliación de la jornada durante un solo día para realizar inventario, sin que conste que tal medida se ha consolidado como práctica habitual con una frecuencia preestablecida, o al menos previsible, y con independencia de la eventual compensación de tal exceso de jornada, constituya una modificación sustancial de condiciones de trabajo en los términos explicados» y, además, el Convenio colectivo recoge tal posibilidad por causas organizativas imprevisibles, y para el supuesto específico de inventarios generales, cuando no se hayan planificado o se modifique su fecha. Además, se insiste, su carácter ocasional, limitado en el tiempo y de escasa entidad, delimita que no estemos en ningún supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo y por tal revoca la sentencia.

**3.** La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ examina los requisitos para que se dé un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y no es sólo que se encuentre en una materia de las comprendidas en el artículo 41 ET sino que debe contener los requisitos de sustancialidad (importancia, intensidad...), y, además, una mínima perdurabilidad en el tiempo, elementos, éstos, que no se dan, sino que sólo opera en un día y en un par de horas y por ello no nos encontramos ante ninguna modificación sustancial de condiciones de trabajo.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.
    - A) **Causas de extinción contractual.**
    - B) **Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica.**
  2. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN.
  3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.
    - A) **Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET.**
    - B) **Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación.**
  4. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.
    - A) **La caducidad de la acción.**
    - B) **El procedimiento por despido.**
  5. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
  6. 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.
  7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.
    - A) **Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.**
    - B) **Distribución de la carga probatoria.**
    - C) **Cuestiones conexas.**
-

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 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 sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

## 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

### A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo es el mutuo acuerdo de las partes [artículo 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado «finiquito». Sobre su eficacia liberatoria se han pronunciado distintas sentencias, entre las que cabe destacar la **STSJ de Baleares de 12 de marzo de 2010 (recurso 83/2010), IL J 926**, en la que se acredita la existencia del pacto transaccional y no se advierte que tal documento adolezca de vicio del consentimiento por amenazas que invalide el acuerdo.

De las causas consignadas válidamente en el contrato y, en concreto, del período de prueba trata la **STSJ de Cataluña 23 de noviembre de 2009 (recurso 5062/2009), IL J 947**, que declara ajustada a derecho la extinción de los contratos de trabajo de los actores por no haber superado el período de prueba. La cuestión debatida se centra en la posible motivación discriminatoria de la empresa en cuanto que los trabajadores, con categoría profesional de ATS, eran portadores del VIH (SIDA). Sin embargo, como se deduce de los hechos probados, la extinción tiene su causa exclusivamente en la no superación del período de prueba, pues no consta que el servicio de prevención indicara a la empresa que el motivo de que se les hubiera declarado no aptos fuera el análisis del VIH.

Muestra de la válida extinción del contrato de trabajo y no de despido por el que reclama la demandante es la **STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010 (recurso 80/2010), IL J 978**. En este caso, una trabajadora con categoría profesional de auxiliar administrativo suscribió con el Ayuntamiento de Badajoz un contrato de obra o servicio celebrado el 25 de enero de 2006, que se extendió hasta marzo de 2009, para el archivo de numerosos expedientes de licencias en el servicio de urbanismo. La demandante alegó que los trabajos encomendados no habían concluido al extinguirse su contrato, como lo demuestra que se contratara a otras dos personas para seguir realizándolos. Habiéndose apreciado que el objeto del contrato tenía sustantividad y autonomía dentro de la actividad laboral de la em-

presa, la Sala estima la válida extinción del contrato temporal por la realización de la obra o servicio objeto del contrato, conforme a los artículos 49.1.c) ET y 8.1.a) RD 2720/1998.

La **STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2010 (recurso 5702/2009), IL J 838**, enjuicia un supuesto en el que la relación laboral fue extinguida cuando la nueva empresa a la que le fue adjudicado un servicio en el Ministerio de Administraciones Públicas decidió no contratar al trabajador. Este último recurrió la decisión y a la vez decidió acceder a la jubilación. Posteriormente, se declaró que la decisión extintiva constituía un despido improcedente, donde la empresa optó por la readmisión y no le dio prestación efectiva al trabajador porque éste manifestó estar jubilado.

A tal efecto, la Sala razona:

«El artículo 49.1.f) ET establece como causa de extinción del contrato de trabajo la jubilación del trabajador. Éste ha accedido a dicha situación porque cuando le extingue el contrato de trabajo no puede percibir prestaciones de desempleo al no reunir todos los requisitos establecidos en el artículo 207 LGSS, en concreto, ya había cumplido la edad ordinaria para acceder a la pensión contributiva de jubilación y tenía cubierto el período de cotización requerido para ello. La jubilación del trabajador no extinguió la relación laboral que ya había sido rota por la decisión empresarial de que no prestase servicios, adoptada el 1/12/2005. Y la decisión de esta Sala declarando que la decisión de la empresa constituye un despido improcedente reestablece la situación al momento en que se produjo la ruptura y permite al trabajador jubilado reiniciar su actividad laboral suspendiéndose el abono de la prestación contributiva de jubilación. Ante esta situación la empresa, además de manifestar que opta por la readmisión, debió readmitirle efectivamente y darle trabajo —y de alta en la Seguridad con los efectos correspondientes—, y al no hacerlo así estamos ante una no readmisión que no es imputable al recurrente [...]».

Finalmente, la Sala declaró extinguida la relación laboral que unía al trabajador con la nueva adjudicataria del servicio, a la que condenó al abono de la indemnización correspondiente así como de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la esta resolución.

### 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de los despidos disciplinarios por ofensas verbales como la **STSJ de Valencia de 13 de abril de 2010 (recurso 269/2010), IL J 1023**, que confirmó la sentencia de instancia. En este caso, la demandante profirió graves ofensas verbales y expresiones atentatorias contra la dignidad de los demás trabajadores con directa intencionalidad de vejar y de modo reiterado, lo que constituye una conducta grave merecedora de la sanción de despido a tenor del artículo 20.3 letra j) del Convenio colectivo para el sector de Supermercados y Autoservicios de la provincia de Castellón. Sin embargo, la **STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2010 (recurso 133/2010), IL J 685**, argumenta que las ofensas verbales a personas ajenas a la empresa, en este caso faltas de consideración y respeto a clientes de una empresa de servicios informáticos, no se encuentran tipificadas en el artículo 54.2.c) ET, ni en el artículo 24.1.c) del

convenio colectivo aplicable. Por tanto, al no estar tipificada la conducta desde el punto de vista disciplinario no se le podría imponer la sanción de despido.

Las faltas de asistencia al trabajo no operan objetiva y automáticamente como causa de despido, sino que deben ser analizadas en su realidad. Muestra de ello es la **STSJ de Baleares de 11 de marzo de 2010 (recurso 524/2009), IL J 925**, que enjuicia un supuesto en el que ha sido acreditado que el demandante solicitó no acudir al trabajo por cuestiones familiares lo que fue aceptado por la empresa, pero también consta que dicho trabajador rechazó la orden de reincorporación al puesto de trabajo cursada por la empleadora durante tres días. Esta actitud del trabajador debe ser considerada como un incumplimiento grave y culpable, en la medida que la normativa laboral del sector califica de falta muy grave faltar más de dos días al trabajo sin la debida autorización o causa justificada, lo que constituye causa justa del despido efectuado por la empresa.

La desobediencia a las órdenes dadas por la empresa debe ser igualmente analizada conforme a la normativa convencional del sector. Así pues, el artículo 60.3 del Convenio colectivo de Transporte de Mercancías de la Región de Murcia tipifica como falta muy grave la indisciplina y desobediencia en el trabajo, en todo caso «cuando implique quebranto de la disciplina o de ella se derive perjuicio para la empresa o compañeros de trabajo». Por ello, habida cuenta del incumplimiento de órdenes de la empresa que ha dado lugar a retrasos en la entrega de mercancías y a quejas por parte de los clientes, con el correspondiente perjuicio económico, la **STSJ de Murcia de 12 de abril de 2010 (recurso 172/2010), IL J 1073**, confirma el pronunciamiento de instancia sobre la procedencia del despido.

#### 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) ET se plantea en la **STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010 (recurso 514/2010), IL J 1039**. En ella se analiza el despido de una trabajadora, por amortización de su puesto de trabajo, a la vista de la reciente doctrina judicial.

Para ello, la Sala razona:

«En el fondo, en las causas organizativas, lo decisivo es reparar en la estructura de la empresa y en la ordenación de sus recursos personales, materiales y de mercado de que dispone, debiendo la empleadora demostrar y acreditar las dificultades y la racionalidad, adecuación o proporcionalidad de la medida para superar las dificultades de funcionamiento, sin que sea necesario probar la producción de un perjuicio económico (STSJ de Cataluña de 20-10-2005) al ser irrelevante la realidad económica ante la capacidad productiva de la empresa y la necesidad de reorganizar su personal, equilibrando así el derecho al trabajo y la libertad de empresa y la defensa de la competencia (STSJ del País Vasco de 21-2-2006). En definitiva, los problemas de la empresa han de tener una cierta entidad e importancia afectando a su buen funcionamiento globalmente considerado, no respondiendo a su mera conveniencia por reestructurar la organización a fin de obtener mayores beneficios (STSJ de Madrid de 5-5-2008, y STSJ de Cataluña de 25-3-2004). [...] Las causas de producción

se relacionan con la estructura empresarial y su sistema productivo, es decir, con los bienes o servicios proporcionados por la empresa y su adecuación a la demanda y exigencias de la competitividad, ajustando los costos a la demanda».

Pero también pone en primer término la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, para lo cual trae a colación la STS de 23 de enero de 2008, que recoge la doctrina previa, con cita de sentencias como la STS de 10 de mayo de 2006 y de 11 de octubre de 2006. Por todo ello, y dado el notable descenso de la cartera de pedidos en un contexto de crisis del sector inmobiliario, con una acusada paralización en la captación de nuevos proyectos e incluso de anulación de los ya encargados, la Sala estima la procedencia de la decisión extintiva. Y es que, «la medida de prescindir de los servicios de la actora responde a una necesidad objetivamente acreditada para ajustar la plantilla de la empresa a las necesidades de trabajo, más allá de la mera conveniencia, superando las dificultades que impiden su buen funcionamiento, por exigencias de la demanda, ajustándola a los costos y volumen empresarial, a través de una mejor organización de los recursos, haciéndola en definitiva más competitiva».

En sentido análogo, la **STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 2010 (recurso 67/2010), IL J 811**, considera que concurren las causas alegadas por la empresa como justificativas de la extinción del contrato de trabajo, es decir, que la decisión extintiva llevada a cabo por el empresario debe calificarse de racional y proporcionada. Y es que no corresponde «a los órganos judiciales juzgar si la medida adoptada deviene en una buena o mala estrategia económica, pues no corresponde a los juzgados y tribunales suplir la actividad del empresario, debiendo limitarnos a controlar la racionalidad de la medida adoptada para evitar situaciones de abuso del derecho, fraude de ley o situaciones discriminatorias». En este sentido, nada impide que las funciones del puesto de trabajo amortizado sean desempeñadas por otros trabajadores «si esta medida lleva consigo una más racional distribución de tareas, cosa que en este caso ocurre». La decisión empresarial es ajustada a derecho pese a la mayor antigüedad del despedido que otros trabajadores que no han visto extinguida su relación laboral, «pues si el servicio puede ser atendido correctamente tras los ajustes productivos y económicos existentes con profesionales de menor cualificación y que generan un menor gasto ordinario, existe causa para proceder a dicha elección».

## **B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación**

Las **SSTS de 22 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3449/2009), IL J 948**, y de **10 de mayo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3611/2009), IL J 956**, tratan de los requisitos de la puesta a disposición de la indemnización a favor del trabajador, en supuestos de despido objetivo, por una misma empresa. En ambos supuestos se cuestiona la validez del cheque bancario, que el trabajador se negó a recibir, como medio lícito de pago a los efectos de considerar cumplido el requisito exigido por el artículo 53.1.b) ET. Si bien existía jurisprudencia unificada al respecto, es decir, en torno a la aplicación del artículo 56.2 ET a propósito del despido improcedente, en el supuesto debatido el razonamiento jurídico fue el siguiente:

«Como quiera que lo discutido es si la entrega de cheque bancario cumple el requisito de simultaneidad del despido con la puesta a disposición y visto que la entrega de la carta de

despido y del cheque se produjeron al mismo tiempo, lo único que resta por decidir es si el cheque constituye un medio lícito de pago, a lo que se ha contestado afirmativamente en las resoluciones recaídas a propósito del despido reconocido improcedente y al efecto de exonerar del pago de salarios de trámite con la particularidad de que en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores se prevé que la puesta a disposición se realice mediante la consignación en el Juzgado, requisito que, como se advierte en las sentencias citadas ha sido flexibilizado en los supuestos de entrega directa al trabajador. Por tanto, lo único a resolver no es la naturaleza del trámite sino la naturaleza del documento utilizado como medio de pago y considerado el cheque plenamente válido por su equivalencia en dinero en metálico en la puesta a disposición del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores no existe razón para alterar su naturaleza por tratarse de un trámite que corresponde a diferente modalidad de despido, debiendo reconocerse al cheque entregado, cuya disponibilidad de fondos no se ha discutido, idéntico valor liberatorio».

En cuanto a la concreción de las causas motivadoras del despido objetivo por necesidades de la empresa la **STS de 30 de marzo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1068/2009), IL J 830**, señala una vez más que una escueta referencia al tipo de causa (la mera reestructuración de la plantilla) no integra el requisito del artículo 53.1.a) ET, lo que da lugar a la entonces nulidad del despido (actual improcedencia).

A tal efecto, la Sala expone la siguiente argumentación:

«El significado de la palabra “causa” en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52.c) ET sobre el despido objetivo] las “causas motivadoras” (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET, art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota. Así lo entendió tradicionalmente la jurisprudencia sobre causas de despido disciplinario (STS 3-11-1982; STS 10-3-1987, recurso 1100/1986), y así lo ha entendido en general la doctrina científica en lo que concierne al despido objetivo por necesidades de la empresa».

## 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

### A) La caducidad de la acción

La **STSJ de La Rioja de 16 de marzo de 2010 (recurso 61/2010), IL J 812**, confirma la excepción de caducidad de la acción de despido declarada en la instancia, en cuanto que no se aprecia error excusable en el establecimiento erróneo de la persona del empresario, por

lo que no suspende el plazo de caducidad ni le es aplicable el artículo 103.2 LPL. En otras palabras «las demoras debidas a errores procesales inexcusables cometidos por la parte demandante no producen efecto alguno interruptivo de los plazos de caducidad, pues sólo a aquella parte es imputable el error».

## B) El procedimiento por despido

Sobre la posible eficacia vinculante de la retractación empresarial de un despido con negativa del trabajador afectado a la reincorporación, habiéndole comunicado la empresa su propósito de reanudar el vínculo, la **STS de 26 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2785/2009), IL J 952**, señala conforme a la jurisprudencia anterior (SSTS de 7 de octubre 2009 y 11 de diciembre 2009) que sería altamente distorsionadora de la regulación legal y en consecuencia es ineficaz. Añade la Sala en su argumentación que:

«De otra parte, como destacábamos más arriba, atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial [aun mediando error excusable y comunicación readmisoria con toda suerte de garantías para el empleado] no sólo sería del todo distorsionador del proceso por despido, sino que difícilmente satisfaría el exigible —y constitucional— derecho a la tutela judicial efectiva y no protegería los intereses del trabajador en los términos que finalísticamente se derivan de la regulación que sobre el proceso especial por despido contiene la LPL».

## 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por trasgresión de la buena fe contractual. Así, la **STSJ de Navarra de 8 de abril de 2010 (recurso 91/2010), IL J 1020**, enjuicia la procedencia del despido a un operador de hornos por la realización de actividades durante la incapacidad temporal. En concreto, el trabajador durante la baja había desarrollado un sistema hidropónico con setenta plantas de marihuana en su domicilio, por la que fue detenido. La demanda de despido improcedente fue estimada en la instancia, en la medida que la no comunicación a la empresa de su detención no transgredía la buena fe contractual ya que afectaba a su esfera privada. Tampoco la plantación intervenida afectaba a su curación. No obstante, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra estimó la procedencia del despido puesto que las actividades desarrolladas en la vivienda del demandante no podían ser consideradas como lúdicas, livianas o esporádicas, una vez contrastado el reportaje fotográfico de la Policía Foral y, en consecuencia, se quebrantaba gravemente la buena fe contractual.

«Son trabajos que han debido realizarse durante un largo tiempo, incompatibles con su recuperación, y además de ningún modo pueden calificarse de esporádicos o circunstanciales, pues parecen prestados en lo que podría denominarse un régimen de dedicación y atención constante y continuada; y sin duda comportaban la preparación de la tierra para el cultivo en semilleros y grandes macetas, con manejo de pesos, traslado de sacos de tierra, sacos de abono, preparación de los semilleros y de la tierra para los mismos, y las macetas; movimiento de las pesadas macetas con tierra; y no solo en una actividad de fuerza y precisión, sino también en actividades que comprometen la columna, para el trasplante de

esquejes y plantas, y cuidado continuo de las mismas en el suelo, una actividad constante de torsión y flexión, incompatible con una lumbalgia que ha justificado una IT desde 2007, y que en todo caso debían también dificultar su recuperación, y aun podría provocar un empeoramiento de los padecimientos. *Actividad en conclusión que supone que se están quebrantando de forma grave y culpable durante un período de IT los deberes de buena fe y diligencia, que se refiere el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores».*

Por el contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de abril de 2010 (recurso 88/2010), IL J 969**, confirma la improcedencia del despido de la sentencia de instancia a falta de acreditación de la intervención del trabajador como mediador por cuenta propia, mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal.

El hecho de ocupar un puesto de responsabilidad puede incrementar la culpabilidad de la conducta imputada como en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de abril de 2010 (recurso 72/2010), IL J 984**. Por ello, el cúmulo de una serie de hechos probados en un sector de la actividad que incluye el manejo de armas, hace que sea sancionable con el despido. También puede incrementar dicha culpabilidad que el trabajador ostente un cargo de máxima confianza en la empresa, lo cual implica el desempeño de éste con lealtad y fidelidad, con lo que el abuso de confianza puede ser causa adecuada para el despido [**STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 2010 (recurso 69/2010), IL J 855**]. Del mismo modo, el hecho de que el trabajador se valga de su condición de miembro del comité de empresa (que durante el uso de su crédito horario prestaba servicios en otra empresa del mismo sector de seguridad privada) para impedir que el empresario tenga conocimiento de una conducta que constituye falta de deslealtad y fraude, no puede ser motivo para invocar la prescripción de las faltas (art. 60.2 ET). Conforme a reiterada jurisprudencia, la **STSJ de Valencia de 2 de febrero de 2010 (recurso 3211/2009), IL J 825**, confirmó la sentencia de instancia que situó el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en el momento en que la empresa tuvo un conocimiento cabal y preciso de los hechos.

## 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

### A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2010 (recurso 990/2010), IL J 1144**, falla la improcedencia del despido efectuado a una limpiadora en un supuesto de adscripción de trabajadores a una nueva empresa titular de la contrata. Esta última no tenía obligación de subrogarse en cuanto que la trabajadora en cuestión no reunía los requisitos establecidos en el convenio a tal fin, esto es, una antigüedad laboral mínima de cuatro meses en el centro donde se había producido dicha sucesión de contratistas. La extinción del contrato por la primera contratista no queda justificada y constituye un despido improcedente.

De la jubilación pactada en convenio trata la **STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010 (recurso 536/2010), IL J 1187**. En este caso, se enjuicia la validez del cese de una médico hematóloga y de análisis clínicos en el Hospital Gregorio Marañón cuyo régimen jurídico laboral preferente es el Convenio colectivo de la CAM, que entró en vigor una vez vigente la Ley 14/2005, deviniendo supletorio el EBEP. El artículo 50 del mencionado convenio previene la jubilación forzosa por cumplir el trabajador 65 años, pero sujetándose

al compromiso por la CAM de cubrir las plazas vacantes por los métodos establecidos. Precisamente aquí radica el incumplimiento del SERMAS como fundamenta la Sala en el fundamento jurídico sexto:

«Esto último es a lo que no ha dado cumplimiento el SERMAS, que ha cesado a la actora por tercera vez, al cumplir los 70 años, extrapolando el régimen normativo aplicable a los funcionarios públicos, con amparo en los artículos 2.5 y 67.3 EBEP, pero sin cumplir el mandato convencional de dar cobertura a la vacante, al no contratar ni tan siquiera a un facultativo interinamente, ni iniciado el procedimiento adecuado para su cobertura definitiva».

Por todo ello la extinción acordada por el SERMAS (Servicio Madrileño de la Salud) equivale a un despido, calificado correctamente de improcedente en la sentencia recurrida en suplicación.

## **B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización**

### *a) La indemnización: cuantía y cálculo*

Del cálculo del tiempo de servicios del demandante a los efectos de la indemnización a que tiene derecho por la improcedencia de su despido trata la **STSJ de Extremadura de 13 de mayo de 2010 (recurso 167/2010), IL J 1134**. El fallo estima que debe estarse al tiempo de servicios que prestó para la empresa con la que tenía contrato de trabajo cuando se produjo el despido, sin que puedan tenerse en cuenta los servicios prestados a otras empresas entre las que el demandante alega la existencia de grupo empresarial con la consiguiente responsabilidad solidaria.

### *b) Salarios de tramitación*

La **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2009 (recurso 4331/2009), IL J 654**, confirma en el caso de autos que el trabajador, ocupado en tareas preventivas como responsable del servicio de prevención propio, pese a la existencia de un servicio ajeno concertado, goza conforme al 30.4 LPRL de algunas de las garantías de los representantes de los trabajadores de los artículos 68 y 56.4 ET, por lo que la Sala razona con respecto a los salarios de tramitación:

«En su consecuencia, la consignación efectuada por la empresa, una vez reconoció la improcedencia del despido, *no puede surtir efectos de liberarle del abono de los salarios de tramitación por cuanto la opción por la indemnización o readmisión corresponde al actor* (Art. 56.2 y 4 ET)».

## **8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD**

### **A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación**

La **STS de 28 de abril de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1113/2009), IL J 1212**, trata de una trabajadora embarazada que tenía un *contrato para la*

*formación* y que fue despedida durante el período de prueba, despido que fue declarado nulo por razón del estado de la trabajadora. En este caso se suscitó la cuestión relativa a la necesidad de limitar los efectos de la declaración de nulidad, dado que el contrato se había extinguido durante la tramitación del despido. A tal efecto, la Sala razona:

«Para resolver esta cuestión conviene tener en cuenta que la obligación de dar empleo, la de readmitir, es una obligación de hacer que ha devenido en imposible por haber vencido el plazo durante el que se convino que esa obligación existiría. Con ello se quiere expresar que la imposibilidad de la readmisión no es caprichosa, sino que deriva de la extinción lícita de la obligación de dar trabajo, imposibilidad sobrevenida que puede calificarse de objetiva porque, desde el principio, es perceptible por todos y especialmente por quienes convinieron la duración temporal del contrato. Este matiz es importante porque la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados debe limitarse, conforme al artículo 1101 del Código Civil, a los derivados de culpa o negligencia del deudor, lo que impide apreciar la existencia de daños y perjuicios con posterioridad a la extinción del contrato [...].

Ello sentado, como se trata de una obligación de hacer es de aplicar lo dispuesto en los artículos 1184 y 1136 del Código Civil, precepto este último aplicable a las obligaciones de hacer por mor de lo dispuesto en su último párrafo. Ello comporta que a partir de la extinción del contrato la empresa no venga obligada a dar ocupación a la parte actora, pues no le es exigible legalmente esa obligación. Sin embargo, viene obligada a indemnizar los perjuicios causados hasta ese día, ya que, la irregular extinción anticipada del contrato le es imputable a ella. Consecuentemente, conforme a la regla tercera del citado artículo 1136, al no ser posible dar la ocupación pactada durante el período de tiempo comprendido entre el día del despido nulo y aquel en el que finalizó el contrato, tal obligación debe sustituirse condenando a la empresa al pago de los salarios (precio de la cosa) que la trabajadora debía haber cobrado de haberse ejecutado el contrato hasta el día pactado. Con ello se repara el lucro cesante que la actora sufrió, pues, cual se dijo antes, a partir de la extinción del contrato no existe pérdida imputable a la empresa y la reparación del lucro cesante debe cubrir el real o probable, pero no el que, aunque sea posible, no es objetivamente probable, sino hipotético e imaginario, como dicen las sentencias de la Sala Primera de este Tribunal de 15 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 5550) y 29 de diciembre de 2001, entre otras».

De este modo, el fallo de la sentencia limitó el efecto de la condena al abono de los salarios devengados desde el día del despido hasta el del vencimiento del término resolutorio.

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) Derecho del sindicato a formar parte de la Comisión Paritaria.
- b) Elección de los compromisarios que han de asistir a un congreso provincial del sindicato.
- c) Legitimación activa para impugnar convenios colectivos extraestatutarios.

##### B) Conducta antisindical y vulneración del derecho.

- a) Controladores aéreos: libertad sindical, negociación colectiva e imperio de la Ley.
- b) Negativa de ayudas institucionales.

##### C) Derechos y garantías de los representantes.

- a) Libertad sindical. Permiso retribuido para asistir a las reuniones de la comisión negociadora.

##### D) Negociación colectiva.

- a) Retraso en la constitución de la mesa negociadora.
- b) Exclusión de un sindicato de la Comisión Negociadora del Convenio.

##### E) Principio de indemnidad económica e indemnización por daños morales.

- a) Derecho al abono del tiempo invertido en desplazarse a la empresa durante los días de uso del crédito horario sin acudir a la empresa.
- b) Indemnización por daños morales: modificación de las condiciones de trabajo de los candidatos a las elecciones sindicales.

#### 2. CONFLICTO COLECTIVO.

##### A) El proceso de conflicto colectivo: competencia funcional

##### B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial.

##### C) El proceso de conflicto colectivo: Excepción de cosa juzgada, falta de acción y defecto en la interposición de la demanda

- D) El proceso de conflicto colectivo: interrupción de la prescripción de acciones.
  - E) El proceso de conflicto colectivo: inadecuación de procedimiento.
- 

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2010 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*.

### 1. LIBERTAD SINDICAL

#### A) Contenido y alcance

##### a) *Derecho del sindicato a formar parte de la Comisión Paritaria*

La cuestión controvertida se refiere a saber si el derecho a formar parte de una Comisión Paritaria de un Convenio colectivo forma parte del contenido del derecho de libertad sindical. En concreto, se plantea el análisis de la exclusión de la Coalición Sindical Independiente de Trabajadores de Madrid-Unión Profesional (CSIT-UP) de la Comisión Paritaria del III Convenio Colectivo de la Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid. La demanda se interpone frente a UGT, CC.OO. y el citado organismo autónomo.

Los elementos relevantes que analiza la **STS de 20 de mayo de 2010, J 1098**, para determinar si ha habido o no vulneración de la libertad sindical son los siguientes:

- 1.º Que el sindicato demandante negoció y firmó el Convenio Colectivo de referencia, pese a no haberse presentado a las elecciones sindicales. En efecto, el sindicato demandante formó parte de la comisión negociadora del Convenio Colectivo pese a no haberse presentado a las elecciones sindicales de 2007, lo que indica que se trata de un sindicato con implantación en la empresa y que al actuar así estuvo actuando su derecho a la negociación colectiva, que, como se sabe, forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical;
- 2.º Que la Comisión Paritaria establecida en el Convenio Colectivo y de la que el sindicato demandante quiere formar parte tiene importantísimas competencias negociadoras. No se trata de una mera Comisión de estudio, aplicativa o de seguimiento sino de una Comisión con importantes funciones negociadoras y hasta de regulación de determinadas condiciones laborales;
- 3.º Que el artículo 4 del Convenio Colectivo no autoriza expresamente a constituir dicha Comisión Paritaria con exclusión de ningún sindicato. El citado precepto indica: «En el plazo de los diez días siguientes a la fecha de la firma del Convenio, cuatro representantes designados por la Dirección de la Agencia constituirán la Comisión Paritaria...». La interpretación que debe prevalecer a juicio del Tribunal

Supremo es aquella que considera que todas las centrales sindicales firmantes del Convenio deben formar parte de la Comisión Paritaria;

- 4.º Que el número relativamente bajo, concretamente cuatro, de los componentes del banco social de la Comisión Paritaria no impide la presencia de las tres centrales sindicales. Resulta claro que si son cuatro representantes sindicales en la Comisión y tres las centrales en presencia, cada una de ellas puede ocupar un puesto y aún sobre uno que, lógicamente, deberá ser ocupado por la central mayoritaria, en este caso CC.OO. Y ello no prejuzga en absoluto cuál es el peso relativo que, en las votaciones internas de la bancada social, pueda tener cada una de las tres representadas en la Comisión.

*b) Elección de los compromisarios que han de asistir a un congreso provincial del sindicato*

Dentro del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, a que se refiere el artículo 28.1 CE, suelen distinguirse dos grandes ámbitos sustantivos. El primero, es la vertiente organizativa o asociativa y que se refiere a la capacidad del sindicato para determinar por sí mismo su organización y funcionamiento. El otro, es el funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores (STC 70/2000).

Pues bien, dentro del primero se integran las normas y procedimientos de designación de los representantes de los afiliados de base en los distintos órganos que integran la organización sindical, así como de nombramiento de quienes ejerzan facultades ejecutivas o formen parte de órganos que deban ejecutarlas. A este respecto, debe recordarse que el artículo 7 CE exige que su estructura interna y funcionamiento deban ser democráticos. Pero, ¿qué quiere decir exactamente que «su estructura y funcionamiento deban ser democráticos»? ¿implica este mandato la designación directa mediante voto libre y secreto de todos y cada uno de los puestos y responsabilidades del seno del sindicato?

Precisamente a esta cuestión responde la **STSJ de Castilla y León de 15 de febrero de 2007, IL J 666**. El caso que se le plantea es el de determinar si la designación de los compromisarios que debieran asistir a un congreso provincial del sindicato por parte de los órganos directivos (designación indirecta) en vez de por los afiliados directamente mediante voto (designación directa) es constitutiva de vulnerar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Pues bien, sobre la base de la admisión de la existencia de miembros natos como consecuencia de que su designación viene respaldada por una elección previa por parte de las bases sindicales, se llega a la conclusión de que los métodos de elección indirecta resultan compatibles con la libertad sindical siempre y cuando esté garantizada esa participación de la militancia en procedimientos de designación anteriores. A este respecto, resultan esclarecedoras las siguientes afirmaciones de la resolución: «puede discutirse si unos procedimientos son más o menos democráticos que otros, pero no existe un principio general que permita establecer una gradación en la naturaleza democrática del acuerdo, ni una exigencia de que, si tal gradación pudiera establecerse, hubiera obligación siempre de elegir el procedimiento más democrático de entre todos los posibles».

c) *Legitimación activa para impugnar convenios colectivos extraestatutarios*

Por otra parte, además del contenido esencial, la jurisprudencia constitucional ha configurado lo que se ha denominado como «contenido adicional» o conjunto de derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional colectivo, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE (STC 70/2000). La **STS de 23 de marzo de 2009, IL J 721**, se refiere a una de las facultades integrantes de este contenido adicional, cual es la capacidad de los sindicatos de impugnar convenios colectivos (arts. 2, 6 y 7 LOLS).

Así, sobre la base de una jurisprudencia ya asentada (SSTS de 16 de mayo de 2002, 29 de febrero de 2004 o 26 de enero de 2010, entre otras), declara que esa facultad se extiende también a los convenios colectivos extraestatutarios. A este respecto, recuerda, además, que la legitimación les viene dada, no sólo por el hecho de que en el caso estuviera vinculado con o se refiriera a sindicatos suficientemente representativos, sino que hubiera bastado la mera implantación en el ámbito del conflicto.

**B) Conducta antisindical y vulneración del derecho**

a) *Controladores aéreos: libertad sindical, negociación colectiva e imperio de la Ley*

Dentro del contenido material de la libertad sindical en su vertiente colectiva se encuentra, qué duda cabe, el derecho al libre ejercicio de la actividad sindical (artículo 7 CE) y, en concreto, el derecho a la negociación colectiva (artículo 37 CE). De esta forma, la negociación colectiva penetra en el núcleo duro de la libertad sindical, lo que ha permitido su tratamiento y protección al máximo nivel constitucional (STC 4/1983). Sin embargo, tanto el artículo 7, cuando se refiere a la actividad sindical, como el artículo 37, en relación con la negociación colectiva, se refieren a éstos dentro del marco de la CE y de las leyes.

Así, como otros derechos, la libertad sindical y su concreta manifestación en la negociación colectiva, no son ilimitados, sino que tienen un primer límite en la CE y, muy especialmente, en la Ley. A esta relación entre Ley y libertad sindical-negociación colectiva se refiere la **SAN de 10 de mayo de 2010, IL J 770**, vinculada al conocido caso de los controladores aéreos.

Como es conocido, la negociación colectiva para este grupo de trabajadores dio lugar a un convenio colectivo ciertamente generoso, que en muchos casos trasladaba facultades empresariales a los trabajadores y que llegó a un punto en que terminó por afectar a la normal actividad del sector, por cuanto que los sueldos millonarios de estos trabajadores impedían fijar tasas aéreas en niveles competitivos; o la regulación de la jornada, por citar otro ejemplo, dificultaba su adaptación al normal funcionamiento del mercado. El bloqueo de la negociación colectiva, así como los efectos para la normal prestación de este servicio público determinaron la intervención del Gobierno a través del RDL 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo (luego Ley 9/2010, de 14 de abril).

Pues bien, esta sentencia entra a determinar, por lo que ahora interesa, si esta intervención legal gubernamental vulnera la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

va. A este respecto, el Tribunal recuerda que, según una asentada jurisprudencia, «aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley» (STS 18-01-2000), por lo que «en aras del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada, lo que permite concluir que el artículo 37.1 de la Constitución no se vulnera mecánicamente por la entrada en vigor de una ley que repercute sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes, [...] puesto que la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio deriva de la propia Constitución».

La jerarquía es, pues, la regla general que rige la relación entre Ley y convenio colectivo, citándose como ejemplos de intervención legal las propias Leyes de Presupuestos en lo que hace, especialmente, a materia salarial en el ámbito público (STS 22-12-2008); o cuando el legislador se reserva espacios concretos, que se regularían normalmente mediante la negociación colectiva, cuando concurren situaciones excepcionales o casos especiales (STS 16-01-2008).

Por consiguiente, el problema de este caso se circunscribe a determinar si la intervención legal vulneró el límite expreso que contiene el artículo 53 CE, esto es, el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales (artículo 11 CE). Ello exige la ponderación de los intereses en juego y, por consiguiente, la aplicación del canon de proporcionalidad (FJ 10).

El principio de proporcionalidad, que es la herramienta utilizada para despejar si los actos que restringen los derechos fundamentales han respetado los límites establecidos por la propia Constitución, supone la aplicación de un triple test: 1) Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone. 2) Que la intervención sea necesaria, de modo que no quepa otra alternativa menos gravosa. 3) Que sea proporcionada en sentido estricto, entendiéndose como tal, que no suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la restricción del derecho

Pues bien, en relación con la necesidad de la actuación, analizadas las causas que llevan a su adopción, el Tribunal concluye que «la intervención del legislador no sólo era obligada, sino que era imprescindible para corregir en el plazo más breve posible de tiempo una situación tan calamitosa», puesto que se ha provocado un importante déficit en AENA (de más de 200 millones de euros en relación con la tasa de aproximación para el año 2010) que pone en cuestión su sostenibilidad económica y financiera, le imposibilita competir adecuadamente, puesto que su tarifa de ruta supera en un 50% la media europea y le impide objetivamente el cumplimiento del Reglamento Comunitario 2096/2005.

A este respecto, recuerda que la negociación colectiva «no sirve solamente para multiplicar geoméricamente los derechos de un colectivo de trabajadores con gran poder de contratación, sino que debe contribuir necesariamente también a la competitividad de nuestras empresas, así como a su adaptación a los requerimientos del mercado, [...] puesto que si la negociación colectiva provoca, como sucede en el supuesto debatido, que el proveedor civil de servicios de tránsito aéreo se convierta en uno de los proveedores más ineficientes de nuestro entorno, mientras los controladores obtienen retribuciones millonarias y dis-

frutan de unas condiciones de trabajo, en las que el poder de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios se “cogestiona” en el mejor de los casos y se desplaza individualmente a los propios controladores en el peor, como sucede con la disposición o no a prolongar la jornada, o a cambiar de turnos cuando lo exigen las necesidades del servicio, la negociación colectiva ha dejado de cumplir su función constitucional». De ahí que el régimen laboral de los controladores sea «indudablemente la mejor regulación de las condiciones de trabajo para una categoría de trabajadores, que se ha producido jamás en la historia de la negociación colectiva española, lo que no merecería reproche alguno, si la contrapartida no hubiera sido la pérdida de la viabilidad económica del sistema de tránsito aéreo, así como la garantía de continuidad y seguridad del mismo, especialmente si tenemos presente que los beneficios introducidos por el convenio se financian con dinero público».

Era asimismo idónea, puesto que si era impensable que el colectivo afectado renunciara negociadamente a un sistema que le ha proporcionado unas retribuciones millonarias, apoyadas en una jornada ficticia, no había otro remedio que la intervención del legislador para asegurar la libertad de circulación en el tráfico aéreo.

Por último, la Sala entiende que es también proporcionada, «aunque se hayan restringido derechos reconocidos mediante convenio colectivo estatutario, [...] ya que el sacrificio, impuesto a los controladores, ha sido el mínimo posible para garantizar la seguridad y continuidad del servicio, cuya viabilidad se puso precisamente en peligro como consecuencia de la negociación colectiva controvertida. A este respecto, recuerda que la intervención legal se refiere únicamente a aquellas materias imprescindibles para alcanzar tal fin».

Por todo lo anterior, se desestima la demanda de conflicto colectivo planteada por los controladores.

#### b) *Negativa de ayudas institucionales*

Dentro del contenido de la libertad sindical se encuentra, sin lugar a dudas, la prohibición de trato diferenciado entre sindicatos que no responda a criterios objetivos, razonables y proporcionados. De esta forma, el principio de igualdad a que se refiere el artículo 14 CE queda embebido en el derecho recogido en el artículo 28 del mismo cuerpo legal.

El principio de igualdad, que guía la actuación de las Administraciones Públicas es, por tanto, la regla de enjuiciamiento que permite distinguir una conducta vulneradora de la libertad sindical de otra que no lo es. Éste es precisamente el caso de la **STS de 21 de abril de 2010, IL J 844**, que decide si son constitucionalmente legítimos los criterios utilizados por un determinado Acuerdo administrativo y, sobre los cuales, denegó una subvención a la asociación sindical recurrente. A este respecto, la sentencia señala que, si bien son completamente proporcionados, razonables y carentes de arbitrariedad criterios como la representatividad que ostente la organización o su ámbito de actuación, no ocurre lo mismo cuando se exige la completa adhesión al contenido del acuerdo, como *conditio sine qua non* para la concesión de la ayuda. «La exigencia del requisito de adhesión a la totalidad del Acuerdo carece de justificación objetiva y razonable [...], pues al “obligar” a las organizaciones sindicales para conseguir una subvención a adherirse a la totalidad del acuerdo [...] se está condicionando por la Administración una determinada política o

práctica sindical, estableciendo un trato desigual entre sindicatos [...] que desde luego es contrario a la libertad sindical».

### C) Derechos y garantías de los representantes

#### a) *Libertad sindical. Permiso retribuido para asistir a las reuniones de la comisión negociadora*

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ de Galicia de 27 de enero de 2010, IL J 1011**, el Tribunal Superior de Justicia valora en qué medida varias trabajadoras de una importante empresa del sector textil tienen derecho a un permiso retribuido para asistir a las reuniones de la comisión negociadora del convenio colectivo, de la que forman parte.

Habiéndose constituido la comisión negociadora del convenio colectivo provincial del sector textil, el sindicato CIG designó a varias trabajadoras de una de las empresas encuadradas en dicho sector para que formaran parte de la mesa de negociación. La empresa, teniendo en cuenta que estas trabajadoras no tenían la condición de representantes sindicales, consideró inaplicable el artículo 9.2 LOLS y, en consecuencia, aunque no negó su derecho a concurrir a las negociaciones, decidió no abonar las ausencias al trabajo en que incurrieran por tal motivo, ofreciéndoles la posibilidad de recuperar las horas dejadas de trabajar o de que se les descontaran de su hoja de salarios.

Como bien sabemos, el artículo 9.2 LOLS reconoce a los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos, manteniendo su vinculación como trabajadores en activo en alguna empresa, el derecho a los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación. Como se aprecia de lo expuesto, el precepto establece el derecho a un permiso retribuido que se vincula a que el sujeto ostente la condición de representante sindical, requisito que no concurría en el presente caso.

El Tribunal, sin embargo, entiende que ello no es óbice para reconocer a las trabajadoras el derecho a un permiso retribuido, considerando aplicable el artículo 37.3.e) ET, que hace referencia a los permisos retribuidos para la realización de funciones sindicales, entendiendo que dicho precepto debe ser interpretado en el sentido amplio del término y, dado que la negociación de un convenio colectivo es una función sindical, no cabe restringir dicho permiso a la exigencia —no impuesta normativamente— de que el negociador designado por un sindicato deba ostentar además la condición de representante, ya unitario, ya sindical, en la empresa en que presta sus servicios, pues ello constituye una limitación del ejercicio de la libertad sindical al sindicato en la designación de sus negociadores.

### D) Negociación colectiva

#### a) *Negociación colectiva. Retraso en la constitución de la mesa negociadora*

Con arreglo al artículo 88.2 ET es a las propias partes negociadoras a quienes corresponde la designación de los componentes de la comisión negociadora del convenio. Es al propio sindicato al que, hecha la propuesta de negociación, compete señalar quiénes van a integrar el banco social. Se trata de una actuación sobre la que no puede intervenir la empresa

que ninguna facultad decisoria posee en este punto. Por este motivo, la **STS de 25 mayo de 2010, J 1219**, frente a la denuncia de vulneración de libertad sindical por parte de la empresa defendida por el Sindicato, argumentando ésta en la demora por más de un año en la constitución de la mesa, desestima esta pretensión indicando que son las partes negociadoras las que poseen plena autonomía para la designación de sus miembros. No se aprecia en este caso ninguna contravención al limitarse a estar siempre a la espera de que los sindicatos afectados precisaran los miembros de su representación en el banco social.

*b) Exclusión de un sindicato de la Comisión Negociadora del Convenio*

Cuestión controvertida es el análisis de los límites que tienen los negociadores de los convenios colectivos estatutarios para constituir convencionalmente comisiones de trabajo, a las que sólo se convoca a los sindicatos firmantes del convenio, sin vulnerar los derechos de libertad sindical y a la negociación colectiva de los sindicatos no firmantes, que tengan legitimación inicial para la negociación colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 87 y 88 ET.

En concreto, la **SAN de 11 de junio de 2010, J 1218**, analiza la exclusión de un sindicato de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo cuando éste cuenta con legitimación inicial. Se concluye en dicha sentencia que se ha vulnerado el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical del sindicato excluido porque se le impidió participar en una Comisión para la que tenía la legitimidad exigida por los artículos 87 y 88 ET, pese a que todos los negociadores tenían conocimiento cabal de su representatividad, no siendo causa de justificación que la empresa advirtiera a los demás negociadores, que el sindicato excluido tenía dicha legitimidad y que debían ponderar su presencia en el banco social, desplazando la responsabilidad al resto de los sindicatos, ya que el artículo 87.1 *in fine* ET deja perfectamente claro que en todos los casos será necesario que ambas partes se reconozcan como interlocutores, no salvándose la responsabilidad empresarial porque la empresa mantuviera una actitud pasiva, ya que era perfectamente consciente de que la composición del banco social no se ajustaba a derecho, concluyéndose que esa pasividad vulneró directamente su obligación de negociar de buena fe, requerida por el artículo 89 ET.

Se reconoce en la misma sentencia indemnización por daños producidos en la imagen del sindicato excluido, al impedírsele injustificadamente participar en las negociaciones, puesto que una de las principales razones de ser de todo sindicato, que le permite defender y promocionar los intereses sociales que le son propios, es la negociación colectiva, que queda gravemente lesionada cuando se le obstaculiza injustificadamente, porque se le priva de influir en la defensa de sus afiliados, así como del resto de los trabajadores.

**E) Principio de indemnidad económica e indemnización por daños**

*a) Derecho al abono del tiempo invertido en desplazarse a la empresa durante los días de uso del crédito horario sin acudir a la empresa*

La cuestión planteada se contrae a determinar si un representante legal de los trabajadores tiene o no derecho al abono del tiempo invertido en desplazarse a la empresa en aquellos días en que utiliza el crédito horario y no acude a ella. Como ha señalado de forma reite-

rada la doctrina del Tribunal Constitucional dentro del contenido del derecho de libertad sindical se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una «garantía de indemnidad retributiva» que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. Se ha afirmado en este sentido que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales.

En el caso analizado, la empresa y los representantes de los trabajadores llegaron a un acuerdo como consecuencia del traslado del centro de trabajo de Sant Adrià del Besos a Sant Pere de Riudebitlles sobre el mayor tiempo invertido en el desplazamiento se pactó que, durante los tres primeros meses, se percibiría por este concepto una hora y quince minutos (MTI), iniciando su cobro a partir del primer día que se traslade a las instalaciones de Sant Pere. A partir del cuarto mes, la cantidad se fijaría en función de la media de los tacómetros de los autocares, determinando así el tiempo real invertido por viaje.

El trabajador es representante legal de los trabajadores y afiliado a CC.OO. En los días en que ha hecho uso del crédito sindical y ha acudido a la empresa, se le ha abonado el MTI. Cuando un trabajador no acude a la empresa, ni con el autobús de ésta, ni con sus propios medios, no se le abona el MTI. Tampoco se le abona si está en situación de IT. Si el trabajador va al médico y luego acude a la empresa por sus propios medios, se le abona el MTI y los gastos de viaje. El trabajador reclama a la empresa percibir el MTI durante los días en que ha utilizado el crédito sindical y no acude en ningún momento a la empresa.

De acuerdo con la doctrina expuesta, la **STS de 18 de mayo de 2010, rcud, IL J 1083**, considera que es irrelevante que exista o no el desplazamiento real a la empresa, pues lo decisivo es que el representante de los trabajadores no sufra un potencial efecto disuasorio para decidir sobre la realización o no de sus funciones sindicales, ante la posible minoración de sus retribuciones. Tal menoscabo iría contra la garantía de indemnidad retributiva a que se ha hecho referencia en virtud de la cual estos representantes de los trabajadores, cuando hacen uso del crédito horario, tienen derecho a percibir estos conceptos retributivos, igual que si realmente hubieran asistido en esta ocasión al trabajo, so pena de resultar económicamente perjudicados por el desempeño de su cargo representativo.

*b) Libertad sindical. Indemnización por daños morales*

Se analiza la conducta de la empresa consistente en modificar las condiciones de trabajo de los candidatos de CC.OO. a las elecciones sindicales en lo relativo a su jornada laboral y los efectos que conlleva ésta desde la perspectiva de la libertad sindical. Dicha conducta fue declarada por el juez de instancia como contraria a la libertad sindical, declarando la nulidad de dicho comportamiento y condenando a la empresa al cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición a los candidatos en las condiciones laborales que tenían con anterioridad a la presentación de su candidatura. Plenamente constatado el atentado a la libertad sindical del sindicato demandante, la cuestión controvertida se refiere

a si procede o no una indemnización por daños y perjuicios. La **STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010, IL J 1190**, estima parcialmente la indemnización solicitada por el sindicato afectado. Por un lado, el Tribunal sostiene que tratándose de daños materiales —lucro cesante ocasionado por la conducta antisindical de la empresa—, éstos sólo pueden imputarse como irrogados directamente, a los miembros de las candidaturas de CC.OO., pero no al sindicato demandante para sí, al ser el único que acciona, y sin perjuicio, claro está, de que los verdaderamente damnificados puedan hacerlo a título individual si conviene a su derecho. De otra parte, por lo que se refiere a la indemnización por daños morales, se estima parcialmente porque la conducta de la empresa originó una situación difícil y delicada al sindicato, desde el mismo momento que alguno de sus candidatos podía haber claudicado ante la reacción de su empleador que se materializó en el cambio operado en la jornada de trabajo e, incluso, algunos electores pudieron sentirse presionados en determinada dirección de voto, todo lo cual redundó, sin duda, en la imagen y proyección exterior de la organización sindical.

## 2. CONFLICTO COLECTIVO

### A) El proceso de conflicto colectivo: competencia funcional

La **Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2010, IL J 658**, antes de entrar en el fondo del asunto y con carácter previo al examen de las excepciones alegadas por las partes, examina la competencia funcional de la Sala para conocer del objeto del litigio llegando a la declaración de la incompetencia funcional.

Según dispone el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los procesos a que se refieren los párrafos g), h), i), k), l) y m) del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma. Sin embargo, en el caso que se comenta, no se ha acreditado por el demandante que durante la parada hubiera personal de Santander sometido a horario de la Central, ni que hubiera trabajadores desplazados de ese centro. En el supuesto de que en una futura parada, hubiera algún trabajador desplazado del centro de Santander a la central, si resultase afectado por el cambio de horario lo sería como trabajador de la central aunque desplazado.

### B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, no sólo ha de tener en cuenta su competencia funcional, sino también su competencia territorial. Los problemas procesales que se plantean en torno a los conflictos colectivos, también pueden ser referidos a la competencia territorial para la concreción del órgano judicial. La competencia territorial de esta Sala para conocer sobre procesos de conflictos colectivos viene determinada por el ámbito en el que se manifieste efectivamente el conflicto entre los litigantes, a tenor de lo dispuesto en los artículos 9.5 y 67.2 LOPJ en relación con los artículos 8, 2.1 y 151 y siguientes de la LPL siendo requisito constitutivo para ello que la resolución del conflicto colectivo surja efecto en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma.

En el supuesto recogido en la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2010, IL J 783**, la CGT no consigue probar que la Entidad Pública Empresarial Loterías del Estado (LAE) tenga centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, probando que el convenio colectivo aplicable se publicó en el BOCM, pudiendo presumirse que la LAE no tiene centros de trabajo, ni trabajadores fuera de la Comunidad de Madrid.

**C) El proceso de conflicto colectivo: Excepción de cosa juzgada, falta de acción y defecto en la interposición de la demanda**

Son varias las cuestiones procesales que los tribunales analizan antes de entrar en el fondo del asunto. Tal es el caso de la **Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2010, IL J 782**, en la que la Federación Española de Empresas de Jardinería reclama, por un lado, el derecho a integrarse en la comisión mixta paritaria del Convenio, y por otro, que se anularan todas las decisiones y acuerdos suscritos por dicha comisión. En este supuesto la Audiencia Nacional analiza varias cuestiones procesales previas.

En primer lugar, estima de oficio la falta de conciliación previa puesto que se trata de un requisito constitutivo para la interposición del conflicto colectivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 151 LPL en relación con el artículo 80.1.c) LPL que viene a establecer que: «en ningún caso podrán alegarse en la demanda hechos distintos a los aducidos en la conciliación o en la reclamación previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustanciación de aquéllas». En este sentido, la estimación de oficio de esta excepción, excusa a la sala de conocer sobre las excepciones de acumulación indebida de acciones e inadecuación de procedimiento alegado por la otra parte, concretamente por UGT.

Por su parte, la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines excepcionó cosa juzgada por lo resuelto en otra sentencia de la misma sala. Sin embargo, el Tribunal, al analizar los requisitos, determina que no concurre la triple identidad exigida por el artículo 222.1 y 3 LEC, puesto que no se trata de los mismos litigantes y las pretensiones son completamente diferentes.

La misma Asociación alegó falta de acción porque aunque FEEJ no suscribiera el Convenio Colectivo y el artículo 46 de éste establezca que la comisión paritaria se constituirá por los firmantes del convenio, si FEEJ acredita que efectivamente la comisión paritaria es una comisión negociadora y no una comisión de administración y que tal federación acredita la representación exigida por los artículos 87 y 88 ET, sería evidente su derecho a participar en dicha comisión.

Por último, UGT sostuvo que había defectos en el modo de proponer la demanda. La Audiencia tampoco admite la excepción y determina que en la demanda se recoge perfectamente la causa de pedir y que no se ha generado ningún tipo de indefensión a los demandados.

A pesar de todo esto, la Audiencia desestima la demanda porque FEEJ no consigue probar que la comisión mixta del convenio sea una comisión negociadora.

En relación con la excepción de cosa juzgada hay que hacer referencia a la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2010, IL J 769**, en la que varios sindicatos excepcionaron cosa juzgada tanto en su vertiente negativa como en su versión positiva

sobre litigios precedentes en los que no se condenó a que se constituyera la comisión negociadora conforme a la representatividad descrita en los hechos probados. En esta sentencia, sin embargo, y siguiendo el criterio reiterado de la jurisprudencia, se establece que la cosa juzgada alcanza al fallo de la sentencia, pero no a los hechos probados de ella que no vinculan propiamente al Tribunal que conoce del litigio con posterioridad, quien sí está vinculado por los efectos negativos de la cosa juzgada cuando concurre la triple identidad exigida por el artículo 222.1 y 3 LEC o los efectos positivos, cuando resuelto en la sentencia precedente en la que coinciden los mismos litigantes, constituya un antecedente lógico de la segunda. Por ello, se desestima la excepción de cosa juzgada y también la excepción de falta de acción puesto que no se pide una consulta sino que se declare una composición concreta de la comisión negociadora tratándose de un conflicto actual aunque paralizado.

#### **D) El proceso de conflicto colectivo: interrupción de la prescripción de acciones**

El artículo 1973 del Código Civil permite que la tramitación de un proceso de conflicto colectivo paralice el trámite de los individuales ya iniciados sobre el mismo objeto, interrumpiendo así la prescripción de cuantas acciones se encontraran pendientes de ejercitar.

En el supuesto que analiza tanto la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2010, IL J 751**, como las **sentencias del mismo Tribunal de 20 de abril de 2010, IL J 763**, y la de **5 de mayo de 2010, IL J 919**, los recurrentes solicitan, por un lado, las diferencias por plus de antigüedad insistiendo en que no están prescritas las cantidades reclamadas, y, por otro, reclaman las diferencias del salario base, pretendiendo que se declare también la inexistencia de prescripción insistiendo en que la interposición de la demanda de conflicto colectivo despliega efectos interruptivos.

No puede entenderse que el planteamiento del segundo conflicto pueda interrumpir la prescripción de las cantidades reclamadas en concepto de complemento de antigüedad en el primer conflicto. No se aprecia identidad de objeto entre dos conflictos colectivos anteriores, por cuanto uno afectaba al complemento de antigüedad y el segundo se planteaba respecto del salario base y su eventual compensación o absorción. De ahí que deba concluirse que este último no puede constituirse en causa de interrupción del pleito que por antigüedad plantea el actor, con rechazo de la pretensión del trabajador sobre la base de las consideraciones siguientes:

1. La naturaleza de las sentencias de conflicto colectivo es declarativa, no constitutiva, *pues interpreta normas jurídicas que ya existen con anterioridad*, razón que permite ejercitar la acción para reclamar el derecho a percibir el complemento litigioso al margen del conflicto colectivo sin esperar su resultado definitivo.
2. En cuanto a la determinación del día en el que comienza el plazo para ejercitar la acción se discute si es el día de la notificación de la sentencia de la audiencia Nacional o por el contrario sólo se iniciaba a partir de la notificación de la sentencia del Tribunal Supremo que la confirmó. El plazo empieza a contar a partir de la fecha de notificación de la sentencia firme que resuelve el conflicto colectivo. 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: Y siendo que conforme al artículo 59.2 ET el ejercicio para exigir

percepciones económicas tiene plazo de un año, debe concluirse que procede la aplicación de este precepto con rechazo de las cantidades que superen dicho límite temporal al no evidenciarse conexión objetiva entre los dos conflictos colectivos que hubiese posibilitado el efecto interruptivo que por la parte actora sin éxito se pretende. Esto implica que el plazo de prescripción de cada mensualidad prescribía al año a contar a partir del mes en que no se abonó la antigüedad reclamada. Por ello, la interposición del conflicto colectivo sólo pudo interrumpir la prescripción de la antigüedad a partir de ese momento pero no la correspondiente a mensualidades anteriores.

3. No existe conexión alguna entre los conflictos colectivos ya que en el primero para nada se reclamaron diferencias de salario base; por consiguiente, la acción para reclamar tales diferencias por salario no quedó en modo alguno interrumpida por el primer conflicto. Igualmente cuando se planteó el segundo conflicto en julio de 1995, en el que se suscitó la cuestión sobre el salario base, estaban ya prescritas las mensualidades anteriores a julio de 1994. Y, por tanto, dicho conflicto sólo interrumpió la prescripción de las posteriores.

Considerando la nula interconexión entre los dos conflictos planteados, concluye el Tribunal que nada impedía al actor reclamar a la empleadora los conceptos salariales no afectados por ellos por lo que deben entenderse prescritas las cantidades que superen el plazo de un año que autoriza el artículo 59.2 ET para reclamar percepciones económicas derivadas del contrato de trabajo.

En igual contexto que los litigios comentados —y en el ámbito de la misma empresa— se resuelven por la Sala diversas controversias sobre el influjo que sucesivos conflictos colectivos despliegan en las reclamaciones individuales por diferencias en el salario base y en el plus de antigüedad correspondiente a determinado período. Se dictan la **Sentencias de fecha 4 de mayo, IL J 1224; 11 de mayo, IL J 1079, y 19 de mayo de 2010, IL J 1109**, y lógicamente el signo del fallo no puede ser diferente al mantenido en las resoluciones anteriormente analizadas, sentando la buena doctrina unificada favorable a considerar ambas acciones colectivas sin conexión posible dado su distinto objeto y teniendo por prescritas las cantidades que sobrepasan el año desde que la acción pudo ejercitarse a computar desde la notificación de la sentencia que declaró la firmeza del primero de los procedimientos colectivos suscitados.

Tomando como premisa que el proceso de conflicto colectivo interrumpe la prescripción de las acciones vivas, la publicación de dichas sentencias termina por unificar una serie de resoluciones provenientes de distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre reclamaciones salariales individuales frente a la empresa IBM. Como queda expresado, se dirimen los efectos de una demanda de conflicto colectivo sobre acciones individuales en curso, resolviéndose en todos los casos que el referido principio únicamente rige en supuestos donde existe pendencia sobre el fondo de la cuestión planteada, por cuanto en caso contrario debe regir la regla de prescripción de acciones que alcanza al transcurso temporal de un año desde que éstas pudieron ser ejercitadas, conforme al artículo 59.2 ET.

En definitiva, se viene a consolidar el criterio jurisprudencial según el cual en materia de prescripción no cabe una aplicación rigurosa sino cautelosa y restrictiva de ella, quedando sujeta a las respuestas concretas que nuestros tribunales puedan adoptar conforme a las

peculiaridades del caso y siempre con arreglo al principio general de que el tiempo de la prescripción de las obligaciones sólo puede empezar desde que son exigibles.

La interrupción de acciones individuales por la presentación de demanda de conflicto colectivo constituye principio jurídico indiscutido. Ahora bien, la conexión entre acciones colectivas en los supuestos en que pueda existir algún tipo de influjo en razón de las partes que intervienen, su objeto y la extensión de sus efectos constituye un complejo entramado jurídico que analiza la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de abril de 2010, IL J 1166**, reiterando una línea de doctrina antes unificada por su Sala de lo Social.

Tomando por fundamento seguro el artículo 1973 del Código Civil, y sobre la base de la existencia de un segundo conflicto colectivo en que se reclaman pretensiones económicas distintas, sienta el Alto Tribunal que «nada impedía reclamar a la empresa el abono de conceptos distintos a los que fueron objeto de cada uno de los referidos conflictos mientras que estaban en trámite uno y otro, respectivamente». Es manifiesto que el punto de partida del plazo viene determinado por su ejercitabilidad, toda vez que no basta que el derecho exista de forma hipotética, sino que además se precisa que haya nacido para defenderlo o ejercerlo. Y en el caso que analiza la sentencia de referencia no existe duda de que los efectos de la pretensión actora se reclaman cuando ya se da una situación jurídica de aptitud plena, marcada por un conjunto de circunstancias sustantivas y procesales necesarias para la viabilidad de la acción que se ejercita, por cuanto, a juicio de la Sala, no se da en las actuaciones situación alguna de litispendencia que pueda determinar incertidumbre jurídica sobre la integridad de las cuantías pretendidas y que puedan justificar que se iniciara el plazo tan pronto la duda quedara despejada con el efecto de hacer viable desde entonces el nuevo procedimiento judicial que con posterioridad se incoa.

Sentado este principio, recuerda la resolución que el plazo prescriptivo en todo caso debe reanudarse una vez se declara la firmeza de la sentencia inicial que obviamente debe corresponderse con la fecha de notificación de la que definitivamente resuelve el conflicto colectivo, siendo además que conforme al artículo 59.2 ET dicho cómputo comienza a contar a partir del día en que la acción pueda ejercitarse. En suma, debe concluirse que «la acción colectiva tiene virtualidad para interrumpir la prescripción en curso de una acción viva, pero en modo alguno para reavivar o reactivar una acción ya extinguida».

### **E) El proceso de conflicto colectivo: Inadecuación de procedimiento**

Con fundamento en el instituto legal de la sucesión empresarial del artículo 44 ET se interpone por el Abogado del Estado, en representación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), demanda de conflicto colectivo a fin de establecer la vinculación jurídica de los trabajadores afectados por determinados procesos de privatización de empresas en orden a la titularidad accionarial de éstas. En el mismo proceso también interpuso igual clase de acción, acumulada a la anterior, una de las empresas demandadas, «Babcok Wilkox Española, S.A.», interesando una serie de pronunciamientos relacionados con la misma cuestión.

Planteada excepción de inadecuación de procedimiento, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2010, IL J 1092**, nos recuerda que las partes no pueden elegir si plantean un conflicto individual o colectivo ya que la modalidad procesal viene

impuesta por el objeto litigioso, siendo que la integración de plantillas sólo puede tener como cauce procedimental el marcado por el conflicto colectivo, siendo éste elemento de naturaleza nuclear que además requiere la existencia en primer término de un grupo homogéneo de trabajadores definido por caracteres objetivos y la presencia de un interés general que reside en el grupo. Ambos rasgos se dan en el caso analizado, pues la controversia afecta a los trabajadores que actualmente forman parte de dos empresas privatizadas al margen del interés claramente individualizable que sin duda alguna también se encuentra presente, mostrándose en todo momento compatible con el anterior.

Aprovecha la citada resolución para admitir la posibilidad de que la inadecuación de procedimiento alegada en el recurso pueda afectar por separado a cada uno de los pedidos que se contienen en la demanda rectora de autos, conforme queda determinada en función de la concurrencia de los elementos definidos por la jurisprudencia, esto es, que se trate de un conflicto actual, no futuro, que adopte la forma de un conflicto jurídico, no de intereses, y que tenga la dimensión de un conflicto colectivo, no individual.

Con esta fundamental premisa se llega a la conclusión de que en el caso analizado, aun tratándose inequívocamente de un procedimiento de conflicto colectivo, la complejidad y variedad de situaciones personales impiden que, en referencia al particular sobre integración en las plantillas que se pide por vía de sucesión empresarial pueda hablarse de *grupo homogéneo de trabajadores*, por lo que ésta, en último término, *vendrá dada en atención a las concretas circunstancias de cada grupo a través, en su caso, de la formulación de la correspondiente demanda individual o plural*. En consecuencia, los recursos formulados sobre estos concretos aspectos por las partes son desestimados, confirmando en todos sus apartados la sentencia dictada en primera instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

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. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO.
  2. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.
  3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.
  4. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO.
  5. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.
    - A) **Por las comisiones paritarias.**
    - B) **Por los Tribunales laborales.**
- 

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en la *Revista Información Laboral–Jurisprudencia*, de Lex Nova, números 5 a 10, 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 por los Tribunales laborales; los criterios seguidos entonces no varían. Resulta innecesariamente prolija la STSJ de Galicia de 25 de enero de 2010, resolviendo la impugnación del V convenio colectivo único para el personal laboral de la Junta de Galicia. Apartándose del criterio general seguido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, dispone dicha sentencia, en el caso de autos, la eficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad efectuada en relación con una parte de los preceptos del convenio colectivo impugnado.

1. 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 de la retribución de las horas extraordinarias.** Con carácter general, la doctrina a seguir es la de que la regulación de esta materia por parte del convenio colectivo debe respetar la regla del art. 35.1 ET, según la cual el valor de cada hora extraordinaria no podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Lo reitera, una vez más, con cita de las sentencias de la misma Sala y Tribunal de 2 de junio de 2003 (rec. 3153/02), 28 de noviembre de 2004 (rec. 976/04; su reseña en *Justicia Laboral* núm. 23), 12 de enero y 6 de octubre de 2005 (rec. 984/04 y rec. 3907/04, respectivamente) y 21 de febrero de 2007 (rec. 33/06), la **STS de 21 de abril de 2010 (IL J 758)**. Aquel precepto del ET tiene naturaleza imperativa y de derecho necesario, de modo que los derechos que confiere son indisponibles tanto para los trabajadores (art. 3.5 ET) como para el convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el art. 37.1 de la Constitución española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias [art. 3.1.b) ET] y exija también (art. 85) que lo que en tales convenios se pacte lo sea «dentro del respeto a las leyes».

**Límites. En relación con la regulación del crédito horario de los representantes de los trabajadores.** No cabe limitar la posibilidad de acumulación a los representantes de los sindicatos firmantes del convenio colectivo. Semejante limitación supone para el sindicato no firmante una desventaja carente de justificación objetiva y razonable y, por lo tanto, resulta contraria al derecho de libertad sindical. Llega a la expresada conclusión, sin hacer esfuerzo alguno por huir de un prolijo razonamiento, la **STSJ de Galicia de 25 de enero de 2010 (IL J 990)**:

Las secciones sindicales, de los delegados sindicales y de los afiliados «son objeto de regulación en el art. 45 del V convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, y a juicio del sindicato demandante el hecho de que en sus apartados 2.a), a.1) y 2.a), a.6) se conceda a las organizaciones sindicales firmantes del convenio la posibilidad de, respectivamente, acumular “los créditos horarios que puedan corresponder a los/as delegados/as sindicales que cada una de las organizaciones sindicales que firme este convenio tienen derecho a designar de conformidad con este Texto Legal (...) en una bolsa única correspondiente al ámbito territorial de Galicia” y “constituir una bolsa de horas de ámbito correspondiente al territorio, que puede estar integrada por las horas que corresponden a sus miembros de los comités de empresa, delegados/as de personal y las que corresponden a sus delegados/as sindicales”, supone conceder mayores beneficios de acción sindical a los afiliados de los sindicatos que han firmado el convenio frente a aquellos otros que no lo han hecho; acción esta que entra (siempre según el sindicato accionante) en la noción de injerencia que contempla el art. 13.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en relación con el art. 2 del Convenio 98 de la OIT), de tal manera que la regulación que se realiza de la acumulación de los créditos horarios en una bolsa única para las organizaciones firmantes supone una desventaja para los sindicatos que no suscribieron el convenio, lo cual, aparte de carecer de justificación, es susceptible de alterar la situación de igualdad en que ha de fundarse la concurrencia entre organizaciones sindicales en un sistema de pluralidad sindical.

Así, partiendo de la base de que la acumulación del crédito horario puede pactarse en convenio colectivo (art. 68 ET), y teniendo presente igualmente que aquí la norma convencional sólo permite acumular los créditos horarios (en una bolsa única correspondiente al ámbito territorial de Galicia) que puedan corresponder a los delegados sindicales o constituir bolsas de horas (de ámbito correspondiente al territorio) que pueden estar integradas por las que corresponden a los miembros de los comités de empresa, delegados de personal y delegados sindicales de las organizaciones sindicales firmantes del convenio, lo que este Tribunal debe decidir es si esa limitación (o exclusión, según se mire) convencional vulnera el derecho de libertad sindical de los sindicatos que no han firmado el convenio colectivo [...].

Así las cosas, en el presente caso de lo que se trata es de analizar (desde una perspectiva de legalidad constitucional) si el precepto cuya ilegalidad se denuncia puede incidir de alguna manera en el derecho de acción sindical del sindicato demandante, partiendo, eso sí, de una posición de igualdad con relación a los demás sindicatos con implantación en el ámbito de actuación sindical que nos ocupa, habida cuenta su carácter de sindicato más representativo, con implantación en el ámbito de aplicación del convenio impugnado; o lo que es igual, si limitar la acumulación de horas sindicales a los sindicatos firmantes del convenio tiene (tal y como exige la doctrina del Tribunal Constitucional) una justificación objetiva y razonable.

Antes de proceder a aplicar la doctrina judicial que se ha dejado expuesta al caso que aquí nos ocupa, debe dejarse constancia de una realidad innegable: la confederación sindical CC.OO. tiene la consideración de sindicato más representativo a nivel estatal, contando además con implantación en el ámbito de aplicación del convenio (hasta el punto de que resulta ser el sindicato que cuenta con mayor número de representantes legales o unitarios). Y aunque este hecho cierto y notorio era conocido por las partes negociadoras, decidieron pese a todo conceder a los representantes unitarios y sindicales de los sindicatos firmantes del convenio aquí impugnado el derecho de acumulación de su crédito horario en el ámbito territorial de la comunidad autónoma de Galicia en función del solo hecho de su firma, lo que constituye frente al sindicato demandante una ventaja, una desigualdad de trato, al excluirlo de manera arbitraria e injustificada de unos beneficios de acción sindical en el seno de la Xunta de Galicia, sin que (insistimos) esa exclusión se halle justificada en forma alguna, apareciendo así como desigual el trato establecido en el convenio a los sindicatos con implantación en su ámbito de negociación; y es que, mantener una mayor posibilidad de acción sindical únicamente en favor de los sindicatos que han firmado el convenio supone un reforzamiento de éstos en perjuicio de aquellos otros que, aunque no hayan suscrito la norma convencional, ostentan, como mínimo, idéntica implantación y representatividad que los que sí la han rubricado, “tanto más cuanto que el principio rector en relación con los derechos de acción sindical dentro de la empresa es el de igualdad entre los sindicatos” (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 [rec. núm. 8/2003]).

De este modo, esa exclusión convencional incide, en primer término, en el derecho de libertad sindical del sindicato que no cuente con esa ventaja adicional de actuación que supone la posibilidad de acumular el crédito horario de sus representantes; y, en segundo lugar, esa ventaja adicional no cabe vincularla con los actos de aplicación y desarrollo del convenio, y sí con esas mayores posibilidades de acción sindical (concretadas en la acumulación del crédito horario), en las que no es razonable ni tiene justificación objetiva

excluir por completo al sindicato demandante. La consecuencia de todo ello resulta ser el acogimiento de las pretensiones de la demanda en este concreto punto, lo que producirá la nulidad de los apartados 2.a), a.1) y 2.a), a.6) del V convenio colectivo por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 28.1 de esa misma norma».

**Modificación sustancial.** Aparte de ser posible sólo en relación con las materias que precisa el art. 41 ET, requiere, como también dispone este precepto, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En otro caso la decisión de la empresa deviene nula y la vía procesal adecuada para su impugnación es, por no ajustarse esa decisión a las condiciones que establece el citado artículo, en lugar de la del proceso especial regulado en el art. 138 LPL, la del proceso ordinario. Así, **STS de 23 de marzo de 2010 (IL J 723)**, en unificación de doctrina:

«Como quiera que en el presente caso el horario que la empresa modificó estaba fijado en su convenio colectivo, era preciso el acuerdo entre la empleadora y los representantes de los trabajadores, acuerdo que no se logró, de tal suerte que, al no haberse cumplido esta exigencia, el procedimiento a seguir no es el del citado art. 138 de la LPL, sino el ordinario».

## 2. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

**En la sucesión de empresa.** Para que los trabajadores afectados por esta sucesión dejen de regirse por el convenio colectivo que les era aplicable en el momento de la transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva y pasen a estar sometidos al nuevo convenio colectivo que entre en vigor con posterioridad a dicha transmisión y afecte a la empresa adquirente y, dentro de ella, a la entidad económica transmitida, es preciso que este último tenga la naturaleza de estatutario. Según tiene oportunidad de concluir la **STS de 12 de abril de 2010 (IL J 906)**, el expresado efecto no puede surgir de la mera celebración de un convenio colectivo extraestatutario:

«Esta Sala declara que el acuerdo extraestatutario alcanzado en el ámbito de la empresa [adquirente] no constituye un “*convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida*” con respecto a los trabajadores de la antigua empresa, a los fines de sustitución entre convenios prevista en el aplicable art. 44 ET, pues los pactos o convenios colectivos extraestatutarios no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, carecen de eficacia normativa y únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y, finalmente, dado que, de estimarse lo contrario, prevalecería la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio [el aplicable a los trabajadores afectados por la transmisión en el momento de producirse ésta] legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo que quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios *ex art. 37 CE*».

## 3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

Desde el punto de vista de la aplicación de la regla del párrafo primero del art. 84 ET, según la cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto

en convenios de ámbito distinto», no cabe considerar en vigor el convenio en situación de ultraactividad. En consecuencia, con la denuncia del convenio anterior en el tiempo y agotamiento de su plazo de duración pactado (en el caso de autos, un convenio provincial del sector de la construcción) deja de regir la referida regla y las relaciones laborales pasan a quedar sometidas a lo que establezca el convenio de ámbito superior posterior (el general del mismo sector). Lo recuerda, reproduciendo el criterio seguido en tal sentido por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2009 (IL J 959)**. Ello determina que pase a ser aplicable la prohibición de prorrateo de las gratificaciones extraordinarias contenida en ese segundo convenio, no establecida en el primero.

#### 4. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» 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 art. 22 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».

**Impugnación del convenio extraestatutario.** La impugnación del convenio colectivo por los trámites del proceso de conflicto colectivo, prevista en el art. 163.1 LPL, constituye también el procedimiento a seguir para la llevada a cabo en relación con convenios extraestatutarios. La expresión «cualquiera que sea su eficacia», empleada en el citado precepto, «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 arts. 161 y sigs. esté reservado para la impugnación de los convenios colectivos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, puesto que el art. 163.1 de la propia LPL, situado dentro de la regulación de esta modalidad procesal, prevé la posibilidad de utilizarlo por los legitimados para ello “para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia” y, por lo tanto, también para impugnar los demás acuerdos colectivos, como convenios extraestatutarios o pactos de empresa [...], constituyendo esta posibilidad doctrina de

esta Sala apreciable en numerosos sentencias, de las que pueden señalarse, entre otras, las SSTs de 16 de mayo de 2002 (rec. 1191/2001) o 18 de febrero de 2003 (rec. 1/2002), por citar sólo algunas de las más recientes» (STS de 23 de marzo de 2010; *IL J 721*).

**Impugnación por ilegalidad. Legitimación activa.** 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 23 de marzo de 2010 (*IL J 721*)**, la cual, partiendo de que «el procedimiento adecuado» para impugnar este tipo de convenios es el del art. 163.1 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».

**Naturaleza y efectos de la sentencia.** Dicha naturaleza es la propia de las sentencias declarativas y la estimación de la pretensión (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. Confirman la solución expuesta, en casación para la unificación de doctrina las **SSTS de 16 de febrero, 12 de abril y 13 de abril** (dos sentencias), **11 de mayo y 21 de junio de 2010 (*IL J 637, 714, 885, 1167, 957 y 1432*)**, todas 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 art. 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 estos 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 anulación de los reglamentos el art. 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».

Un caso de atribución de efectos *ex nunc* en atención al contenido particular de las cláusulas anuladas, creadoras de situaciones jurídicas ya consolidadas, no necesariamente declaradas por sentencia firme (traslados; incorporaciones de trabajadores con la condición

de fijos; celebración de procesos selectivos con arreglo a formas de colaboración negociadas con los sindicatos firmantes del convenio y, por lo tanto, nulas por exclusión de los no firmantes; restricciones en materia de acumulación de los créditos horarios de los representantes ya disfrutados con arreglo a lo previsto en la cláusula nula, etc.), en **STSJ de Galicia de 25 de enero de 2010 (IL J 990)**:

«De acuerdo con el criterio sentado por este Tribunal en su Sentencia de 9 de marzo de 2009 (rec. núm. 87/2006), los efectos de la nulidad de tales preceptos deben establecerse *ex nunc* (desde ahora), “y es que, lo contrario podría generar repercusiones económicas y jurídicas imprevisibles, afectando directamente a la seguridad jurídica, en particular, por lo que se refiere a situaciones jurídicas ya consolidadas por efecto del tiempo o la decisión de los Tribunales de Justicia. Se trataría, pues, de mantener las resultas jurídicas de las situaciones de hecho (se haya procurado su efectividad jurídica o no) creadas durante la vigencia del convenio (o de sus preceptos) que haya sido posteriormente anulado, pero que durante su vigencia debía presumirse ajustado a la legalidad (...)”. Apoya esta conclusión “la literalidad de los arts. 164.2 y 301 LPL, según los cuales las sentencias que recaigan en los procesos de impugnación de los convenios colectivos serán ejecutivas desde que se dicten, lo que permite sostener la conclusión de que las sentencias de anulación de disposiciones convencionales producen (incluso las que no son firmes) un efecto vinculante inmediato para todas las personas afectadas, que ha de atenerse a su mandato *ad futurum*; y así, del mismo modo que no podrán invocar a partir de entonces como título o fundamento de su actuación la disposición anulada, tampoco debe permitirse que: 1.º se conviertan en ‘un título ejecutivo universal de todos los actos anteriores (...) que estén relacionados con la aplicación de la disposición anulada’ (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005 [rec. núm. 35/20023]); y 2.º se pueda aplicar retroactivamente, afectando así a situaciones producidas bajo la vigencia del precepto anulado. En fin, debe de tenerse en cuenta igualmente que si los convenios colectivos presentan carácter normativo, y si, como tales, ‘no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario’, los efectos de la sentencia declarando la ilegalidad (...) deben producirse a partir del momento en que aquella fue dictada”».

## 5. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

### A) Por las comisiones paritarias

**Límites de sus facultades interpretativas.** Ofrece un repaso de la materia, con profusa cita de la jurisprudencia y reproducción literal de un gran número de sentencias, la **STSJ de Galicia de 25 de enero de 2010 (IL J 990)**. Para la Sala Gallega, no excede los aludidos límites y, por lo tanto, no es nula la cláusula del convenio colectivo (el V del personal laboral de la Junta de Galicia) que dispone, en relación con las facultades de administración e interpretación de su comisión paritaria, que sus «acuerdos vinculan a ambas partes en los mismos términos que este convenio y se incorporarán a él como anexo»:

«Si bien es cierto que los acuerdos de la comisión paritaria no pueden modificar (o incluso regular) el orden convencional de referencia (lo que incluye todas aquellas facultades que impliquen acción normativa), ello no puede en modo alguno suponer la nulidad de un precepto como el aquí combatido que se limita a establecer la vinculación de las partes

firmantes del convenio con los acuerdos adoptados por su comisión paritaria; lo contrario significaría tanto como presumir *ex ante* la ilegalidad de las decisiones adoptadas por la comisión paritaria, sin que el hecho de que la norma afirme que dichos acuerdos “vinculan en los mismos términos que este convenio” signifique otorgarles carácter normativo, debiendo dicha afirmación ser entendida en el sentido de que las decisiones de la comisión paritaria interpretando y aplicando el convenio deberán ser acatadas y cumplidas (respetadas) por las partes firmantes. Así, supuesto que la comisión paritaria incurriera en algún exceso respecto de la misión (ejecutiva, administradora o interpretativa) que se le encomienda, deberá solicitarse judicialmente la nulidad del acuerdo así adoptado o, en su caso, su inaplicabilidad en el caso concreto de que se trate».

**Composición.** No cabe la exclusión de uno de los sindicatos firmantes del convenio. Otra cosa es que su peso en la votación de los acuerdos producidos en el seno de la comisión paritaria pueda y aun deba ser distinto del correspondiente a los representantes designados por otros sindicatos mayoritarios. La referida exclusión comporta una lesión de la libertad sindical del sindicato afectado que no desaparece por el hecho de que se le permita asistir a las reuniones de la comisión paritaria con voz pero sin voto. Razona en tal sentido la **STS de 20 de mayo de 2010 (IL J 1098)**, en relación con la comisión en la que están presentes, cada uno con dos representantes, dos de los tres sindicatos firmantes del convenio. Disponía éste que en el plazo de los diez días siguientes a la fecha de su firma constituirían la comisión paritaria «cuatro representantes designados por las centrales sindicales firmantes y cuatro representantes designados por la dirección de la Agencia». Para la Sala, «es cierto [...] que en ese precepto no se dice expresamente que en la comisión deban estar representadas las tres centrales firmantes del convenio, sino solamente que son éstas las que designarán a los cuatro representantes en cuestión»; sin embargo, «concluir que esa designación es libérrima y que, puestas de acuerdo dos centrales sindicales, como es el caso, pueden excluir a la tercera, es una interpretación abusiva [...]. En definitiva, el precepto convencional citado permite otra interpretación que, por ser la única acorde con el respeto al derecho constitucional de libertad sindical, es la que debe prevalecer, a saber, que todas las centrales sindicales firmantes del convenio deben formar parte de la comisión paritaria instituida para su cumplimiento, interpretación y desarrollo».

Según apunta la sentencia, la cuestión de la presencia en la comisión negociadora del sindicato excluido se podría haber resuelto atribuyendo a cada uno de los sindicatos negociadores un peso en aquélla proporcional a la representatividad aportada para la constitución de la comisión negociadora.

**Distinción entre facultades de administración y negociadoras de las comisiones creadas en el convenio colectivo.** Tal distinción es relevante a efectos de determinar si resulta contrario a la libertad sindical el hecho de que el convenio excluya que puedan formar parte de las comisiones contempladas los sindicatos o las tendencias o representaciones sindicales no firmantes. Se detiene sobre aquella distinción, en relación con la comisión paritaria, reproduciendo de nuevo con profusión innecesaria la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y con argumentaciones excesivamente prolijas, la ya citada **STSJ de Galicia de 25 de enero de 2010 (IL J 990)**. No cabe apreciar que sean de negociación las facultades atribuidas a las comisiones que no impliquen la adopción de acuerdos y se limiten a la formulación de propuestas o informes sobre las

materias sometidas a la competencia de aquéllas (**STS de 25 de junio de 2010, IL J 1429**). Sólo cuando se constate la atribución a dichas comisiones de facultades negociadoras admite reproche que el convenio excluya que puedan participar en la negociación el sindicato o tendencia sindical no firmante. Así sucede (**STSJ de Galicia de 25 de enero de 2010, IL J 990**) cuando se encomienda a la comisión paritaria:

1) La negociación del baremo para la provisión definitiva de las vacantes mediante sistema de concurso de traslado:

«La competencia (asignada directamente a la comisión paritaria) para establecer el baremo de méritos aplicable a cada convocatoria de traslados que contempla la norma colectiva no se concreta en meros actos de ejecución del convenio, sino que tiene un contenido normativo típico, en tanto en cuanto establece una regulación de carácter general en materia de concurso de traslados, concediendo así a la comisión paritaria una facultad incondicionada de regulación en este ámbito concreto de movilidad geográfica, sin que quepa atribuir a tal órgano facultades normativas que le autoricen a desarrollar (legislando) el régimen jurídico convencional en materia de provisión de vacantes. En suma, en este concreto precepto convencional (cuyo objeto es propiamente normativo) lo que se establece es una reserva de negociación para los sindicatos firmantes que excluye a los que no hayan suscrito el convenio, vulnerando así su legítimo derecho a la negociación colectiva, otorgando de esta manera una ventaja injustificada [...] a favor de los sindicatos firmantes del convenio, por lo que deberá declararse su nulidad».

2) El acuerdo sobre el grupo o grupos con el que se iniciará la implantación de una modalidad de concurso de traslados permanentemente abierto:

Con ello «se están otorgando a la comisión paritaria funciones que claramente exceden de lo que puede considerarse como mera aplicación de lo previsto en el convenio colectivo, al tratarse de una atribución nítidamente negociadora, por la que se otorga a la comisión paritaria plena capacidad reguladora y decisoria en los concursos de traslados; cuestión distinta sería que el precepto se limitase a aplicar el sistema reglado de provisión pactado en la norma convencional, inscribiéndose así en la función aplicativa de lo establecido en convenio. Sin embargo, en esta ocasión los negociadores no se han limitado únicamente a posibilitar que la comisión paritaria pueda resolver los concursos de traslados bajo unas reglas previas fijadas en la norma convencional, sino que han ido un poco más allá —traspasando así los límites legales—, delegando (indebidamente) en ella la capacidad de regular y resolver los concursos de traslados venideros, lo que hubiera debido corresponder a las partes legitimadas para negociar la norma convencional [...]».

3) La negociación de las bases de la convocatoria pública para el acceso a las distintas categorías de personal laboral fijo:

Se trata «de una función claramente situada fuera del ámbito de lo ya convenido, que consiste en la negociación sin ningún criterio previo de nada menos que las bases de las convocatorias para el acceso a la condición de personal laboral fijo de la Xunta de Galicia, cuyo interés sindical y público se encuentra fuera de toda duda. Así, lo que se establece en este concreto precepto convencional es una reserva de negociación para los sindicatos firmantes del convenio que excluye a los que no lo hayan suscrito, resultando así una ventaja

injustificada a favor de» los primeros «que determina que se deba declarar la nulidad» de aquel precepto.

4) La negociación de la extensión al personal laboral de las licencias y permisos que se puedan establecer para el personal funcionario por normas posteriores al convenio.

Se produce aquí, «a juicio de este Tribunal, una delegación de facultades normativas [...], en cuanto que con ello se está permitiendo a la comisión paritaria decidir (establecer) la normativa aplicable (esto es, resolver si se extiende o no, si se aplica o no) en materia de permisos y licencias».

La literalidad del precepto «permite a este Tribunal asegurar que, a día de hoy, las partes negociadoras han decidido que sea la normativa vigente para el personal funcionario la aplicable al personal laboral de la Xunta de Galicia, pero reservando la futura negociación en materia de permisos y licencias a los sindicatos firmantes del convenio (que son los que forman parte de la comisión paritaria), excluyendo de este modo a los que no han rubricado el acuerdo colectivo; se delegan, pues, con ello, facultades normativas (de negociación) en el seno de la comisión paritaria, lo que a nuestro juicio resulta inaceptable, al tratarse de una competencia de regulación (con evidente carácter normativo), por lo que la importancia de la negociación colectiva con participación de todos los sindicatos legalmente legitimados para ello trasciende el contenido posible de una función meramente aplicativa del convenio.

En definitiva, la capacidad de extender la normativa funcionarial en materia de permisos y licencias al personal laboral de la Xunta de Galicia excede de la mera administración o aplicación de lo pactado, exigiendo así una nueva negociación para la que no puede estimarse facultada la comisión paritaria».

**Admisión restrictiva de las facultades de negociadoras o de regulación.** Con carácter general, las facultades de las comisiones paritarias son de administración del convenio colectivo. La asunción, a mayores, de facultades de regulación o normativas debe figurar prevista en éste, ha de desarrollarse en los términos en él establecidos y respetar las reglas sobre legitimación para negociar, adopción de acuerdos y publicidad contenidas en el ET. Sus resultados no pueden ser contrarios a los aludidos términos. No concurriendo las expresadas condiciones, deviene nulo el correspondiente acuerdo. Tiene ocasión de recordarlo, reproduciendo los términos de la STS de 20 de mayo de 2009 (rec. 131/2008, su reseña en *Justicia Laboral* núm. 40), la **STS de 29 de marzo de 2010 (IL J 760)**:

«La comisión paritaria es en nuestro ordenamiento un órgano de administración del convenio, entendiendo por tal la resolución de las cuestiones que puedan dar lugar a la interpretación y aplicación de las normas de aquél [...] y la gestión o ejecución de sus mandatos. No es, por tanto, un órgano con competencias normativas, ni un órgano de negociación permanente y la Sala ha señalado, con reiteración, que: 1.º) entre las atribuciones de la comisión paritaria no figura ni puede figurar la modificación de lo pactado en convenio colectivo (sentencias 15-12-1994, 4-6-1996, 31-10-2005); 2.º) la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponde en exclusiva al legislador y excede, por tanto, de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de

la comisión de aplicación (sentencia de 30-5-2007); y 3.º) que cualquier acto emanado de las comisiones paritarias que modifique el contenido del convenio habrá de ser declarado nulo (sentencia de 30-5-2007).

Es cierto que la doctrina constitucional y la de esta Sala, al distinguir entre “comisiones de mera administración” y “comisiones negociadoras”, ha venido admitiendo en la práctica la asunción de ciertas funciones reguladoras por parte de estas comisiones. Pero se trata de una competencia limitada por tres exigencias: 1.º) debe tratarse de una mera labor de ejecución y desarrollo de las previsiones ya contenidas en el convenio colectivo y no de una facultad alternativa o autónoma de regulación, ni mucho menos de una facultad de modificación del convenio; 2.º) es preciso que estas comisiones queden abiertas en los términos de legitimación negocial previstos en el Estatuto de los Trabajadores; y 3.º) deben cumplirse las exigencias formales de publicidad de las normas».

## **B) Por los Tribunales laborales**

**Criterios de interpretación.** Cuando las palabras empleadas son claras y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes se estará a su sentido literal (**STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de abril de 2010, IL J 985**).

Un amplio resumen de la doctrina mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en esta materia, a la que no aporta o añade nada, en **STS de 18 mayo de 2010 (IL J 1208)**, la cual, por cierto, se limita a reproducir la recopilación realizada por la STS de 26 noviembre 2008 (rec. 95/2006).

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.**
  - B) **Régimen Especial Agrario.**
14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.

---

#### 1. FUENTES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

#### 2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

**Cálculo del período de carencia para el desempleo y trabajadores fijos discontinuos en actividad portuaria.** El Tribunal Supremo en las dos sentencias que comentamos, **STS de 22 de abril de 2010, IL J 765**, y **STS de 12 de mayo de 2010, IL J 1180**, unifica doctrina en cuanto a la forma de calcular el período mínimo de cotización para acceder a la prestación por desempleo de trabajadores fijos discontinuos que se dedicaban a actividades portuarias. La doctrina contenida en estas sentencias no es novedosa pues ya fue resuelta del mismo modo por el Tribunal Supremo en supuestos que también afectaban a trabajadores portuarios en las SSTS de 4 de noviembre de 2008 (rec. 2452/07) y 17 de diciembre de 2009 (rec. 1595/09). Merece la pena poner atención en esta doctrina por la importancia que tiene la cobertura del desempleo para el colectivo de trabajadores fijos discontinuos.

La discusión versa sobre si a la hora de computar el período cotizado para acceder a la prestación por desempleo deben sumarse exclusivamente los días efectivamente cotizados o si a éstos deben añadirse los sábados, domingos, festivos y vacaciones por los que la empresa cotizó en su día al estar incluida en el salario la parte proporcional de esos días de descanso. Las sentencias recurridas del TSJ de Galicia denegaron la prestación por desempleo al entender que no era aplicable por analogía el art. 6 de la Orden de 30 de mayo de 1991 que regula el sistema especial de frutas, hortalizas y conservas vegetales. Dicha orden comprende una regla especial para computar los períodos de cotización a efectos del derecho de prestaciones según la cual «a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que, en cada caso, corresponda y por los que asimismo se haya cotizado. A dicho fin, cada día de trabajo se considerara como 1,33 días de cotización cuando la actividad se desarrolle en jornada laboral, de lunes a sábado, y como 1,61 días de cotización cuando la actividad se realice en jornada de lunes a viernes» (art. 6).

El Tribunal Supremo entiende que la expresión que emplea el art. 210 LGSS referida a los «períodos de ocupación cotizada» no debe entenderse de forma tan restrictiva que resulte equivalente a días cotizados. El Tribunal Supremo observa que en el caso de los trabajadores fijos también se cotiza por los días de descanso a los que tienen derecho en proporción a los días efectivamente trabajados de manera que «si se multiplican los 275

días al año que puede trabajar, como máximo, un operario fijo [...] por el coeficiente 1,33, se obtiene como resultado precisamente los 365 días antes señalados». De esta doctrina se desprende que para determinar los períodos de cotización mínima exigible de los trabajos fijos discontinuos debe incluirse también en el cómputo la parte proporcional de los días de descanso cobrados como salario y por los cuales el empleador ha cotizado.

**Reconocimiento de 112 días cotizados por parto y derecho a la pensión del SOVI.** La **STS de 26 de marzo de 2010, IL J 638**, confirma la doctrina unificada de la Sentencia de 21 de diciembre de 2009 (rec. 201/2008 y 406/2009) con relación a la aplicación del beneficio de los 112 días cotizados atribuidos en razón de parto por la disposición adicional 44.<sup>a</sup> LGSS de cara a acreditar el período de carencia de 1.800 días cotizados exigibles para acceder a las pensiones de vejez e invalidez del antiguo SOVI que tienen que estar cumplidos el 1 de enero de 1967 (DT 7.<sup>a</sup> LGSS). En el caso planteado el INSS recurrió un pronunciamiento que aplicaba el beneficio previsto de los 112 días a una mujer que no tenía 1.795 días de cotización efectiva y que parió en 1964. La sentencia de contraste no consideró aplicable este beneficio por entender que tal previsión no es aplicable al SOVI en tanto que se trata de un régimen de protección residual que no se halla integrado en el sistema de Seguridad Social. La sentencia comentada sigue la doctrina de la STS de 21 de diciembre de 2009 y ambas corrigen dicha argumentación.

A juicio del Tribunal Supremo la aplicación del beneficio de los 112 días debe interpretarse tomando en consideración la finalidad pretendida por la ley que introdujo esta medida y, en este sentido, la finalidad de la Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, es la de promover la igualdad real entre mujeres y hombres tal como indica su título. Para el Tribunal Supremo la finalidad de la figura prevista en la disposición adicional 44.<sup>a</sup> LGSS es la de compensar «mediante una medida de acción positiva las mayores dificultades que, como consecuencia del embarazo y el parto, pueden tener las mujeres en orden a la regularidad de su carrera de seguro y al acceso a la protección social pública». Entiende por lo demás el Tribunal Supremo que el SOVI, en tanto que es un régimen público de protección social de carácter contributivo, no puede ser excluido de esta normativa aun reconociendo su eventual carácter residual. Conviene apuntar aquí la aclaración que hizo en su día la Sentencia de 21 de diciembre de 2009 cuando señala que la previsión de la disposición adicional 44.<sup>a</sup> LGSS se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan.

Por último, cabe realizar una referencia breve a dos sentencias que versan sobre la responsabilidad empresarial en materia de cotizaciones. En el primer pronunciamiento, **STS de 23 de abril de 2010, IL J 902**, el Tribunal Supremo aplica lo que ya es una doctrina consolidada sobre la atemperación de la responsabilidad del empresario más acentuada en materia de prestaciones causadas por accidente de trabajo. De nuevo aquí nos enfrentamos al casuismo jurisprudencial en la determinación o no del carácter imputable de la conducta del empleador por falta de cotización según la cual se atiende a la duración de los descubiertos y a la gravedad de éstos para determinar la existencia de una voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar. En el supuesto enjuiciado, la Mutua reclamaba responsabilidad directa en el pago de una indemnización por incapacidad permanente parcial. Se daba la circunstancia de que la trabajadora afectada sufrió el accidente de trabajo causante de la lesión cuando llevaba poco más de un mes al servicio de la empresa,

la cual no había cotizado durante ese período. El Tribunal Supremo exonera a la empresa de responsabilidad en materia de cotizaciones, pues, aunque los incumplimientos tuvieron lugar durante todo el período que duró la relación laboral, la «escasa extensión en el tiempo no desvelan en absoluta un propósito voluntario de incumplimiento».

La segunda sentencia —**STS de 27 de abril de 2010, IL J 901**— trata de la imputabilidad de la responsabilidad por incumplimiento de alta y cotización del Ministerio de Educación en relación con una profesora de religión católica. A la trabajadora, que había impartido docencia en diversos centros de enseñanza dependientes del Ministerio, se le denegó la pensión de jubilación por no cumplir el período de carencia que sí hubiese cumplido de haberse cotizado en el período descubierto. La sentencia confirma la doctrina expresada en la STS de 7 de julio de 2009 (rec. 2612/2008) que desestima la argumentación judicial que eximía de responsabilidad al Ministerio de Educación por incumplimiento en materia de alta y cotización en base a que la laboralidad de la relación de los profesores de religión católica no se reconoció hasta la entrada en vigor de la Ley 50/1998. Para el Tribunal Supremo no son admisibles los criterios que defienden la no exigibilidad de los períodos no cotizados antes de la entrada en vigor de dicha Ley, pues entiende que ya existía una jurisprudencia anterior a dicha ley que venía reconociendo de forma ininterrumpida el carácter laboral de dicha relación. El Tribunal Supremo señala, por otra parte, que la declaración de laboralidad de dicha ley tiene carácter interpretativo en relación con la normativa sobre profesores de religión católica establecida en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede. El Tribunal Supremo declara al Ministerio responsable y cuantifica la responsabilidad de los descubiertos que afectan a la pensión de jubilación en atención a la parte proporcional correspondiente al período no cotizado sobre el total de la prestación.

## 7. RECAUDACIÓN

En relación con el reintegro de la prestación por desempleo, pueden destacarse dos sentencias que hacen referencia a cuándo debe aplicarse el art. 145 bis LPL desde un punto de vista temporal, de un lado, y a cuándo procede el citado reintegro.

Respecto al primero de los puntos, la **STS de 12 de abril de 2010, IL J 1009**, afirma que, según la disposición transitoria 9.<sup>a</sup> de la Ley 45/2002, la comunicación de la Entidad Gestora a la autoridad judicial prevista en el art. 145 bis LPL sólo se podrá dirigir cuando el último de los contratos temporales entre trabajador y empresa se concertara tras la entrada en vigor de aquella Ley. Ello significa que, si a la entrada en vigor de la Ley estuviera vigente un contrato temporal fraudulento o abusivo, al que precedieran otros contratos temporales igualmente fraudulentos o abusivos suscritos entre empresa y trabajador, que dieran lugar a la prestación por desempleo, la Entidad Gestora no podría ejercer la acción del art. 145 LPL a no ser que a aquel contrato vigente a la entrada en vigor de la Ley le sucediera otro contrato temporal igualmente fraudulento o abusivo.

En relación con la procedencia del reintegro de la prestación por desempleo, la **STS de 28 de abril de 2010, IL J 1088**, recuerda la reiterada doctrina de la Sala, de la que se ha venido dando cuenta en los números anteriores. Sólo procede dicho reintegro, cuando

la utilización en fraude de ley de la contratación temporal genera una prestación por desempleo a la que, de otro modo, no se hubiera tenido derecho y, por lo tanto, se causa un perjuicio a la Entidad Gestora al tener que abonar unas prestaciones que no estaba obligada a satisfacer (doctrina que, en el caso concreto, lleva a la Sala a concluir la improcedencia del reintegro, por cuanto ese perjuicio no se ha producido).

## 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

### A) Concepto de accidente

Según **STS de 19 de mayo de 2010, IL J 1091**, la rotura de una prótesis —que el trabajador portaba como consecuencia de una poliomyelitis infantil— no es consecuencia del accidente de trabajo, puesto que dicha rotura no tuvo relación alguna con el trabajo, a diferencia de la sentencia de contraste —en la que al trabajador se le rompieron las gafas durante el trabajo como consecuencia de una descarga eléctrica—.

La **STSJ de La Rioja de 16 de marzo de 2010, IL J 851**, analiza el concepto de recaída sobre la base de accidente de trabajo. Así, aun existiendo un proceso degenerativo anterior, es a partir del accidente de trabajo que se desencadena la lumbalgia, de modo que el segundo proceso ha de conectarse con el inicial accidente que desencadena la sintomatología, por lo que goza de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS. Otro supuesto de recaída se resuelve a favor del trabajador en la **STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010, IL J 932**, en este último caso debido a un proceso de etiología laboral calificado como tendinitis aquilea y derivado de un proceso inicial consecuencia del ejercicio profesional del oficio de calderero.

En la **STSJ de Castilla y León de 24 de marzo de 2010, IL J 864**, estamos ante un supuesto claro de accidente de trabajo, en relación a las secuelas consistentes en sufrimiento cerebral difuso, síndrome confusional y cefaleas recurrentes, que tuvieron su origen en una caída desde una plataforma del andamio a 1,5 metros de altura.

Un supuesto de fallo cardíaco sufrido de camino al trabajo es constitutivo de accidente de trabajo, según la **STSJ de Galicia de 27 de enero de 2010, IL J 979**, puesto que, a pesar de que el trabajador tuvo la primera manifestación y sintomatología cuando se dirigía al trabajo, lo cierto es que transcurridas dos horas sufrió nuevamente el dolor precordial que le impidió continuar el trabajo. Por ello, se aplica la presunción del art. 115.3 LGSS. Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2010, IL J 1007**, rechaza la calificación de accidente de trabajo en un caso de muerte súbita del trabajador durante el descanso para la comida.

Respecto a la calificación de accidente de trabajo *in itinere*, la **STSJ de Navarra de 12 de abril de 2010, IL J 1016**, la acepta en la medida que la existencia de la ruta para regresar a su domicilio era una de las rutas posibles, sin que a ello pueda argumentarse que es más lógico hacerlo por una autovía diferente. Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León de 12 de mayo de 2010, IL J 1124**, rechaza dicha calificación, al haber sufrido el trabajador el accidente en el trayecto de su domicilio al centro de trabajo, por faltar la relación de causalidad con el trabajo.

## B) Reparación del daño

Según la **STS de 2 de abril de 2010, IL J 845**, en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño, y la asistencia sanitaria incluye el obligado suministro de una prótesis que trata de paliar los efectos del accidente laboral, a diferencia de lo que sucede cuando no consta la contingencia profesional.

## C) Enfermedad profesional

Según la **STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2010, IL J 688**, la exposición durante más de veinte años al polvo de sílice y productos químicos se trata de una enfermedad profesional (silicosis del Anexo I, Grupo 4, Agente A, subagente 01) ocasionada por la exposición a los trabajos de trituración y manipulación de minerales, y la fabricación y conservación de ladrillos refractarios a base de sílice.

La **STSJ de La Rioja de 21 de enero de 2010, IL J 735**, señala que ha de estimarse incluida en el cuadro de enfermedades profesionales la actividad desarrollada por el trabajador, operario en una empresa de cristalería, si determina que aquéllas consisten en el canteado de cristales, en su tallado y lijado. Ello exige un esfuerzo suplementario de las extremidades superiores y hombros que se contemplan dentro del Anexo I, Grupo 2: enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo.

En otro caso, analizado por la **STSJ de La Rioja de 18 de marzo de 2010, IL J 854**, no queda acreditado que las patologías que dieron lugar a los episodios de IT objeto del juicio estuvieran provocados por elementos o sustancias incluidas en el RD 1299/2006, por lo que estamos ante una ausencia de prueba de enfermedad profesional.

La existencia de enfermedad profesional también se concluye en la **STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2010, IL J 941**. El síndrome del túnel carpiano aparece en trabajadores que desempeñan profesiones en las que es habitual la realización de trabajos repetitivos con la muñeca —es el caso de la mecanógrafa demandante—, sin que pueda dudarse de que las tareas de mecanografía prolongadas en el tiempo conlleven la realización de tales esfuerzos.

## 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2010, IL J 704**, revoca el fallo de la sentencia de instancia estimando el recurso de la empresa de trabajo temporal «Manpower Team ETT, SAU», por la cual deja sin efecto la resolución administrativa que declaraba la responsabilidad solidaria de la ETT en el accidente de trabajo, y, por lo tanto, el recargo de las prestaciones de la seguridad social a su cuenta. La sentencia de instancia incurre en infracción legal del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, como alega la ETT en su recurso de suplicación, en relación con el artículo 15 de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal, que establece 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 por aquélla durante el tiempo

de prestación de servicios en su ámbito». A la hora de determinar el empresario infractor según el artículo 123 LGSS, es un factor determinante el hecho de que el trabajador debía prestar sus servicios como mozo de almacén, como así quedaba suscrito en el contrato de puesta a disposición, y, sin embargo, cuando ocurrió el accidente desarrollaba labores de carretillero. Por lo tanto, la falta de formación en ese puesto de trabajo no es imputable a la ETT ya que no era su obligación formar al trabajador para tal desempeño y, por ende, no ha infringido ninguna norma de seguridad ni ha contribuido al accidente. Por el contrario, como dice la sentencia, «la empresa usuaria es responsable de la ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores y, a falta de un incumplimiento por parte de la recurrente en orden a sus obligaciones frente a los trabajadores puestos a disposición de aquella que, además, haya contribuido a la producción del siniestro, no es posible declararle responsable del recargo de las prestaciones de la seguridad social».

También se declara incumplimiento por parte de la empresa de las medidas de seguridad e higiene en la **STSJ de La Rioja de 29 de enero de 2010, IL J 736**, que confirma la sentencia de instancia y así la resolución del INSS por la que se declara la responsabilidad del Ministerio de Fomento en el accidente ocurrido a un trabajador y por el que se le impone el recargo de prestaciones de seguridad social en el porcentaje del 30%. En concreto, al Ministerio de Fomento se le imputa la infracción de los deberes que le imponen los artículos 3.a) y 8.2 del Real Decreto 773/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, en este caso el uso de gafas de protección. La parte recurrente incumplió «la obligación que le incumbe de evaluar adecuadamente e informar al trabajador del riesgo que comportaba la actividad laboral que le encomendó, en cuanto que se destinó al trabajador a realizar una tarea [...] sin haberle dado instrucciones específicas en cuanto a las medidas de prevención que había de adoptar para su realización, y sin que tales medidas se contemplen en la evaluación de riesgos relativa a la tarea que realizaba el trabajador de reposición de balizamiento». Así pues, el Tribunal resuelve razonando que, aunque tal medida de protección y la evaluación del riesgo sí estaban contemplados para otras actividades distintas, sin embargo, no estaban referidas a la actividad que estaba desarrollando el trabajador accidentado, por lo que la empresa incumple con su obligación de evaluar los riesgos existentes, la de determinar los elementos de protección a emplear en cada actividad y, por último, la de vigilar que se haga uso de ellos. Además, no se puede imputar al trabajador la culpa por el accidente ocurrido ya que no hay constancia de que la empresa hubiera formado al trabajador sobre la protección ante dicho riesgo.

En sentido contrario, no se declara incumplimiento empresarial en materia de seguridad y salud en la **STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010, IL J 975**, que confirma el fallo de la sentencia de instancia desestimando las pretensiones del trabajador accidentado y parte recurrente, D. Manuel. Por un lado, razona el Tribunal que la responsabilidad por el accidente ocurrido es del trabajador por su acción negligente al no haber hecho uso de las gafas de protección cuando la empresa sí había adoptado todas las medidas de seguridad exigibles. Además, dice el Tribunal en su fundamento jurídico segundo que, en el caso de enjuiciar una posible culpa *in vigilando* por parte de la empresa, habría que estar a lo que señaló la STS de 19 de julio de 2000 acudiendo a la STSJ de Asturias de 31 de enero de 1997 en el sentido de que «las conductas de vigilancia y cuidado en materia de seguridad

[artículos 4.2.d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores], no tienen que ser continuadas y verterse específicamente sobre cada trabajador, supuesto absurdo que haría imposible el desarrollo de todo trabajo, bastando con que el interesado disponga de los medios de seguridad eficaces y reglamentariamente ordenados, esté advertido seriamente de la obligatoriedad de su uso, sometido a la fiscalización que al respecto proceda con la periodicidad razonable y sujeto a las medidas disciplinarias que merezca por prescindir de tales instrumentos o desobedecer la orden de emplearlos». Por lo tanto, y de los hechos probados se concluye que al no haber cometido la empresa infracción alguna en medidas de seguridad e higiene, no se da el requisito esencial para que opere el recargo establecido en el artículo 123 LGSS que pretende el recurrente.

Por otro lado, el último de los motivos de suplicación contiene a modo de alegato el hecho de que la resolución administrativa que desestimó el recurso de alzada contra el acta de infracción que impuso una sanción a la empresa demandada está pendiente de recurso contencioso-administrativo ante un juzgado. Al no figurar ni una finalidad concreta de este motivo ni precepto legal o doctrina jurisprudencial infringida por la sentencia recurrida, el tribunal razona que no puede ser objeto de estimación ya que la vinculación legal a ese otro orden jurisdiccional se da en lo referente a los hechos probados de una sentencia firme del orden contencioso-administrativo con respecto a la infracción de normas de prevención de riesgos laborales, como dicta el artículo 42.5 RDL 5/2000, de 4 de agosto, LISOS.

La **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2009, IL J 962**, desestima el recurso de suplicación interpuesto por «Explotaciones Agrícolas El Palomar SL», y confirma la sentencia de instancia. En esta última se desestimó la demanda de la parte recurrente y se confirmó el recargo del 30% de las prestaciones económicas de la seguridad social derivadas de accidente de trabajo en el que falleció el trabajador D. Cosme. Según el segundo motivo de suplicación, dicha sentencia infringió el artículo 123 LGSS, por lo que se debiera dejar sin efectos el recargo de prestaciones. Sin embargo, de la revisión fáctica el Tribunal Superior de Justicia concluye que la carencia de formación específica del trabajador para desempeñar las funciones de tractorista, cuando en realidad tenía categoría de peón, así como la no evaluación de riesgos del puesto de trabajo ni la realización del plan de prevención, son hechos evidentes que se constituyen como incumplimientos empresariales que vulneran los artículos 15.4 y 16 LPRL y el artículo 5 RD 1215/1997. Entre estos incumplimientos y el accidente laboral, dice el Tribunal, existe un nexo causal y, además, se descarta la concurrencia de imprudencia temeraria del trabajador.

La **STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2010, IL J 668**, confirma en su integridad el fallo de la sentencia de instancia en la cual se imponía recargo por omisión de medidas de seguridad sobre las prestaciones sociales, en el porcentaje del 40%, y extendía la responsabilidad del accidente a la contratista principal, «Arcelor Zumárraga, SA». En el segundo motivo de suplicación, la parte recurrente, «Montajes Sbemon, SA» empleadora del trabajador accidentado, solicitaba la atribución en exclusiva a la contratista principal de la responsabilidad del accidente, alegando que la polea que carecía de los medios de seguridad era propiedad de aquella. Sin embargo, el Tribunal Superior del País Vasco razona que es el empresario del trabajador el garante de la seguridad del operario, y que debe coordinar las medidas de seguridad para que el centro o lugar de prestación del servicio reúna todas las garantías adecuadas (STS 10-02-2007). De esta forma, como el magistrado dice en el fundamento jurídico segundo, el empresario «no libera su deuda de seguridad y

la responsabilidad que le atribuye el art. 15 de la Ley 31/1995, LPRL, mediante la transmisión a otro empleador de la deuda de seguridad por ser el titular del lugar, medios o instrumentos». Por lo tanto, la empresa «Montajes Sbenom, SA» es responsable de la omisión de las medidas de seguridad que propiciaron el accidente, cuya adopción coordinada obliga el artículo 24 de la Ley 31/1995 desarrollado por el RD 171/2004, de 30 de enero, en materia de coordinación de actividades empresariales.

También sobre la responsabilidad del empresario infractor en materia de prevención de riesgos laborales, la **STSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2010, IL J 1061**, desestima los recursos de suplicación interpuestos por las empresas «Ruiz Ingeniería y Obras SL» y «Encofrados del Norte, SL», que se fundamentan en tres motivos. En primer lugar, la segunda empresa afirma no haber infringido ninguna norma en materia de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia detecta en los hechos probados la infracción de los artículos 14 y 17 de la Ley 31/1995 LPRL, al haberse producido el accidente laboral por no haber exigido el empresario «a través de su deber de vigilancia constante» la paralización de la actividad laboral del trabajador, a razón de no llevar éste el arnés de seguridad, y, a su vez, por no haber comprobado la sujeción de la tabla mal clavada sobre la que trabajaba el actor accidentado. Por lo tanto, el recargo prestacional que impone el artículo 123 LGSS opera en este caso al existir nexo causal entre la infracción y el accidente sufrido.

Con respecto a los motivos de suplicación que alega la empresa «Ruiz Ingeniería y Obras, SL», la cual era la empresa principal de la obra en la que se produjo el accidente, el Tribunal confirma la responsabilidad solidaria y razona en el fundamento jurídico segundo la infracción del artículo 24.3 de la Ley 31/1995, LPRL, que dice que las «empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales». La misma obligación opera para la empresa principal en la que se producen las obras, según el artículo 42.3 LISOS. Por lo tanto, la responsabilidad solidaria opera al quedar demostrado que ambas empresas tienen una actividad similar, la construcción, y que el accidente laboral se produjo en dependencias de la empresa principal.

La **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2010, IL J 857**, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia por la cual se condena solidariamente a las empresas «J. Viqueira Lago Construcciones, SA» y «Construcciones, Promoción y Derivados, SA» a abonar un recargo del 50% al trabajador accidentado sobre las prestaciones de la seguridad por accidente de trabajo. Las antedichas empresas, como recurrentes, alegaron en su tercer denuncia jurídica la infracción del artículo 123.2 LGSS y el artículo 24.2 de la Ley 31/1995, LPRL, al no ser la misma actividad principal la de cada una de las empresas, por lo que no podría concurrir la responsabilidad solidaria. El Tribunal rechaza tal infracción al razonar que por el término «misma actividad» se incluyen, según STS de 18 de enero de 1995, las obras o servicios «que pertenecen al ciclo productivo de la empresa, es decir, las que forman parte de sus actividades principales y también las que debería realizar para evitar perjuicios sensibles en su actividad industrial, de modo que sólo quedarían excluidas las obras o servicios desconectados de la finalidad productiva y de las actividades formales de la empresa». Por lo tanto, la responsabilidad solidaria es efectiva no sólo al ser ambas empresas parte del mismo grupo empresarial, coincidir en domicilio social, objeto social y en

administradores solidarios, sino también por tener como actividad propia la construcción de edificios para su venta o alquiler y la promoción de construcciones turísticas y, además, porque ambas habían firmado el contrato de ejecución de obra en la que ocurrió el accidente.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de mayo de 2010, IL J 1063**, desestima los recursos de suplicación de las dos recurrentes, la empresa «Obras Montañés González, SL» y el trabajador D. Argimiro. Primeramente, la empresa recurrente pretende la retirada del recargo prestacional alegando la infracción legal del artículo 123 LGSS por la sentencia de instancia, al argumentar la no acreditación del nexo causal entre el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene y el accidente sufrido por el trabajador. Según la empresa, el accidente se desencadenó por culpa de la negligencia del trabajador quien a iniciativa propia manipuló una máquina sin seguir el proceso indicado. Además, la infracción del citado artículo 123 se vería reflejada en la desproporcionalidad del recargo, el cual, al tener un carácter sancionador, debe ser interpretado y aplicado de forma restrictiva. El Tribunal desestima este motivo ya que el nexo de causalidad no queda desvirtuado por la actitud tenida por el trabajador y, citando la STS de 12 de julio de 2007, dice que «la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, 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».

En segundo lugar, el suplico del trabajador recoge en su segunda denuncia jurídica la infracción del precepto 123 LGSS, en este caso por no haber sido aumentado el porcentaje del recargo del 30% al 50% como el demandante pedía. Este motivo también es objeto de desestimación por parte del Tribunal ya que la jurisprudencia ha señalado acertadamente que ese porcentaje deberá ser acorde «con la falta de la gravedad de la falta cometida por el empresario en la omisión de las medidas de seguridad y no con la gravedad de las lesiones o daño ocasionado», por lo que el porcentaje queda correctamente graduado atendiendo además a la concurrencia de cierta negligencia del trabajador.

Por último, el trabajador motiva la infracción de la jurisprudencia de las SSTS de 18-4-1992, 16-12-1997 y 5-5-1999, acerca de la responsabilidad solidaria, y solicita la condena a la empresa contratista y a la principal, con el recargo que impone el artículo 123 LGSS por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene. El Tribunal desestima también este motivo al no poder considerarse como empresas infractoras a éstas ya que, y según la jurisprudencia alegada como infringida, la hormigonera «se utilizaba únicamente por sus trabajadores, siguiendo sus concretas instrucciones y para ejecutar sus trabajos específicos» y con respecto al deber de vigilancia de aquellas «no se le puede exigir un control riguroso de la forma de trabajar de los operarios de la subcontrata, en el concreto manejo de una máquina aportada y propiedad de ésta para facilitar el desarrollo y ejecución de los trabajos subcontratados».

Como última sentencia aquí analizada en relación con la responsabilidad por accidente de trabajo en contratas, la **STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2010, IL J 784**, anula las actuaciones de la sentencia de instancia y devuelve los autos ya que para resolver el recurso de suplicación interpuesto por el actor D. Victorio de demanda sobre recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad, es necesario resolver ante la propia incongruencia interna de la sentencia de instancia y conocer datos fácticos impres-

cindibles que no expone claramente en su razonamiento jurídico, a saber: en primer lugar, para condenar solidariamente a la empresa «Siderúrgica Sevillana, SA» y a la empresa «Instalaciones Siderúrgicas del Sur», las cuales figuran como partes demandadas en la primera sentencia, es necesario conocer, dice el Tribunal Superior de Justicia, qué relación hay entre ambas, esto es, si se trata de una empresa principal y otra empresa contratista, y cuál es la actividad principal de cada una de ellas, ya que este factor es determinante para la declaración de responsabilidad solidaria (artículo 24.3 de la Ley 31/1995, LPRL); en segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia llama la atención sobre la aparición de una tercera empresa, «Leroy Merlin, SA» en el Hecho Probado quinto, la cual parece ser actora cuando la parte demandante es el trabajador, y sin aparecer ésta ni en la demanda ni en el encabezamiento de la sentencia.

**La STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2010, IL J 683**, desestima el recurso interpuesto por el actor Artemio, por el cual en su segundo motivo de suplicación solicitaba el cobro de una cantidad de prima de seguro. El recurrente alega que la fecha del hecho causante a efectos de cobrar la mejora voluntaria es la declaración administrativa de incapacidad permanente, por lo que su accidente quedaría cubierto por la póliza. Ello lo hubieran pactado la empresa y la compañía de seguros y así lo habría reconocido la jurisprudencia como excepción a la fecha del otro posible hecho causante, es decir, la fecha de producción del accidente. Al ser la fecha de la declaración de incapacidad permanente y no esta última, el convenio colectivo de aplicación por el cual se activaría esta excepción estaría en vigor y, por lo tanto, también la póliza del seguro.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia recoge la doctrina del TS que ya ha tratado sobre esta cuestión y declara que la fecha del hecho causante debe ser la fecha del accidente. Como dice en su fundamento jurídico segundo, el momento relevante «en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquel en que se produce el accidente y no el momento en que tiene lugar el reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida, o el tránsito de una situación protegida a otra» por lo que el accidente que sufrió el trabajador no queda cubierto por dicha póliza y éste no puede cobrar la prima que solicita. Y en relación a la excepción esgrimida, dice el Tribunal que «no es subsumible en el supuesto de hecho que nos ocupa, ya que el anexo núm. 11 del convenio colectivo de aplicación no prevé ninguna fecha concreta para la que deba entenderse producido el hecho causante en un momento distinto al acaecimiento del accidente laboral».

**La STSJ de Asturias de 9 de abril de 2010, IL J 1048**, desestima el recurso de suplicación interpuesto por la mutua «Mapfre Empresas, SA», que denuncia la infracción del artículo 29.1 LPRL en relación con los artículos 1101, 1103 y 1902 del Código Civil por parte de la sentencia de instancia que resolvía denuncia sobre reclamación de cantidad por parte de un trabajador en materia de indemnización por daños y perjuicios, a raíz de la producción de un accidente laboral. La recurrente alega que el accidente ocurrió por negligencia del trabajador o, además, con responsabilidad subsidiaria de la empresa. Este motivo es desestimado por el Tribunal al quedar clara constancia en los hechos probados de que el accidente se produjo por una evidente omisión de la empresa de su responsabilidad en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales. Debido a que la recurrente no solicitaba revisión de los hechos probados y, por lo tanto, éstos quedan inalterados, no puede procederse a considerar una presunta conducta negligente del trabajador.

La **STS de 31 de marzo de 2010, IL J 899**, estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2009, planteando dos motivos de recurso: el primer tema de contradicción es la fijación por la sentencia recurrida en casación de la fecha en la que se dictó el auto de insolvencia de la empresa como fecha de inicio para el cómputo de los intereses procesales, sin tener en cuenta, además, el plazo de tres meses para efectuarse el devengo. La sentencia de contraste que presenta el INSS es la STS (Sección 1.ª) de 7 de noviembre de 2007 que fija como día inicial de cómputo la fecha de notificación a la entidad gestora del auto de insolvencia empresarial.

Este punto de casación es estimado por el Tribunal y cita la STS de 7 de noviembre de 2007 en los términos que «si el plazo de los tres meses concedido a la Administración se halla justificado en razones objetivas como ha señalado la doctrina constitucional, por las mismas razones habrá de quedar justificado que el *dies a quo* del cómputo de tales intereses sea el de la notificación de la resolución de instancia, pues sólo desde entonces puede la Administración de que se trate, tomar sus previsiones en orden al pago dentro de plazo del principal para evitarse el abono de los intereses, con lo que deberá jugar igualmente para el pago de los mismos en el caso de no respetar dicho plazo».

Como segundo tema de contradicción, el INSS denuncia la infracción de los artículos 24 y 17.2 de la Ley General Presupuestaria al haber razonado la sentencia recurrida que el interés que procede es el incremento en dos puntos del interés legal. La sentencia de contraste que presenta el INSS es la del TSJ de Galicia de 31 de mayo de 2007 que recoge doctrina jurisprudencial sobre la excepción de la aplicación a las entidades gestoras de incremento alguno sobre el tipo de interés legal, *ex* artículo 576.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este motivo de contradicción también es estimado por la Sala de acuerdo con la doctrina unificada de la Sala IV del Tribunal Supremo y sostiene la inaplicación a las entidades gestoras de la Seguridad Social tanto del párrafo 4.º del art. 921 LEC de 1881 como del art. 576.3 de la vigente de 7 de enero de 2000. Por lo tanto, el tipo de interés aplicable es el legal del dinero.

La **STSJ de La Rioja de 25 de abril de 2010, IL J 981**, estima en parte el recurso de suplicación sobre reclamación de cantidad por indemnización de daños y perjuicios tras accidente laboral. El Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión de los actores de modificar la cuantía de la indemnización por vía de la supuesta infracción del artículo 1902 del Código Civil, pues en contra de lo que motivan los recurrentes, el baremo elegido por el juez de instancia para la cuantificación de las indemnizaciones es criterio que corresponde básicamente a este juzgador, como establece la STS de 17 de julio de 2007, aunque esta elección y cuantificación de la indemnización «puede corregirse en trámite de recurso extraordinario cuando concurren circunstancias singulares» como se ve en el quinto motivo de suplicación.

Es por ello que el Tribunal Superior de Justicia desestima también el cuarto motivo de suplicación ya que el juez de instancia aplica correctamente las cuantías del baremo elegido, que son las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, publicadas en la Resolución de 2 de marzo de 2000 de la Dirección General de Seguros. Al no establecer este baremo ninguna indemnización para los hermanos del accidentado, no corresponde a éstos percibir indemnización por esa categoría como pedían en el motivo.

Sin embargo, en el quinto motivo de suplicación, los actores recurrentes denuncian la incorrecta valoración del daño, al hacerse a través del baremo que estaba vigente el año del accidente, esto es, el del 2000, pero no el vigente en la fecha de la sentencia, el del año 2009, por lo que se produciría infracción de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil en relación con la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los Seguros Privados. Si bien la STS de 17 de julio de 2007 establecía como mejor criterio para restituir el daño la fijación de la indemnización según la actualización anual realizada por la Dirección General de Seguros de las cuantías fijadas en el Baremo Anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y sin la aplicación de intereses moratorios, el Tribunal Superior de Justicia acoge la posterior doctrina unificada de la Sala 4.<sup>a</sup> en la STS de 30 de enero de 2008. Dicha doctrina, a su vez, adopta el criterio de la Sala 1.<sup>a</sup> por el cual se supera el principio *in illiquidis non fit mora* a la hora de la condena al pago de intereses moratorios como vía para la compensación del tiempo transcurrido entre la consolidación del daño definitivo y el momento de fijación de la deuda indemnizatoria. Así pues, el Tribunal Superior de Justicia dicta que en aras a la seguridad jurídica general en estos casos «cuando se aplique el baremo de accidentes de circulación de forma analógica para monetizar el importe de los daños compensables en el caso de accidentes de trabajo, habrán de aplicarse los importes del mismo resultantes del baremo vigente en el momento de consolidarse las secuelas del accidente, lo que en el caso de muerte, como ocurre en el caso enjuiciado, es, obviamente la fecha del fallecimiento». Por lo tanto, a la cuantía de indemnización fijada por el juzgador de instancia según la Resolución del año 2000, ha de aplicarse el factor de corrección del 10%.

Por último, estimando el motivo séptimo, el Tribunal Superior de Justicia reconoce que el abono de intereses se aplica, *ex lege*, en contra de lo practicado por el juzgador de instancia quien no se pronunció sobre los intereses al observar inconcreción en la reclamación. Así, el Tribunal reconoce que, repitiendo lo que dictó la STS de 30 de enero de 2008, los intereses moratorios de los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil se devengan automáticamente «por imponerlo así la defensa de los intereses legítimos del acreedor» desde la fecha de presentación de la demanda, y los intereses procesales, *ex* artículo 576 Ley Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la sentencia aquí estudiada. Igualmente, se condena a la aseguradora al pago de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguro, por ofrecer liquidez jurídica la cuantía interpelada por los demandantes, desde la fecha del siniestro.

En los mismos términos, la **STSJ de Extremadura de 27 de mayo de 2010, IL J 1195**, estima la denuncia del artículo 1108 del Código Civil, por lo que se condena a la empresa «Estructuras Zafra, SL» y «Chamy 80, SA» al pago del interés legal del dinero por el período desde la interpelación judicial hasta la resolución de instancia. Sin embargo, en el mismo recurso el Tribunal no estima el primer motivo que denuncia el no uso del baremo del Anexo de la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y lo hace en base a que dicha normativa no es de obligatoria aplicación en la determinación de la indemnización consecuencia de accidentes de trabajo, y cita la STS de 17 de julio de 2007 según la cual «la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que tal función comprendía tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada [STS (IV) de 11-2-1999, rec. 2085/98], como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad». Y termina el Tribunal afirmando que aunque fuera

obligatorio el uso de esta normativa, «el propio recurrente no especifica cómo se han de aplicar para la determinación de la indemnización que pretende».

La **STSJ de Asturias de 14 de mayo de 2010, IL J 1125**, estima el recurso planteado por la empresa «Arcelor Mittal» a la que se absuelve de la responsabilidad solidaria en la producción de la enfermedad profesional que contrajo el actor D. Bernardino, quien falleció a consecuencia de ésta. El Tribunal da la razón a la recurrente sobre la infracción del artículo 44 ET y lo razona en base a los hechos probados que demuestran que el trabajador no había prestado sus servicios para la empresa Aceralia, que tras el proceso de transformación de la Industria siderúrgica pasó a ser Arcelor, sino en otra «cuya relación con Arcelor no consta en autos», por lo que no puede hacerse responsable solidariamente a ésta.

Los demás recursos interpuestos, por un lado, por los familiares de la víctima, y por otro, por la «Empresa Siderúrgica Nacional, SA» (ENSIDESA), son desestimados por el Tribunal. Con respecto a los primeros y en relación al derecho aplicado en la sentencia de instancia, los recurrentes reclamaban indemnización por lucro cesante en base a que, puesto que el baremo de circulación reconoce indemnización por fallecimiento más allá de los 80 años, la esperanza de vida de 76,6 años para los hombres no debió ser esgrimida por el juzgador de instancia para rechazar dicha indemnización por ese concepto, aun cuando el hombre hubiera fallecido a esa edad. El Tribunal desestima este motivo razonando que dicho factor no había sido eliminado del relato fáctico, como pedían los recurrentes, a lo que se suma, por un lado, el acierto del juzgador de instancia de desestimar el otorgamiento de cantidad alguna por ese concepto, y, por otro lado, que lo que solicitaban los recurrentes era introducir nueva cuestión en el proceso. Además, denunciaban la inaplicación del factor de corrección del 10%, lo cual desestima el Tribunal pues «el factor de corrección que se discute trata de corregir la indemnización en función de los perjuicios económicos que haya podido sufrir la víctima, perjuicios que normalmente son consecuencia de una disminución de sus ingresos derivados de su trabajo personal» y, ya que «esta situación ya no es factible en quien es pensionista por jubilación o incapacidad», el trabajador fallecido no puede generar el derecho a percibir el indicado factor de corrección.

El recurso de la empresa ENSIDESA que, en su segundo motivo, denuncia la infracción del artículo 116 LGSS en relación con lo establecido en los artículos 1101 y ss. del Código Civil, es desestimado y razona el juez que la presunción de laboralidad de las enfermedades profesionales recogida en el artículo 116 LGSS se aplica en el presente caso partiendo de la constatación de que el accidentado «tuvo una actividad relacionada y expuesta al amianto y que su muerte fue por una enfermedad listada, cual es el carcinoma de pulmón, presunción que libera al trabajador de la necesidad de tener que acreditar la relación de causalidad y que, aunque admite prueba en contrario, en este caso no ha quedado desvirtuada».

En relación con la responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones de la seguridad social por falta total de cotización, la **STS de 23 de abril de 2010, IL J 902**, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesta por «Mutual Midat Cyclops» contra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2009, denunciando la infracción del artículo 126.2 LGSS en relación con el artículo 94.2 de la Ley de Seguridad Social de 1966.

La sentencia recurrida en casación confirmó la sentencia de instancia que descartó la responsabilidad empresarial frente a las prestaciones de la seguridad social reconocidas

por accidente laboral, pues, teniendo en cuenta que los descubiertos en la cotización (de un mes y seis días) habidos antes de la fecha del accidente que sufrió la trabajadora «eran insuficientes para desplazar la responsabilidad de la Mutua, puesto que esos incumplimientos —de poco más de un mes de duración en el caso de la trabajadora accidentada— no habían tenido trascendencia en la relación jurídica de protección y eran de muy escasa importancia». La sentencia de contraste que la recurrente presentó es la STSJ de Andalucía de 29 de abril de 2005, ofreciendo la identidad sustancial que exige el artículo 217 LPL, que resolvió que los descubiertos de cotización durante toda la vida de la relación laboral, aunque fuera corta, hacía visible la expresión de la voluntad incumplidora de la empresa en materia de seguridad social.

Razona el Tribunal en el cuarto fundamento jurídico que, del estudio de la línea jurisprudencial y a efectos de la responsabilidad empresarial en las prestaciones a abonar como consecuencia de contingencias profesionales, lo determinante «no es únicamente la duración del incumplimiento sino su importancia proporcional en relación con el período de aseguramiento y su inmediatez temporal con el accidente». Es por ello que el Tribunal confirma que la doctrina de la sentencia recurrida es la correcta y que el descubierto de la empresa debe ser considerado como un «episodio ocasional», el cual no revela un ánimo rupturista que exige la jurisprudencia para que pueda materializarse la responsabilidad directa de la empresa, de conformidad con lo previsto en el artículo 126 LGSS, en relación con los artículos 94 y 95 de la Ley de la Seguridad Social de 1966. Asimismo, la sentencia de casación se sitúa a favor de lo que razona la sentencia recurrida sobre que «los descubiertos que pueden tener incidencia en la determinación de la responsabilidad directa de la empresa no sólo han de ceñirse a los habidos antes del hecho causante, sino que también habrán de referirse a la concreta relación de aseguramiento y de cotización del trabajador afectado».

## 10. ASISTENCIA SANITARIA

La **STS de 4 de marzo de 2010, IL J 724**, tras una breve cita de la normativa comunitaria aplicable al caso, así como de la interpretación de ésta efectuada por el TJCE, y partiendo de la propia doctrina sentada con carácter general por la misma Sala, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se recuerda que un trabajador dado de alta en la seguridad social en España, desplazado al extranjero —en el caso, a Francia— con tarjeta sanitaria europea, tiene derecho al reembolso de los gastos derivados de la asistencia sanitaria de carácter urgente recibida en dicho país, que requirió hospitalización e intervención quirúrgica.

## 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

Considerando existente el alta médica indebida puede citarse la **STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2010, IL J 686**, en la que tras entender existentes los requisitos de incapacidad para trabajar y la necesidad de asistencia sanitaria en el momento de concesión del alta médica, entiende ésta como indebida, con independencia de que se causara alta en el RETA durante parte del período, pues ello no revela en modo alguno que se hubiera

prestado trabajo durante ese tiempo, sino sólo que se ha continuado la situación de alta en ese régimen, recordando al respecto la Sala que la Mutua recurrente no ha aportado ningún indicio ni evidencia de que se haya prestado trabajo durante el período para el que se reclama la situación protegida de IT.

La **STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2010, IL J 699**, también considera como alta médica indebida la situación de alta médica otorgada por el INSS encontrándose la trabajadora en situación de prórroga de IT habiendo transcurrido más de 18 meses desde que se inició, entendiéndose la Sala que al apartarse el INSS del criterio de la inspección médica que era favorable a la continuación de la IT hasta el reconocimiento de la incapacidad permanente total, debería haber aportado un principio de prueba de hallarse la beneficiaria en condiciones de incorporarse a su actividad laboral. También en lo que se refiere a un caso de alta médica indebida para un supuesto de alta expedida respecto a trabajador que no se encuentra en condiciones de reincorporarse a su puesto de trabajo precisando de asistencia sanitaria, sin que se hubieran agotado todas las posibilidades médico-quirúrgicas y terapéuticas orientadas a su curación, puede consultarse la **STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 2010, IL J 850**.

La **STSJ de Canarias de 11 de enero de 2010, IL J 701**, entiende ajustada a Derecho la extinción del subsidio de incapacidad temporal acordado por la MATEP respecto a una trabajadora que es citada con tiempo suficiente para un control médico y que no comparece sin alegar causa que justificara su incomparecencia. Entendiéndose la incomparecencia injustificada como causa automática de extinción de la prestación por IT, puede consultarse la STS de 15 de abril de 2010, *IL J 915*, dictada en unificación de doctrina.

## 12. MATERNIDAD

Según la **STSJ de Castilla y León de 22 de abril de 2010, IL J 1056**, sólo excepcionalmente han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar la valoración de la prueba hecha en la instancia, solamente en los supuestos en los que elementos señalados como revisorios ofrezcan una alta fuerza de convicción y, en este sentido, el error de hecho ha de ser evidente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, todo ello por el carácter extraordinario del recurso de suplicación.

## 13. REGÍMENES ESPECIALES

### A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STS de 12 de abril de 2010, IL J 718**, se examina un supuesto en el que un trabajador autónomo cursó el alta en el RETA un día después de haberse accidentado en un ojo, y solicitó —y obtuvo en primera instancia, aunque no en suplicación— el interesado que la Mutua de accidentes se hiciera cargo de la prestación por Incapacidad Temporal en base a que en el RETA se prevé que los efectos de la afiliación a éste se retrotraen al día primero del mes en que se cursa la solicitud de encuadramiento. El Tribunal Supremo reitera la doctrina ya unificada en la **STS de 30 de abril de 2007, IL J 695**, que manifiesta que existe

una regla general por la que la obligación de cotizar se retrotrae a inicios del mes en el que se den todas las condiciones para la inclusión del sujeto interesado en el campo de aplicación del RETA, y una regla especial aplicable a la situación de Incapacidad Temporal por la que, en el caso de que el trabajador haya optado por la cobertura de dicha contingencia, la prestación correspondiente sólo surtirá efectos desde el alta. En consecuencia, manifiesta «el trabajador que ha iniciado situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común o accidente no laboral, sin encontrarse en situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y se da de alta dentro de ese mismo mes, con posterioridad al inicio de la Incapacidad, no tiene derecho a la prestación de incapacidad temporal».

En la **STS de 19 de mayo de 2001, IL J 1080**, se revoca a instancias del INSS una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que se realizaba una interpretación —dicen— finalista de la norma que establece los complementos a mínimos de las pensiones. El debate se centra en estimar si un pensionista por Incapacidad Permanente Total, beneficiario del complemento del 20% denominado usualmente como incapacidad «cualificada», tenía derecho al complemento a mínimos establecido en el Real Decreto de revalorización de pensiones. El problema reside en que dicho complemento a las situaciones de IPT se estableció para los trabajadores autónomos en la disposición adicional única del RD 463/2003 exclusivamente para las prestaciones causadas en el futuro: «únicamente será de aplicación a las situaciones de incapacidad permanente que se declaren a partir de 1 de enero de 2003», y la sentencia en suplicación, reiterando lo manifestado ya en una Sentencia de 24 de octubre de 2008, consideró que siendo la finalidad de la norma que establece las pensiones mínimas proporcionar una tutela específica para los pensionistas con pensiones bajas y reducido nivel de renta, siempre que tuvieran más de sesenta años y no realizasen ningún tipo de actividad no podía la Sala interpretar que los pensionistas del RETA con pensiones reconocidas en períodos anteriores no tenían derecho a la garantía de mínimos. El Tribunal Supremo recuerda que el artículo 50 LGSS ya indica que los complementos a mínimos dependen de lo que reglamentariamente se establezca, que desde el RD 460/2003 los reales decretos de revalorización de pensiones han mantenido siempre la misma normativa que excluye a las pensiones reconocidas antes del año 2003, y —muy especialmente— que el Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias (70/1983, 103/1984, 121/1984, 119/1987, 128/1989, 88/1991, 89/1994, 38/1995, etc.) que «El art. 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron».

## B) Régimen Especial Agrario

En la **STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010, IL J 977**, se examina un caso de un trabajador por cuenta propia encuadrado en el REA que solicitaba una Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo, que le fue demandada tanto por la entidad gestora como por el tribunal de instancia. En la sentencia de suplicación se toma en consideración el hecho probado de que al sujeto interesado le había sido reconocida recientemente una Incapacidad Permanente Absoluta por parte del Régimen General, pronunciamiento que supone la incapacidad laboral para toda profesión u oficio, independientemente del régimen en el que pudiera quedar encuadrado, y como tal sentencia anterior era firme, y los

litigantes resultan ser idénticos, debe operar el efecto de cosa juzgada material. Finaliza la sentencia con un virtuoso e innecesario análisis acerca de la compatibilidad entre las prestaciones a satisfacer por ambos regímenes, la normativa aplicable a ello, e incluso la mención a la posibilidad del reparto de responsabilidad entre varias entidades, todo ello a pesar de que como se manifiesta textualmente «pero aquí eso ni consta ni se ha alegado».

#### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

#### 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

##### A) Competencia del orden jurisdiccional social

La cuestión que plantea la **STS de 12 de mayo de 2010, IL J 1096**, es relativa a la interpretación del art. 10.2.a) LPL, sobre competencia territorial «en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo». Así, en relación a lo que hay que entender por domicilio del demandante, para las personas jurídicas, ha de ser el domicilio social, en los términos del art. 41 del Código Civil «el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones».

##### B) Recurso de suplicación

En la **STS de 4 de marzo de 2010, IL J 724**, la controversia tiene, a efectos de recurribilidad, afectación general notoria, criterio este que compartía expresamente la Sala de suplicación en la sentencia recurrida, a pesar de que es conocida la dificultad de acceder a la casación para unificación de doctrina, dadas las exigencias del art. 217 LPL.

La **STSJ de La Rioja de 4 de febrero de 2010, IL J 739**, señala que la cuestión relativa al recurso de suplicación pertenece al ámbito de la competencia funcional de los órganos jurisdiccionales, y, por ello, constituye una cuestión de orden público que puede y debe ser examinada incluso de oficio sin sujeción a las decisiones que haya podido tomar el Juzgado. Se recuerda también la doctrina del TS de 6 de abril de 2009, en la que, en relación a reclamación a la Seguridad Social, no es aplicable el mandato del art. 189.1.c) LPL, ya que la prestación está reconocida y la controversia se limita exclusivamente a la cuantía económica, a menos que lo reclamado sea superior a 1.803,4 euros anuales.

Tal como recuerda la **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2010, IL J 960**, el recurso de suplicación no es un recurso de segunda instancia, sino de carácter extraordinario, que no tiene por objeto un nuevo enjuiciamiento de la cuestión, sino la apreciación de posibles infracciones legales de fondo o de forma. Por su parte, la **STSJ de Aragón de 30 de noviembre de 2010, IL J 1015**, rechaza el recurso de suplicación por razón de la cuantía, en un supuesto en que se discutía la base reguladora de la pensión de jubilación.

Respecto a la interposición de un recurso de suplicación por modificación de hechos probados basado en el art. 191 LPL, el recurso no se acepta, dado que se ampara en los mismos informes médicos que los del magistrado *a quo*, esto es, el informe del EVI (**STSJ**

de Valencia de 30 de marzo de 2010, *IL J 1006*). A la misma conclusión llega la STSJ de Extremadura de 27 de mayo de 2010, *IL J 1132*, respecto a un supuesto también basado en otros informes del EVI o la STSJ de Murcia de 24 de mayo de 2010, *IL J 1137*.

### C) Recurso de casación

Según la STS de 19 de abril de 2010, *IL J 764*, no concurre el presupuesto de contradicción necesario para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. Así, mientras en la sentencia de contraste consta que las cotizaciones al RGSS fueron tenidas en cuenta a la hora de alcanzar el porcentaje del 100% de la pensión de jubilación en el régimen de Clases Pasivas del Estado, en la sentencia recurrida las cotizaciones que efectuó al RETA no fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión en el régimen de Clases Pasivas del Estado.

También se aprecia falta de contradicción en la STS de 20 de abril de 2010, *IL J 886*, en la que se analiza un caso sobre el retraso en el reconocimiento del derecho a la jubilación parcial, y en la que el Tribunal Supremo llega a la conclusión que la sentencia de contraste sólo se pronuncia sobre la existencia del daño y la sentencia recurrida también se pronuncia sobre la ausencia de un incumplimiento cualificado. Tampoco concurre el presupuesto de contradicción en la STS de 20 de mayo de 2010, *IL J 1097*, en un supuesto de incapacidad permanente absoluta por no acreditar grado suficiente de las dolencias padecidas o la STS de 14 de mayo de 2010, *IL J 1209*, en relación a una pensión de viudedad.

En la STS de 4 de mayo de 2010, *IL J 953*, estamos ante un caso en el que se recuerda la doctrina del Tribunal Supremo para poder admitir un recurso de casación por unificación de doctrina, según la cual la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

En la STS de 17 de mayo de 2010, *IL J 1093*, el INSS formaliza un recurso de casación unificadora en el que, como único objeto, se plantea la incorrecta aplicación del art. 189.1.b) LPL. La decisión acerca de si la sentencia de instancia era o no susceptible de recurso de suplicación, en atención a la afectación general que pudiera derivarse de la cuestión planteada en la demanda, y como el tema constituye materia de orden público al incidir sobre la competencia funcional, se hace innecesario el análisis de la contradicción. Así pues, tal como se estableció en su momento en la STS de 29 de octubre de 2009, corresponde en primer lugar al Juez de lo Social analizar y resolver si en el proceso concurre o no afectación general. Similar facultad poseen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, pues, a pesar del carácter extraordinario del recurso de suplicación, se trata de una materia que puede ser analizada de oficio por la Sala.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ  
IGNASI AREAL CALAMA  
CONSUELO CAHARTEGUI JÁVEGA  
JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ  
NURIA PUMAR BELTRÁN  
SERGIO CANALDA CRIADO  
EUSEBI COLÁS NEILA



## X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

---

### SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

**A) Introducción.**

**B) Cuestiones generales.**

**C) Nivel Contributivo.**

- a) Sujetos beneficiarios.
- b) Requisitos de acceso a la protección.
- c) Contenido y modalidades de la prestación.
- d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.
- e) Supuestos especiales.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

**D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.**

- a) Requisitos generales.
- b) Beneficiarios.
  - a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares.
  - b') Subsidio de prejubilación.
  - c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo.
  - d') Otros Subsidios Especiales.
- c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.
- d) Compatibilidad e Incompatibilidades.

**E) Prestaciones accesorias y complementarias.**

**F) Gestión, Financiación y Pago.**

**G) Valoración Final.**

2. JUBILACIÓN.

**A) Jubilación contributiva.**

- a) Requisitos de acceso a la protección.

- b) Contenido de la prestación.
  - a') Base reguladora.
  - b') Cuantía de la prestación.
- c) Dinámica de la protección.
- d) Derecho transitorio.
- e) Jubilaciones anticipadas.
- f) Compatibilidad e incompatibilidades.

**B) Jubilación no contributiva.**

- a) Situaciones protegidas.
- b) Requisitos generales.
- c) Cuantía y dinámica.
- d) Compatibilidad e incompatibilidades.

**C) Gestión, financiación y pago.**

**D) Previsión social voluntaria.**

- a) Mejoras voluntarias
- b) Planes de pensiones.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE.

**A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).**

- a) Concepto. Grados y baremos.
  - a') Criterios de valoración: los baremos.
  - b') Incapacidad permanente parcial.
  - c') Incapacidad permanente total.
  - d') Incapacidad permanente absoluta.
  - e') Gran invalidez.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Prestaciones económicas.
  - a') Clases y cuantía de las prestaciones.
  - b') Base reguladora de las prestaciones.
  - c') Responsabilidad del pago de las prestaciones.
- d) Dinámica de la protección.
- e) Compatibilidad e incompatibilidades.

**B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).**

- a) Concepto.
- b) Requisitos del beneficiario.
- c) Cuantía de la pensión.

- d) Dinámica de la prestación.
- e) Compatibilidad e Incompatibilidades.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA.

**A) Requisitos del sujeto causante.**

**B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.**

- a) Viudedad.
- b) Orfandad.
- c) 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 5 a 8 del 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. DESEMPLEO

**C) Nivel contributivo**

*b) Requisitos de acceso a la protección*

En la **STS de 22 de abril de 2010, IL J 765**, se plantea la determinación del período de cotización exigible a los trabajadores portuarios para causar las prestaciones contributivas por desempleo, habida cuenta que su retribución por día de trabajo incluye, aparte de otros conceptos, la parte proporcional de sábados, domingos, festivos y vacaciones, así como que éstos trabajan 40 horas a la semana de lunes a viernes.

El artículo 210.1 de la LGSS establece que *“la duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar”*.

Ya el TS ha tenido ocasión de pronunciarse interpretando el artículo 210.1 LGSS en supuestos parecidos, entendiéndolo que *«la expresión “períodos de ocupación cotizada” que emplea el citado precepto no puede interpretarse en un sentido tan restrictivo que resulte equivalente a días efectivamente trabajados, por cuanto, respecto de los trabajadores fijos discontinuos se considera como cotizado, por cada día de trabajo real y efectivo, 1,33 días o 1,61 días, según que la jornada se desarrolle, respectivamente, de lunes a sábado o de*

*lunes a viernes, y ello es así porque a los días de descanso dan derecho los días efectivamente trabajados.»*

La parte recurrente pretende la no aplicación de lo anterior en base a la calificación del recurrente en el contrato como trabajador eventual y no como fijo discontinuo. No obstante, el TS entiende que, independientemente de la calificación, la aplicación analógica procederá siempre que el salario diario incluya la parte proporcional de sábados, domingos, festivos y vacaciones, porque, aunque estos días no se trabaja, lo cierto es que el interesado los cobra y la empresa cotiza por ellos.

En el mismo sentido véase la **STS de 12 de mayo de 2010, I.L. J 1180**.

En la **STSJ de Andalucía, de 20 de mayo de 2010, I.L. 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 retro trayendo 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, I.L. 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 de 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 reconoce al actor el derecho a un subsidio por agotamiento de la prestación contributiva. Con base en 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) TRLGSS en relación con la Disposición Transitoria 2ª 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 prestaciones 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 habiendo obtenido el trabajador 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.

#### **F) Gestión, Financiación y Pago**

En la **STSJ de Baleares, de 15 de marzo de 2010, I.L. J 790**, se resuelve el recurso planteado por el SPEE contra la Empresa “Construcciones Norte Santo Ponsa S.L.” y contra tres de sus trabajadores, por cobro indebido de prestaciones por desempleo.

La Inspección de Trabajo entiende que ha existido fraude de ley por la concatenación de contratos temporales, debiendo realizarse éstos de manera indefinida, motivo por el cual, las prestaciones por desempleo recibidas por los trabajadores por la extinción de dichos contratos han de ser devueltas al SPEE.

La empresa niega la existencia de fraude de ley, sin embargo, de los hechos probados, se desprende la falta de concreción sobre la causa de la contratación temporal, así como la falta de prueba sobre tal circunstancia, pues nos encontramos ante trabajadores que se han dedicado a la actividad habitual de la empresa mediante contratos temporales que abarcan desde la finalización del verano hasta el inicio del verano siguiente, lo cual constituye un claro fraude de ley.

Ante esta situación, y en aplicación del artículo 145 bis LPL es la empresa la responsable de las prestaciones reclamadas, absolviendo a los trabajadores, los cuales han sido objeto de fraude de ley.

En el mismo sentido véase la **STS de 12 de abril de 2010, I.L. J 1009**, y en sentido contrario, por ausencia de perjuicio para el SPEE, véase la **STS de 28 de abril de 2010, I.L. J 1088**.

## 2. JUBILACIÓN

### A) Jubilación contributiva

#### b) Contenido

#### b') Cuantía de la prestación

#### Complemento por mínimos

Respecto de la fecha de efectos del complemento de mínimos se pronuncia la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2010, I.L. J 786** que, aplicando la modificación legislativa introducida en el art. 43.1 LGSS por la Ley 42/2006, declara que la fecha de efectos de la revisión de la cuantía de la pensión, al reconocerse dicho complemento, tendrá una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de la presentación de la solicitud, salvo en los supuestos de rectificación de errores materiales o la cuando la revisión derive de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas, no siendo éste el caso ya que la Entidad Gestora no pudo tener en cuenta para el cálculo de la prestación económica por jubilación efectuado inicialmente circunstancias familiares o económicas no declaradas por el beneficiario.

En cuanto a los ingresos computables a efectos del reconocimiento del complemento de mínimos, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de marzo de 2010, I.L. J 789**, resuelve acerca del cómputo de una subvención por rehabilitación de vivienda. Tras analizar el art. 6.2 del RD 1611/2005, la Sentencia considera que no es posible calificar dicha subvención como un rendimiento de trabajo o capital ni como una plusvalía. Por un lado, puesto que la subvención no constituye fruto, utilidad o producto de una cosa o de una persona; por otro, porque la finalidad de la subvención era compensar un gasto hecho por la actora en la rehabilitación de su vivienda; y, por último, porque la finalidad de los complementos por mínimos es garantizar la percepción de una cantidad mínima, como mínimo económico vital en desarrollo del principio de suficiencia de las pensiones del art. 41 CE, y las cantidades como las subvenciones para rehabilitación de vivienda no tienen la finalidad protectora o asistencial inherente a estos complementos. Además, dicha subvención sólo puede mejorar el valor de la vivienda habitual cuyo rendimiento patrimonial está excluido del cómputo de ingresos a valorar para el reconocimiento del complemento por mínimos.

#### c) Dinámica de la protección

#### Responsabilidad empresarial por incumplimiento de alta y cotización

En la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 27 de abril de 2010, I.L. J 901**, se reitera la doctrina sentada en unificación en relación con la responsabilidad empresarial por incumplimiento de alta y cotización respecto de los profesores de religión. Dicha doctrina (STS 7 de julio de 2009) establece que la relación de servicios entre los profesores de religión en centros públicos de enseñanza y la Administración es una relación laboral, siendo el Ministerio de Educación el verdadero empleador (por ser el destinatario de dichos servicios y quien organiza y dirige el trabajo), por lo que estaba en condiciones de cumplir con las obligaciones contributivas de Seguridad Social respecto de dichos profesores ya antes

de la declaración de laboralidad de la Ley 50/1998 (que tiene en este punto la cualidad de ley “interpretativa”). No obstante, como tiene declarado el propio Tribunal Supremo, el alcance de la responsabilidad empresarial por prestaciones viene determinado por el criterio de la proporcionalidad, atendiendo, en casos como éste de descubiertos que afectan a la pensión de jubilación, a la parte proporcional correspondiente al período no cotizado sobre el total de la prestación.

*d) Derecho transitorio*

**Pensión SOVI**

**La Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 26 de marzo de 2010, I.L J 638**, se pronuncia sobre la aplicación a la pensión SOVI de la Disposición Adicional 44 LGSS, introducida por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, reiterando la doctrina ya sentada al respecto a partir de las sentencias de unificación de 21 de diciembre de 2009. El Tribunal Supremo en esta sentencia reconoce, en el mismo sentido, que si bien no hay expresa mención al SOVI, la interpretación que ha de hacerse de la Disposición Adicional 44<sup>a</sup> LGSS no permite afirmar su exclusión, de forma que el beneficio otorgado en esta disposición se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de igualdad, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan, puesto que la finalidad de dicha norma es la de hacer real dicha igualdad, compensando en este punto mediante una acción positiva las mayores dificultades que, como consecuencia del embarazo y el parto, pueden tener las mujeres en orden a la regularidad de su carrera de seguro y el acceso a la protección social pública. Por ello, siendo el SOVI un régimen público de protección social de carácter contributivo, no se puede excluir de la aplicación de esta medida. En consecuencia, a los días de cotización acreditados para acceder a la pensión SOVI se han de añadir los 112 días ficticios por parto.

**D) Previsión social voluntaria**

*a) Mejoras voluntarias*

**La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 2 de febrero de 2010, I.L. J 822**, declara que no procede la mejora voluntaria de la pensión de jubilación fijada en el Convenio Colectivo del Banco Exterior de España, al considerar que el acceso a la prejubilación del trabajador no se ha producido por causa no imputable a su voluntad, ya que se accedió a ella por una decisión del trabajador y con el lógico concierto de voluntades entre él y la empresa, sin que en ningún caso le fuera impuesta unilateralmente por la empresa.

*b) Planes de pensiones*

En relación con la procedencia de pensión establecido en el Convenio Colectivo y externalizado a través de un Plan de Pensiones en un supuesto de jubilación parcial anticipada, **la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2010, I.L. J 874**, establece que en el sistema del RD 304/2004, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, el partícipe de un plan de pensiones del sistema de empleo que pasa a jubilación parcial anticipada no tiene, en principio, derecho

a la percepción de prestaciones hasta el pase a la situación de jubilación total, salvo disposición expresa en contrario contenida en las especificaciones del propio plan de pensiones, y mientras permanezca en dicha situación de jubilación parcial podrá resultar beneficiario del resto de contingencias previstas, y puede realizar aportaciones para la jubilación total. No se considera por la Sentencia que en este punto el Reglamento se haya excedido de lo dispuesto en la Ley ya que, aunque en ésta no se mencione la jubilación parcial, del sistema normativo se deriva la incompatibilidad inicial entre la condición de partícipe y de beneficiario. En el caso concreto, dado que el convenio colectivo que sirve de título constitutivo del plan de pensiones no prevé el abono de pensión complementaria para el caso de jubilación parcial y que no evidencia ningún defecto o carencia en la externalización realizada en su momento por la empresa, resulta aplicable lo dispuesto legalmente al señalar que, una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones.

### 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

##### a) *Concepto. Grados y baremos*

##### a') Criterios de valoración: los baremos

Ante la existencia de dictámenes médicos divergentes, corresponde al Magistrado de instancia valorar la prueba practicada (*ex art. 97, párrafo 2.º LPL*), de manera que su conclusión sobre la incidencia de los padecimientos que sufre el trabajador en su vida laboral ha de prevalecer sobre la interpretación subjetiva de cualquiera de las partes. Ello en atención a la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual ante la disparidad de diagnósticos, ha de aceptarse normalmente el que ha servido de base a la resolución que se recurre. Conforme al artículo 348 LEC, el órgano de instancia puede optar por el dictamen que estime conveniente y le ofrezca mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y sólo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida [**STSJ Asturias de 12 de marzo de 2010, I.L. J 775**; en la misma dirección, **STSJ Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2010, I.L. J 872**].

##### d') Incapacidad permanente absoluta

Interesa destacar uno de los razonamientos utilizados por la **STSJ País Vasco de 22 de diciembre de 2009, I.L. J 732**, al valorar la edad en el reconocimiento de una IPA en el siguiente sentido: «La valoración de su estado tiene lugar (...) cuando ya tiene cumplidos 62 años y, por tanto, con muy poco tiempo de vida laboral, lo cual tiene su importancia, ya que tampoco le deja margen para ir adaptándose poco a poco a esa limitación, desarrollando mecanismos sustitutivos propios que le permitan paliar, en lo posible, su déficit de movilidad».

b) *Requisitos del beneficiario*

El TS reitera su doctrina sobre la posibilidad del beneficiario jubilado de acceder al reconocimiento de la situación de IPA derivada de enfermedad profesional. En su fundamentación jurídica aduce al artículo 36.9 RD 84/1996, así como al artículo 142 LGSS, donde se considera en situación asimilada al alta a quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho régimen, se encuentren en la situación de aquellos trabajadores que no estén en alta ni en ninguna otra situación asimilada a ella, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional, a los solos efectos de que pueda declararse una IP debida a dicha contingencia. Por otra parte, la dicción del artículo 138.1 LGSS permite «establecer una excepción a la posibilidad de obtener la prestación de incapacidad permanente, excepción que se significaría en dos extremos no alternativos sino acumulativos, la edad y los requisitos para acceder a la jubilación de una parte y de otra el origen común de las dolencias». De este precepto se extrae como regla general «la posibilidad de acceder a una prestación por invalidez desde una situación de jubilación o de requisitos para obtenerla, siempre que el origen de la contingencia sea profesional... [STS u.d., de 26 de abril de 2010, I.L. J 1161].

c) *Prestaciones económicas*

b') Base reguladora de las prestaciones

La acción para la modificación de la base reguladora de una prestación declarada es imprescriptible. En tales casos, no puede argumentarse que se trata de evitar que se beneficie de la prestación quien cumple los requisitos para obtenerla pero descuidadamente omite la solicitud de que le sea reconocida, ni tampoco se dificulta con ello el control administrativo del hecho causante. Ordinariamente se debe a dificultades —prácticas y jurídicas— en la correcta determinación de la base o incluso a cambios en la doctrina jurisprudencial. Por otra parte, la prescripción extintiva, «al ser una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencia de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada de forma restrictiva (...) de manera que sólo perjudique a quien, por su inactividad, haya hecho efectiva dejación de sus derechos». Además de ello, la vigente redacción del artículo 43.1 LGSS (introducida por la Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre), contiene la novedad de regular específicamente la prescripción de los efectos económicos de las “solicitudes de revisión” de las prestaciones ya reconocidas y al efecto se limita a disponer una retroactividad máxima de tres meses para la nueva cuantía, «sin aludir para nada a la prescripción del propio derecho a reclamar la modificación de la pensión, en tanto que el párrafo anterior —referido al reconocimiento inicial de la pensión— no sólo se prevé la retroactividad del reconocimiento inicial de la prestación, sino también la prescripción del derecho “al reconocimiento” por el transcurso de cinco años desde la fecha del hecho causante, es claro que con ello se refuerza la doctrina jurisprudencial estimativa de que el derecho a revisar la cuantía no prescribe y que la decadencia del derecho únicamente alcanza a las percepciones económicas —por diferencias— que sean superiores a tres meses...» [STS de 31 de marzo de 2010, I.L. J 831; en idéntica dirección, en relación a

la revisión del contenido económico de una prestación por IPA, **STS de 29 de marzo de 2010, I.L. J 897**].

e) *Compatibilidad e incompatibilidades*

Conforme a la doctrina del TS, en aplicación del artículo 122 LGSS, la compatibilidad de pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social es posible cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos necesarios para su devengo y siempre que no exista en ellos norma que lo prohíba expresamente. El «principio de prestación única tiene un evidente interés doctrinal, pero no traduce un criterio positivo de ordenación de la materia, puesto que el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema». La naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social «determina que unas mismas cotizaciones no den origen a varias prestaciones de percepción simultánea, pero a la par que éstas pueden ser aprovechadas, lo que lleva a interpretar (...) que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda posibilidad de un ulterior reconocimiento, pero que la compatibilidad es plena cuando no existe reutilización de cotizaciones». En esta dirección se sostiene que las normas sobre incompatibilidad de prestaciones del Título II LGSS son exclusivamente aplicable a las servidas por el Régimen General, de ahí la admisión de la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social, cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos para su devengo, siempre que no exista en los mismos normas que lo prohíban expresamente [**STS u.d., de 12 de mayo de 2010, I.L. J 1151**].

Y ello se produce también entre prestaciones de IP derivadas de regímenes diferentes. Esto significa que si el interesado, preceptos de una prestación de IP por un Régimen de la Seguridad Social cumple los requisitos para que le sea reconocida la pensión de IP en otro Régimen como consecuencia de su actividad y de la correspondiente alta y cotización realizada a este otro Régimen, no hay obstáculo alguno para que pueda serle atribuida esta nueva prestación en compatibilidad con la anteriormente reconocida, sin que sea impeditivo de esa compatibilidad el que para la valoración de una y otra incapacidad se haya tenido en cuenta el estado de salud conjunto del demandante o que no haya habido superposición de cotizaciones a ambos regímenes y sí cotización sucesiva, pues no son estas circunstancias a las que la ley anude la incompatibilidad de las prestaciones [**STSJ La Rioja 4 de febrero de 2010, I.L. J 740**]. En esta dirección, se considera que la incompatibilidad de prestaciones —*ex art. 122 LGSS*— solamente se impone dentro del mismo régimen, con la excepción de la lógica prevista en el art. 5 RD 691/1991, para los casos en que el acceso a la prestación se ha obtenido mediante el cómputo recíproco de cotizaciones a distintos regímenes, ya que no puede admitirse que una misma cotización, aunque lo fuera en dos regímenes diversos, pudiera causar dos pensiones distintas [**STSJ Extremadura 6 de abril de 2010, I.L. J 977**].

La sucesión en las actividades laborales que dan lugar al alta del sujeto en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social conlleva que no sean aplicables ni el artículo 138.4 LGSS ni tampoco el artículo 6 RD 1799/1985, que regulan la pluriactividad. La sucesión puede dar lugar a dos pensiones de incapacidad permanente distintas, siempre que el beneficiario reúna los requisitos legales para cada una de ellas [**STS u.d., de 11 de mayo de 2010, I.L. J 1168**].

#### 4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

##### B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.

###### a) Viudedad

En relación con si la acreditación de la existencia de pareja, 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 redacción actual del artículo 174.3 de la LGSS, o si, por el contrario, puede acreditarse mediante otros medios de prueba admisibles en Derecho, especialmente de carácter documental, y con fuerza suficiente como para llevar a la Entidad Gestora o, en su caso, al juzgador a la convicción de la existencia de pareja de la existencia de la pareja de hecho con la duración requerida por la norma, la **STS de 25 de mayo de 2010, I.L. J 1666** (en la misma línea la **STS de 24 de junio de 2010, I.L. J 1622**), considera, como ya se ha defendido en estas páginas, que la existencia de muy diferentes maneras o a través de muy diversos instrumentos probatorios que, por otra parte, 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.

Pero a la acertada conclusión, la sentencia citada añade que cosa distinta es que, una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, la normativa de seguridad social exija que ésta haya durado al menos cinco años (o seis años para los supuestos de fallecimiento del causante anterior a 1 de enero de 2008), para que el sobreviviente pueda lucrar la pensión de viudedad. Se trata simplemente, dice, de un período de carencia, en el sentido más propio de la expresión, que no es equivalente a período mínimo de cotización, pero nunca un requisito de existencia de la pareja de hecho en sí misma considerada. Y es que, una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, su duración se verifica por el mero 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. Y en cualquier caso, la persistencia de la pareja de hecho durante el período de carencia señalado, se podrá, a su vez, acreditar mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de los componentes de la pareja.

Otra duda interpretativa que se plantea es si la norma exige cinco años de convivencia y que en el momento del fallecimiento las partes convivieran como pareja de hecho pudiendo contraer matrimonio, o por el contrario durante esos cinco años que contempla la norma (seis antes de la reforma), debió concurrir la posibilidad de contraer matrimonio. Ya hemos defendido en éstas páginas, que la redacción del mencionado párrafo cuarto del número tercero del artículo 174, únicamente exige esa convivencia sin impedimento para contraer matrimonio para formalizar la situación de pareja de hecho, por lo que no existe motivo alguno para exigir la concurrencia de esa posibilidad de contraer matrimonio durante todo el período de convivencia exigido. Como dice la **STSJ de Castilla y León, de 9 de junio de 2010, I.L. J 1255**, la interpretación lógica nos conduce a que en el momento del fallecimiento pudiese hablarse de pareja de hecho inscribible, es decir, que en ese momento existiese la posibilidad de contraer matrimonio, y el resto del tiempo, hasta los cinco años, que hubiese existido convivencia, que es lo que la norma general exige.

Sobre el debate de si para devengar la pensión de viudedad una persona que, a la muerte del causante (derivada de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal), llevaba casada con él menos de un año, pero había convivido durante más de dos, es o no preciso acreditar dicha convivencia mediante inscripción en un registro público como pareja de hecho o mediante formalización de documento público, es necesario recordar que es de aplicación el artículo 174.1, en su último párrafo, que además, al final de su redacción hace una remisión al párrafo cuarto del apartado tercero del mismo precepto (a efectos de no exigir la duración de un año del vínculo matrimonial a la fecha del fallecimiento, pero siempre que se acredite el período de convivencia con el causante en los términos del citado precepto).

El requisito añadido por el apartado tercero del párrafo primero, del reiterado artículo 174, tiene como finalidad última evitar los matrimonios “de conveniencia”, es decir, los contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión de viudedad cuando se tema el próximo fallecimiento (interpretación teleológica que complementa a la literal tal y como permite el artículo 3.1 *in fine* del Código Civil). Se trata de un supuesto especial (excepcional, lo llama el legislador), pero que sin ninguna duda se encuentra dentro de la vía matrimonial para acceder a la pensión de viudedad (la otra vía es la de unión de hecho); sentadas ambas cuestiones, la controversia (ante la falta de una más precisa redacción legal) se centra en la interpretación de la remisión que el inciso final del párrafo último del artículo 174.1, realiza al debatido en párrafos anteriores, párrafo cuarto del apartado tercero del mismo artículo 174.

Sobre esta controversia, la **STS de 14 de junio de 2010, I.L. J 1401**, interpreta que hay que entender que la remisión que el inciso final del párrafo último del artículo 174.1 verifica al párrafo cuarto del apartado tercero, se refiere única y exclusivamente al primer inciso de éste último —en el que se define la situación de pareja de hecho—, y no al segundo inciso, que trata de manera específica, y también exclusiva, del modo de acreditar dicha situación, cuando es ella sola la que ha dado origen a la causación de la pensión. Es decir, que el Alto Tribunal, de forma acertada, concluye que, para la acreditación del período convivencial inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, no se requiere la “excesiva rigidez formal” (éste es el término que utiliza el Supremo), a la que se refiere el tantas veces citado en estas páginas párrafo cuarto del apartado tercero, sino que basta para su adveración con acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho (pruebas documentales como certificados de empadronamiento, informes médicos, facturas de agencias de viajes, que en el caso que juzga, fueron suficientes por parte del juez de instancia, para acreditar la realidad del esa convivencia).

La cuestión que se plantea en el recurso que conoce la **STSJ de La Rioja, de 17 de junio de 2010, I.L. J 1467**, (igualmente la **STSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2010, I.L. J 1206**), se contrae a determinar si, en aplicación e interpretación del artículo 174.2 de la LGSS, es requisito necesario para acceder a la pensión de viudedad que el separado o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento del causante, o, en otros términos, si la demandante tiene o no derecho a pensión de viudedad en atención a que no era acreedora de pensión compensatoria al tiempo del fallecimiento. Para resolver la controversia es determinante la expresión “en todo caso” que contiene el precepto, y que se está refiriendo al derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente, es decir, al total de dichas personas y no a supuestos

específicos en que algunas de ellas se encuentren, y a continuación establece una doble condición o requisito, de una parte, que sean acreedoras de la pensión compensatoria (no que se abone pensión alimenticia ni otro tipo de contribuciones) a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y, de otra parte, que la pensión compensatoria se extinga por el fallecimiento del causante. Abunda en ello la precisión que el Tribunal Supremo ha realizado sobre estas contribuciones (entre otras, la STS de 17 de julio de 2009); afirma el Supremo que la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos es distinta, y compatible con la pensión compensatoria, teniendo las primeras un carácter imperativo, se entiende que por subvenir a necesidades ineludibles, en tanto que la segunda tiende a compensar el empeoramiento económico que se produce en un cónyuge en relación con la posición del otro, y por ello nunca puede acordarse de oficio por el Juez, sino que debe solicitarse de manera expresa si quiere obtenerse, de modo que se entiende tácitamente renunciada si no existe petición expresa. Puede, por tanto, afirmarse, teniendo en cuenta los presupuestos fácticos que justifican el nacimiento de la pensión compensatoria, que su naturaleza no es alimenticia, sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio, y sin vinculación alguna con la idea de su responsabilidad por culpa (STS de 29 de junio de 1988), sin perjuicio de que su fundamento puede basarse también en el principio de solidaridad post-conyugal, es decir, en el equilibrio económico fundado en la solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio. Por otra parte, se ha señalado reiteradamente que la pensión compensatoria es cuestión de estricto Derecho Privado y se rige por los mismos principios que gobiernan esta parcela jurídica, entre ellos los de rogación y disposición.

Analizando todo ello, a la luz del artículo 174.2 de la LGSS, la pensión de viudedad, está encaminada, en definitiva, a paliar la ausencia de ingresos que conlleva para el superviviente el fallecimiento del causante; de ahí que, como garantía de dicho desequilibrio, haga mención a que el beneficiario sea acreedor, en el momento del fallecimiento, a la pensión compensatoria, lo que presupondría que dicho desequilibrio económico se ha producido efectivamente. En consecuencia, caso de no haberse concedido o acordado en su día pensión compensatoria alguna, en la separación o divorcio de los interesados, por ello, no tiene derecho el cónyuge superviviente a la pensión de viudedad.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ  
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. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
  2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
    - A) **Procedimiento administrativo sancionador.**
    - B) **Actas de la Inspección de Trabajo. 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.
      - c) Infracciones en materia de extranjería.
- 

Estudiadas las sentencias que esta Crónica analiza y que aparecen recogidas en los números 5 a 8 de 2010 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*, no hay jurisprudencia de interés en la materia.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO  
LUIS ENRIQUE NORES TORRES  
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA  
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER



## XII. EL PROCESO LABORAL

---

### SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA.
  - A) **Indebida retención de IRPF.**
  - B) **Sociedades estatales y entidades públicas empresariales.**
3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.
  - A) **Territorial.**
    - a) Conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional;
    - b) Proceso de Seguridad Social.
  - B) **Concejal y parlamentario. Impugnación del cese.**
  - C) **TRADE.**
  - D) **Derechos de imagen. Indemnización por daños.**
  - E) **Personal estatutario.**
  - F) **Contratación pública.**
4. RECLAMACIÓN PREVIA.
5. EXCEPCIONES.
  - A) **Caducidad.**
  - B) **Cosa juzgada.**
  - C) **Prescripción.**
  - D) **Falta de acción.**
6. PRÁCTICA DE LA PRUEBA.
  - A) **Carga de la prueba.**
  - B) **Prueba de presunciones.**
  - C) *Fictia confessio.*
  - D) **Denegación. Prueba pericial.**
7. SENTENCIA.
  - A) **Incongruencia. Existencia.**
  - B) **Motivación.**
  - C) **Insuficiencia de hechos probados.**

8. AUDIENCIA AL REBELDE.
9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN. PERÍODO DE SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA.
10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.
  - A) **Acceso al recurso.**
    - a) Afectación general;
    - b) Cuantía litigiosa.
  - B) **Quebrantamiento de normas esenciales del procedimiento. Nulidad de actuaciones.**
  - C) **Cuestión nueva.**
  - D) **Aportación de documentos.**
  - E) **Revisión de hechos probados.**
  - F) **Infracción de normas.**
11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN.
12. RECURSO DE CASACIÓN. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN.
13. RECURSO DE REVISIÓN.
  - A) **Sentencia dictada en el orden penal.**
  - B) **Es necesario agotar los cauces normales de impugnación.**
14. EJECUCIÓN DE SENTENCIA.
15. COSTAS PROCESALES.
16. TEMERIDAD Y MALA FE.

---

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 5, 6, 7 y 8 del año 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) **Indebida retención de IRPF**

Una empresa advirtió que había retenido erróneamente el IRPF de una trabajadora y le descontó las cantidades correspondientes de las nóminas siguientes. Resolviendo el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, la **STS de 18 de mayo de 2010, Sala 4.ª, IL J 955**, declara que la jurisdicción social es competente en esta materia si lo

que se discute es la facultad empresarial de reintegrarse de un pago realizado a Hacienda mediante descuentos salariales, y no el importe de las retenciones.

## **B) Sociedades estatales y entidades públicas empresariales**

La **STSJ de Asturias de 9 de abril de 2010, IL J 1052**, con cita de la STS de 12 de julio de 2007, declara la competencia del TSJ para conocer de la impugnación de la asignación de un puesto de trabajo en la entidad de Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE). La jurisdicción social es competente para conocer de las reclamaciones sobre convocatorias y provisión de puestos de trabajo en las sociedades estatales (ya sean sociedades mercantiles o entidades de derecho público que han de ajustarse al derecho privado). En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Valencia de 13 de abril de 2010, IL J 1025**, al conocer del traslado de un trabajador de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba.

## 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

### **A) Territorial**

#### *a) Conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional*

Para conocer sobre procesos de conflicto colectivo, es requisito constitutivo de la competencia territorial de la AN que su ámbito de afectación sea superior al de una Comunidad Autónoma. En el supuesto enjuiciado por la **SAN de 12 de mayo de 2010, IL J 783**, ese presupuesto no concurría, pues de la prueba documental no se desprendía que la empresa afectada por el conflicto tuviese centros de trabajo o trabajadores fuera de la Comunidad de Madrid. En los mismos términos se ha pronunciado la **SAN de 19 de abril de 2010, IL J 658**, al declarar su incompetencia para conocer de un conflicto colectivo, por afectar éste únicamente a los trabajadores de un centro de trabajo localizado en Burgos.

#### *b) Proceso de Seguridad Social*

La **STS de 12 de mayo de 2010, Sala 4.ª, IL J 1096**, declara que la Mutua debió interponer la demanda (en materia de incapacidad), o bien en su domicilio (Barcelona), o bien en el del Juzgado en cuya circunscripción se dictó la resolución (Guadalajara). Respecto del domicilio, el TS entiende que cuando se trata de una persona jurídica, «domicilio del demandante» equivale a «domicilio social» y no a cualquier lugar en el que la persona jurídica, en este caso la Mutua, tenga oficinas. En consecuencia, declara la incompetencia territorial de los Juzgados de lo Social de Madrid ante los que se había interpuesto la demanda.

### **B) Concejal y parlamentario. Impugnación del cese**

La **STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2009, IL J 734**, considera que la jurisdicción social no es competente para conocer, por razón de la materia, de la extinción del cargo como concejal y parlamentario de un afiliado a un partido político. La sentencia razona que el afiliado desarrollaba una actividad estrictamente política y, por ser ésta su

dedicación, recibía cantidades mensuales de dinero de parte de las instituciones en las que actuaba en puestos de elección política. Si esas cantidades iban a parar al partido político y éste pagaba al afiliado una cantidad inferior era porque así lo tenían pactado, lo que es propio de los partidos políticos y sus afiliados en cargos electos, pero completamente ajeno a la relación laboral.

### **C) TRADE**

La **STSJ de Andalucía de 27 de abril de 2010, IL J 1046**, declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda en la que un transportista solicita ser indemnizado por la extinción de su contrato. No cabe calificar al actor de TRADE puesto que no comunicó tal condición a su cliente, y aunque así lo hubiera hecho no basta la sola comunicación para novar el contrato. Sostiene la Sala que no es posible que la relación jurídica entre las partes se someta al régimen jurídico de TRADE sin el consentimiento de éstas.

### **D) Derechos de imagen. Indemnización por daños**

Una trabajadora autorizó a su empleador para hacer uso de su imagen en publicidad. Más de cuatro años después de extinguida la relación laboral, la empresa hizo uso de dicha imagen y la trabajadora interpone demanda solicitando una indemnización por daños. La **STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2010, IL J 980**, declara la incompetencia de la jurisdicción social por cuanto la relación laboral ya no estaba vigente cuando se interpuso la reclamación.

### **E) Personal estatutario**

La **STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2010, IL J 1203**, declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de una reclamación en materia de vulneración del derecho a la libertad sindical. La demanda se interpuso contra la Comunidad Autónoma de Madrid porque ésta hizo hacer llegar a la prensa un vídeo en el que incluía datos de los trabajadores, incluyendo su afiliación sindical. El Tribunal entiende que existe incompetencia de jurisdicción por cuanto se trataba de personal estatutario, siendo competente por tanto la jurisdicción contencioso-administrativa.

### **F) Contratación pública**

La **STS de 17 de mayo de 2010, IL J 1087**, declara la incompetencia de la jurisdicción social en un proceso de conflicto colectivo cuya pretensión consistía en interrumpir cualquier tipo de contratación en la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, con fundamento en el convenio colectivo de aplicación. Razona el TS que el proceso administrativo de selección del personal fijo y evaluar la cobertura temporal de plazas, constituyen potestades claramente administrativas cuyo control sólo puede recaer en el orden contencioso-administrativo, por más que el convenio colectivo invocado pertenezca al ámbito jurídico laboral.

#### 4. RECLAMACIÓN PREVIA

La **STSJ de Aragón de 30 de noviembre de 2009, IL J 992**, desestima una demanda en materia de accidente de trabajo, por no haberse formulado reclamación previa contra la resolución denegatoria del INSS.

#### 5. EXCEPCIONES

##### A) Caducidad

La **STS de 17 de mayo de 2010, Sala 4.ª, IL J 1191**, declara la caducidad de una acción de impugnación de una sanción de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de una falta muy grave. El art. 114 LPL remite al plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de las sanciones al artículo 103 LPL que regula el ejercicio de la acción de despido. Sin embargo, el TS precisa que esta remisión se refiere únicamente al plazo para el ejercicio de la acción (20 días hábiles) y no a la fijación del *dies a quo* para el cómputo de tal plazo. El TS entiende que las interpretaciones para fijar el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de despido no pueden ser aplicadas al plazo de ejercicio de la acción de impugnación de sanciones. Muy al contrario, dicho plazo debe computarse atendiendo al momento en que tal acción pudo ejercitarse, siendo tal día aquel en que se comunica al trabajador la imposición de la sanción. Por su parte, la **STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2010, IL J 938**, estima la excepción de caducidad contra una acción por despido, por entender que la demanda se presentó fuera de plazo: el demandante presentó la papeleta de conciliación un lunes, cuando el plazo vencía el viernes anterior. La Sala de lo Social, con fundamento en la STS de 16 de enero de 2007, recuerda que no es aplicable a la presentación de la papeleta de conciliación (por ser un procedimiento administrativo) el art. 135 LEC, disposición que permite presentar un escrito sujeto a plazo, hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento.

##### B) Cosa juzgada

La **SAN de 7 de mayo de 2010, IL J 769**, resuelve un conflicto colectivo instado para determinar la composición de la comisión negociadora de un convenio colectivo. La Sala entiende que en el caso enjuiciado no concurren las notas exigibles para apreciar cosa juzgada, y ello por lo que a continuación se razona. En primer lugar, porque en los litigios precedentes entre las partes «[...] no se resolvió, de ningún modo, sobre la composición concreta de la comisión negociadora, siendo inaplicable, por consiguiente, el despliegue de los efectos negativos de la cosa juzgada, ni tampoco sus efectos positivos, [...]». Y, en segundo lugar, porque la Sala emitió en su día un Auto, que no fue recurrido, denegando la ejecución provisional solicitada por los demandantes en la que precisamente se reclamaba que se constituyera la comisión negociadora, siendo ello evidencia palpable de que dicho extremo no fue resuelto con anterioridad a los efectos que se interesan. Por su parte, en la **SAN de 12 de mayo de 2010, IL J 782**, también se desestima la excepción de cosa juzgada por no apreciar la triple identidad que exige el art. 222.1 y 3 LEC. En el anterior litigio se impugnaba un convenio colectivo, mientras que en el conflicto que ahora se enjuicia se

discute la legitimación de una federación sindical para formar parte de una comisión mixta paritaria de formación continua. Por otro lado, tampoco pueden desplegar efectos de cosa juzgada los hechos probados de la anterior sentencia, no sólo porque, según criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, los efectos de la cosa juzgada se despliegan respecto del fallo y no sobre el relato fáctico, sino porque aun cuando los hechos probados acreditaran determinados porcentajes de representatividad, éstos se referían a la necesaria para constituir la comisión negociadora del convenio, siendo el objeto del presente litigio el derecho a participar en esa comisión mixta a la que se ha hecho referencia.

### C) Prescripción

La **STS de 20 de abril de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 763**, declara que el ejercicio de la acción colectiva debe ser valorado según los efectos previstos en el art. 1973 CC sobre la interrupción del cómputo del plazo de prescripción, así como de conformidad con lo dispuesto en el art. 158.3 LPL que establece los efectos de la cosa juzgada que una sentencia de conflicto colectivo tiene sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, y que versen sobre idéntico objeto. En el caso que se resuelve, la Sala entiende que no puede entenderse que el segundo conflicto colectivo, que versa sobre la procedencia de la absorción y compensación de determinados complementos voluntarios, pueda interrumpir la prescripción de las cantidades reclamadas en concepto del complemento de antigüedad del primer conflicto colectivo y, en consecuencia, declara la prescripción de la acción confirmando la sentencia impugnada. A tales efectos, el TS trae a colación su propia doctrina: «[...] la eficacia del conflicto colectivo respecto de la prescripción se limita a interrumpir la que, en la fecha de su interposición, no se hubiera producido, pero nunca revive acciones prescritas antes de su inicio [...]». En sentido similar se pronuncia la **STS de 16 de abril de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 751**, que entiende que las acciones para reclamar parte de las cantidades reclamadas por el actor y, que le fueron reconocidas en dos procesos de conflicto colectivo, estaban prescritas en parte. En este caso no existe interconexión entre los dos conflictos planteados, por lo que se debió reclamar a la empresa durante la tramitación del primer conflicto sobre plus de antigüedad, el abono de las diferencias del salario base, objeto del segundo conflicto, ya que el primer conflicto colectivo no interrumpió la prescripción de las cantidades adeudadas de conformidad con el segundo conflicto. En el mismo contexto y siguiendo la misma línea doctrinal, la **STS de 11 de mayo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 1079**, entiende que el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación —cuya prescripción había quedado interrumpida con el planteamiento del conflicto colectivo— es la fecha de la notificación de la sentencia firme que resuelve el conflicto colectivo. Además, el TS añade que el conflicto colectivo tiene eficacia para interrumpir la prescripción en curso de «una acción viva» pero nunca para reavivar o reactivar una acción ya extinta. Por ello, estima que el plazo de prescripción de cada mensualidad prescribe al año a contar a partir del mes en que no se abonó la cantidad reclamada. Por consiguiente, la interposición del conflicto colectivo en un determinado mes sólo pudo interrumpir la prescripción para reclamar la cantidad que se debió percibir a partir del mismo mes del año anterior, pero no la correspondiente a las mensualidades anteriores a esta fecha, puesto que éstas estaban definitivamente prescritas.

En el mismo sentido se han pronunciado las **SSTS de 20 de abril y de 4, 5 y 19 de mayo de 2010**, todas de la Sala 4.<sup>a</sup>, **IL J 1166, 1224, 919 y 1109** respectivamente. Por

último, las **SSTS de 15 de marzo y de 27 de abril de 2010, Sala 4.ª, IL J 759 y 1165**, analizan la prescripción de unas reclamaciones de cantidad interpuestas tras un procedimiento en el que se declaró que las demandantes se encontraban en situación de cesión ilegal. En estos dos casos, el TS entiende que la reclamación está prescrita, ya que la tramitación de un procedimiento anterior, en el que se postulaba un pronunciamiento declarativo, «[...] no afecta a la obligación del actor a reaccionar en evitación de la prescripción [...]». Según el TS, la prescripción comienza a computarse a partir de la fecha en que, habiéndose negado la correspondiente retribución, ésta no se hizo efectiva y no, como pretenden las demandantes, a partir de la sentencia declarativa antecedente.

#### D) Falta de acción

En un procedimiento por despido, la **STSJ de Baleares de 12 de marzo de 2010, IL J 926**, deja sin efecto la sentencia recurrida y desestima la demanda interpuesta por un trabajador, al declarar que éste carecía de acción. La Sala fundamenta su fallo en que el actor reconoció los hechos imputados en la carta de despido, percibió la liquidación que la empresa le ofreció y manifestó que no tenía intención de presentar demanda al no tener nada más que reclamar. A tales efectos, el Tribunal entiende que el demandante no acreditó la existencia de amenazas que podrían haber constituido un vicio en el consentimiento, a fin de invalidar el acuerdo transaccional alcanzado. De otro lado, la **STS de 14 de abril de 2010, Sala 4.ª, IL J 719**, entiende que las acciones declarativas requieren ineludiblemente la existencia o subsistencia de la relación jurídica objeto de declaración, siendo necesario que la cuestión planteada goce de un carácter actual y que su incidencia se materialice en la esfera de los derechos e intereses. En este caso concreto, la relación entre las partes objeto de litigio estaba ya extinta y la pretensión carecía de un componente de condena «[...] no discutiéndose ni siquiera el carácter laboral del vínculo sino la fijeza [...]», por lo que se desestima la reclamación por falta de acción.

### 6. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

#### A) Carga de la prueba

La **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2010, IL J 810**, declara que incumbe al trabajador probar la existencia misma de la extinción contractual contra la que se alza, así como la de la relación laboral, salario, antigüedad y categoría profesional. Por su parte, la **STSJ de Aragón de 10 de marzo de 2010, IL J 1006**, razona sobre las reglas que flexibilizan el *onus probandi* cuando están en juego derechos fundamentales. Manifiesta el TSJ que estas reglas, basadas en el criterio de disponibilidad y facilidad probatoria, constituyen una solución válida para supuestos puntuales, por lo que no pueden aplicarse de forma general a todos los pleitos laborales ni libera a la parte actora de la carga de probar la certeza de los hechos en que basa su pretensión. Y en el caso de autos, según el juez *a quo*, el demandante no probó la existencia de horas extraordinarias, sin que esta conclusión haya quedado enervada en suplicación ni sea aplicable aquí la inversión de las reglas de la carga de la prueba.

**B) Prueba de presunciones**

En un procedimiento por despido, la sentencia impugnada, lejos de atribuir indebidamente la carga de la prueba, concluye que la empresa logró acreditar las imputaciones hechas al trabajador —competencia desleal— empleando las presunciones judiciales a las que se refiere el art. 386 LEC. La **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2010, IL J 809**, realiza un interesante razonamiento sobre la prueba de presunciones judiciales como medio supletorio para acreditar los incumplimientos contractuales del actor.

**C) *Fictia confessio***

La *fictia confessio*, consistente en establecer una confesión presunta de reconocimiento de los hechos pretendidos por la parte actora en base a la incomparecencia injustificada de la demandada, es no sólo una facultad del juez *a quo* sino que, además, no exime al demandante de aportar, al menos de forma indiciaria, los hechos necesarios para viabilizar su pretensión. En el caso enjuiciado por la **STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2010, IL J 860**, se concluye que el actor no acreditó los hechos constitutivos de la demanda de despido y, en concreto, la existencia de su relación laboral con la demandada, por lo que se rechaza la aplicación de esa confesión presunta. En idéntico sentido se pronuncia la **STSJ de Baleares de 11 de marzo de 2010, IL J 928**.

**D) Denegación. Prueba pericial**

La **STSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2010, IL J 1060**, declara que la denegación de la prueba pericial solicitada por la parte actora no le produjo indefensión y, por ello, desestima la nulidad de actuaciones pretendida en suplicación. En el supuesto analizado, el actor, que reclamaba en el pleito el abono de la indemnización por su despido, solicitó en el acto de juicio prueba pericial caligráfica de un documento aportado por la parte demandada en el que constaba la firma del actor reconociendo haber percibido la indemnización objeto del litigio. El juzgado de lo social denegó dicha pericial, pero ante ello el actor ni elevó protesta expresa ni alegó falsedad del documento a los efectos de interponer la oportuna querrela. Razona el TSJ que, teniendo en cuenta el carácter extraordinario de la nulidad de actuaciones y que el actor tenía otros medios para acreditar que no era su firma la que obraba en el documento aportado de contrario, no se han vulnerado en la instancia normas esenciales del proceso que le hayan causado indefensión.

7. SENTENCIA

**A) Incongruencia. Existencia**

La **STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2010, IL J 784**, declara la nulidad de la sentencia de instancia, por incurrir en incongruencia interna, en un proceso de recargo de prestaciones. Según el tribunal *ad quem*, los hechos probados no se corresponden en absoluto con lo consignado en los fundamentos jurídicos, ni éstos con el fallo, lo que acarrea incoherencia entre el relato fáctico, lo razonado y la decisión final.

## B) Motivación

En un proceso por despido basado en causas objetivas en el que se desestima la demanda, el trabajador pretende que en suplicación se declare la nulidad de la sentencia de instancia por falta de motivación. Razona la **STSJ de Murcia de 24 de mayo de 2010, IL J 1139**, que «[...] la motivación de la sentencia es suficiente y que la escueta argumentación contenida en la misma, ante la profusión de prueba practicada, no ha generado indefensión [...]». A tales efectos, el tribunal *ad quem* tiene en consideración que la sentencia recurrida contiene una descripción plena de los hechos declarados probados, a la vista de los términos en el que el debate se planteó por la demanda, y que la ausencia de mayores explicaciones sobre la suficiencia de la prueba se debe, asimismo, a la limitada actividad probatoria del demandante y a la abundancia y suficiencia de la prueba aportada por la empresa.

## C) Insuficiencia de hechos probados

La **STSJ de Canarias de 11 de enero de 2010, IL J 670**, acuerda de oficio la nulidad de la sentencia de instancia y todas las actuaciones posteriores a su dictado. A juicio del Tribunal, la sentencia no contenía un relato de hechos probados y de razonamientos jurídicos suficientes a los efectos de declarar la existencia de una sucesión de empresa —tampoco existen datos suficientes en la documentación obrante en las actuaciones—, siendo estas exigencias de derecho necesario al afectar al orden público del proceso. Esta declaración de nulidad de actuaciones también la acoge la **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2010, IL J 890**, en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En el recurso de suplicación la parte actora alega insuficiencia de hechos probados por cuanto la sentencia no recoge de forma precisa qué funciones desarrollaba la actora en la empresa antes y después de su embarazo, dato este esencial en el que la demandante basaba su pretensión: tras volver de su baja de maternidad se le encomendaron funciones distintas y no acordes con su categoría. El TSJ declara la nulidad de actuaciones pues entiende que a través del recurso de suplicación no es posible en este caso la subsanación del relato fáctico de la sentencia impugnada; entiende el Tribunal que debe ser el juzgado de instancia quien valore todas las pruebas practicadas y construya un relato de hechos probados especificando si existió el cambio de funciones y, de haberse producido, concretar en qué consistió. Por el contrario, la **STSJ de Navarra de 8 de marzo de 2010, IL J 1176**, declara que no existe insuficiencia de hechos probados en la sentencia de instancia, tal y como pretende la empresa recurrente. Razona el TSJ que lo que se pretende es que se declaren probados unos hechos que el juez *a quo* no ha estimado acreditados, tal y como se explica en detalle en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, cuyo parco relato se debe precisamente a la insuficiencia de prueba por parte de la empresa.

## 8. AUDIENCIA AL REBELDE

«[...] La audiencia al rebelde representa un medio para obtener la rescisión de una Sentencia firme, configurada como una acción impugnativa autónoma que pueden utilizar los demandados que hayan estado permanentemente en rebeldía, con un carácter estrictamente subsidiario, por lo que no procede cuando, por habersele notificado personalmente, el de-

mandante hubiese podido interponer algún recurso procedente [...]». Así razona la **STSJ de Baleares de 19 de mayo de 2010, IL J 1129**, que resuelve en contra de la solicitud de audiencia al demandado rebelde, con fundamento en lo siguiente: (i) de un lado, la sentencia del juzgado de lo social fue comunicada debidamente a la parte demandada, habiendo dejado ésta transcurrir el plazo para recurrirla cuando todavía no era firme, por lo que es del todo inadecuado solicitar su rescisión mediante este cauce procesal, sin que la alegada insuficiencia de recursos para interponer suplicación sea válida a los efectos que se interesan —pues podría haber solicitado el beneficio de justicia gratuita—; (ii) la inasistencia al acto de juicio no puede quedar amparada en la simple solicitud de la suspensión de la vista, que no fue resuelta por el juzgado; muy al contrario, la demandada debió acudir a la vista pues ésta no estaba suspendida, no justificándose tampoco su incomparecencia en la baja por enfermedad, al no ser ésta una razón de fuerza mayor ininterrumpida según prevé el art. 501.1.º LEC; (iii) por último, la Sala entiende también que, en este caso, la solicitud de rescisión de la sentencia firme se produce transcurrido el plazo de 20 días establecido en el art. 502 LEC, pues la sentencia que devino firme le fue notificada personalmente.

#### 9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN. PERÍODO DE SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA

En un proceso por despido, la sentencia de instancia condena a la empresa a abonar los salarios de tramitación, pero excluye de su cómputo los devengados durante el período concedido para subsanar la demanda. La **STSJ de Aragón de 10 de marzo de 2010, IL J 1005**, declara que estos salarios son debidos por la empresa, toda vez que la modalidad procesal de despido —ya sea objetivo o disciplinario— no excluye este período de la condena a su pago. Cosa distinta sería si se estuviera ante un proceso de reclamación al Estado de esos salarios, en el que sí cabe esta exclusión al amparo de lo dispuesto en el art. 119.a) LPL.

#### 10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

##### A) Acceso al recurso

##### a) *Afectación general*

La **STS de 21 de abril de 2010, Sala 4.ª, IL J 715**, niega la existencia de afectación general. Para determinar si existe o no afectación general ha de tenerse en cuenta si el conflicto surgido —a consecuencia de la negativa o desconocimiento de unos derechos determinados y específicos— alcanza a un gran número de trabajadores, y no el alcance o trascendencia de la interpretación del precepto mismo del convenio colectivo que se discute. Por el contrario, la **STS de 4 de marzo de 2010, Sala 4.ª, IL J 724**, sí aprecia afectación general. Se trataba en este caso de una reclamación contra el INSS para el reintegro de gastos médicos, interpuesta por un pensionista que fue operado de urgencia en el extranjero. El TS argumenta que la afectación general no fue discutida por las partes, el juez de instancia declaró que la controversia tenía una afectación general notoria y la sentencia de suplicación se pronunció razonadamente en el mismo sentido.

b) *Cuantía litigiosa*

La **STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2010, IL J 649**, inadmite el recurso de suplicación por no alcanzar las cuantías reclamadas los 1.803 euros. Se trata en este caso de una petición genérica de intereses, sin cuantificación en la propia demanda, que impide su cómputo a tales efectos. Cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato, para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a los efectos económicos que pueda alcanzar el cumplimiento de la declaración, recurriendo si fuera necesario a la técnica de la anualización de ese importe. Así lo entiende y declara la **STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2010, IL J 813**. Finalmente, la **STS de 6 de mayo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 1153**, anula de oficio la sentencia dictada en suplicación en un supuesto en el que el trabajador reclamaba más días de vacaciones. Razona el Tribunal que cuando se reclama un derecho y la condena a estar y pasar por su declaración, el acceso a la suplicación viene condicionado a que el valor económico de lo pedido supere la cuantía señalada en el art. 189.1 LPL.

**B) Quebrantamiento de normas esenciales del procedimiento. Nulidad de actuaciones**

Existe nulidad de actuaciones en un supuesto en el que el juez de instancia estimó la caducidad de la acción de despido mediante auto, dado que la forma habitual de finalización del proceso es la sentencia y así se regula en el art. 245.1.c) LOPJ. Así lo declara la **STSJ de Baleares de 2 de febrero de 2010, IL J 627**. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2010, IL J 859**, desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador contra la sentencia de instancia que desestimó su demanda en materia de despido. El trabajador alegaba la nulidad de actuaciones porque en el acto de juicio no se llevó a efecto la reproducción sonora de una grabación telefónica, lo que le impidió la revisión de dicha prueba y le causó indefensión. La Sala desestima el recurso por cuanto el actor no manifestó en el acto de juicio que (i) la transcripción —sí examinada en el acto de la vista— de la grabación no se adecuara a ésta, (ii) su manipulación, (iii) o su autenticidad. Recuerda a tales efectos el TSJ que para que el quebrantamiento de normas adjetivas pueda comportar nulidad de actuaciones se exige: (i) que se invoque de forma concreta la norma que se estima violada; (ii) que se haya infringido ésta, siendo de carácter esencial; (iii) que se haya producido indefensión a la parte invocante y (iv) que se haya formulado la oportuna protesta en el acto de la vista.

**C) Cuestión nueva**

La **STSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2010, IL J 891**, recuerda, en un supuesto de reclamación de cantidad, que los alegatos que no se hicieron en la demanda ni en el acto del juicio son cuestión nueva y no pueden prosperar, pues no pudieron ser contestados por la parte contraria, que no tuvo ocasión de defenderse ni de aportar prueba para combatirlos, ni pudieron ser tratados por el juez *a quo* en su resolución. En igual sentido se pronuncia la **STSJ de Navarra de 25 de febrero de 2010, IL J 846**.

**D) Aportación de documentos**

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2010, IL J 872**, recoge los criterios jurisprudenciales sobre la aportación de nuevos documentos al amparo del art. 231.1 LEC,

en un procedimiento sobre revisión del grado de incapacidad —de permanente a absoluta—. El Tribunal rechaza, dada su irrelevancia, la aportación de una resolución por la que se reconoce un grado de minusvalía a la trabajadora. Razona la sentencia que la determinación del grado de minusvalía se produce mediante sus normas específicas, orientadas a la determinación de los padecimientos que sufre el trabajador, mientras que la determinación del grado de incapacidad obedece a la incidencia que tienen esos padecimientos en las tareas propias de su oficio o profesión.

#### **E) Revisión de hechos probados**

La **STSJ de La Rioja de 28 de enero de 2010, IL J 738**, inadmite la modificación de hechos probados en un supuesto de reclamación de incapacidad permanente. Señala que la valoración de prueba es facultad privativa del juez de instancia y sus conclusiones, reflejadas en los hechos probados, deben prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en la norma, pues lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye una labor jurisdiccional. Tras enumerar los requisitos para apreciar la revisión de hechos probados, la **STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2009, IL J 628**, desestima la revisión fáctica solicitada: la documentación en la que se apoya el recurrente es intrascendente a efectos de variar el fallo. En un procedimiento de reclamación de incapacidad permanente absoluta, la **STSJ de La Rioja de 25 de marzo de 2010, IL J 803**, recuerda los requisitos que han de cumplirse para una exitosa revisión de hechos probados. Así, el Tribunal distingue entre (i) las declaraciones atinentes al hecho probado: concreción exacta del hecho a revisar, sentido de la revisión (adición, supresión o modificación) y proposición de una nueva redacción; y (ii) la forma en que debe instrumentalizarse la revisión: prueba documental o pericial obrante en autos que evidencie un error del juzgador.

#### **F) Infracción de normas**

La **STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2010, IL J 804**, estima el recurso de suplicación interpuesto contra un auto de archivo de actuaciones —al haberse obviado el trámite de subsanación de la demanda—, por infracción de los arts. 81, 177.4 y 5.1 LPL y art. 24 CE. Declara la sentencia que la causa legal de archivo esgrimida por el órgano judicial debe ser correcta y proporcional para evitar que un rigorismo desproporcionado sacrifique el derecho de acceso al proceso; el órgano judicial debe favorecer la corrección de los defectos que puedan ser reparados, garantizando en lo posible su subsanación.

### **11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. FALTA DE CONTRADICCIÓN**

La **STS de 15 de marzo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 728**, aprecia falta de contradicción entre un supuesto en el que se discutía la validez de los finiquitos suscritos en el marco de un ERE, y otro sobre finiquitos suscritos en procesos individuales de despido. No concurre a juicio del TS la falta de contradicción exigida por el art. 217 LPL, pues son diferentes los hechos, las redacciones de los documentos, así como los actos anteriores, coetáneos y posteriores a

la firma del finiquito. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 9 de abril de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 717**, en un supuesto de despido por terminación de un contrato temporal por obra o servicio determinado. En el caso concreto, aunque en ambas sentencias se discutía si la obra objeto del contrato tenía autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, en la recurrida se concluyó que sí y en la referencial que no, con base en la muy diferente actividad que justificó cada una de esas dos contrataciones; además, en la sentencia de contraste la actividad continuó desempeñándose por otra trabajadora tras el cese de la actora. No concurre por tanto en este caso el requisito necesario de que las resoluciones comparadas contengan pronunciamientos distintos ante controversias sustancialmente iguales. La **STS de 5 de mayo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 924**, recuerda que la contradicción no surge de la comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. Ante la reclamación de un complemento salarial de jefatura de estudios, la sentencia recurrida desestimó el recurso por no haberse acreditado los límites presupuestarios necesarios para efectuar el cálculo (prueba que además debió asumir la recurrente), mientras que la sentencia referencial utiliza unos datos numéricos concretos sobre los que efectúa las operaciones conducentes a obtener la cifra en cuestión. Se aprecia también falta de contradicción entre las sentencias aportadas para su comparación por la **STS de 4 de mayo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 953**. En un supuesto de jubilación anticipada, la sentencia recurrida declaró que el contrato temporal suscrito por el actor, a cuya finalización solicitó la jubilación anticipada, lo fue en fraude de ley; sin embargo, en la sentencia de contraste los dos contratos suscritos eran lícitos. La **STS de 10 de mayo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 1183**, también desestima el recurso por falta de contradicción en un supuesto en el que se excluyó a la trabajadora demandante de la bolsa de empleo. La actora se limitó a alegar que dicha exclusión le causó un daño, pero no concretó el número de orden que ocupaba en las antiguas listas de empleo, ni señaló que se hubiera contratado a otra persona con peor preferencia en el orden de llamamiento, cuestiones que sí se produjeron en la sentencia de contraste. Por último, en un caso en el que se discutía si la indemnización mínima pactada en un contrato para el caso de su extinción ha de absorber o no los salarios de trámite, la **STS de 3 de junio de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 1210**, aprecia falta de contradicción y declara que este requisito hace extremadamente difícil la procedencia del recurso frente a sentencias cuya esencia estribe en la interpretación de contratos y, por tanto, de la intención de los contratantes.

## 12. RECURSO DE CASACIÓN. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN

La **STS de 29 de abril de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 1008**, desestima la casación en un supuesto de conflicto colectivo para la constitución de la mesa sectorial de negociación del personal laboral de administración y servicios de las universidades públicas de Cataluña. El sindicato recurrente invoca la vulneración de un bloque normativo, pero no fundamenta con la necesaria extensión los fundamentos de su pretensión impugnatoria, ni hace la más mínima argumentación sobre la aplicación al caso de dicho bloque normativo. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 23 de marzo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 1147**, en un supuesto de vulneración de derechos relacionado con la libertad sindical, tras constatar que el recurrente no acompaña a su denuncia la suficiente argumentación de las razones por las que entiende que la resolución impugnada vulnera cada uno de los preceptos que invoca.

### 13. RECURSO DE REVISIÓN

#### A) Sentencia dictada en el orden penal

La **STS de 27 de abril de 2010, Sala 4.ª, IL J 887**, desestima el recurso de revisión y recuerda que para que una sentencia penal que resuelve una cuestión prejudicial actúe como motivo de revisión de una sentencia laboral, la absolución penal debe ser por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en él. En este caso, la absolución penal se debió a la falta de prueba concluyente sobre la autoría de los hechos, pero en el orden penal no se excluyó su existencia ni se declaró la no participación del sujeto en aquellos.

#### B) Es necesario agotar los cauces normales de impugnación

Se analiza en la **STS de 27 de abril de 2010, Sala 4.ª, IL J 1164**, si es constitutiva de fraude la conducta del demandante de revisión, consistente en dejar que la sentencia cobre firmeza para, posteriormente, plantear un recurso de revisión contra ésta. En el caso enjuiciado, la demandada alega maquinación fraudulenta. Fundamenta tal alegación la demandada en el hecho de que la parta actora ocultó maliciosamente su domicilio, señalando otro diferente, lo que la impidió ser citada y comparecer en juicio. Sin embargo, según reconoce —y señala— la propia actora de revisión en el hecho primero de su demanda, la sentencia cuya rescisión ahora se postula le fue notificada personalmente, hecho este que, además, se acredita documentalmente. Contra esta sentencia podría haber interpuesto entonces la actora recurso de suplicación acerca de cuya procedencia le informaba el Juzgado y, pese a ello, se aquietó a la sentencia notificada, dejando que ésta cobrara firmeza, para una vez firme interponer la demanda de revisión. Ante tales hechos, el TS declara que «[...] Esta conducta de la demandante de revisión es constitutiva de fraude de ley que proscribe el art. 6.4 del Código Civil y trae como consecuencia que la presente demanda deba ser desestimada sin necesidad —ni posibilidad— de entrar a examen de fondo [...]».

### 14. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El Juzgado de lo social declaró no haber lugar a la subasta de una finca porque su valor de tasación excedía en mucho la cantidad pendiente de pago. La **STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2010, IL J 673**, declara que, ante el silencio de la LPL en esta materia, procede la aplicación de la LEC, y tras analizar los bienes del recurrido, declara la obligatoriedad de subastar la finca para hacer efectiva la cantidad de la condena.

### 15. COSTAS PROCESALES

A efectos de beneficios procesales, el concepto de entidad gestora debe entenderse de una forma extensiva y aplicable en el caso de una entidad pública encargada de la organización y prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Así lo declara la **STS de 16 de marzo de 2010, Sala 4.ª, IL J 726**. Por su parte, la **STSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2010, IL J 1058**, impone las costas al recurrente en suplicación que desistió

finalmente del recurso tras haber sido impugnado de contrario. Recuerda la sentencia que el art. 396 LEC es aplicable a los recursos de suplicación y casación, y puntualiza que el Auto del TS de 28 de marzo de 2005 (Rec. 242/04) declaró que, si bien es posible generalizar la regla de no imposición de costas en las declaraciones de fin de trámite cuando el recurso no ha sido impugnado, si la impugnación se ha producido se está en un trámite más avanzado en el que sí deben imponerse las costas, puesto que la impugnación del recurso ha generado un coste para la parte recurrida.

#### 16. TEMERIDAD Y MALA FE

La **STS de 7 de mayo de 2010, Sala 4.<sup>a</sup>, IL J 1154**, en sede de recurso de casación para la unificación de doctrina, confirma la sanción por temeridad impuesta a la sociedad demandada que, injustificadamente, no compareció al acto de conciliación previa.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ  
M.<sup>a</sup> ÁNGELA ÁLVAREZ VÁZQUEZ  
SANTIAGO PULIDO CUESTA  
MARÍA ROYO CODESAL



### XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

---

#### SUMARIO

##### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. EXTENSIÓN AL TRABAJADOR CON TAREAS PREVENTIVAS DEL DERECHO DE OPCIÓN FRENTE AL DESPIDO.
  2. ROPA DE TRABAJO: INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE LIMPIEZA Y DESINFECCIÓN POR NO CONSTITUIR EQUIPOS DE PROTECCIÓN.
  3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN UN CASO DE ATRAPAMIENTO DE PIE AL REALIZAR MANIOBRA DE MARCHA ATRÁS DE MÁQUINA FRESADORA ASFÁLTICA.
  4. RECARGO DE PRESTACIONES.
    - A) **Por falta de un plan de prevención y de evaluación de riesgos.**
    - B) **Por falta de información al trabajador de riesgos generados por la no utilización de gafas de seguridad.**
    - C) **Por falta de medidas de protección contra caídas.**
    - D) **Exoneración de responsabilidad por negligencia del propio trabajador.**
    - E) **Responsabilidad solidaria de la empresa principal y subcontratada.**
  5. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES ANTE LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PUESTA A DISPOSICIÓN POR LA EMPRESA USUARIA.
- 

##### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en los números 5 (julio 2010, marginales J 620 a J 775), 6 (julio 2010, marginales J 776 a J 920), 7 (agosto 2010, J 921 a J 1062) y 8 (agosto 2010, marginales J 1063 a J 1224) de la *Revista de Información Laboral - Jurisprudencia*.

De entre las sentencias analizadas, las que presentan quizás un mayor interés son dos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; a saber: una, la **Sentencia de 4 de diciembre de 2009, IL J 654**, sobre la aplicación al trabajador, designado como recurso preventivo,

de las garantías de protección frente al despido y, en consecuencia, del derecho de opción en caso de despido declarado improcedente; y otra, la **Sentencia de 10 de febrero de 2010, IL J 704**, que exime a la Empresa de Trabajo Temporal del recargo de prestaciones por la alteración de funciones por la empresa usuaria, al encargar al trabajador cedido funciones distintas de las que motivaron el contrato de puesta a disposición.

## 1. EXTENSIÓN AL TRABAJADOR CON TAREAS PREVENTIVAS DEL DERECHO DE OPCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Como ya se ha hecho notar, la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2009, IL J 654**, declara la improcedencia del despido con derecho del trabajador a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión en el puesto de trabajo en iguales condiciones que regían antes del despido o una indemnización con los salarios dejados de percibir.

El Tribunal considera que al trabajador despedido —técnico de prevención, designado como recurso preventivo— le alcanza la protección del art. 30.4 LPRL por mor del art. 7.2 Directiva 89/391/CEE, puesto que los trabajadores ocupados en tareas preventivas tienen las mismas garantías para preservar su independencia frente al poder empresarial que los representantes de los trabajadores. En fin, que si la empresa le designó al frente y como responsable del servicio de prevención propio, goza de las garantías que para los representantes de los trabajadores dispone el art. 68 y apartado 4 del art. 56 ET.

## 2. ROPA DE TRABAJO: INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE ASUMIR LA LIMPIEZA Y DESINFECCIÓN POR NO CONSISTIR EQUIPOS DE PROTECCIÓN

En la **STS de 13 de abril de 2010, IL J 908**, se sustancia en vía de recurso un conflicto colectivo que tiene por objeto determinar si la empresa, que se dedica a la limpieza urbana y recogida de residuos sólidos urbanos, tiene obligación de limpieza y desinfección de los uniformes, prendas de trabajo y vestuario laboral que se facilita a los trabajadores, amén de los equipos de protección individual, en cumplimiento del convenio colectivo. El Juzgado de lo Social declaró la obligación empresarial de tal limpieza. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la sentencia y desestimó la demanda en su integridad al considerar que las prendas descritas no constituyen equipo de protección individual (EPI) sino un mero uniforme identificativo del servicio. Dicha sentencia es confirmada por el Tribunal Supremo al no encontrar la identidad requerida por el art. 217 LPL con la sentencia de contraste aportada (STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2008).

El Alto Tribunal razona que para poder asegurar que, en el caso, constituyen verdaderos equipos de protección, en los términos que se derivan del art. 17 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, o encuadrables en la definición que de tal concepto efectúa el art. 2.a) del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, hubiera sido necesaria, bien una mayor especificación de aquellas vestimentas en la disposición convencional, bien un mayor esfuerzo probatorio en el proceso y la consecuente constatación en la declaración

de los hechos probados sobre tales extremos, toda vez que el convenio contempla con suficiente claridad una diferenciación entre lo que podría constituir un mero uniforme y aquellos elementos que persiguen la protección de la salud y seguridad de los trabajadores.

### 3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN UN CASO DE ATRAPAMIENTO DE PIE AL REALIZAR MANIOBRA DE MARCHA ATRÁS DE MÁQUINA FRESADORA ASFÁLTICA

En la **STSJ de Asturias de 9 de abril de 2010, IL J 1048**, se analiza la posible responsabilidad civil de una Mutua por daños y perjuicios sufridos con motivo del accidente acaecido cuando el conductor de la máquina asfáltica, al maniobrar marcha atrás, atropelló con su rueda trasera izquierda el pie derecho del trabajador causándole lesiones. El trabajador formuló sendas demandas reclamando distintas cantidades a la empresa y a la Mutua. El Juzgado de lo Social estimó parcialmente las demandas condenando solidariamente a la empresa y a la Mutua.

Recurrida en suplicación por la Mutua, la Sala de lo Social del TSJ de Asturias confirma la sentencia de instancia. Frente al alegato de la Mutua de que el accidente fue debido a culpa exclusiva de él o subsidiariamente se produjo por la concurrencia de culpables por parte de la empresa y el propio trabajador, el Tribunal Superior precisa que no se contempla conducta alguna imprudente que pueda calificarse como temeraria, que sería la única que liberaría a la empresa y a la Mutua de su responsabilidad, y añade que la causa directa del accidente fue la omisión de medidas de seguridad al no dedicar una tercera persona a controlar la maniobra de marcha atrás.

### 4. RECARGO DE PRESTACIONES

#### A) Por falta de un plan de prevención y de evaluación de riesgos

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2010, IL J 962**, el accidente se produjo cuando el trabajador, conduciendo un tractor con un apero de labranza suspendido en la parte trasera, al ascender por una pendiente de un 15% y patinar e intentar girar, perdió el control del vehículo precipitándose por un terraplén de unos cuatro metros de altura y dando dos vueltas, saliendo despedido el trabajador del tractor y golpeado por éste, falleciendo en ese mismo momento.

En virtud de Informe propuesta de la Inspección de Trabajo, el INSS declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e impuso a la empresa un recargo del 30% de prestaciones de Seguridad Social. Contra dicha Resolución formuló demanda, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social. Recurrida la sentencia en suplicación, el TSJ de Aragón confirma la sentencia de instancia, dada la ausencia de medidas de seguridad, pues consta probado que el tractor carecía de estructura de protección y de cinturón de seguridad, el trabajador no había recibido formación alguna, y la empresa no había realizado evaluación de riesgos del citado puesto de trabajo, ni el correspondiente plan de evaluación de riesgos.

Otro caso parecido de falta de planificación preventiva y de Plan de seguridad, se detecta por el TSJ de Castilla La Mancha en el caso analizado en la Sentencia de 6 de mayo de 2010, *IL J 1063*, al juzgar la corrección del recargo de prestaciones impuesta a la empresa. Se trata de accidente de atrapamiento de mano con amputación de cinco dedos ocurrido al introducir el trabajador la mano cuando estaba limpiando la boca de una hormigonera. La empresa no tenía a la fecha del accidente evaluación previa ni planificación de la acción preventiva o plan de seguridad; tampoco había dado instrucciones de uso de la hormigonera al trabajador y había ausencia de protección de protección en la zona de atrapamiento.

**B) Por falta de información al trabajador de riesgos generados por la no utilización de gafas de seguridad**

La **STSJ de La Rioja de 29 de enero de 2010, *IL J 736***, declara responsable a la empresa del recargo de prestaciones por el accidente sufrido por el trabajador cuando al clavar en el asfalto un cono con una punta de acero y un martillo, le salto un fragmento y le impactó en el ojo derecho, originándole un desprendimiento de retina con la consiguiente pérdida de visión en el ojo derecho.

Considera el Tribunal que la empleadora (el Ministerio de Fomento) incumplió la obligación de evaluar adecuadamente e informar al trabajador del riesgo que comportaba la actividad laboral, pues aunque tales medidas de prevención se contemplaban en la evaluación de riesgos, ni ese riesgo ni la medida de uso de gafas de seguridad estaban referidas a la actividad de reposición de balizamiento que se había enmendado al trabajador.

Se añade, además, que el deber de protección que incumbe a la empresa no se cumple dotando al trabajador de elementos de seguridad, en este caso unas gafas, para que sean empleados por el trabajador cuando, a su criterio, considere necesaria su utilización, sino que es a la empresa a la que corresponde la obligación de evaluar los riesgos existentes y determinar los elementos de protección a emplear en esa actividad los cuales ha de proporcionar al trabajador así como vigilar que haga uso de ellos, sin que la multiplicidad de tareas y modos de realizarlas que el puesto de trabajo conlleve pueda eximir a la empresa del cumplimiento de esa obligación (aunque haga más dificultoso su cumplimiento) ni justifica que se deje a la iniciativa del trabajador la valoración de la medida de protección ante determinadas actividades, aunque éstas sean inhabituales.

**C) Por falta de medidas de protección contra caídas**

La **STSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2010, *IL J 1061***, declara la existencia de responsabilidad solidaria de recargo de prestaciones por sendas empresas por falta de medidas de protección en un supuesto de accidente ocurrido cuando en una obra el trabajador, al deambular sobre la plataforma colocada para proceder al encofrado de dicha planta, pisó uno de los tableros de dicha plataforma y al no estar sujeto cedió al peso del trabajador precipitándose por el hueco, sufriendo lesiones traumáticas. Señala la sentencia que la empresa infringió medidas de seguridad con relación a los elementos de sujeción del trabajador, que prestaba su actividad en una obra con riesgo de caída, violando con ello, el contenido de los arts. 14 y 17 LPRL, puesto que si el trabajador hubiera desempeñado

su actividad, sujeto con arnés de seguridad, como sería lo exigible, aun a pesar de haber pisado la tabla suelta, no se habría caído.

Recuerda, por otra parte, que si el trabajador no usaba el dispositivo de seguridad provisto, el empresario, a través de su deber de vigilancia permanente, debería haber exigido la paralización de su actividad laboral. Y aun cuando el trabajador actuó con exceso de confianza, no usando el arnés de seguridad, ello no implicaría la exclusión de responsabilidad de la empresa, que es la que está obligada a garantizar a los trabajadores una protección eficaz.

#### **D) Exoneración de responsabilidad empresarial por negligencia del propio trabajador**

La **STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2010, IL J 975**, estima que hubo imprudencia temeraria del trabajador y exculpa de responsabilidad a la empresa por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador al realizar tareas de arrancado de hierbas con una azada en una zona dedicada a los espárragos cuando saltó un cuerpo extraño en el ojo izquierdo. El trabajador había participado en un curso sobre riesgo y recomendaciones en la recolección de espárragos; además, la empresa le había entregado gafas de protección y guantes y le había informado de los riesgos de su puesto de trabajo y de los generales de la empresa, así como de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados.

El Tribunal considera que la empresa adoptó todas las medidas de seguridad que estaban a su alcance, y que si el accidente ocurrió fue por la propia negligencia del trabajador. Descarta incluso la culpa *in vigilando*, pues, aparte de señalar que «las conductas de vigilancia y cuidado en materia de seguridad [arts. 4.2.d) y 19 ET], no tienen que ser continuadas y verterse específicamente sobre cada trabajador, supuesto absurdo que haría imposible el desarrollo de todo trabajo, bastando con que el interesado disponga de los medios de seguridad eficaces y reglamentariamente ordenados, esté advertido seriamente de la obligación de su uso, sometido a la fiscalización que al respecto proceda con la periodicidad razonable y sujeto a las medidas disciplinarias que merezca por prescindir de tales instrumentos o desobedecer la orden de emplearlos», entiende que «no es exigible que la empresa tenga alguien siempre al lado del trabajador para obligarle a tener siempre puestas las gafas que se le entregaron y a evitar que se las quite aunque sea por un momento».

#### **E) Responsabilidad solidaria de la empresa principal y subcontratada**

La **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2010, IL J 857**, determina la existencia de responsabilidad solidaria de varias empresas que forman grupo empresarial sobre recargo de prestaciones por accidente sufrido por el trabajador, al caerle encima una viga de madera colocada en el hueco del tragaluz practicado en el forjado de la cubierta por deficiencias en su sujeción, cuando encofraba la escalera de la planta primera. La Sala rechaza los argumentos esgrimidos en su defensa por la empresa declarada responsable porque los hechos probados —la falta de sujeción de las vigas y la ausencia de un entramado metálico en los huecos de la escalera— conducen a que el accidente se debió a la ausencia de las oportunas medidas de seguridad.

Por el contrario, en la sentencia antes analizada del **TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 2010, IL J 1063**, relativa al accidente de atrapamiento de mano con amputación de cinco dedos ocurrido al introducir el trabajador la mano cuando estaba limpiando la boca de una hormigonera, el Tribunal absuelve de responsabilidad solidaria respecto del recargo de prestaciones a la empresa principal y a la empresa contratista que contrató a la empresa del trabajador accidentado, al entender que la hormigonera se utilizaba únicamente por sus trabajadores siguiendo sus concretas instrucciones y para ejecutar sus trabajos específicos; y no se le puede exigir a las empresas contratistas un control riguroso de la forma de trabajar de los operarios de la subcontrata.

5. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES ANTE LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PUESTA A DISPOSICIÓN POR LA EMPRESA USUARIA

La **STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2010, IL J 704**, dilucida sobre los sujetos responsables del recargo de prestaciones en el caso de un accidente de trabajo acaecido cuando el trabajador, que prestaba servicios para una empresa usuaria en virtud de contrato de puesta a disposición suscrito con una ETT, hizo uso de una carretilla elevadora para retirar una bobina de cable y le cayó encima la bobina, seccionándole el miembro inferior a la altura de la rodilla. El Juzgado de lo Social declaró la existencia de responsabilidad solidaria a cargo de la ETT y de la empresa usuaria rebajando al 35% el porcentaje de recargo por falta de medidas de seguridad impuesto en vía administrativa. La ETT recurre en suplicación la sentencia de instancia alegando que el trabajador no fue contratado para el uso de la carretilla, por lo que si la empresa usuaria incumplió lo indicado en el contrato de puesta a disposición, ésta debiera ser la única responsable.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima el motivo y revoca la sentencia, declarando no responsable del recargo de prestaciones de la Seguridad Social a la ETT. El Tribunal argumenta que la contratación del trabajador lo fue como mozo de almacén y que el accidente de trabajo tuvo lugar cuando desempeñaba funciones de carretillero, manejando una carretilla elevadora. Esta alteración de funciones es relevante en orden a determinar la condición de empresario infractor. La ETT no puso a disposición de la empresa usuaria un trabajador para desempeñar la actividad de manejo de una carretilla elevadora, con lo cual la falta de formación que en esa actividad pudiera tener no era debida a un incumplimiento por parte de la ETT quien en ningún momento tenía la obligación de formar al trabajador en ese ámbito de actividad laboral, al no ser el que motivó el contrato de puesta a disposición.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN  
MARGARITA APILLUELO MARTÍN  
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA  
ELISA SIERRA HERNÁIZ

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

### **Comentarios al Estatuto de los Trabajadores**

VV.AA. J. CRUZ VILLALÓN, I. GARCÍA-PERROTE  
ESCARTÍN, J.M. GOERLICH PESET, J.R. MERCADER  
UGUINA (directores)

Lex Nova, Valladolid, 1.ª ed. febrero 2011,  
964 páginas

Los Comentarios al Estatuto de los Trabajadores buscan, desde una perspectiva netamente práctica, ayudar a los profesionales del mundo de las relaciones laborales a encontrar respuestas directas y fácilmente aplicables a los problemas que plantea el día a día del ejercicio profesional. Aunque la obra concluye con una amplia bibliografía, sus cimientos se asientan en el análisis, estudio y sistematización de los más importantes pronunciamientos habidos en relación con los distintos preceptos que componen el texto legal. Se trata, pues, esencialmente, de un comentario jurisprudencial a la Ley del Estatuto de los Trabajadores que huye de formales debates dogmáticos y que se dirige abiertamente a acercar la norma a la vida práctica. No en vano, ha sido la presente revista Justicia Laboral el lugar en el que ha fraguado la obra que ahora ve la luz. Los Comentarios al Estatuto de los Trabajadores buscan identificar, de la forma más ordenada y sistemática posible, las principales dudas interpretativas que se encuentran contenidas en cada uno de sus artículos.

### **Formación básica en prevención de riesgos laborales**

J.M. VIÑAS ARMADA

Lex Nova, Valladolid, 4.ª ed. marzo 2011,  
284 páginas

Este manual, que alcanza su cuarta edición, pretende dar respuesta a una de las necesidades formativas que emanan del marco normativo nacido con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Este manual —muy didáctico y actualizado con las últimas novedades legislativas que en los dos últimos años se han publicado en esta materia— se ha realizado teniendo en cuenta que sus destinatarios no tienen porqué poseer conocimientos jurídicos; por ese motivo, el autor utiliza numerosos cuadros explicativos, recordatorios y cuestionarios para la auto-evaluación. De esta forma, se ha logrado un libro muy práctico y ameno que respeta la estructura y contenidos del programa de formación recogido en el Anexo IV del Reglamento de los Servicios de Prevención.

### **Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre**

VV.AA. J.L. MONEREO PÉREZ (director),  
L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ (coord.)

La Ley, Madrid, junio 2010

[JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ]

De reciente publicación en la editorial La Ley (Junio de 2010), la obra comentada supone un estudio exhaustivo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que viene a reformar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. La nueva norma ofrece una perspectiva integral y sistemática de las modificaciones introducidas en la ley de extranjería e inmigración.

Estamos ante el resultado de un trabajo colectivo y metódico que ha sido realizado bajo la dirección de José Luis Monereo Pérez y la coordinación de Luis Ángel Triguero Martínez —Catedrático y Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, respectivamente— y que muestra una perspectiva global de una cuestión de innegable actualidad para la sociedad española.

El nuevo texto legislativo, de una parte atiende a los criterios interpretativos que acerca de los derechos del inmigrante fija el Tribunal Constitucional, de otra pretende adaptar las Directivas Europeas a la normativa nacional incorporando aportaciones de organismos como el Consejo Económico y Social, la Conferencia Sectorial de la Inmigración, la Comisión Interministerial de Extranjería o el Foro de Integración Social de los Inmigrantes. Esta obra colectiva ofrece un elemento innovador en el mercado editorial y en la reflexión sobre la realidad social y estructural de la inmigración en nuestro país. La nueva realidad normativa acomete el objetivo de adaptar la norma a la realidad cambiante de nuestro país, donde la tradicional inmigración, fundamentalmente económico-laboral ha pasado en unas pocas décadas de ser considerada un fenómeno marginal o coyuntural a ser hoy en día una realidad estructural con todas sus implicaciones: sociológicas, económicas políticas, sociales, jurídicas, etc.

Tras haberse quedado obsoleta la Ley Orgánica 4/2000 se precisaba la adaptación de la realidad social al conjunto de profundos cambios sociales y económicos que se han sucedido a lo largo de los últimos años. La anunciada reforma se traduce en la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, la cual recoge un amplio elenco de novedades con el que se pretende lograr un marco jurídico estable sobre inmigración, que garantice el respeto a los derechos y sea impulsor de una sociedad plural como la española.

Se ofrece así una reforma cualitativa en diferentes aspectos esenciales. Como consta en el título preliminar y en el artículo 2 bis, se dota de carácter legal a la política de inmigración, incluyendo en el artículo 2 ter. el conjunto de principios y actuaciones dirigidos a la integración de los inmigrantes. Se incluyen así (Título I) las reformas imperativas ordenadas por la doctrina constitucional (SSTC 236 y 259/2007) reconociéndose la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga para todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, el derecho de educación básica y gratuita a todos los extranjeros hasta los 18 años así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La nueva regulación legislativa busca una reforma estructural y más estable de la «cuestión social» de la inmigración, haciéndose eco de la pretensión implícita de pasar de una «ley de extranjería a una ley de inmigración». Sin embargo junto al fomento de las oportunidades de integración de los inmigrantes —planteada como eje principal de la política de inmigración— también se persigue un aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo su llegada y haciendo más ágiles las repatriaciones. Aparecen así novedades destinadas a la consecución de una inmigración ordenada, legal y vinculada a las necesidades de nuestro mercado de trabajo.

A modo de introducción la obra ofrece una visión global de la materia sobre el nuevo modelo jurídico-legal resultante de la reforma, destacando la propia estructura de ésta, sus principales ejes así como otro conjunto de aspectos sustantivos de la misma.

Se accede de esta forma al estudio pormenorizado de los diferentes aspectos acometidos por la reforma legal, ofreciendo una perspectiva específica de cada una de las cuestiones más destacadas, analizadas por especialistas en la materia de indudable y reconocido prestigio académico y profesional de distintas Universidades españolas.

Más en concreto podemos citar en la parte primera de la obra a los Profesores García Murcia y Castro Argüelles, quienes realizan un análisis sistemático del nuevo rango legal que adquiere la política de inmigración, destacando la delimitación del marco competencial estatal y autonómico, en la asunción de los principios del Pacto Europeo para la Inmigración y la promoción por los poderes públicos de la plena integración de los extranjeros en España.

La parte segunda muestra una visión monográfica sobre la reforma de la regulación legal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros, con especial atención a los derechos de reunión —confeccionada por el Profesor García Ninet— y de sindicación —Profesora Ruano Albertos—, los derechos de sindicación y huelga —Profesores Monereo Pérez y Triguero Martínez—, el derecho a la educación —Profesora Rojas Rivero—, el derecho a las ayudas a la vivienda —Profesores García Blasco y De

Val Arnal— y el derecho a la asistencia jurídica gratuita —Profesores Sempere Navarro y Arias Domínguez—.

En la parte tercera, la Profesora Olarte Encabo analiza las novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero desde la perspectiva de la construcción de un nuevo derecho social de integración.

En la parte cuarta, los Profesores Quesada Segura, Vila Tierno y Perán Quesada, acometen la reforma en el régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros inmigrantes en nuestro país, en un intento de control que parte de la posibilidad legal de registro de entrada y salidas de los extranjeros del territorio español, incidiendo de forma específica en el estudio de los nuevos tipos de visados y sus implicaciones socio-jurídicas.

La quinta parte desarrolla los nuevos alcances de las autorizaciones administrativas de trabajo, describiendo de forma específica el que se refiere a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género con especial atención a las medidas de tutela socioprotectoras —Profesor Triguero Martínez—. Se prosigue a continuación con las autorizaciones referidas a los penados extranjeros cumpliendo condena —Profesor Fernández Avilés—. Este mismo autor analiza el permiso de residencia y autorización inicial de trabajo y la «nueva» vinculación con el alta del trabajador en la Seguridad Social así como el contrato de trabajo como requisito indispensable para la solicitud de una autorización de trabajo inicial. Se continúa con el alcance de la protección social de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular —Profesora Ramos Quintana—, el nuevo plan de retorno voluntario y la nueva gestión colectiva de las contrataciones en origen —Profesoras Sánchez Trigueros y Fernández Collados— y la residencia y trabajo de los extranjeros altamente cualificados —Profesor Romero Coronado—.

La parte sexta viene dedicada al análisis del nuevo Derecho sancionador en materia de inmigración y extranjería, subrayando el autor las novedades sustanciales y sus puntos críticos. El Profesor Molina Navarrete analiza las nuevas infracciones y sanciones en materia de inmigración y extranjería, la nueva regulación del internamiento cautelar prolongado de extranjeros

y la expulsión, incidiendo, de una parte, en los supuestos y procedimientos para el extranjero y, de otra, en las nuevas consecuencias para el empleador. Se persigue así la inmigración ilegal y los comportamientos que violen la ley: la promoción de la inmigración irregular de un modo indirecto o la evitación de los matrimonios de conveniencia.

La parte séptima (Profesor Cabeza Pereiro) se dirige al estudio del rol coordinativo de las diferentes Administraciones Públicas, en especial de la Conferencia Sectorial de Inmigración., dando paso al último capítulo de la obra (Profesora Moreno Vida) dedicado al reconocimiento implícito del carácter laboral de la inmigración, así como al estudio de la composición y funciones de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Estamos, en definitiva, ante un trabajo doblemente meritorio, donde destaca, de una parte, el patente esfuerzo desplegado por los autores y la calidad científica de sus aportaciones y, de otra, el tratamiento global de una materia legislativa particularmente novedosa y objeto de debate social permanente.

Ello hace que este libro alcance un lugar de referencia no ya sólo para el conjunto de profesionales y académicos del sector profesional de la materia, sino para el lector inquieto interesado en el tratamiento jurídico legal de la inmigración en este país como materia de permanente actualidad.

### **El contrato de trabajo. Régimen general del contrato de trabajo**

VV.AA. A. V. SEMPERE NAVARRO (director),  
P. CHARRO BAENA (coord.)  
Aranzadi-Thomson Reuters,  
Cizur Menor (Navarra), 2010

[M.<sup>a</sup> BEGOÑA GARCÍA GIL]

La obra que en estas páginas se recensiona tiene por objeto determinar el régimen jurídico general de una figura compleja como es el contrato de trabajo. Se trata de un estudio de innegable trascendencia e importancia en el mundo de las relaciones laborales. Es un tema de gran actualidad, tanto por la reforma laboral de 2010 como por la importancia y protagonismo de esta figura

en el mundo laboral. Estamos ante la que es, sin duda, la figura en torno a la que giran las relaciones laborales en nuestro ordenamiento laboral. Y, podemos afirmar, que se trata de un estudio profundo y actualizado del contrato de trabajo que aborda como a continuación detallamos todos y cada uno de los aspectos relevantes de esta figura.

La obra se estructura en veintidós capítulos.

En el primero, la profesora Pérez Campos, ofrece una visión general de la identidad de la relación laboral, una delimitación del concepto y las notas configuradoras del contrato de trabajo desde una perspectiva global conforme a las modificaciones sufridas en los últimos tiempos. Estudia un concepto de contrato de trabajo desde un desarrollo analítico que parte de la noción actual de relación laboral como figura central del Derecho del Trabajo; estableciendo las notas esenciales de la figura; los factores que han incidido en la metamorfosis del contrato de trabajo y la revisión conceptual de las notas configuradoras de laboralidad. El primer capítulo se cierra con dos cuestiones definitorias de la identidad del contrato de trabajo y necesarias para alcanzar un conocimiento completo de la figura: las figuras afines a la relación laboral (becas con prestación de servicio, profesionales liberales, trabajo asociado, trabajo autónomo dependiente, trabajo en régimen de voluntariado) y actividades descentralizadas de las empresas.

En el segundo, el profesor Cabeza Pereiro, aborda las fuentes de la relación laboral, en concreto se refiere a los convenios colectivos, los acuerdos y pactos colectivos, la costumbre y los principios de derecho del trabajo. Desde una perspectiva particular; haciendo referencia a la doctrina más actual del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional con alguna referencia aislada a pronunciamientos de duplicación. Queda, por tanto, omitiendo el tratamiento de las fuentes generales, Constitución, leyes o reglamentos, como tampoco se examinan las fuentes internacionales. En cuanto a los convenios colectivos, el objetivo del autor, es plasmar los criterios jurisprudenciales actuales y comentar, como también poner de relieve la importancia cualitativa y cuantitativa de los mismos en la relación individual de trabajo y en las condiciones de trabajo

de las personas incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Seguidamente, al margen de la dicotomía entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios, analiza la posición jurídica de los instrumentos colectivos que constituyen los acuerdos y pactos colectivos. Para, por último, analizar la costumbre como fuente de la relación laboral desde una perspectiva concreta; la reducida dimensión de esta figura en la actualidad y el retroceso de la misma. Este capítulo finaliza con el análisis de los principios de derecho del trabajo, norma mínima y norma más favorable, «*in dubio pro operario*» y condición más beneficiosa, como elementos limitadores desde la perspectiva jurisprudencial de los últimos tiempos.

En el tercer capítulo, el profesor Benlloch Sanz, dedica su estudio a la configuración del contrato de trabajo, en concret: concepto, caracteres, formación y elementos esenciales. Esto supone un estudio de los aspectos básicos que configuran el contrato de trabajo. Este capítulo es, la primera parte, que la obra dedica a la configuración del contrato de trabajo. El concepto de contrato de trabajo se analiza desde una perspectiva tradicional; aquella que se refiere al mismo como un acuerdo, convención o encuentro de voluntades. Respecto de los caracteres (típico y nominado, principal, normado, consensual, oneroso, recíproco, continuo y periódico) se abordan desde el aspecto conceptual, es decir, se definen. Es a la formación del contrato de trabajo a la que el autor dedica mayor atención; desde los aspectos relativos a los tratos preliminares como al propio precontrato de trabajo. Sobre estas cuestiones, se aborda, el concepto, perfil jurídico, descripción, requisitos, calificación y efectos jurídicos. Por último, los elementos accidentales y esenciales del contrato de trabajo; consentimiento (capacidad y vicios), objeto y causa.

En el cuarto capítulo, la profesora Areta Martínez, completa la parte segunda referida a la configuración del contrato de trabajo; forma, condición y término. Respecto de la forma, el estudio parte de la condición como elemento declarativo y no constitutivo apoyándose para ello en la jurisprudencia más reciente y novedosa en la materia. Así como, introduciendo un panorama específico relativo a la exigencia de forma escrita del contrato de trabajo cuando

no aparece recogido en una disposición legal o reglamentaria y sí en la negociación colectiva. En lo que se refiere la forma escrita, la autora, también refleja las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de forma escrita y la formalización en modelo oficial. Una vez establecida la forma del contrato de trabajo, plantea el análisis de la delimitación de contenido mínimo del contrato de trabajo dedicando el estudio a los contratos temporales estructurales, los formativos, a tiempo parcial, entre la ETT y el trabajador puesto a disposición, los contratos en el ámbito de las relaciones laborales especiales, entre TRADE y cliente y otros contratos. Su estudio se extiende el deber del empresario a informar al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, las copias del contrato de trabajo, la comunicación y registro del mismo. En último lugar, el término, la condición resolutoria y cláusula resolutoria consignada en el contrato de trabajo.

El quinto capítulo, cuyas autoras son las profesoras Ruano Albertos y Vicente Palacio, centra el estudio en el análisis del concepto y la capacidad del contrato de trabajo. En especial, se refieren a la capacidad del trabajador para contratar, deteniéndose en los requisitos y causas de capacidad plena, limitada y trabajadores extranjeros. La capacidad para trabajar, con las excepciones y prohibiciones. Así como al concepto de trabajador como sujeto protagonista del contrato de trabajo y las relaciones laborales excluidas.

En el sexto capítulo, las profesoras Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero, dedican su estudio al concepto de empresa, empresario y grupos de empresa, desde un aspecto únicamente jurídico-laboral; comprende desde la determinación jurídica hasta la capacidad jurídica del mismo como sujeto fundamental en la determinación del contrato de trabajo. Es necesario destacar, el aspecto novedoso que aportan las autoras al introducir el análisis relativo a la sociedad anónima europea y la sociedad cooperativa europea junto a otras formas de colaboración empresarial que de forma tradicional se han venido estudiando.

El séptimo capítulo, autoría de la profesora Mendoza Navas, dedica su extensión a los derechos de los trabajadores en la relación de trabajo. Como titular de derechos en todas y cada

una de las etapas que conforman el contrato de trabajo; ámbito jurídicamente reconocido que se espacia desde la ocupación efectiva, pasando por la promoción y formación profesional, la no discriminación, el derecho a la intimidad y la dignidad, la percepción puntual del salario, el ejercicio individual de acciones, hasta llegar al análisis de la protección de invenciones laborales y de propiedad intelectual

En el octavo capítulo, cuya autora es la profesora Martínez Barroso, se realiza una visión profunda de las obligaciones del trabajador en la relación de trabajo. Partiendo el estudio y análisis de la obligación de trabajar y puesta a disposición del trabajador deteniéndose en el objeto, puesta a disposición y deberes laborales básicos se detiene en el contenido de la prestación laboral y en los deberes del trabajador. El estudio de los deberes del trabajador se inicia con el deber de diligencia realizando una aproximación a la noción jurídico-positiva de diligencia, la determinación del nivel de diligencia o rendimiento debido, manifestaciones del deber y las principales consecuencias del incumplimiento. Aborda después el deber de buena fe; el deber de seguridad en el trabajo, y, por último, el deber de mejora de la productividad laboral la colaboración en el trabajo.

En el noveno capítulo, los profesores Molina Navarrete y Molina Hermosilla, analizan y estudian los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo. Esto ha supuesto dividir el capítulo en dos partes claramente diferenciadas. En la primera, relativa a los derechos del empresario derivados del contrato de trabajo, se fija el análisis en un desarrollo relativo a los derechos de exigencia y recibo en materias determinadas como son; el derecho a percibir del trabajador la prestación laboral conforme a la diligencia y rendimientos pactados y contractualmente debidos; el derecho a que la prestación laboral se realice conforme a la buena fe; el derecho a exigir al trabajador el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene; el derecho a dictar por parte del empresario las órdenes e instrucciones necesarias; el derecho a exigir al trabajador la no concurrencia con la actividad de la empresa; el derecho a que la actividad del trabajador sea útil y productiva para la empresa y los derechos

derivados de los respectivos contratos. En la segunda, relativa a las obligaciones del empresario, en concreto, los deberes complementarios y/o autónomos de protección y de prestación a cargo del empleador. Que se extienden al deber de protección eficaz de seguridad y salud, respecto a los derechos fundamentales del trabajador, el deber de buena fe, el deber de capacitación profesional y los deberes ocupacionales.

El décimo capítulo, del profesor García Viña, está referido a los poderes del empresario. La estructura de este capítulo, por la temática que aborda, comienza con el poder de dirección del empresario estableciendo un estudio pormenorizado del mismo: concepto, caracteres, potestad normativa, *ius variandi*, registros, y cuestiones de plena actualidad como son las cámaras de video y micrófonos, el control del teléfono, internet y correos electrónicos. Todo ello bajo la perspectiva indispensable de analizar el establecimiento de medidas de control, el código de utilización y su utilización incorrecta, los datos obtenidos de forma ilegal, conductas tipificadas. También dentro del epígrafe poder de dirección se analiza el derecho de los trabajadores a recibir información de sus representantes. La protección de datos de carácter personal; la obligación del trabajador a someterse a reconocimientos médicos, comunicación de resultados médicos, consentimiento del trabajador sobre esta cuestión y consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de estas medidas. El autor, por último, cierra el capítulo con el estudio del poder disciplinario y el poder premial.

El undécimo capítulo, autoría de Arias Domínguez, se dedica a los Pactos típicos en el contrato de trabajo, definiendo que se entiende por tal y analizando cada uno de estos pactos. Su estudio comprende los cuatro pactos denominados típicos ya que son considerados como tales puesto que necesariamente tienen que figurar en cualquier contrato de trabajo para ser operativas entre las partes de la relación laboral; tienen sustantividad propia en el contrato de trabajo. Se refiera al periodo de prueba, el pacto de no competencia post contractual, el pacto de exclusividad o la plena dedicación y el pacto de permanencia.

El duodécimo capítulo referido a la clasificación profesional, la promoción profesional de los tra-

bajadores y la movilidad funcional es obra de la profesora Cairós Barreto. Respecto a la primera de las cuestiones, la clasificación profesional, se inicia con una aproximación histórica al sistema de clasificación profesional en nuestro país. Posteriormente analiza el modelo convencional denominado monopolio convencional para después estudiar los elementos de la clasificación profesional (el grupo profesional, las categorías profesionales, la equivalencia profesional y otros elementos configuradores). Aborda después la clasificación subjetiva del trabajador (la determinación del trabajo debido y el pacto de encuadramiento y el pacto de polivalencia funcional). La segunda de las cuestiones, la promoción profesional o ascensos, modificación al alza en la clasificación profesional inicialmente pactada. Y la tercera cuestión, la movilidad funcional; concepto, delimitación, tipología (ordinaria y extraordinaria) y límites. Finaliza el capítulo como una breve aproximación al proceso de impugnaciones de las modificaciones funcionales.

El decimotercer capítulo, en el que se analiza el lugar de la prestación laboral, realizado por los profesores Baz Rodríguez y Baz Tejedor, acomete el estudio del lugar de trabajo, el centro de trabajo y la movilidad geográfica desde una perspectiva novedosa y peculiar. Es decir, el ámbito jurídico o la ordenación jurídico-laboral del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. Se analiza el concepto de movilidad geográfica de mutuo acuerdo y la movilidad geográfica fruto de decisión unilateral del empresario, *ex* artículo 40 ET. Posteriormente se analiza el proceso de impugnación judicial de traslados y desplazamientos (por las dos vías de solución *ex* artículo 138 LPL o por la vía del proceso especial de impugnación de conflictos colectivos). Este capítulo finaliza, con una cuestión relevante para nuestra actual situación en el mercado de trabajo, la movilidad transnacional de trabajadores.

El decimocuarto capítulo, cuyo autor es el profesor Martín Jiménez tiene por objeto el estudio de la figura del salario. Es un estudio completo de los aspectos más relevantes de la figura compleja que es el salario; concepto, modalidades salariales, la estructura salarial, la fijación del salario y sus límites, la voluntad de las partes en la determinación de la naturaleza de las per-

cepciones económicas y el salario de cotización y salario fiscal. Así como, la absorción y composición del salario, lugar, tiempo y forma del pago del salario, documentación y prueba del salario y la protección del crédito salarial (inembargabilidad privilegios) y, por último, fondo de garantía salarial (incluyendo la más reciente normativa sobre el fondo de capitalización fruto de la reforma laboral operada en 2010).

El decimoquinto capítulo, la jornada de trabajo, ha sido realizado por el profesor García Ninet. Por supuesto, el estudio se extiende tanto a la jornada como concepto, como a las jornadas especiales. El autor, realiza un estudio sobre las horas extraordinarias, el horario de trabajo (rígido y flexible), el calendario laboral, las jornadas partidas y jornadas continuas, el trabajo a turnos y los ritmos de trabajo. El estudio se realiza desde la perspectiva doctrinal con un importante apoyo en la jurisprudencia más reciente. En este sentido, destaca considerablemente el aporte que supone el estudio de sentencias y convenios colectivos que vienen a aportar claridad práctica al lector respecto a la actual consideración de la jornada de trabajo, tanto cara a la solución de posibles conflictos como al efecto de las posibles mejoras en el ámbito de la negociación.

En el decimosexto capítulo, los profesores Sempere Navarro y Charro Baena, realizan un análisis de los descansos semanal y anual, con especial dedicación a este último. La primera parte del capítulo, el descanso semanal, se estudia desde los límites que imponen el significado de esta figura, la duración, el momento del disfrute, la implicación de la libertad religiosa en el disfrute de este descanso, el descanso compensatorio y la retribución, haciendo una introduciendo breve que facilita al lector una visión panorámica y rápida de la evolución de esta figura desde Ley de 13 de marzo de 1900 hasta nuestros días. La segunda parte del capítulo, las vacaciones laborales, aborda un desarrollo específico y profundo de la figura laboral de las vacaciones analizando desde la configuración del derecho hasta las garantías de este derecho. También se analiza la anualidad y sus implicaciones, la duración del periodo vacaciona y la retribución del mismo.

El decimoséptimo capítulo, de la profesora Sánchez Trigueros, aborda las interrupciones de la

prestación laboral, caracterizadas desde el ámbito que supone el límite reconocido de la obligación de trabajar de la que es titular el trabajador y el sentido que las interrupciones de la relación laboral, en forma de permisos, tienen. Por ello, la autora parte del análisis de los límites de la obligación de trabajar y el sentido de los permisos. Antes de analizar los tipos de permisos realiza una configuración general relativa a la caracterización de los permisos retribuidos, los requisitos instrumentales para el disfrute de los permisos, duración y disfrute y retribución de los mismos. Posteriormente pasa a estudiar los distintos permisos (permiso por matrimonio, nacimiento de hijo, enfermedad de parientes, fallecimiento de parientes, accidente de parientes, hospitalización de parientes, intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario, traslado de domicilio habitual, cumplimiento de deber inexcusable de carácter público y personal, funciones sindicales, exámenes prenatales y técnicas de preparación del parto, lactancia, neonatos hospitalizados, exámenes para la obtención de títulos). Con un mismo esquema para su análisis: finalidad del permiso, titularidad del derecho, duración del permiso y caracterización del mismo.

En el decimoctavo capítulo, la profesora San Martín Mazzuconi estudia la novación del contrato de trabajo como modificación sustancial de condiciones laborales; la aplicación en el ámbito laboral de la cláusula rebus sin stantibus por la que los contratantes tienen la posibilidad de desvincularse del compromiso previamente asumido cuando sobreviene un cambio de circunstancias que desnivela el equilibrio inicial. El estudio aporta una visión doctrinal y jurisprudencial reciente por la se puede conocer los aspectos más novedosos incorporados a esta materia; como es la integración por la Ley 35/2010 fruto del Real Decreto-Ley 10/2010 a la lista de materias, junto al horario, la «distribución del tiempo de trabajo» y sobre la que la autora se detiene especialmente a modo de reflexión. Así también, se ocupa de las vías de impugnación en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo y la autonomía de la voluntad.

El decimonoveno capítulo, de los profesores Thibault Aranda y García Piñeiro, está dedicado a

la descentralización productiva y la subrogación empresarial. Dos cuestiones de vital importancia y amplitud doctrinal son abordadas por los autores; la primera que los instrumentos que permiten llevar a cabo la descentralización productiva son de gran variedad, pero el estudio se concentra en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios por su incidencia directa en las relaciones laborales y los riesgos que el uso de esta figura puede reportar en las relaciones laborales. La segunda, la relativa a la subrogación empresarial, que se estudia introduciendo una perspectiva doctrinal y jurisprudencial de los tribunales españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El vigésimo capítulo, sobre la cesión ilegal de trabajadores y las ETT, de profesora Lasasa Irigoyen, es un estudio de dos cuestiones que en los últimos tiempos han resultado ser compañeras inseparables de viaje. La cesión ilegal de trabajadores parte del concepto jurídico para después proceder al estudio de las figuras afines estableciendo criterios específicos para distinguir entre las figuras similares. También analiza las consecuencias jurídicas de la cesión ilegal de trabajadores. Respecto de las ETT se estudia el concepto, la actividad, y el régimen relativo a los requisitos y autorización. Por último, se centra el análisis en el contrato de puesta a disposición, las relaciones laborales de la ETT y la relación del trabajador con la empresa usuaria.

En el vigésimo primer capítulo, la profesora Serrano García realiza un estudio sobre las suspensiones contractuales y las excedencias. El aspecto a resaltar de este estudio es la forma de realización parte de la justificación de la suspensión, o lo que es lo mismo, la estabilidad en el empleo y la continuidad de la relación laboral. Para pasar después al estudio del deber de no concurrencia mitigado en algunas causas de suspensión del contrato. Por último, la profesora se refiere a cada una de las causas de suspensión partiendo de la consideración estatutaria de las mismas.

El vigésimo segundo, y último capítulo, cuyo autor es el profesor Fernández-Costales Muñiz, es el capítulo dedicado a la seguridad y salud en la relación laboral. Analiza el marco normativo de la prevención de riesgos laborales, el deber empresarial de protección, el plan de prevención

de riesgos laborales, equipos de protección, la obligación de formación e información, medidas de emergencia y riesgo grave e inminente, la obligación de vigilancia de la salud, obligación documental, coordinación de actividades empresariales, protección de trabajadores especialmente sensibles, y, por último, responsabilidades por incumplimiento de los deberes preventivos tanto para el empresario como para el trabajador.

La obra se cierra con un índice cronológico de las disposiciones citadas entre 1882 y 2010 para un uso adecuado.

### **El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa**

VV.AA. A. GONZÁLEZ MARTÍN (coord.)

Lex Nova, Valladolid, 1.ª ed. diciembre 2010, 390 páginas

Este libro constituye una buena ayuda para facilitar el cumplimiento, de la manera más eficaz y práctica posible, de las disposiciones en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, contenidas, entre otras, en la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres; en el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, o en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

De gran utilidad para los empresarios y sus abogados y asesores laborales, en esta monografía se facilita el conocimiento de las acciones que deben acometerse para alcanzar el objetivo de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en sus centros de trabajo, y qué otras acciones, conductas o medidas no se deben realizar o permitir a otras personas dentro de la empresa para evitar situaciones de disparidad o de discriminación. También da a conocer qué beneficios económicos y de todo tipo es posible obtener por adoptar medidas que promuevan el empleo de mujeres y la igualdad efectiva. Por último, en el libro se incluye también la información que advierte de las consecuencias jurídicas y responsabilidades que se pueden derivar para los empresarios por el no

cumplimiento de sus obligaciones, o de que se permitan o se incurra en conductas discriminatorias en sus centros de trabajo, consecuencias que pueden ir más allá de las meras sanciones pecuniarias.

Para los trabajadores y trabajadoras, este libro es una buena fuente de información, y, por tanto, también una buena ayuda para conocer sus derechos, así como los procedimientos o acciones que pueden emprender para reclamar ante los poderes públicos el respeto de su ejercicio por las empresas y, en su caso, las compensaciones que la normativa laboral les reconoce por los perjuicios causados.

### **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.  
Madrid, 2010, 176 páginas

[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 socioeconómica 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 diferentes. La misma,

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 iuslaboralista 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 social 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 lo-

grar 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 adecuada 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.

### **El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral**

VV.AA. J.L. MONEREO PÉREZ (director),

C. SERRANO FALCÓN y

L. TRIGUERO MARTÍNEZ (coord.)

Colección Comentarios a la Legislación Social.

Comares, Granada, 2011. 1414 páginas

[VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN]

«El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral», dirigido por José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada) y coordinado por Carolina Serrano Falcón y Luis Ángel Triguero Martínez (Profesora Colaboradora y Profesor Ayudante, respectivamente, de Derecho del Tra-

bajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), supone una nueva y oportuna incorporación a la Colección Comentarios a la Legislación Social, en la Editorial Comares. Se presenta en esta obra un análisis, con gran rigor técnico y enfoque eminentemente práctico, de la Ley de Procedimiento Laboral a la luz de las importantes y cuantiosas modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. En concreto, este analítico estudio técnico-jurídico profundiza en las nuevas competencias que se atribuyen al Secretario Judicial, hasta ahora correspondientes a Jueces y Tribunales, en la grabación de las vistas y en un largo etcétera de reformas de gran calado que precisan un tratamiento específico y detenido.

La obra recensionada confirma lo que señaló Hans Nawiasky: que toda fuente jurídica necesita interpretación. En efecto, cada precepto legal es abordado con reposados análisis de tipo teórico y práctico que contribuyen a vislumbrar el auténtico fin de la norma en cuestión. Siguiendo la misma estructura del texto normativo objeto de estudio, se recorren los trescientos tres artículos (así como las Disposiciones Adicionales y Transitorias) de la Ley de Procedimiento Laboral, aludiendo a las elaboraciones de la jurisprudencia y teniendo muy presentes las construcciones de la doctrina científica. La lectura se agiliza mediante un formato común en el que cada comentario es precedido por las pertinentes concordancias normativas (materiales y procesales), las cuales no hacen sino evidenciar que el ordenamiento jurídico constituye una unidad objetiva y, por tanto, que el sentido de una norma se descubre indagando en el universo del Derecho en su conjunto. Se comprueba, de esta manera, que resulta inútil comunicar los preceptos legales y tratar de interpretarlos en base a ellos mismos. Es ésta la idea que inspira el fundamento de la interpretación sistemática.

Concluye «El nuevo proceso laboral» con una provechosa enumeración de más de doscientas sesenta indicaciones bibliográficas empleadas y manejadas por los autores en su elaboración.

Es preciso matizar que no estamos en presencia de un mero comentario de un cuerpo legal, sino

que a una vertiente jurídico-teórica se le añade otra de carácter práctico que nos aleja de la abstracción de la norma para aproximarnos a la realidad en la que efectivamente ésta opera y se proyecta. La obra nace, pues, con un propósito evidente: facilitar un instrumento de conocimiento para resolver adecuadamente la amplia gama de problemas aplicativos que puede plantear la Ley de Procedimiento Laboral, imposibles de solucionar eficazmente con una simple lectura del texto legislativo.

En el año 2001 se publicó un Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral dirigido por José Luis Monereo Pérez, M<sup>a</sup> Nieves Moreno Vida y Ángel Javier Gallego Morales, distribuido en dos tomos, que interpretaban la mencionada ley a la luz de la entonces recién promulgada Ley de Enjuiciamiento Civil. El transcurso de diez años y las sucesivas reformas legislativas llevadas a cabo tanto en el plano sustantivo como adjetivo justifican sobradamente la correspondiente actualización del análisis del texto legal, esta vez aglutinado en un único volumen. Se pone así de manifiesto la evolución continua que experimenta el Proceso Laboral dentro del campo del Derecho Social y del Trabajo, materia, por definición, sumamente dúctil a la realidad que regula. De ahí la rica producción de la Colección Comentarios a la Legislación Social, la cual alcanza, con esta publicación, su décimo octavo número.

La elaboración de la obra es llevada a cabo por un amplio repertorio de prestigiosos autores, desta-

cados especialistas en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y en Derecho Procesal del Trabajo: profesores universitarios, magistrados y profesionales del Derecho. Con notable esfuerzo de coordinación, todos ellos vierten los múltiples conocimientos que han acumulado a lo largo de su trayectoria, realizando brillantes aportaciones que convergen en estudios cuya consulta facilitará, sin duda, el conocimiento teórico-práctico de las instituciones procesales laborales y la aplicación de las mismas.

Conviene indicar que es ésta una obra que, por su claridad expositiva y su elaborado contenido, reúne los requisitos necesarios para tener por destinatario a un amplio y heterogéneo colectivo: estudiantes universitarios, juristas y, en general, cualquier persona interesada en encontrar un sólido apoyo al análisis de la Ley de Procedimiento Laboral. Tras la consulta del estudio objeto de reseña bibliográfica, el lector logrará entender con detalle la articulación del Derecho Procesal del Trabajo, de la mano del principal texto legal en la materia.

Tras lo anteriormente señalado, sólo resta recalcar que el presente libro merece ser erigido en referente indispensable tanto para afrontar un examen especializado y actualizado del proceso laboral, como para cualquier uso profesional que implique la aplicación de la normativa vigente en la disciplina, al contener no sólo información jurídico-positiva detallada, sino también nutridos análisis y reflexiones técnicas de gran altura.

## 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

---



## NOTAS

---

