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

Nº44

Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Justicia Laboral

© Lex Nova 2010

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E–mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 157–2000
ISSN 1576–169X
Printed in Spain – Impreso en España

Dirección General:
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por
Ignacio García-Perrote Escartín,
con la colaboración de 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 solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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

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

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

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

LEX NOVA

DIRECTOR

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED
Director 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

JOSÉ 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

LA EXTENSIÓN REFLEJA DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD A LOS TRABAJADORES DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS POR ACTOS DE LA EMPRESA PRINCIPAL: LOS ECOS DEL CASO «SAMOA».
Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Mercader Uguina 5

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL CONTROL DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJADOR A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: UN ESTUDIO SOBRE LA VIDEOVIGILANCIA EN LA DOCTRINA JUDICIAL.
Aurelio Desdentado Bonete y Ana Belén Muñoz Ruiz 13

CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y MOVILIDAD FUNCIONAL: HIPERREALISMO JUDICIAL, IMPRESIONISMO DE LA FLEXISEGURIDAD Y OTRAS REFLEXIONES EXPRESIONISTAS.
David Lantarón Barquín 73

COMENTARIO A LA LEY 32/2010, DE 5 DE AGOSTO, POR LA QUE SE ESTABLECE UN SISTEMA ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS.
Cristina Aragón Gómez 125

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO.
Óscar Fernández Márquez 163

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 (coordinadora); Maravillas Espín Sáez; Jesús González Velasco; Luis Gordo González; Magdalena Nogueira Guastavino 183

III. EMPRESARIO.
Jesús Cruz Villalón; Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco; Rafael Gómez Gordillo .. 203

IV. CONTRATACIÓN LABORAL.
José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; María Amparo Esteve Segarra; Mercedes López Balaguer 213

Página

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL.
Ana María Badiola Sánchez (coordinadora); Fernando Breñosa Álvarez de Miranda; Marta Cimas Soto; María Antonia Corrales Moreno; David Lantarón Barquín; Lourdes López Cumbre; Montserrat Ruiz Cuesta; César Tolosa Tribiño 223

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.
M.ª Carmen Ortiz Lallana; Begoña Sesma Bastida; Inmaculada Baviera Puig 245

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS.
Jesús R. Mercader Uguina; Ana Belén Muñoz Ruiz (coordinadora); Cristina Aragón Gómez; Patricia Nieto Rojas; José Delgado Ruiz; Amanda Moreno Solana; Pablo Gimeno Díaz de Atauri; Daniel Pérez del Prado 259

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
Javier Gárate 269

IX. SEGURIDAD SOCIAL.
Julia López López; Ignasi Areal Calama; Consuelo Chacartegui Jávega; Josep Fargas Fernández; Nuria Pumar Beltrán; Sergio Canalda Criado; Eusebi Colás Neila 279

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.
José Luis Monereo Pérez; M.ª Nieves Moreno Vida; Ángel J. Gallego Morales; José Antonio Fernández Avilés; José María Viñas Armada; Susana de la Casa Quesada .. 289

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL.
José María Goerlich Peset; María Amparo García Rubio; Luis Enrique Nores Torres; Mercedes López Balaguer; Amparo Esteve Segarra 305

XII. EL PROCESO LABORAL.
Lourdes Martín Flórez; Isabel Arteaga Collar; Leire Hernando Suárez; Sergio Ponce Rodríguez 311

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.
José Luis Goñi Sein; Margarita Apilluelo Martín; Manuel González Labrada; Elisa Sierra Hernáiz 325

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS 331

EDITORIAL

LA EXTENSION REFLEJA DE LA GARANTIA DE INDEMNIDAD A LOS TRABAJADORES DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS POR ACTOS DE LA EMPRESA PRINCIPAL: LOS ECOS DEL ASUNTO «SAMOA»

La aplicación por el Tribunal Constitucional de la denominada garantía de indemnidad había alcanzado una considerable extensión hasta el momento pero, en la serie de sentencias que sirven de base al presente comentario (Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre y 98/2010 a 112/2010, de 16 de noviembre), cobra una nueva y hasta ahora desconocida dimensión. Cierto es que el Tribunal Constitucional había declarado en diversas ocasiones que los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral o por otros compañeros de trabajo, así como, en otros contextos, había admitido la posibilidad de «vulneraciones indirectas» de los derechos fundamentales. En el presente caso, el Tribunal inaugura lo que cabría calificar como la dimensión «refleja» o «trasferida» de la citada garantía, al extender su alcance no ya a los actos vulneradores de ésta producidos por el empleador directo sino, también, a aquellos que proceden de una empresa con la que los mismos no se encuentran ligados por vínculo contractual alguno.

La proyección al caso, como se verá, no deja de plantear serias dudas e interrogantes, al reconocerse a través de la citada garantía, por primera vez en nuestro país, derechos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas por actos producidos por las empresas principales. No debe resultar, por tanto, sorprendente o extraño que los citados pronunciamientos hayan generado una encontrada polémica que se refleja de forma muy precisa en el diálogo en divergencia que mantienen el texto de las sentencias y los votos particulares que la acompañan.

Es imprescindible para alcanzar conclusiones conocer los precisos hechos que sirvieron de base al caso. La empresa Unigel, S.L., contratista de la empresa Samoa Industrial, S.A., se dedicaba a la fabricación de equipos de lubricación para la automoción y la agricultura. Unigel, S.L. contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A. Ambas empresas habían celebrado un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de la primera, que fue objeto de sucesivas renovaciones. A partir de un determinado momento, los trabajadores de Unigel S.L., desarrollaron negociaciones dirigidas a alcanzar un pacto de mejora de sus condiciones de trabajo, que las igualara con las de los trabajadores propios de Samoa Industrial S.A. No llegando aquéllas a buen término, los trabajadores convocaron y desarrollaron diversas jornadas de huelga e, igualmente, denunciaron ante la Inspección de Trabajo una situación de cesión ilegal frente a la empresa Samoa Industrial S.A.

Con posterioridad, Unigel S.L., comunicó a Samoa Industrial, S.A. un incremento en el precio de los servicios contratados respecto de las tarifas del año anterior. Samoa Industrial, S.A., comunicó a Unigel, S.L. que, ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía, rescindía parcialmente el contrato de servicios en las secciones de soldadura y fresadora, dada la falta de adecuación del coste exigido. Esa rescisión generó dos despidos en la plantilla de Unigel, S.L. Los trabajadores de Unigel, S.L. adoptaron el acuerdo de no trabajar más allá de las horas acordadas en el contrato, lo que llevó a empresa a contratar a otros trabajadores para procurar el mismo servicio a Samoa Industrial, S.A. Los trabajadores de Unigel, S.L. continuaron con sus reivindicaciones salariales, siendo advertidos por la compañía del peligro de ver rescindido el contrato de servicios con Samoa Industrial, S.A. La empresa Samoa Industrial, S.A., y su comité de empresa acordaron la supresión de la figura de trabajadores de trabajo temporal, a sustituir por técnicos en prácticas.

Unos días después, Samoa Industrial, S.A. comunicó a Unigel, S.L. que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, rescindía por completo el contrato de arrendamiento de servicios. Unigel, S.L. comunicó a los 24 trabajadores de la empresa que se ponía fin a su contrato de trabajo, por finalización del contrato mercantil suscrito con Samoa, S.A., causa de rescisión prevista en el contrato laboral. Los trabajadores presentaron diversas demandas por despido, instando que se declarara su nulidad por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad o, subsidiariamente, su improcedencia y que se condenara solidariamente a ambas empresas por existencia de cesión ilegal de mano de obra.

Los Juzgados de lo Social de Gijón y el Tribunal Superior de Justicia de Asturias consideraron probado que el origen de los despidos había estado en la huelga de Unigel, S.L. y en la denuncia que sus trabajadores habían presentado ante la Inspección de Trabajo por supuesto prestamismo laboral (cesión ilegal de trabajadores entre empresas). Pese a ello, no anularon los despidos, al considerar, por un lado, que Unigel, S.L. se había visto forzada a ejecutarlos tras la ruptura del contrato con Samoa Industrial, S.A. y, por otro, que los trabajadores no tenían ninguna relación laboral con Samoa Industrial, S.A. Especialmente gráfico es el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que rechaza la vulneración de los artículos 14, 24 y 28 CE, por entender que «no cabe otorgar la calificación de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad cuando se trata de contratos formalizados como temporales y se procede a su extinción por la causa válidamente consignada en el contrato, pues de otro modo bastaría con presentar demanda declarativa (sobre fijeza, indefinición, cesión) previamente a la fecha en que se sabe va a tener lugar la decisión de extinción, para así asegurar la calificación de nulidad del despido». Y añade más adelante la Sentencia lo siguiente: «La extinción del contrato mercantil se produce al no asumir Samoa Industrial, SA., una nueva modificación de tarifas, razón por la cual se le comunica la decisión de rescindir la contrata. Y esto no es una arbitrariedad o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como sostiene el recurrente, sino una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas».

Planteadas ante las citadas resoluciones los correspondientes recursos de amparo, aquéllas fueron analizadas por las recientes Sentencias 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre y 98/2010 a 112/2010, de 16 de noviembre, en las que se resuelven las demandas

formuladas por los trabajadores que prestaban servicios para la empresa Unigel, S.L., en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A., y que fueron despedidos en la misma fecha y por las mismas razones. En dichas Sentencias el Tribunal otorga el amparo a los demandantes por entender que las resoluciones judiciales recurridas habían vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y de huelga (artículo 28.2 CE), al no declarar la nulidad de su despido, siendo así que el mismo se produjo como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de los citados derechos fundamentales.

Conviene, para apreciar en sus justos términos el objeto del debate, acudir a las propias palabras del Tribunal Constitucional, que sostiene que, en el caso, lo que se discute en definitiva «no es otra cosa que la determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales en régimen de subcontratación en aquellos supuestos en que la vulneración del derecho fundamental no sea directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral sino a la empresa principal, que contrata con aquélla en el marco de una relación mercantil, que rompe como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores. O, dicho de otra forma, si las garantías de indemnidad que la Constitución y la Ley ofrecen a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral».

Entiende el Tribunal que, en el caso considerado, ha quedado plenamente acreditado que los trabajadores han perdido su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos. Pese a ello, «las resoluciones judiciales recurridas han rechazado la existencia de cualquier responsabilidad de las dos empresas afectadas, impidiendo que dicha vulneración sea reparada a través de la garantía básica establecida por la legislación laboral a tal fin, esto es, la declaración de nulidad del despido». Y a este desamparo se llega, precisamente, «como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste, se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable».

Continúa el Tribunal señalando que «en el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida irresponsabilidad laboral de esta empresa respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada ajenidad a la relación laboral entre las partes, supondría la práctica eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones. En efecto, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen

únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla». Concluyendo el Tribunal que «en lo que se refiere a la garantía de indemnidad que acompaña al derecho a la tutela judicial efectiva, el caso ahora sometido a nuestra consideración resulta suficientemente descriptivo de cómo la ausencia de responsabilidad de la empresa principal dejaría el ejercicio del derecho huérfano de toda garantía, al haber quedado establecido en hechos probados que la acción que ha determinado la rescisión de la contrata mercantil y, con ella, la extinción del contrato de los trabajadores ha sido una denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra, cuyos efectos, caso de prosperar, habrían de alcanzar plenamente a la esfera jurídica de la empresa principal ex artículo 43 del Estatuto de los trabajadores».

«No existe en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, a salvo de la existencia de un supuesto de cesión ilegal de mano de obra», de modo que, «no existe en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra ésta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno. Para el legislador, el ámbito de relaciones de la empresa principal se agota en el mercantil del contrato que le une a la contratista, de manera que ninguna afectación puede derivarse de sus actuaciones en el ejercicio por los trabajadores de los derechos derivados de su relación laboral. De ahí que cuando, como en el presente caso, no se aprecia la concurrencia de una conducta directamente imputable a la empresa contratista, cuya connivencia han descartado los órganos judiciales, se concluya la inatacabilidad por parte de los trabajadores de cualquier actuación de la empresa principal, que se considera ajena al contrato de trabajo».

Por todo ello, «cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata, este Tribunal ha de garantizar dicha tutela sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos».

Aunque el Tribunal Constitucional considera nulo el despido, entiende también que «a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada

finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores de Unigel, S.L.), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa Unigel, S.L., de la obligación de readmitir a la recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero, la empresa Samoa Industrial, S.A., de poner fin a la prestación de servicios que Unigel, S.L., venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo de Samoa Industrial, S.A.». Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social, en incidente de ejecución (artículo 284 de la Ley de Procedimiento Laboral), determinar si la efectiva readmisión de los recurrentes en su puesto de trabajo es posible y, de no serlo, la indemnización que procediera abonar entonces a los mismos, así como los salarios de tramitación y, en tal caso, la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada.

La sentencia tiene tres votos particulares de cinco magistrados que entienden que el TC no se puede pronunciar sobre un asunto que no está previsto en la legislación. Y discrepan rotundamente de que se hayan vulnerado los derechos del trabajador, ya que la huelga no estaba relacionada con el despido. Especialmente gráfico del sentir de los Magistrados disidentes es el voto particular firmado por don Vicente Conde Martín de Hijas. A su juicio, la doctrina, formulada «de modo harto simplista y sumario», supone: Primero, situar en los casos regulados en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, de subcontratación de actividades productivas, a la empresa subcontratista (empleadora de los trabajadores) y a la contratante, la empresa principal (no ligada jurídicamente con aquéllos con ningún contrato de trabajo) en la misma situación que la empleadora en orden al juego de la garantía de indemnidad respecto al ejercicio por los trabajadores de sus derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de huelga, y respecto a las limitaciones que de ese juego, en su caso, se deban derivar sobre el libre ejercicio de sus propios derechos por la principal. Y, segundo, «lo que es para mí más novedoso y trascendental, establecer en dicha doctrina que las vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, cometidas por quien no está ligado con ellos con un contrato de trabajo, le son imputables a la empleadora, cuando ésta adopta respecto de sus trabajadores las medidas indirectamente derivadas de aquella directa conducta vulneradora».

Señala el Magistrado, «es indiscutible, [...], que dichas "garantías de indemnidad" deben mantenerse en los supuestos de subcontratación laboral; pero no es esa la cuestión a resolver, sino quiénes deben ser los afectados por las limitaciones de esas "garantías de indemnidad": si los ligados con los trabajadores con un contrato de trabajo, o quienes no se sitúan respecto a ellos en el marco de una relación contractual previa. Y si las "garantías de indemnidad" pueden ser las mismas en su alcance limitativo respecto a unos y otros. Ese interrogante, y no el que la Sentencia plantea, es el que, en su caso, debía haberse planteado. Y la Sentencia no lo hace, sencillamente porque, con total falta de rigor jurídico, a mi juicio, lo da por resuelto de partida, estableciendo como dato lo que debiera ser muy problemática cuestión». Y, en fin, concluye que es «un puro artificio voluntarista, carente de rigor jurídico, equiparar, a los efectos del juego de la garantía de indemnidad, la acción directa contra los trabajadores (no producida en este caso) con el ejercicio de una facultad amparada por el régimen legal del contrato mercantil, dirigido, no contra los trabajadores del contratista, sino contra éste».

Nuevamente, el límite de la tutela constitucional se pone sobre la mesa y, nuevamente, también sus riesgos. Por un lado, la de aquellos que avisan sobre las posibles actuaciones estratégicas de aquellos trabajadores que, intuyendo el fin de la contrata, podrían decidir provocar conflictos artificiales con el único y exclusivo fin de blindar su posición frente a un futuro despido. Y, por otro, la de quienes consideran que se está dando un duro y merecido golpe a las formas de descentralización productiva que contribuyen a la precarización del mercado de trabajo. ¿Dos lados de una misma moneda?

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

Revista de Derecho del Trabajo

Justicia Laboral

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL CONTROL DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJADOR A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: UN ESTUDIO SOBRE LA VIDEOVIGILANCIA EN LA DOCTRINA JUDICIAL

Aurelio Desdentado Bonete

Magistrado del Tribunal Supremo

Ana Belén Muñoz Ruiz

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

RESUMEN

El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial

En el ámbito de la empresa la relación entre la intimidad y el control a través de las técnicas de videovigilancia suscita en la práctica una compleja problemática. El presente estudio identifica y analiza tres zonas de conflicto: videovigilancia e intimidad, videovigilancia y derecho a la propia imagen y la videovigilancia y protección de datos. El recorrido por las decisiones judiciales más relevantes pone de manifiesto un panorama confuso e insatisfactorio, especialmente por lo que se refiere al impacto que la doctrina constitucional ha tenido sobre la doctrina del orden social. Este trabajo propone una delimitación de la esfera de la intimidad frente a la esfera del control así como establece un ámbito laboral de la intimidad y define su extensión. En definitiva, se formula un enfoque novedoso y crítico que integra la doctrina judicial y las resoluciones e informes que la Agencia Española de Protección de Datos ha dictado en esta materia.

ABSTRACT

Control of the worker's contribution through the new technologies: a study on video surveillance within the judicial doctrine

The connection between privacy and workplace video surveillance raises a complex issue. This paper identifies and analyses the three areas of this conflict: video surveillance and privacy, video surveillance and the right to one's own image and video surveillance and data protection. The analysis of the most relevant cases notices a confused and unsatisfactory landscape, in special, the impact of constitutional doctrine on social doctrine. This paper proposes a limitation of privacy against control powers of employer and establishes a labour privacy concept and defines its limitations. Therefore, we propose an original and critical view that connects both judicial doctrine and administrative doctrine from Spanish Data Protection Authority.

Sumario

I. INTIMIDAD Y CONTROL AUDIOVISUAL.

1. La doctrina tradicional del orden social sobre el control audiovisual de la prestación de trabajo.

2. El conflicto entre el control empresarial y la intimidad de los trabajadores y su solución mediante la ponderación: las SSTC 98/2000 y 186/2000.

3. El impacto de la nueva doctrina constitucional del orden social.

A) El control mediante captación y/o grabación de la imagen durante la ejecución del trabajo.
B) Escucha y grabación de conversaciones: la justificación específica por la finalidad productiva; el ejemplo del *marketing* telefónico.
C) La normalización de las formas no transparentes de videovigilancia.
D) Videovigilancia en lugares distintos del correspondiente a la ejecución del trabajo.

a) Lo público y lo privado en el espacio no laboral de la empresa.
b) Videovigilancia fuera del marco del establecimiento empresarial.

E) Fuera del ámbito de la intimidad: videovigilancia y huelga.

4. Recapitulación y revisión crítica: control audiovisual frente a intimidad.

A) Los problemas: la relación de conflicto entre intimidad y control y su solución mediante la ponderación.
B) La esfera de la intimidad frente a la esfera del control.
C) La esfera del control empresarial frente a la intimidad.
D) La dignidad humana como límite del control: el conflicto entre el control laboral a través de las técnicas de videovigilancia y el respeto a la intimidad del trabajador.

II. VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

III. VIDEOVIGILANCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS.

1. La imagen y el sonido como dato personal.

2. Las exigencias para la aplicación de la videovigilancia: legitimación, proporcionalidad, consentimiento e información.

3. Las garantías del régimen de protección de datos.

A) Las garantías de la calidad de los datos; en especial, la prohibición de usos incompatibles.
B) Las obligaciones de secreto y seguridad, las limitaciones de la comunicación.
C) Los derechos de las personas afectadas: acceso, rectificación, cancelación y oposición.

«Vive oculto»

EPICURO

I. INTIMIDAD Y CONTROL AUDIOVISUAL

1. La doctrina tradicional del orden social sobre el control audiovisual de la prestación de trabajo

Se ha dicho que el empleo de las nuevas tecnologías para el control de la prestación de trabajo aparece como la prolongación de un órgano humano. Si el empresario puede vigilar con su mirada o con sus oídos —o con los de sus delegados— lo que sucede en la empresa mientras se realiza el trabajo, parece que podrá utilizar un instrumento técnico para rea-

lizar esa función, cuando el control se realiza exclusivamente sobre los lugares de trabajo. Ese razonamiento puede encontrarse en algunas sentencias laborales, en las que se ha afirmado que «el control a través de las cámaras de vídeo es tan lícito como el que pudiera ejercer directamente el director gerente»(1). Este razonamiento se sigue también por la STSJ de Galicia de 21 de abril de 1995(2), cuando señala que el artículo 20.3 ET indudablemente «autoriza a tener una persona en el lugar de la prestación de servicios para la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales»; persona que «puede ser sustituida acudiendo a los medios y adelantos que hoy la técnica ofrece, como puede ser la instalación de una cámara de televisión», siempre que esté limitada a estos fines, excluyendo «todo tipo de publicación y de difusión de imágenes captadas» o la conservación de éstas a partir de un tiempo razonable, salvo que tengan que ser utilizadas a efectos de prueba. Con la misma finalidad se admitía incluso la grabación del sonido —SSTJ de Galicia de 25 de enero de 1996(3) y 11 de julio de 1996(4)—, aunque en este punto existía discrepancia, como puede verse en la STSJ de Cataluña de 25 de abril de 1994(5), que acepta en determinadas zonas de un hotel la grabación de la imagen, pero no del sonido, pues se entiende que «si la mera toma de imágenes puede considerarse como una actuación de control normal que no vulnera su derecho a la intimidad no puede afirmarse lo mismo de la grabación de sus conversaciones que éstos mantienen entre sí y con los clientes, en los que pueden deslizarse conceptos o afirmaciones que afecten al ámbito particular propio del trabajador y aun de los clientes que no existe razón alguna de vigilancia que autorice a la empresa a conocer»(6). Los criterios claves son, por una parte, la limitación del control al ámbito del trabajo sin extenderse a los lugares afectados a finalidades de orden personal de los trabajadores, como pueden ser «los lavabos o los vestuarios, salas de descanso, comedores o lugares de esparcimiento», y la finalidad estrictamente laboral de ese control, por otra.

En lo relativo a la grabación de sonido existía discrepancia en la jurisprudencia

Ésta era la orientación básica de la doctrina de suplicación en el orden social anterior a las SSTC 98/ 2000 y 186 /2000. En realidad, esa

(1) STS de Sevilla de 17 de enero de 1994 (AS 310), citada por J. THIBAULT ARANDA, *El control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 21.

(2) AS 1514.

(3) AS 12.

(4) AS 3295. Las dos sentencias se refieren al casino de La Toja. La primera fue anulada por la STC 98/2000; la segunda se dictó en pleito de despido y admitió la grabación no sólo de la imagen, sino también del sonido.

(5) AS 1478.

(6) *Vid.* también de la misma Sala las SSTSJ de 1 de marzo de 1995 (AS 1478), sobre grabación de imágenes en un establecimiento textil, y 13 de febrero de 1996 (AS 421), en la que graba a unas cuidadoras nocturnas de minusválidos psíquicos que dormían en lugar de realizar la labor de cuidado. Se razona en esta sentencia que no se pretendía grabar un acto íntimo, como el dormir, sino controlar la prestación de trabajo.

doctrina partía de de la negación del conflicto entre el control audiovisual de la empresa y el derecho de los trabajadores a preservar su intimidad, porque niega que los trabajadores tengan un derecho a la intimidad cuando se encuentran ejecutando la prestación de servicios en el tiempo y el lugar de trabajo. El trabajo no es un acto íntimo, sino un acto social que puede ser supervisado mediante la videovigilancia siempre que esa supervisión se mantenga dentro de los límites estrictamente laborales.

2. El conflicto entre el control empresarial y la intimidad de los trabajadores y su solución mediante la ponderación: las SSTC 98/2000 y186/2000

Los fundamentos de la doctrina tradicional quedaron afectados de forma decisiva por las SSTC 98 y 186/2000. La primera se pronuncia sobre la instalación de micrófonos en un casino con la finalidad de controlar las conversaciones entre los empleados y los clientes en las zonas particularmente sensibles de la ruleta francesa y de la caja. La sentencia consideró que esas grabaciones vulneraban el derecho fundamental a la intimidad de los afectados, y ello a pesar de que se realizaron en el lugar de trabajo, de forma abierta, con información previa a los trabajadores(7) y a pesar de que existía un interés empresarial en el conocimiento de los hechos. Por el contrario, la segunda sentencia rechazó el amparo que demandaba una trabajadora que fue despedida por irregularidades en la gestión de la caja, irregularidades que quedaron acreditadas mediante la filmación y grabación con una vídeo-cámara instalada en el lugar de trabajo sin aviso a la afectada, ni a los representantes de los trabajadores.

Pese al sentido opuesto de los pronunciamientos, que responde a las diferencias en los casos decididos, el fundamento de las sentencias es coincidente. En efecto, la STC 98/2000 comienza rechazando la premisa de la que partía la sentencia recurrida, de acuerdo con la cual el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores. Por el contrario, considera que también en este ámbito pueden producirse actuaciones lesivas a la intimidad personal y, por ello, entiende que a estos efectos «habrá que atender no sólo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control(8), sino también a otros elementos de juicio, entre los que señala el carácter no indiscriminado y masivo de la instalación, su visibilidad o carácter subrepticio, y la finalidad real perseguida. Éste es el primer paso del razonamiento: en el lugar del trabajo puede resultar afectada la intimidad del trabajador. A partir de esta premisa, se desmonta el punto de partida de la doctrina social tradicional. El segundo paso, que queda menos precisado, consiste en afirmar que la grabación de las conversaciones de los trabajadores entre sí y de éstos con los clientes lesiona el derecho a la intimidad, porque «permite captar comentarios privados», que «son ajenos por completo al interés empresarial y, por tanto, irrelevantes desde la perspectiva del control de las obligaciones laborales». Se entiende que esto tiene «consecuencias ne-

(7) Consta que los micrófonos eran visibles, que los trabajadores conocían su instalación y que se informó a los representantes de los trabajadores antes de la puesta en marcha del sistema. Lo que no se aclara es si los clientes eran advertidos de la grabación, pero esto carece de importancia a efectos laborales.

(8) La prohibición es absoluta cuando la instalación se realiza en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos (FJ 6).

gativas para los trabajadores», aunque no se indica cuáles puedan ser éstas, sin duda se trata de la pérdida de la confidencialidad objetiva de algunas de estas conversaciones. Puede objetarse, sin embargo, que, desde el momento en que se ha advertido de la grabación, la confidencialidad desaparece en cuanto expectativa, como ocurre en las actividades en que las conservaciones de los trabajadores tienen que ser grabadas (caso del *telemarketing* telefónico, que se analizará más adelante, o de los trabajos radiofónicos, entre otros). La sentencia sale al paso de esta objeción, señalando que los trabajadores «se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa». Claro que en contra podría argumentarse que esta constricción también se produce si durante el trabajo un encargado de la empresa está presente en la ruleta o en la caja y escucha las conversaciones para supervisar las apuestas o las transacciones, anotando lo que estime procedente, aparte de que el salario compensa esa pérdida de la disposición para la confidencialidad durante el tiempo de trabajo. En realidad, es difícil mantener la confidencialidad en determinados ámbitos sociales y no sólo en los laborales[9], aunque desde luego en estos ámbitos también puede vulnerarse el derecho a la intimidad[10]. El tercer paso del razonamiento consiste en reconocer que también existía un interés de la empresa en las escuchas, pues éstas servían para resolver las reclamaciones en el juego de ruleta y en los cambios de caja, lugares de trabajo donde «se producen transacciones de cierta importancia»[11]. A partir de este reconocimiento aparece el conflicto entre el interés empresarial y el derecho a la intimidad de los trabajadores y, por ello, los órganos judiciales —dice el Tribunal Constitucional— están obligados a ponderar en caso de conflicto «en qué circunstancias puede considerarse legítimo» el uso de los sistemas audiovisuales de control al amparo del artículo 20 ET[12]. La ponderación en este caso llega al resultado que hemos anticipado: frente a la afectación del derecho a la intimidad en los términos expuestos, deben ceder las facultades de control de la empresa, pues, aunque la grabación no carece de utilidad para la organización empresarial», «la mera utilidad o conveniencia no legitima sin más» el recurso a este medio, pues «la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad», que la grabación pretende complementar y no se ha detectado «una quiebra en esos sistemas». Se trata sólo de dar «un plus de seguridad» ante eventuales reclamaciones de clientes que no justifica el sacrificio que se impone al derecho de los trabajadores[13]. La utilidad o mera conveniencia de la empresa en el control de las comunicaciones entre clientes y trabajadores no justifica el empleo de estos medios cuando ya se contaba con otros y no ha quedado acreditado que la grabación de conversaciones fuera indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino.

---

(9) Esto es lo que en definitiva resaltaba la doctrina tradicional: el tiempo y el lugar del trabajo están, en principio, destinados a la actividad laboral, aunque también durante ésta puede producirse una violación de la intimidad.

(10) Por ejemplo, el examen de papeles personales que el trabajador guarda en su mesa de trabajo o, de forma más espectacular, el caso decidido por la STSJ de Asturias de 30 de abril de 2004 (AS 2112), en el que se instalan cámaras ocultas debajo de las mesas de trabajo de determinadas empleadas con la finalidad de captar y grabar imágenes de zonas corporales de las trabajadoras y actos relacionados con su sexo.

(11) FJ 9.

(12) FJ 8.

(13) FJ 9.

Como siempre, el juicio de ponderación es inseguro, pues se nos dice que, si las restricciones de la intimidad se hubieran fundado en la aplicación de medidas de control «indispensables» y «estrictamente necesarias», el resultado podría haber sido otro. Luego volveremos sobre este punto. Pero hay que señalar que la ponderación en el marco de la concepción de la norma de derecho fundamental como un principio que opera como un *mandato de optimización* (14), tiende a reducir el enjuiciamiento de las pretendidas lesiones a un problema de *peso*, en que el margen de discrecionalidad puede ser tan amplio que la decisión resulta impredecible y en el que además siempre existe el riesgo de que en el proceso de aplicación el equilibrio de la balanza se incline en función de apreciaciones subjetivas: se magnifica la lesión de un derecho y se minimiza la restricción del otro con medidas que pueden variar en cada caso.

Examinemos ahora la STC 186/2000, que insiste en la existencia de un conflicto entre los intereses empresariales tutelables en el marco del contrato de trabajo y la protección de la intimidad de los trabajadores. Se trata aquí del cajero de un economato de empresa, que, como consecuencia de un «descuadre llamativo» en los rendimientos de una sección y de alguna advertencia sobre la existencia de irregularidades, es sometido a vigilancia mediante un circuito cerrado de televisión que enfocaba desde el techo únicamente a las tres cajas registradoras en que se habían detectado irregularidades y al mostrador de paso de las mercancías. Las cintas de vídeo grabadas revelaron que el actor había realizado de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja. La prueba que acreditaba esta conducta se impugna por vulnerar los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen. La sentencia parte de la definición general del derecho a la intimidad como garantía de «un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás», si bien se recuerda, como suele ser habitual, que no estamos ante un derecho absoluto y que normalmente la esfera de «las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral» no forma parte de la intimidad(15). De ahí se pasa al reconocimiento de la limitación recíproca del derecho fundamental por las facultades de control del empresario y de éstas por el derecho fundamental a la intimidad, si bien, dentro de este esquema, se afirma que, dada «la posición preeminente de los derechos fundamentales», la ponderación en situaciones de conflicto debe operar «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y adecuado respeto del derecho fundamental».

La ponderación se realiza de acuerdo con el principio de proporcionalidad que permite valorar si la eventual medida restrictiva del derecho fundamental cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: 1.º) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2.º) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y 3.º), finalmente, si ésta es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más

---

(14) R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, en especial, pp. 86-98. *Vid.* también M., GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional,* Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

(15) Se precisa que el atributo más importante del derecho es la facultad de «exclusión de los demás», de «abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima» de los datos personales (FJ 6).

beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

De esta forma, la sentencia no nos dice si la grabación de la ejecución del trabajo, en el tiempo y en el lugar de éste, sin previa información al afectado, vulnera el derecho de éste a la intimidad, es decir, si estamos ante la lesión de un derecho fundamental por la restricción de su contenido, sino que mediante un desvío pasa directamente a enjuiciar la medida desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. El resultado a que se llega en el juicio correspondiente es negativo. La medida es lícita, porque la filmación de la actividad laboral era: 1.º) una actuación justificada, ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo; 2.º) idónea para la finalidad pretendida por la empresa de verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes; 3.º) necesaria, ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades, y 4.º) equilibrada, pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada.

La intimidad del trabajador no resulta lesionada por el hecho de filmar cómo realiza su trabajo

La conclusión es que la intimidad del trabajador «no resulta agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo». Pero la ausencia de lesión se funda no en que esa medida —grabar la ejecución de la prestación de trabajo— no sea lesiva del derecho a la intimidad, sino en que, aun de serlo, estaría justificada, pues la medida «no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar (la) conducta (del trabajador), sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de trasgresión a la buena fe contractual». Se destaca además que, a diferencia de lo sucedido en la STC 98/2000, la medida «no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben», sino que hay un elemento de reacción, pues «se habían advertido irregularidades en el comportamiento de los cajeros» y la vigilancia se adoptó «de modo que las cámaras únicamente grabaran el ámbito físico estrictamente imprescindible».

La técnica casuística de la ponderación deja así en el aire dos cuestiones fundamentales. La primera consiste en determinar qué hubiera sucedido si la grabación se hubiera hecho sin existir sospechas, simplemente para controlar la prestación de trabajo. La pregunta sigue vigente porque la sentencia no nos ha dicho si la simple filmación durante la prestación de trabajo lesiona la intimidad. Hay además una segunda

pregunta sobre la que la sentencia pasa rápidamente y con evidente incomodidad: el hecho de que no existiese información previa sobre la videovigilancia ni a los afectados, ni al comité de empresa. Respecto a esta última, se dice simplemente que la falta de información al comité de empresa (artículo 64.1.3 ET) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional(16). Así es, pero esto no elimina el problema de si para la intimidad del trabajador —que sí puede tener trascendencia constitucional— es relevante que se le haya informado previamente sobre la aplicación del sistema de videovigilancia. Esta información se exige en materia de protección de datos(17) y de videovigilancia pública(18), pero la sentencia se limita a realizar una reflexión en términos de eficacia(19), que esquiva el problema.

3. El impacto de la nueva doctrina constitucional en la doctrina del orden social

A) El control mediante captación y/o grabación de la imagen durante la ejecución del trabajo

El examen de las sentencias sociales posteriores muestra que la influencia de la doctrina constitucional sobre el control audiovisual de la prestación de trabajo ha sido importante, produciendo un cambio de orientación que ha llevado en el enjuiciamiento de estos problemas a una valoración más en términos de justificación caso por caso, de acuerdo con la técnica de la ponderación frente al predominio del criterio «locativo» anterior centrado en la consideración del lugar y el tiempo de trabajo como un ámbito en principio ajeno a la intimidad.

La ponderación no ha llevado, sin embargo, salvo en algunos casos, a la aplicación de criterios restrictivos en la apreciación de la justificación de la medida. Esto parece claro en el marco general del empleo de las técnicas de captación de la imagen en el lugar y en el tiempo de trabajo, en las que la ponderación se centra más en la justificación general de la medida como forma de control empresarial, en la idoneidad y probablemente en la proporcionalidad en sentido estricto, prestando menor atención a la necesidad entendida como intervención mínima.

Con todo, el criterio del ámbito profesional puede verse en algunas sentencias, como la STSJ de Las Palmas de 25 de octubre de 2002(20), en la que la cámara, de cuya existencia tenían conocimiento los trabajadores, registra la sustracción de plátanos por un trabajador. Se insiste en que la grabación no es sensible en términos de intimidad, porque «se produce en el lugar de trabajo del actor, dentro de una nave de empaquetado de plátanos ... durante el horario de trabajo»; área que no estaba «reservada a la utilización de vestuario,

(16) Párrafo 4.º del FJ 7.

(17) Artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD).

(18) Artículo 9 de la Ley 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la Utilización de Videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en Lugares Públicos.

(19) Razonando que esta omisión se debe al «justificado temor» de que «el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad» perseguida. Sin duda es así, pero la eficiencia no justifica la falta de información, si ésta lesionara el derecho a la intimidad por el empleo de una cámara oculta.

(20) JUR 170618 /2003.

dormitorios, aseos u otra en la que los trabajadores tengan privacidad». Un razonamiento similar se contiene en la STSJ de Madrid de 28 de junio de 2005[21], sobre la filmación de determinadas actuaciones que capta la cámara instalada por razones de seguridad en un establecimiento bancario: el medio es idóneo, porque se limita a «filmar lo que ... acontece en la caja donde presta servicios la actora, no pueden vulnerar la intimidad de ésta, dado que se limitan a recoger imágenes de su puesto de trabajo que no constituye espacio alguno de privacidad, sino de desempeño de sus funciones de cara al público». En la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005[22] se acepta el registro de un ataque con un cuchillo a un compañero de trabajo por una cámara que se había instalado para controlar el riesgo de sustracciones. En la STSJ de Extremadura de 1 de diciembre de 2009[23] se reitera el criterio del espacio del trabajo como ámbito que queda fuera de la intimidad en el caso de un conductor de autobús, cuyas irregularidades en la prestación del servicio se graban por unas cámaras instaladas por razones de seguridad: las cámaras no han invadido su intimidad porque filman el lugar de trabajo, que no está amparado por la privacidad y con la única finalidad de obtener una prueba.

Pero la ponderación va imponiéndose en la mayoría de las sentencias. Especial interés tiene la STSJ de las Islas Baleares de 4 de septiembre de 2009[24] sobre el establecimiento de un control mediante videocámaras fijas de los puntos de venta del aeropuerto de Palma; control que fue autorizado por la Agencia Nacional de Protección de Datos y sobre el que se informó a los trabajadores. La sentencia considera que el sistema está justificado por la existencia de irregularidades en el funcionamiento de las cajas. Es además idóneo a la finalidad pretendida[25] y se considera, en términos de proporcionalidad, como equilibrado. Es importante resaltar que para ello «se sopesa la colisión que genera su uso entre el interés legítimo de la empresa en salvaguardar de mermas, desvíos y apropiaciones los ingresos que nutren su negocio y el interés de los empleados en no ser grabados en el puesto de trabajo». La sentencia comentada comienza resaltando la escasa relevancia del sistema en

(21) AS 2080.

(22) JUR 201257.

(23) AS 467/2010.

(24) AS 1763.

(25) La sentencia valora muy favorablemente la idoneidad técnica del sistema. Es —dice— una herramienta probatoria más segura y fiable y por ende eficaz que la observación de detectives que la empresa ha venido utilizando hasta ahora. Esta última es aleatoria, intermitente y subjetiva, está sujeta a errores de percepción y al riesgo de manipulaciones. Los informes de investigadores privados tienen valor de mera prueba testifical y son vistos en el foro con algún recelo, tildándolos de testimonios retribuidos «de encargo». Las imágenes obtenidas por estos investigadores con cámaras ocultas suscitan incluso dudas justificadas en ocasiones, pues quien las toma puede seleccionar lo que le conviene, en la captación misma y luego en el montaje, y omitir lo que no. La cámara fija, en cambio, graba de forma continua y objetiva. Es un ojo neutral que recoge con asepsia y de modo indiscriminado cuanto sucede en el campo de enfoque. No se trata, por supuesto, de un mecanismo infalible, pero como fuente de conocimiento su credibilidad y poder de convicción resultan innegablemente superiores. Y continúa señalando que el sistema de vigilancia con cámaras fijas implantado por la empresa ofrece, en fin, más ventajas incluso que inconvenientes para el colectivo de afectados. La instalación reúne los requisitos que establece la normativa en materia de protección de datos en defensa de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, los trabajadores conocen su existencia y se avisa de ella con los pertinentes anuncios. De ahí que proporcione muchas más garantías y lesione menos la intimidad que las grabaciones clandestinas obtenidas por investigadores particulares contratados al efecto. Y porque se trata de un mecanismo objetivo y controlado de captación de imágenes, protege también al empleado honesto y que actúa correctamente frente al peligro de acusaciones malévolas o, más en general, infundadas.

cuanto a la limitación de la intimidad. «Los bares y restaurantes —dice la sentencia— se hallan situados en el interior de un espacio que —resulta notorio— ya se encuentra sometido a videovigilancia constante por razones de seguridad pública». Por otra parte, «dentro del recinto aeroportuario, la venta de productos de restauración no se lleva a cabo, además, en locales cerrados por paredes, sino en lugares diáfanos sitos en zonas de mucha afluencia de personas», lo que «implica que los trabajadores desarrollan la actividad laboral expuestos a la libre mirada, no sólo de los clientes del establecimiento, sino, de hecho, también de los demás usuarios del aeropuerto, que no pocas veces entretienen los habituales tiempos de espera paseando y contemplando lo que hay a su alrededor». Por ello, «el ámbito de intimidad personal que conservan los trabajadores mientras realizan las operaciones de cobro de productos y manejo de las cajas registradoras» resulta en la práctica mínimo y mínima es también por ende la intromisión en la esfera de lo íntimo que se deriva del empleo de las videocámaras, al menos en el puro aspecto visual», que es el único a tener en cuenta, pues no se graban sonidos.

Un criterio más estricto encontramos en la STSJ de Madrid de 17 de abril de 2009[(26)], que considera en relación con el sistema de videovigilancia en una taquilla de venta al público de una estación de RENFE que «la instalación de la cámara que se dirige al puesto de trabajo donde el trabajador desempeña su labor no aparece justificada, pues nada consta sobre la necesidad de controlar de forma permanente y con tal medio audiovisual la actividad laboral de referencia». Se estima, por el contrario, justificada «la instalación de una (segunda) cámara dirigida a controlar el acceso a una caja fuerte y el sistema de mandos del equipo de seguridad», aunque se entenderá que esta segunda cámara no respeta el principio de proporcionalidad, al enfocar el aseo. También mantiene un criterio estricto la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de julio de 2008[(27)]. En la empresa Muelles y Ballestas se habían instalado, para prevenir determinadas agresiones, «un total de 10 cámaras fijas y 19 domos, pudiendo éstos ser «teledirigidos para enfocar cualquier ángulo» y «efectuar movimientos de tipo *zoom*, acercando y alejando la imagen y permitiendo una visión panorámica». Pero, superado mediante medidas disciplinarias el problema de las agresiones, se denuncia por una organización sindical que, dado el número de cámaras y sus características, el control sobre los trabajadores resulta excesivo; pretensión que es estimada por la Sala que declara que, tanto por el número de cámaras, como por sus características (la mayoría móviles, que pueden ser orientadas de manera que permiten vigilar los concretos puestos de trabajo) no se cumplen las exigencias necesarias para su mantenimiento. Por ello, se estima la demanda. Para la sentencia comentada debe ser protegida la intimidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo y, aunque la instalación de las cámaras tuvo causa y fundamento legítimo, «ello no faculta a la empresa a mantener ... este sistema de vigilancia cuando se ha reducido la causa que lo motivó» y cuando «se lleva a cabo con cámaras que pueden ser manipuladas por la empresa sin conocimiento de los trabajadores ni de los sindicatos, de modo que sólo se cumple con el respeto debido al derecho fundamental a la intimidad..., cuando se garantiza que las cámaras sólo enfoquen lugares exteriores de la empresa o de paso pero nunca los concretos puestos de trabajo». De esta forma, el control mediante videovigilancia de la ejecución del trabajo se considera que no se justifica por sí mismo —es decir, como

(26) AS 1676.

(27) AS 2878.

control genérico de la prestación de servicios—, si no concurre una causa especial para su establecimiento.

Hay una diferencia cualitativa entre estos supuestos en los que la finalidad de la medida se centra en ejecución de la prestación laboral por razones de control y aquellos otros en los que la captación de la imagen persigue otras finalidades que aparecen como directamente atentatorias a la intimidad y fuera del ámbito lícito del control empresarial. El caso más ilustrativo en esta línea puede ser el de la STSJ de Asturias de 30 de abril de 2004[28] en el que se habían colocado dos mini cámaras ocultas bajo las mesas de las administrativas[29], conectadas con el despacho del gerente con la finalidad de «observar y grabar a las trabajadoras..., siempre de forma que le permitiera ver y obtener imágenes de zonas corporales y actos relacionados con su sexo o con aspectos reservados de la persona». El ámbito laboral se revela aquí claramente como un espacio en el que puede vulnerarse el derecho a la intimidad y en el que no hay realmente un ejercicio lícito de las facultades empresariales de control.

La agresión de la intimidad que se realiza al grabar una conversación es mayor que al grabar una imagen

B) Escucha y grabación de conversaciones: la justificación específica por la finalidad productiva; el ejemplo del marketing *telefónico*

La grabación de una conversación suele ser más sensible para la intimidad que la grabación de una imagen, porque, como se ha dicho, la conversación puede revelar pensamientos y sentimientos internos que la imagen no proporciona o proporciona muy limitadamente[30]. La STC 98/ 2000 realizó la ponderación resolviendo el conflicto a favor de la intimidad, porque la agresión a ésta mediante la grabación de las conversaciones era considerable, mientras que el interés de la empresa en el control de las conversaciones con un instrumento técnico de la reproducción del sonido no se revelaba como algo indispensable, sino como una medida complementaria de conveniencia, que proporcionaba sólo un *plus de seguridad*. Como suele suceder con los juicios de ponderación, la doctrina de la sentencia no permite extraer un criterio general en el sentido de que todo sistema de escucha y grabación de conversaciones es ilícito, sino sólo la indicación de que en el juicio de ponderación el peso de la grabación de conversaciones es elevado y que, por tanto, el interés de la empresa en esta forma de control tendrá que ser muy alto para que la balanza de la ponderación se incline a su favor[31].

(28) AS 2112.

(29) Había otra tercera cámara en el aseo.

(30) J.R., MERCADER UGUINA, *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y Sociedad de la Información,* Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 104 y 105.

(31) RJ 313/2004.

Esto es, sin embargo, lo que ocurrió en el caso de la STS de 5 de diciembre de 2003, sobre el control aleatorio, pero permanente y general, de las conversaciones entre los denominados asesores comerciales de una empresa de telefonía y los clientes de esa empresa. La justificación de ese control se aprecia porque se trata de un teléfono de uso exclusivamente profesional para la realización de la actividad de *telemarketing* y porque el propio contenido de la prestación de trabajo consiste en esas conversaciones con los clientes. Para llegar a esta conclusión se realiza, conforme a la doctrina constitucional, la correspondiente ponderación que en este caso lleva a un resultado distinto —pero no contrario— al de la STC 98/2000. Para el Tribunal Supremo si el teléfono se ha puesto a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para que lleven a cabo sus funciones de *telemarketing* y a la vez disponen de otro teléfono para sus conversaciones particulares, y si además «los trabajadores conocen que ese teléfono lo tienen sólo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa», aunque de forma aleatoria y con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio, «la única conclusión razonable a la que se puede llegar es a la de que se trata de un control proporcionado a la finalidad que con el mismo se pretende». Se trata además de un control necesario, ya que «no se conoce otro medio más moderado para obtener la finalidad que se pretende»; «es idóneo para el mismo fin» y «ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores —proporcionalidad en sentido estricto—».

El caso volvió a plantearse en la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2006[32], pero ya en un procedimiento por sanciones en el que los hechos por los que fue sancionada la actora obedecieron a los incumplimientos detectados en las escuchas telefónicas realizadas en la forma habitual en el sector de *telemarketing*. La sentencia de suplicación, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, entiende que el control efectuado mediante las escuchas telefónicas es un control proporcionado, que supera la ponderación con la restricción de la esfera de la intimidad, por lo que rechaza la nulidad de la sanción. Vemos aquí la consecuencia práctica del control: la escucha permite comprobar los incumplimientos en el trabajo, adoptar las medidas disciplinarias y probarlas en juicio. Sin las escuchas el control empresarial no puede funcionar.

La comparación entre las sentencias del *telemarketing* telefónico y la STC 98/2000 muestra el juego empírico de la ponderación, como un balance que varía en cada caso. En el *telemarketing* telefónico si las conversaciones no pudieran ser controladas, la prestación de trabajo tampoco podría ser dirigida y vigilada por el empresario, con lo que probablemente no habría siquiera un contrato de trabajo, sino una colaboración profesional de una empresa con unos trabajadores autónomos. El control de las conversaciones es, por tanto, indispensable en la lógica del contrato y se hace en unas condiciones que minimizan la eventual lesión de la esfera de la intimidad. En principio, la agresión es potencialmente alta porque afecta a la comunicación, pero se escuchan sólo las conversaciones con los clientes; el trabajador sabe que va a ser escuchado y se cuenta con otro teléfono para la comunicación personal en la zona de descanso.

(32) AS 801.

C) La normalización de las formas no transparentes de videovigilancia

Pero donde se advierte con más claridad la recepción de la doctrina constitucional es en la normalización del uso de la videovigilancia sin previa información y con cámara oculta. La influencia de la STC 186/2000 ha sido decisiva en la medida en que la aplicación de los criterios de ponderación ha tenido una recepción muy amplia en el orden social que ha prestado menos atención a los problemas de transparencia en el control. En este sentido pueden citarse numerosos pronunciamientos[33], que insisten en los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero que apenas conceden atención a la información previa sobre la aplicación de la videovigilancia. Es significativa en esta línea la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2004[34] que se pronuncia sobre el control mediante una cámara oculta del cumplimiento del horario laboral de la limpiadora de una consulta odontológica; control que comprobó que la limpiadora había trabajado un porcentaje del 59,16% de su jornada en una semana y del 62,77% en la otra. La sentencia considera que la medida empresarial resultaba proporcionada a los fines pretendidos y cumplía con las tres condiciones exigidas por el Tribunal Constitucional: «estaba justificada, pues se asentaba sobre unas sospechas reales (el hecho de constatar que la limpieza de la clínica era insuficiente parece bastante como sospecha de incumplimiento); era idónea para la finalidad pretendida, pues la trabajadora tenía un horario definido y un lugar concreto de trabajo que permitía su control por tal medio instrumental; necesaria, pues la grabación servía de prueba de la irregularidad y equilibrada, en cuanto la grabación se limitó al tiempo suficiente para constatar que la conducta era ya un hábito y no una excepción puntual». La sentencia ni siquiera considera necesario justificar el carácter oculto del mecanismo técnico de control. Cuando tal justificación se aborda, como en la STSJ de Sevilla de 9 de marzo de 2001[35], normalmente se limita a reproducir la breve argumentación de la STC 186/2000, sobre el secreto como garantía de la efectividad de la medida y la información al comité de empresa como cuestión de mera legalidad.

El carácter casuístico de la ponderación tiene el riesgo de conducir en ocasiones a resultados diferentes en el enjuiciamiento. Un buen ejemplo de ello es el caso de los vigilantes del Museo de Lugo, que fue resuelto de manera divergente en las SSTSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2001[36] y 20 de marzo de 2002[37], aunque la forma en que se llevó a cabo

(33) SSTSJ de Asturias de 22 de marzo de 2002 (AS 632), sobre el control mediante grabación de las irregularidades en una caja registradora; La Rioja de 30 de mayo de 2002 (AS 2207), sobre irregularidades en una oficina de correos, Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2004 (AS 1476), sobre la grabación del trabajador que duerme habitualmente durante el trabajo, y 13 de junio de 2007 (AS 2808), sobre el trabajador que bebe habitualmente de una botella de brandy que se utilizaba en las labores de pastelería; Madrid de 28 de junio de 2005 (AS 2080), sobre el control en circuito TV de operaciones de pago de consumiciones en el bar de un establecimiento comercial y 9 de mayo de 2006 (AS 2030), sobre la grabación de la trabajadora que desconectaba los frigoríficos; Las Palmas de 31 de octubre de 2005 (AS 2942), sobre sustracciones de dinero y artículos, y Galicia de 22 de diciembre de 2005 (AS 778/2006), grabación por vídeo de hurtos en establecimiento comercial.

(34) AS 382.

(35) AS 2788. La sentencia tiene especial interés porque la grabación que capta el incumplimiento del trabajador se produce aplicando el sistema general de vigilancia, que se había instalado con otros fines —los controles de seguridad y de defensa del patrimonio de la empresa—. Se trata de un «hallazgo causal» en el sentido que tiene este término en la jurisprudencia.

(36) AS 390.

(37) AS 3385.

la videovigilancia era la misma. En la primera sentencia se consideró que la grabación era lesiva al derecho a la intimidad, valorando que 1.º) la empresa no había ofrecido explicación ni justificación concreta o razonada acerca de su decisión de instalar la cámara, sin que, a tal fin, sea bastante la mera sospecha de prestación irregular del servicio; 2.º) la estancia del museo donde se instaló la cámara coincide con el lugar de prestación de servicios, pero esto es indiferente, porque la lesión del derecho a la intimidad también puede producirse en los lugares donde se realiza la actividad laboral; 3.º) aunque las filmaciones no se realizaron con propósito de exteriorización o divulgación, se grabó únicamente al trabajador, se hizo de forma subrepticia y además no era el único sistema en virtud del cual la empresa podía comprobar si era o no correcta la prestación de servicios del demandante. Por el contrario, para la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2002 la conclusión es la contraria en atención a las siguientes razones: 1.ª) era una medida justificada con la que se consiguió el objetivo propuesto por la empleadora de comprobar y constatar el comportamiento del trabajador, 2.ª) no cabe apreciar la existencia de otra medida por parte de la empresa más moderada para conseguir dicho propósito, al tratarse de jornada laboral nocturna, en la que el museo permanecía cerrado, de forma que sólo el propio vigilante que se encontraba en su interior era quien podía abrir la puerta para permitir el acceso, 3.ª) el control empleado se aplicó de forma esporádica, afectando a todos los trabajadores que realizaban jornada nocturna en el museo y 4.ª) no resulta exigible la información previa sobre el control porque con ella se frustraría la finalidad pretendida.

D) Videovigilancia en lugares distintos del correspondiente a la ejecución del trabajo

a) Lo público y lo privado en el espacio no laboral de la empresa

En la doctrina tradicional del orden social se mantenía en principio la licitud de la videovigilancia cuando ésta operaba como un control de la prestación de trabajo en el tiempo y el lugar de trabajo, reservando un tratamiento más restrictivo para los lugares afectados a finalidades de orden personal de los trabajadores (lavabos, vestuarios, salas de descanso, comedores o lugares de esparcimiento). De manera quizá demasiado tajante la STC 98/2000 afirma que «la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta *a fortiori* lesiva *en todo caso*[38] al derecho a la intimidad».

La afirmación es excesiva y demasiado general, porque, en primer lugar, la relevancia de estos lugares en términos de intimidad es muy distinta: entre ellos hay lugares públicos —lugares de espera o de descanso, cafeterías, comedores— y otros lugares de uso personal muy sensibles a la intimidad (aseos, servicios, duchas, vestuarios,...) y, en segundo lugar, porque puede existir una necesidad de controlar esos lugares e incluso la persona o las pertenencias del trabajador y esa necesidad está incluso reconocida normativamente en el artículo 18 ET. La vigilancia y el empleo en ella de las técnicas de reproducción de la imagen y el sonido de los trabajadores fuera del centro de trabajo es también normal, como muestra el caso del control de la incapacidad temporal o el de los trabajadores que desarrollan su actividad laboral fuera del centro de trabajo. Es, por tanto, un problema que no cabe descartar con una exclusión general.

(38) La cursiva es de los autores.

La recepción de la doctrina constitucional de la prohibición absoluta ha operado, sin embargo, de forma automática en algunos pronunciamientos, como puede verse en la STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2000[39], sobre un caso de consumo de drogas, con sospecha de tráfico, de dos trabajadores que fueron observados por una cámara que grababa un área de descanso y durante su horario de trabajo cómo procedían a manipular una sustancia, calentándola con un mechero y cortándola. La sentencia, aplicando la doctrina constitucional, entiende que está implicado el derecho a la intimidad y anula la prueba. Pero, en realidad, el lugar filmado no es propiamente un ámbito de intimidad, sino un lugar público, aunque no fuera el lugar de trabajo, aparte de que la vigilancia podía estar advertida. Además si el control de este lugar estaba justificado por razones de seguridad privada en el interior del establecimiento o en sus accesos[40], la grabación del consumo de drogas podría considerarse un hallazgo causal.

Dentro del establecimiento empresarial se suscitan en ocasiones algunas dudas sobre el alcance de los lugares reservados, donde la videovigilancia no puede en principio operar. En este sentido pueden consultarse las SSTSJ de Murcia de 3 de febrero de 2003[41], en las que se considera que «las cámaras de vídeo no invadieron terreno personal pues se encontraban en el exterior de los aseos controlando un torno de acceso a los mismos», es decir, no graban lo que sucedía en los aseos, sino fuera de ellos[42]. La STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2007[43] examina un caso en que ante una serie de hurtos en los vestuarios y taquillas la empresa —Servicios Municipales— instaló 21 cámaras de las que 8 se encuentran instaladas por razones técnicas en el interior de los vestuarios, al no ser posible su instalación fuera. Se trata de dispositivos fijos, que no admiten rotación, y que se encuentran orientadas al exterior del acceso por lo que no es posible que graben el interior de los vestuarios. Se discute si con ello se vulnera la intimidad de las zonas reservadas y la sentencia aplica la ponderación: la medida es adecuada, pues se han cometido hurtos incluso en las taquillas de los trabajadores, evidenciándose insuficientes las medidas de seguridad previas; resulta idónea, ya que se trataba de controlar el acceso a los vestuarios, donde habían tenido lugar los robos y hurtos; es equilibrada pues la grabación se limita al acceso, sin posible grabación del interior de aquéllos, y finalmente, es necesaria

Existen dudas sobre el alcance de los lugares reservados, donde la vigilancia no puede, en principio, operar

(39) AS 4136.

(40) F.J. BAUZA MARTORELL, *Régimen jurídico de la videovigilancia,* Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 36 y 37.

(41) AS 468 y 1356.

(42) Lo que se graba es que varios trabajadores saltan el torno de acceso a los lavabos utilizando una sola tarjeta para evitar el cómputo del tiempo de utilización de los servicios.

(43) AS 2647.

dado que la grabación serviría de prueba de los hechos detectados. En la STSJ de Las Palmas de 27 de julio de 2001[44] la conclusión es distinta, porque se trata de una cámara de televisión de pequeño tamaño, oculta, que enfocaba para prevenir robos el vestuario de los electricistas y las taquillas.

En la misma línea, con un ejercicio muy matizado de la ponderación, se sitúa la STSJ de Madrid de 17 de abril de 2009[45], ya comentada, sobre la taquilla de venta de billetes en una estación de ferrocarril, que tenía una primera cámara que, para grabar la caja fuerte y el teclado de la alarma, tenía que enfocar una zona que incluía el perchero y el aseo. La instalación de esta cámara dirigida a controlar el acceso a la caja fuerte y al sistema de mandos del equipo de seguridad se estima justificada e idónea a efectos de la protección de unos elementos que requieren particular protección. Pero el juicio de proporcionalidad es negativo: «en modo alguno se puede decir que sea una medida equilibrada, ni por el campo de grabación que acoge, ni por el tiempo en que dura la grabación», pues, respecto al campo, «la cámara incluye el espacio que utiliza el trabajador para dejar su ropa y ponerse la que le entrega la empresa» y además hay que tener en cuenta que la ubicación de la cámara de videovigilancia enfocando hacia el interior del aseo con el propósito de vigilar la zona donde está instalado el panel de mandos de la alarma «es cuestionable desde el momento en que no se justifica motivo alguno para compatibilizar en un mismo espacio ambos usos»; ciertamente, no se ha explicado por qué el indicado panel de mandos tiene que estar justamente en el interior del aseo».

Un espacio ajeno a la prestación de trabajo y reservado, conforme a la STC 98/2000, es el comedor, pero la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2006[46] considera que es admisible la aplicación de medidas de videovigilancia débil consistentes en unas cámaras que no tienen sistema de grabación ni captan el sonido. La sentencia entiende que este sistema no vulnera la intimidad de los trabajadores a la vista de las características de las cámaras: no se captan conversaciones y las imágenes «son de bajo contenido técnico, de hecho no se puede apreciar personalmente quién está en el comedor (...)», «no abarcan directamente las mesas, sino únicamente la fila de entrada y la línea de comida del autoservicio». Por otra parte, la vigilancia del acceso a la zona y del uso del comedor estaba además autorizada por el convenio colectivo, que preveía que la empresa podría aplicar en el restaurante «el sistema tecnológico de control que se estime oportuno». Por el contrario, en la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2006[47] el módulo de espera o de descanso del personal de asistencia en tierra en un aeropuerto se considera ámbito privado en el que no cabe instalar un sistema de vigilancia con grabación de imagen y sonido y con presencia de un detective «camuflado», pese a que se acredita que en el módulo se produce el consumo de bebidas alcohólicas y drogas, se juega al fútbol utilizando cajas y deteriorando el mobiliario, se consumen productos de alimentación de aviones entregados por una azafata y un emplea-

(44) AS 4603.

(45) AS 1656.

(46) AS 3406. Una de las cámara enfoca también los pasillos que conducen a los locales sindicales, pero la sentencia descarta que se trate de un control de contenido sindical con el argumento de que la cámara lleva instalada muchos años sin que se haya aducido ningún hecho concreto relacionado con el uso de estas cámaras que a lo largo de estos años haya supuesto una efectiva vulneración de tal derecho por parte de la empresa.

(47) AS 1069.

do del *catering*, se ensucia el local y se producen determinadas acciones violentas con el mobiliario (patadas a sillas y una puerta, rotura del dispensador de agua)[48].

b) Videovigilancia fuera del marco del establecimiento empresarial

En la práctica encontramos numerosos casos en los que el control empresarial y su aplicación técnica instrumental mediante la videovigilancia van más allá de los límites del establecimiento empresarial[49]. Esto es lo que suele ocurrir normalmente cuando se trata de controlar la actividad laboral de los trabajadores que han de cumplirla fuera del establecimiento empresarial (representantes de comercio, vendedores a domicilio, actividades de transporte,...), o cuando se sospecha que el trabajador realiza actividades de concurrencia ilícitas por cuenta propia o ajena, pero también cuando se trata de controlar determinadas conductas extralaborales, como la realidad de la situación de incapacidad temporal[50].

El problema de estas formas de control afecta, en primer lugar, a la necesidad de distinguir entre el ámbito público o privado en que se realiza, en la medida en que este último —normalmente el domicilio del trabajador o de personas con él relacionadas— queda fuera del control. Pero éste podría quedar también limitado en los espacios públicos, como pueden estarlo las medidas de vigilancia audiovisual en la seguridad privada.

---

(48) La sentencia es muy crítica sobre la utilización del detective en la que centra prácticamente el juicio de ponderación. Esa utilización que considera contraria a la buena fe contractual y también lesiva del derecho de intimidad de los trabajadores, que «no pueden sospechar que, entre ellos, existe un espía de la empleadora cuya función no es la de prestar servicios como trabajador, sino la de escrutar la conducta de "sus compañeros" en aquellas zonas en las que no puede llegar lícitamente la vigilancia de la empresa, actuando como verdaderos ojos y oídos del empresario en los lugares en los que los trabajadores no cuentan con su presencia por estar destinados, precisamente, al esparcimiento fuera del puesto de trabajo». La justificación de la investigación se niega, porque se considera que no se ha acreditado una situación general de indisciplina y que ésta no puede producirse fuera de la ejecución del trabajo durante los tiempos de espera y descanso. Pero en realidad la situación de grave indisciplina, traducida en unas conductas desordenadas, había quedado acreditada como consecuencia de la investigación que se realiza precisamente para confirmar las sospechas existentes en este sentido. Tampoco es correcto entender que los trabajadores no quedan sometidos al poder de dirección del empleador en los tiempos de espera y descanso cuando permanecen en el centro de trabajo. En cuanto a la utilización del detective hay ciertamente un ardid en su presentación como un trabajador. Pero, con independencia de que como se valore este ardid —propio de la denominada técnica del *policía infiltrado*— no parece que éste afecte a la intimidad: las conductas registradas tienen lugar en un espacio público —en el módulo de espera, no en el interior de los vestuarios— y el detective ve y escucha lo que podría ver otro trabajador de la empresa, testificando sobre ello. Nuestro ordenamiento admite de forma restrictiva y con determinadas condiciones la figura del agente encubierto, pero rechaza la del agente provocador (artículo 282 bis LECr). *Vid.* sobre estas figuras J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho Penal. Parte General,* Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001, y *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Aranzadi, Cizur Menor, 2009. Pero el detective que se limita a actuar como trabajador, observando lo que sucede y dando cuenta de ello, no es, desde luego, un agente provocador, ni un agente encubierto. No asume una identidad supuesta, no promueve ninguna infracción ni incurre en falsedad tipificada penalmente. En cuanto a la vulneración de la buena fe, es claro que, como se razona en la nota 98, no puede ante una investigación que se limita a reaccionar ante indicios de incumplimientos graves y que no puede realizarse de forma abierta por razones de eficacia.

(49) L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral,* Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 173-186, M.J. MATEU CARRUANA, «Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control de las conductas extralaborales del trabajador», en AA.VV., *El control empresarial en el ámbito laboral,* Ciss-Praxis, Madrid, 2005, pp. 245-264.

(50) También podría citarse el caso del control del uso del crédito horario de los representantes de los trabajadores, *vid.* al respecto L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, op. cit.,* pp. 184- 186.

En relación con el primer problema —delimitación entre el espacio público y el privado— hay que mencionar la STSJ de Galicia de 26 de marzo de 2007[51], porque el control mediante grabación de imágenes tiene por objeto un taller anexo al domicilio del trabajador observado, en el que éste desarrollaba una tarea de reparaciones concurrente con la actividad de la empresa. Se aplican los criterios de ponderación de la STC 186/2000 y la conclusión es que la vigilancia está justificada, pues la iniciativa no es gratuita, sino que concurrían elementos reales y veraces sobre una posible concurrencia desleal, y el medio utilizado para llevarla a cabo era necesario para conocer y determinar si fuera de su jornada laboral el actor realizaba labores que suponían una competencia desleal con su empleadora, no siendo cierto que la grabación se hiciera en el domicilio del actor, sino que la grabación de imágenes se limitó a una taller anexo al domicilio, en el que el trabajador realizaba las labores de chapa y preparado para posterior pintura del vehículo[52].

Más compleja resulta la distinción en el supuesto que decide la STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2008[53], en la que para comprobar la situación de incapacidad temporal de la trabajadora se grabó a ésta por un detective cuando procedía a realizar determinadas operaciones en «un tendedero de ropa situado en la fachada exterior del edificio, delante de una ventana» de su domicilio. Para la Sala «la grabación videográfica vulnera el derecho fundamental a la intimidad», pues recoge «momentos puntuales» de una persona que se asoma al exterior de su domicilio «para realizar actos propios de su vida privada y reservada». Esta conclusión parte de una consideración subjetiva de los actos íntimos, que «no pierden esa naturaleza por el hecho de que puedan circunstancialmente verlos quien pasa ocasionalmente por la vía pública, ya que no son actos destinados a esa exhibición» y si se han expuesto a conocimiento público lo han sido «en la creencia razonable de su visión absolutamente anecdótica e irrelevante». Pero lo cierto es que lo que hay que determinar de forma más objetiva es si el acto de tender ropa o de recoger la tendida puede afectar a la intimidad y si el espacio exterior de la vivienda puede considerarse como una prolongación del domicilio. La conclusión final que resulta bastante razonable es ésta: se capta una información propia de la vida privada, que se realiza desde el domicilio, aprovechando el carácter circunstancial de estar expuesta momentáneamente la correspondiente actuación a la visión pública.

En general, la utilización de los servicios de detectives privados y el apoyo gráfico de su investigación como medio de prueba se acepta en cuanto las imágenes se concretan a espacios públicos y se trata de controlar la actividad del trabajador que por sus condiciones de ejercicio tiene que realizarse fuera del establecimiento empresarial[54] o de verificar si realmente se encuentra incapacitado. Así en la STSJ de Madrid de 21 de abril de 2008[55] se entiende justificado el seguimiento por detectives de un visitador médico con confección de un reportaje fotográfico, como «forma idónea de controlar la actividad laboral del actor», pues era «la única manera de poder averiguar y demostrar..., las causas reales que estaban

(51) AS 2822.

(52) Contrástese esta solución con la de la STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007, AS 3037.

(53) AS 2817.

(54) Como ya precisó en su momento la STS de 19 de julio de 1989 (RJ 5729).

(55) AS 1266.

ocasionando el escaso rendimiento» sobre el que existían fundadas sospechas. Se valora que el informe y la grabación gráfica que le servía de soporte se limitó a «describir las actividades que diariamente realizaba el actor fuera de su domicilio»(56). Por consiguiente, el acogimiento a este medio de control se ajustó a los presupuestos constitucionales que exige la doctrina antes expuesta. En términos de la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007(57) si la denuncia de vulneración del derecho a la intimidad se basa en que se visionó una cinta de video, donde se veía al actor paseando y yendo de compras, tal vulneración no existe, ya que «la grabación se realizó en espacio público».

En algún caso se ha aplicado, sin embargo, un criterio más restrictivo, como puede verse en la STSJ Madrid 27 de junio de 2007(58), en la que se afirma que «la actividad que cualquier persona pueda llevar a efecto fuera de su centro de trabajo, pertenece a la esfera de su vida privada, aun cuando se desarrolle en espacios públicos, y no puede ser fiscalizada por la empresa, porque forma parte de su intimidad, no teniendo los empleadores derecho alguno a conocer a qué dedican los trabajadores su tiempo». Se trataba del seguimiento de un delegado comercial al que, entre otros incumplimientos, se le reprochaba haber constituido una sociedad para competir con la empleadora con utilización de los recursos de ésta. La restricción va demasiado lejos, como afirmación general. Es cierto que el dato de que la imagen se capte en un espacio público no siempre determina que haya que excluir la lesión del derecho a la intimidad, como muestra la STC 83/2002, sobre la publicación de fotografías de actos íntimos en la playa(59). Frente a la alegación de que el carácter público del lugar excluye la lesión se indica que, a la vista de las circunstancias concurrentes —en especial, el carácter apartado del lugar y ante un círculo reducido de amigos—, «el solo dato de que las imágenes fueran captadas en una playa, como lugar abierto al uso público» no es relevante, pues no muestra que se haya descuidado la intimidad personal y familiar, «*abriéndola* al públi-

El hecho de que la imagen se capte en un espacio público no siempre implica lesión del derecho a la intimidad

(56) En el mismo sentido pueden verse la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2004, AS 3410, y las SSTSJ de Madrid de 27 de octubre de 2003, AS 532/2004, Galicia de 27 de noviembre de 2004, AS 1676, e Islas Baleares de 17 de noviembre de 2008, AS 2547, estas últimas sobre el control de la incapacidad temporal. Más ampliamente sobre este control, A. VICENTE PALACIO, «El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social», en AA.VV. (Dir. J.I. García Ninet) *Control empresarial en el ámbito laboral,* cit., pp. 231-238; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral,* cit., pp. 181-183.

(57) AS 1535.

(58) AS 3037.

(59) *Vid.* la STS1.ª 12 de junio de 2009, RJ 2009\3392, sobre la captación y publicación de la imagen de una modelo en *top less*, también en la playa, pero en circunstancias que no son de intimidad. La sentencia señala que «si ciertamente está admitido por los usos sociales disfrutar de la playa sin la pieza superior del biquini, la consecuencia lógica no puede ser que sea ilícita la imagen de quien así es fotografiada sin su consentimiento y no lo sea si viste de otro modo en la playa o es fotografiada en ropa de calle».

co conocimiento». Pero, en general, lo que se expone en un espacio público sale del ámbito de la intimidad, en especial si se trata de actos que no pertenecen por sí a la esfera privada que se quiere sustraer al conocimiento general, como los actos de carácter profesional o las actividades de la vida corriente (compras, paseos, práctica de deportes, gestiones, entrada en locales de restauración o esparcimiento). Por ello, el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 se refiere normalmente a la captación y conocimiento de la vida íntima o de la vida privada de una persona a la hora de definir las intromisiones ilegitimas. Sólo el número 5 de ese artículo(60) contempla con carácter general como intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación, por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o *fuera de ellos*». Esta última expresión lleva la intromisión ilegítima más allá de la lesión de la intimidad, pues se está fuera de los lugares o momentos propios de la vida privada. La lesión se sitúa en el ámbito del derecho a la propia imagen, como derecho a impedir la obtención de esa imagen por un tercero no autorizado(61). No es aplicable en el caso —imágenes de los trabajadores obtenidas por detectives para comprobar determinados incumplimientos— ninguna de las excepciones del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982. Pero, aparte de que la enumeración de este artículo no se considera cerrada, la legitimación de esa actuación puede producirse por otras vías. El artículo 2.2 de la Ley Orgánica dispone que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso». El artículo 19.1.a) de la Ley 23/1992 abre la primera vía cuando autoriza a los detectives privados para obtener y aportar información o pruebas sobre conductas y hechos privados, aunque evidentemente están obligados a no emplear en su investigación «medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (artículo 19.4). Pero la simple captación de la imagen en lugares públicos no vulnera, como hemos visto, la intimidad, y el derecho a la propia imagen debe ceder cuando la imagen no se capta para disponer de ella con fines de publicación ni comerciales, sino con la única finalidad de verificar un incumplimiento laboral y acreditar su existencia en un proceso, es decir, con una finalidad que se conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva(62). La segunda vía parte del propio contrato de trabajo, en el que, a la vista del artículo 20.3 ET, cabe entender que se está prestando consentimiento a las formas de control empresarial que no sean contrarias a la dignidad del trabajador y no lo es la mera captación de imágenes en espacios públicos con la finalidad indicada.

E) Fuera del ámbito de la intimidad: videovigilancia y huelga

Aunque la materia colectiva queda al margen de este análisis, tiene, sin embargo, interés examinar brevemente algunos problemas que se han ido suscitando en este ámbito cuando las técnicas de videovigilancia se han aplicado para captar y registrar hechos que se relacionan con el ejercicio de los derechos colectivos, en particular con la huelga.

---

(60) El supuesto del número 6 sobre la utilización de la imagen para fines publicitarios o comerciales no interesa a efectos del análisis que aquí se realiza.

(61) SSTC 81/2001, 72/2007 y 138/2009, entre otras.

(62) Especial interés tienen las SSTS1.ª de 2 de julio de 2004, RJ 5262 y 8 de febrero de 1997, RJ 664.

En la STC 37/1998 no estamos ante un control empresarial, sino ante un control policial. Se trata de la filmación por cámaras de vídeo y de la toma de fotografías por la policía de la actuación de un piquete de unos cincuenta trabajadores que se desarrollaba con «absoluta normalidad» durante la convocatoria de una huelga general. El sindicato LAB interpuso demanda de tutela de los derechos de huelga y de libertad sindical que estima vulnerados por la intervención policial. La demanda fue desestimada por entender los órganos judiciales que la mera filmación de la actuación del piquete en un lugar público sin limitar esa actuación no vulneraba los derechos alegados. El Tribunal Constitucional no comparte esta posición. Pone de relieve, en primer lugar, que el derecho de huelga comprende el derecho «a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin». Se trata entonces de determinar si la filmación limita el derecho de huelga y si no existía otro interés constitucionalmente reconocido que, en caso afirmativo, justificase esa limitación. Estamos, por tanto, de nuevo con el principio de proporcionalidad y la técnica de la ponderación. Entiende el Tribunal Constitucional que «la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad, pues, no cabe minusvalorar los efectos disuasorios que puede producir en el ánimo de quienes pacíficamente forman parte de un piquete informativo el hecho de ser ininterrumpidamente filmados, sin mediar explicación alguna de este proceder —es decir, sin que los afectados puedan conocer los motivos de la medida adoptada—, sin que se acepte su ofrecimiento de identificación y, sobre todo, sin saber qué uso van a hacer de la filmación las fuerzas de seguridad y qué tipo de controles van a existir sobre la misma», aparte de la proyección del efecto disuasorio sobre los ciudadanos informados. Del otro lado de la balanza está «un bien constitucionalmente legítimo como es la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y la preservación de la seguridad ciudadana que, en principio, podía justificar la adopción de una medida de control preventivo».

Pero la balanza se inclina hacia el derecho de huelga, porque no se respetaron por la Administración las garantías del derecho de huelga: 1.º) «en primer lugar, porque, a pesar de la solicitud de los miembros del piquete, no se justificó la medida»; 2.º) en segundo lugar, no se aceptó como posible medida alternativa la identificación personal ofrecida por los participantes en la acción de dar publicidad a la huelga; 3.º) no se aportan datos que permitan concluir que no fuese suficiente para prevenir los riesgos de desórdenes la presencia de importantes efectivos de las fuerzas de orden público[63]; 4.º) la desproporción de la medida resalta si se tiene en cuenta su especial incidencia disuasora y, en consecuencia, limitadora del derecho de huelga, derivada de la inexistencia en aquel momento de específicas previsiones legales sobre los supuestos y procedimientos para llevar a cabo filmaciones, singularmente importantes en materia de conservación, puesta a disposición judicial y derechos de acceso y cancelación de las grabaciones al margen de las previsiones generales contenidas en la Ley. De esta forma se anticipa que bajo la vigencia de la Ley Orgánica 4/1997 la solución hubiera sido otra.

(63) Se dice efectivamente que los órganos judiciales declaran probado que estaban presentes varios coches patrulla de la Ertzaintza frente a algo más de cincuenta miembros del piquete. Pero se entra en un juicio de control empírico muy estricto de la discrecionalidad de la acción policial, cuando por lo demás es notorio que la presencia de efectivos policiales no impide siempre la aparición de desórdenes.

Con todo el carácter problemático de estos razonamientos muestra la inseguridad de la técnica de la ponderación que más que en una construcción jurídica segura a partir de los contenidos y los límites de los derechos en conflicto se apoya en valoraciones muy circunstanciales y en preferencias subjetivas. Así, frente a la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional podría proponerse una contraponderación fundada en que: 1.º) una actuación policial no es un acto administrativo formal que esté sujeto a motivación y es además notorio que en las actuaciones de los piquetes se producen en ocasiones determinadas alteraciones del orden público frente a las que la filmación en un espacio público puede ser una fórmula razonable y moderada de prevenirlas; 2.º) es obvio que la oferta de identificación de algunos miembros del piquete no garantiza de forma eficaz la seguridad si los desórdenes se producen luego por personas no identificadas o que se integran con posterioridad en el piquete; 3.º) el efecto disuasor de la filmación sobre el ejercicio del derecho de huelga es relativo, pues si la acción informativa va a ser pacífica no hay razones para sentirse «disuadido», y 4.º) el destino posterior del material gráfico podría haberse aclarado con posterioridad ante los servicios policiales autonómicos, pues si bien no regía todavía la Ley Orgánica 4/1997, sí estaba vigente la Ley Orgánica 5/1992, de acuerdo con la cual podían aplicarse determinadas medidas de protección de datos[64].

En las SSTSJ de Murcia de 11 de mayo de 1996 y 4 de septiembre de 2000 [65] estamos ante un control empresarial. En la primera, una cámara que ya se encontraba instalada en la empresa para otra finalidad graba supuestamente a «quienes debían pasar obligadamente por la puerta de la empresa si querían entrar al trabajo, a los que formaban parte del piquete informativo y a los huelguistas», lo que se presenta como una disuasión y obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga. Parte la sentencia de la inexistencia de una prohibición general de la instalación por el empleador de aparatos audiovisuales y mecanismos o dispositivos para controlar a distancia el trabajo; principio que enlaza con el hecho de que las cuatro cámaras de circuito cerrado de televisión fueron instaladas en la empresa por razones de seguridad veinte meses antes de que se desatara el conflicto colectivo examinado en las presentes actuaciones, instalación que no era desconocida por los trabajadores y sus representantes. De ahí concluye que «el propósito de tales mecanismos de captación de la imagen no fue limitar el derecho de huelga». Ahora bien, el que no se hayan instalado con esa finalidad no supone que no se hayan utilizado con ese fin si efectivamente se emplearon para filmar a los piquetes y a los huelguistas. Pero aquí se produce un giro en el planteamiento, pues la sentencia nos dice que «no ha podido acreditarse la existencia de tales filmaciones, ni que la empresa haya hecho uso alguno de las mismas en perjuicio de los trabajadores». La sentencia añade que «la petición de destrucción de tales cintas es inatendible a riesgo de emitir una condena de imposible cumplimiento, no pudiendo trasladarse a la parte demandada la carga diabólica de probar que tales grabaciones no se han llevado a efecto». Ahora bien, si no se ha probado la filmación todo el pleito en este punto carece de interés, aunque cabe preguntarse qué hubiera sucedido si las filmaciones se hubieran realizado. ¿Habría que haber recurrido en este caso a la ponderación?

---

(64) *Vid.* P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 106-111.

(65) AS 1596 y 2813. Sobre las dos sentencias, *vid.* el comentario de L.A. FERNÁNDEZ VILLAZON, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral,* cit., pp. 80-82.

Sin embargo, en la STSJ de Murcia de 4 de septiembre de 2000 las cámaras se instalan con la finalidad de filmar la huelga y resulta acreditada la filmación de los huelguistas. De forma muy breve la sentencia concluye que la actividad de vigilancia, por sorpresiva e inesperada, era también atentatoria al derecho fundamental de libertad sindical y derecho. Parece que tampoco aquí estaba en juego la justificación de las medidas por razones de seguridad.

4. Recapitulación y revisión crítica: control audiovisual frente a intimidad

A) Los problemas: la relación de conflicto entre intimidad y control y su solución mediante la ponderación

El recorrido por las decisiones judiciales más relevantes que hemos realizado en los apartados anteriores muestra un panorama todavía confuso e insatisfactorio. La doctrina constitucional no ha contribuido a la claridad. En gran medida esto es consecuencia, como ya se ha avanzado, del carácter casuístico de la ponderación, un método de decisión que tiene riesgos bastante altos de inseguridad y de subjetivismo[66], pero quizá esta situación responde también a las características de los casos decididos por el Tribunal. La STC 98/2000 abordó los problemas de un sistema de control con vocación de generalidad, aunque localmente limitado, pero analizó el problema desde una perspectiva muy sensible a la intimidad —la grabación de conversaciones— y en un supuesto en que el interés de la empresa se argumentó de manera bastante débil. Por el contrario, la STC 186/2000 se pronunció sobre un control oculto *ad hoc*, insistiendo en una justificación finalista —las sospechas de irregularidades en la caja—, pero descuidando las exigencias de transparencia del control y valorando la escasa afectación de la intimidad —control individualizado, selectivo y localmente limitado de la imagen—.

El carácter casuístico de la ponderación supone un riesgo elevado de inseguridad y subjetivismo

De esta forma, se han ido extendiendo en la práctica dos conclusiones bastantes discutibles:

1.ª que los controles genéricos de videovigilancia no son admisibles, salvo que concurran especiales circunstancias de justificación (imposibilidad o alto coste de controles alternativos)[67] y

(66) R. ALEXY, *op. cit.,* pp. 138 y 157.

(67) Pueden verse en este sentido las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de julio de 2008 (AS 2878), caso Muelles y Ballestas, y Madrid de 17 de abril de 2009 (AS 1656), caso de la taquilla de la estación de Alcobendas. En la primera se concluye que la videovigilancia de los puestos de trabajo debe eliminarse cuando se ha resuelto el problema de las agresiones; en la segunda se considera que la cámara no debe enfocar el puesto de trabajo de la taquilla, aunque el trabajador que la atiende no tiene otro sistema de control.

2.ª que la videovigilancia oculta está siempre justificada con carácter general cuando hay sospechas fundadas de irregularidades o incumplimientos de cierta entidad[68].

Las dos conclusiones son excesivas; la primera, por ser demasiado restrictiva y la segunda, por lo contrario.

Otro problema es el de la generalización automática de la ponderación en supuestos en los que propiamente no existe un conflicto entre la forma de control audiovisual aplicada y el derecho a la intimidad. En la práctica, cualquier forma de control audiovisual lleva a formular un juicio de ponderación, sin un previo análisis de si efectivamente la intimidad ha sido afectada. De esta forma, se ha invertido la situación inicial de la doctrina judicial del orden social: de la afirmación de que el espacio de la ejecución del trabajo es ajeno a la intimidad y ésta no puede, en consecuencia, resultar nunca lesionada por el control audiovisual, se ha pasado a otra situación en la que la premisa de que todo control audiovisual afecta a la intimidad determina que debe aplicarse automáticamente la ponderación.

Hay que intentar aclarar estos equívocos. Para ello es necesario realizar algunas precisiones sobre el conflicto entre los derechos constitucionales y su solución a través de la técnica de la ponderación; técnica que ha incorporado nuestro Tribunal Constitucional siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional alemán[69], que fue teorizada en los años ochenta por ALEXY[70]. Éste considera que las normas sobre derechos fundamentales pueden ser, como sucede en general, reglas o principios. Las reglas se aplican mediante la subsunción en el sentido de que a un supuesto de hecho determinado sigue la consecuencia jurídica prevista para él, en términos de sí o no, o de todo o nada. En los principios la aplicación resulta más compleja, porque en ellos lo que se ordena es que algo se realice en la mayor medida posible, con lo que se convierten en mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado. Por ello, la colisión entre principios se resuelve de manera distinta a la colisión de reglas. Cuando hay conflicto de reglas, una de ellas tiene que ser eliminada por vía de anulación o por vía de excepción. El conflicto entre principios se resuelve de otra forma: uno de los principios tiene preferencia aplicativa sobre el otro, pero el que es desplazado no queda invalidado ni excluido. No se trata de un problema de *validez*, sino de un problema de *peso:* los principios han de ser *sopesados*

---

(68) *Vid.* en especial la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2004 (AS 382), caso de la limpiadora de la clínica de odontología.

(69) Es la recepción del denominado test alemán de proporcionalidad que se produce con la STC 66/1995 y que tuvo su momento más conocido y polémico en la STC 136/1999, sobre la Mesa nacional de Batasuna. Sobre esta recepción, *vid.* M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 53-88. Antes de la STC 66/1995 la aplicación del principio de proporcionalidad se realizó de manera menos sistemática y formalizada. *Vid.* también los dos trabajos de J. BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» y «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades», *Cuadernos de Derecho Público,* núm. 5, 1998, pp. 15-49 y 333-370. Específicamente en el ámbito del Derecho del Trabajo, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio», en AA.VV. (Dir. A.V. Sempere Navarro), *El modelo social en la Constitución Española de 1978,* MTAS, Madrid, pp. 249-272.

(70) *Teoría de los derechos fundamentales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. La edición alemana de Verlag es de 1986. Sin duda la difusión en España de la obra de ALEXY contribuyó a la recepción del test alemán.

en función de las circunstancias del caso, con lo que se establece una *relación de preferencia condicionada*, en el sentido de que en determinadas condiciones un principio debe preceder a otro, con lo cual si varían las condiciones del caso la relación de preferencia puede alterarse(71).

La ponderación expresa en realidad un juicio de proporcionalidad, que es el que permite establecer la preferencia en cada caso. Hay que aclarar que no todas las normas de derecho fundamental son estructuralmente principios, pero ésta es la calificación que corresponde a un número importantes de aquéllas(72). Por ello, los conflictos entre derechos constitucionales se resolverán en gran medida, mediante la ponderación, a través de un juicio de la proporcionalidad en sus tres elementos —idoneidad, necesidad o intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto—, cuya aplicación en la práctica ya hemos examinado, por lo que no es necesario volver sobre ellos(73).

Es conveniente, sin embargo, introducir algunas precisiones adicionales. En primer lugar, aunque el Tribunal Constitucional suele referirse a «la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento»(74), no hay realmente una relación jerárquica entre los principios(75). La precisión es importante porque en la Constitución española hay una distinción entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y principios rectores(76) que podría tener alguna connotación jerárquica y en ese caso el derecho fundamental excluiría, sin ponderación, al derecho constitucional o al principio rector. En nuestro caso el derecho a la intimidad —derecho fundamental— se impondría sobre el control empresarial —mera manifestación de un derecho constitucional de menor categoría, la libertad de empresa—. Pero no se trata de una relación de jerarquía, que pueda aplicarse para resolver relaciones de conflicto, sino de una mera gradación de garantías. En segundo lugar, hay que advertir que antes de entrar en la ponderación y en la eventual aplicación del principio de proporcionalidad es necesario determinar si realmente se ha producido una situación de conflicto entre los derechos en concurrencia, lo que exige precisar con claridad cuál es el contenido protegido por el correspondiente principio en cuanto expresión normativo de un derecho fundamental o constitucional.

---

(71) ALEXY (*op. cit.,* 92) expresa la relación de preferencia condicionada mediante esta fórmula: (P1 **P** P2) C. La fórmula indica que en una situación de conflicto el principio uno (P1) tiene preferencia aplicativa (**P**) sobre el principio dos (P2), siempre que se den unas condiciones determinadas (C). Si las condiciones cambian de forma relevante, la relación de preferencia puede variar y P2 tendrá preferencia sobre P1. Si aplicamos la fórmula al conflicto entre la intimidad y el control mediante la grabación de conversaciones, veremos que en determinadas condiciones (caso del casino de La Toja) prevalece la intimidad, pero en otras (escuchas en la actividad de *telemarketing* telefónico) prevalece la necesidad de control empresarial.

(72) L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales,* Civitas, Madrid, 2008, p. 54, y R. ALEXY, *op. cit.,* pp. 115-138. ALEXY resalta el carácter doble de las normas sobre derechos fundamentales (pp. 135-138).

(73) *Vid.,* no obstante, con carácter general R. ALEXY (*op. cit.,* pp. 111-115) y para la doctrina constitucional española GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.,* pp. 66-89 y 121-141. GONZÁLEZ BEILFUSS destaca que a los tres elementos la doctrina constitucional española añade otro de carácter previo, que es la finalidad, entendida como una justificación funcional en términos de legitimidad constitucional. *Vid.* el comienzo del FJ 7 de la STC 186/2000.

(74) Por ejemplo, en el FJ 7 de la STC 186/2000.

(75) L.M. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.,* pp. 55, 125 y 126.

(76) Los principios rectores no son derechos, pero expresan directrices sobre objetivos constitucionalmente relevantes. Sobre el alcance general de la distinción, *vid.* L.M. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.,* pp. 65-70.

B) La esfera de la intimidad frente a la esfera del control

Esta delimitación es la que parece haberse oscurecido en la práctica judicial probablemente porque en las sentencias directivas del Tribunal Constitucional la lesión de la intimidad —la grabación de conversaciones y la filmación oculta— era o parecía demasiado evidente. Por eso es necesario examinar críticamente el alcance de la colisión, comenzando por aclarar sus términos.

El primer término de la relación de colisión se encuentra en el marco de los derechos de la vida privada que consagra el artículo 18 CE. Se trata de un precepto complejo que se refiere a un grupo coordinado de derechos: la intimidad, el honor, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa. De este último nos ocuparemos más adelante; el secreto de las comunicaciones queda de momento fuera de nuestro análisis y la inviolabilidad del domicilio sólo tiene un interés marginal en el presente estudio. Nos centraremos, por tanto, en el derecho a la intimidad, aunque incluiremos una referencia específica al derecho a la propia imagen.

¿Cuál es el contenido protegido por el derecho a la intimidad? El Tribunal Constitucional suele referirse a la esfera de la intimidad como «un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»(77). En este sentido es un derecho que enlaza con «la propia personalidad» y con «la dignidad de la persona humana»; un derecho que nos permite mantener «el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal», excluyendo las intromisiones de terceros. Dicho más claramente: es el derecho a que *nos dejen en paz*, *the rigth to be let alone*, en la famosa expresión del juez COOLEY(78).

Pero entonces ¿cuál es la dimensión de lo íntimo que debe ser protegida? La doctrina científica ha detectado en la jurisprudencia constitucional dos líneas conceptuales que se superponen y, aunque quizá no lo hacen de forma antagónica, encierran la posibilidad de una contradicción en el plano dogmático con consecuencias prácticas en el enjuiciamiento. DÍEZ PICAZO se refiere a un criterio formal y otro material de definición de la intimidad. El criterio formal, que podríamos calificar también como subjetivo, considera como íntimo «todo aquello que una persona decide excluir del conocimiento de los demás», mientras que, según el criterio material u objetivo, lo íntimo «será aquello que, según las pautas sociales imperantes(79), suele considerarse reservado o ajeno al legítimo interés de los demás»(80). El criterio subjetivo aparece cuando el Tribunal Constitucional subraya el momento de decisión individual sobre lo íntimo, señalando que «corresponde a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio *según su voluntad*, que quede resguardado de la curiosidad ajena,

(77) STC 159/2009 y las sentencias que en ella se citan.

(78) T.M. COOLEY, *A Treatise on the Law of Torts,* Callaghan, Chicago, 1888, *apud* R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación a la autodeterminación informativa,* Civitas, Madrid, 2004, p. 69.

(79) En una sociedad multicultural la objetividad se disgrega desde el momento en que pueden coexistir pautas culturales distintas sobre lo íntimo. Basta la referencia a la polémica sobre el velo y el *burka*. Normalmente la pauta mayoritaria define el estándar de protección, sin perjuicio de introducir tratamientos individualizados para las minorías. *Vid.* AA.VV., «La multiculturalidad», *Cuadernos de Derecho Judicial,* VI- 2001.

(80) L.M. DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* p. 299.

sea cual sea lo contenido en ese espacio»[81] o cuando dice que cada persona «puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, *sea cual sea lo contenido en ese espacio*»[82]. Pero probablemente esto no significa que la delimitación institucional del ámbito protegido de la intimidad quede al arbitrio del titular del derecho frente al criterio objetivo, que sigue afirmándose en la delimitación de la intimidad a partir de las *pautas culturales* o de los *usos sociales.* Lo que indica, quizá con algún exceso retórico, el criterio subjetivo es que dentro del ámbito protegido del derecho sólo el titular del mismo *puede bajar las barreras* de la protección de su intimidad[83], en el sentido de que deja de ser íntimo lo que voluntariamente se exhibe en público. Así, podemos decir que íntimo es lo que se guarda como tal, ocultándolo al exterior, pero, aparte de esa voluntad de ocultamiento, tiene que existir alguna propiedad objetiva que justifique la protección de la voluntad de reserva.

El Diccionario de la Lengua nos dice que la intimidad es «la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo»; lo íntimo, a su vez, se define como «lo más interior o interno», y además, para satisfacción de algunos y desconsuelo de otros, se ha incorporado al Diccionario el barbarismo «privacidad» para informarnos de que ésta es «el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión». Pero ¿ese ámbito que tenemos derecho a proteger es el de la intimidad o es algo más? Y además, ¿qué es exactamente la intimidad? Para algún autor la protección de lo íntimo puede ser demasiado limitada[84] y se ha intentado diferenciar entre lo íntimo, lo privado y lo público a partir de la observación: lo íntimo no puede ser observado, aunque puede expresarse; lo privado es observable, pero se mantiene o se quiere mantener fuera de la observación; lo público se dispone para que pueda ser observado[85]. Lo íntimo se presenta además como una construcción histórica. No había intimidad para los antiguos, ni espacio íntimo para el hombre medieval; la intimidad nace con la Reforma, las guerras de religión y el mundo burgués y está desde hace tiempo amenazada por la democratización, la cultura de masas y la sociedad transparente[86].

Algún autor ha intentado diferenciar lo íntimo, lo privado y lo público, aunque lo útil es identificar los ámbitos en los que se manifiestan los problemas de intimidad

Esto no nos lleva demasiado lejos, por lo que probablemente resulta más útil tratar de identificar los ámbitos en los que se mani-

(81) STC 115/2000.

(82) STC 134/1999; *vid.* también SSTC 83/2002 y 196/2004.

(83) SSTC 99/1994, 156/2001 y 72/2007.

(84) R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.,* pp. 34 y 37.

(85) C. CASTILLA DEL PINO, «Público, privado e íntimo» en AA.VV, *De la intimidad,* Crítica, 1989, p. 27.

(86) J.L. ARANGUREN, «El ámbito de la intimidad», en AA.VV, *De la intimidad, op. cit.* pp. 17-24; también H. BÉJAR, «Individualismo, privacidad e intimidad: precisiones y andaduras» en AA. VV., *De la intimidad,* op. *cit.,* pp. 33-58 y más ampliamente en *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad,* Alianza, Madrid, 1995.

fiestan los problemas de la intimidad[87]. Existe, en primer lugar, un *ámbito corporal de la intimidad*, que se proyecta en varias direcciones: las zonas del cuerpo que se quiere mantener veladas por razones de pudor, como puede verse en la STC 218/2002, sobre el registro personal del preso, en la STC 156/2001, sobre la publicación de un desnudo o en las grabaciones en el caso de la empresa Viveros[88]; determinadas funciones fisiológicas que han de realizarse en privado, lo que explica la reserva del espacio de los servicios; la utilización de elementos del cuerpo para la realización de análisis[89], o los propios datos sobre la salud[90]. Hay una esfera de *intimidad sexual*, que cubre tanto el rechazo de agresiones de este carácter[91], como con carácter general la información de los actos relacionados con el sexo[92]. La intimidad es inherente también a determinados aspectos del *ámbito familiar* que no tienen por qué hacerse públicos[93]. La protección se extiende a los *sentimientos* o a la expresión de los afectos cuando éstos quieren mantenerse reservados[94]. Puede hablarse incluso de una *intimidad ideológica*, que afecta a los pensamientos o a las convicciones religiosas, políticas o filosóficas cuando también quieren mantenerse en privado, por ejemplo, en un diario íntimo, lo que enlaza con la libertad ideológica y la garantía del artículo 16.2 CE. En determinadas condiciones ha podido reconocerse incluso un ámbito para *la intimidad económica* y *patrimonial*, pero sólo si el conocimiento de los datos económicos permite reconstruir la vida íntima de los afectados[95]. La protección de la intimidad se ha extendido a la acción agresiva de elementos externos. En la STC 119/2001 se dice que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario».

C) La esfera del control empresarial frente a la intimidad

Llegados a este punto, habría que preguntarse si podemos establecer un ámbito laboral de la intimidad y definir su extensión. Pero antes es preciso examinar, aunque sea brevemente, el otro elemento en conflicto: las facultades de control empresarial y su tecnificación como consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías de reproducción de la imagen y del sonido. Tradicionalmente las facultades de control del empresario se han considerado de forma unitaria, como una manifestación específica de un poder directivo general que se traduce en una posición unitaria de aquél en el marco del contrato de traba-

---

(87) *Vid.* en este sentido R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.,* pp. 268-288, y L.M. DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* pp. 300-307.

(88) STSJ de Asturias de 30 de abril de 2004, AS 2112, ya comentada.

(89) SSTC 70 y 158/2009.

(90) SSTC 70 y 159/2009.

(91) SSTC 224/1999 y 136/2001.

(92) SSTC 185/2002 y 127/2003.

(93) STC 115/2000, sobre las confidencias de la niñera indiscreta.

(94) SSTC 139/2001 y 83/2002.

(95) STC 110/1984, sobre el secreto bancario y las declaraciones fiscales, y la STC 142/1993, sobre la entrega de la copia básica del contrato de trabajo a los representantes de los trabajadores.

jo[96]. Dentro de ese poder general pueden distinguirse: 1.º) un poder directivo en sentido estricto, como la facultad de ordenar la actividad de la empresa y dirigir la ejecución de la prestación de servicios, dictando instrucciones de carácter general y órdenes concretas; 2.º) un poder de control, que se concreta en la vigilancia sobre la ejecución de esa prestación laboral y, de manera más amplia, sobre el funcionamiento de la empresa, y 3.º) un poder disciplinario, que incluye la facultad de sancionar los incumplimientos de los trabajadores[97]. El fundamento del poder de dirección se encuentra, por una parte, en la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 CE y que comprende no sólo la facultad de crear establecimientos empresariales, sino también las facultades para dirigirlas y controlar su funcionamiento[98]. Por otra parte, el fundamento está en el propio contrato de trabajo, cuya ordenación legal recoge el reconocimiento de los poderes empresariales en el marco de la relación laboral (artículo 20 ET)[99], de forma que aceptar el contrato de trabajo supone aceptar el poder de dirección empresarial en sus diversas manifestaciones.

Esa unidad de los poderes empresariales se cuestiona a partir de la constatación de que la vigilancia y el control del empresario van más allá del ámbito estricto de la prestación laboral. Se citan en este sentido las facultades de control de la esfera no laboral del trabajador cuando tiene repercusiones en el trabajo y la vigilancia referida a las instalaciones de la empresa, los bienes y personas que se encuentran en ella, a través de la denominada *policía de empresa*[100]. Así, frente al control laboral o contractual del artículo 20.3 ET, cuyo objeto se ciñe a la ejecución de la prestación de trabajo, surgirían otros controles extralaborales o extracontractuales que cubrirían objetivos no estrictamente laborales[101]. De ahí que en algunos casos se llegue a una concepción autónoma de las facultades de vigilancia y control respecto al poder de dirección empresarial[102] o se afirme que esa vigilancia extralaboral queda fuera del ámbito de control empresarial que define el artículo 20.3 ET[103].

---

(96) A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario,* Estudios de Trabajo y Previsión, Madrid, 1965. También G. DIÉGUEZ CUERVO, «Poder empresarial: fundamento, contenido y límites», *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 27/1986.

(97) M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El poder disciplinario en la empresa,* Civitas, Madrid, 1992.

(98) A. MONTOYA MELGAR, «Libertad de empresa y poder de dirección del empresario», en AA.VV. (Dir. F. Pérez de los Cobos) *Libertad de empresa y relaciones laborales,* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 131-179.

(99) El número 1 del artículo 20 establece que el trabajador está obligado a prestar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en que éste delegue; el número 2 aclara que el trabajo debido se determina también por las órdenes e instrucciones del empresario y el número 3 prevé que el empresario podrá adoptar las medidas de control y vigilancia que estime más oportunas.

(100) *Vid.* L.A., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.,* pp. 20-30, M.D. ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo,* Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 118 y 119.

(101) En el supuesto del artículo 18 ET o en el que para el cierre patronal como medida de policía contempla el artículo 12 del Real Decreto 17/1977, aparte del que deriva de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales.

(102) M.D. ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo, op. cit.,* pp. 90 y 104.

(103) L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.,* pp. 24-26. Este autor pone el ejemplo del control de la IT mediante vigilancia extralaboral por un detective privado de la conducta del trabajador. Ese control ya no estaría comprendido entre el control laboral del empresario que delimita con amplitud el artículo 20.3 ET, sino en el marco general de cualquier parte de una relación jurídica que tiene interés legítimo en controlar el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte de esa relación.

No podemos entrar aquí en ese debate, si bien nos inclinamos por una concepción unitaria del control empresarial en el marco del poder general de la dirección, lo que no conduce necesariamente a afirmar que la intensidad del control sea en todos los supuestos la misma. La discrecionalidad en la elección de las medidas «más oportunas» por el empresario tendrá que ajustarse al objeto sobre el que versen esas medidas y a los regímenes especiales que pueda establecerse para ellas, como en el caso del artículo 18, de los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET o de los reconocimientos preventivos. Pero resulta artificial separar los controles «extralaborales» de la posición empresarial en el contrato de trabajo. El control de la conducta «extralaboral» se admite en atención a su relevancia para el cumplimiento del contrato de trabajo; no por razones ajenas a éste(104). La investigación del comportamiento del trabajador fuera del centro de trabajo durante la incapacidad temporal se explica en atención a que el empresario asume obligaciones durante esa situación tanto en el pago de prestaciones como en la cotización. El control en el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos no es un control administrativo por delegación, sino que responde a la posición obligacional del empresario como deudor de seguridad, lo que explica también las facultades empresariales de organización de la prevención en la empresa. Por otra parte, es claro que la posición directiva del empresario en el marco del contrato no se refiere sólo a la ejecución de la prestación laboral en sentido estricto, sino que, de acuerdo con el artículo 1258 CC, se extiende a todas las obligaciones de conducta del trabajador con respecto a los instalaciones, los bienes y las personas que se encuentran en la empresa. El empresario puede dar instrucciones en estas materias; puede controlar su cumplimiento y puede adoptar medidas disciplinarias si se incumplen las reglas de conducta. El poder de dirección comprende, por tanto, las facultades que se refieren al conjunto de la organización de la empresa(105).

Pero lo que interesa aquí no es tanto la naturaleza del control, sino su aplicación a través de las nuevas técnicas de videovigilancia. Las videocámaras permiten la captación, transmisión, almacenamiento y reproducción de imágenes y sonidos, mediante una tecnología que ha potenciado su eficacia con el paso de los métodos analógicos a los digitales(106). A la filmación fija se añade la móvil y el *zoom* con distancia focal variable y el circuito cerrado de televisión. La captación de la imagen se ha facilitado con la reducción del tamaño de las cámaras que permiten incluso su incorporación a los aparatos de telefonía móvil, la aplicación de visores nocturnos y la filmación a larga distancia. La transmisión ha mejorado mediante la aplicación de fibra óptica, y la grabación, con la aplicación de nuevas técnicas(107). Lo mismo sucede con el almacenamiento a través del volcado al ordenador y los archivos digitales. Se ha afirmado incluso que la tecnovi-

---

(104) A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario, op. cit.,* pp. 192-194. J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites de poder de control empresarial,* Civitas, Madrid, 1988, pp. 265- 273.

(105) A. MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario, op. cit.,* pp. 139-142, y «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 23/2000, p. 30.

(106) X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales,* Civitas/ Thomson, Madrid, pp. 39-45.

(107) J. WATKINSON, *El arte del vídeo digital,* RTVE 1992.

gilancia está sustituyendo a la videovigilancia mediante la introducción de aplicaciones informáticas[108].

En el marco general del control empresarial del artículo 20.3 ET, y a reserva de las restricciones que pueden aplicarse a determinados controles especiales, lo cierto es que las facultades empresariales comprenden en principio, dada la amplitud de su formulación, no sólo las formas de vigilancia personales de corte tradicional —la vigilancia por el propio empresario y sus encargados—, sino también las que tienen lugar mediante la aplicación de las nuevas tecnologías que potencian de forma decisiva el poder de control. Como ha dicho MONTOYA, la facultad de control del empresario se agiganta en nuestros días mediante «artilugios» (circuitos de televisión, medios acústicos y visuales, procedimientos mecánicos de control de asistencia que se convierten en el «ojo universal»)[109]. El propio artículo 20.3 ET marca el límite de la dignidad del trabajador, pero, como veremos, se trata de un límite difuso y, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos[110], no hay en nuestra legislación medidas específicas de la video-

No hay en nuestro ordenamiento medidas específicas para la videovigilancia, excepto las relativas a la protección de datos

(108) ARZOZ SANTISTEBAN, *op. cit.,* pp. 46-50.

(109) A. MONTOYA MELGAR, «Dirección de la actividad laboral. Comentario al artículo 20 ET», en AA. VV. (Dir. E. Borrajo Dacruz), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores,* EDERSA, Madrid, 1985, p. 143.

(110) En Italia, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores contiene una prohibición general del uso de instalaciones audiovisuales y otros aparatos de control a distancia de la actividad de los trabajadores. Sin embargo, cabe la aplicación de algunos medios de control por razones productivas o de seguridad con la condición que se concluya un acuerdo con los sindicatos o por autorización de la Administración [*vid.* F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 75-90 y G. FINNOCHIARO, «Personal data protection in the workplace in Italy», en AA.VV. (Ed. S. Nouwt, B.R. De Vries and C. Prins), *Reasonable expectations of privacy? Eleven country reports on camera surveillance and workplace privacy,* The Hague, The Netherlands, 2005, pp. 315-319]. En Francia, se aplican tres principios básicos: trasparencia, proporcionalidad y relevancia. En este sentido, el artículo 121-8 del Código de Trabajo francés establece que ninguna información podría ser recogida sobre los trabajadores o candidatos al empleo sin que ellos hayan sido informados de antemano. Los otros dos principios se consagran en el artículo 120-2 del Código, a tenor del cual «no pueden establecerse restricciones sobre los derechos y libertades de las personas que no estén justificadas por la tarea para ser llevada a cabo y proporcionadas al objetivo perseguido». El principio de relevancia requiere que los empresarios justifiquen cualquier mecanismo de vigilancia y recogida de datos personales sobre sus trabajadores. Una específica aplicación de este principio se encuentra en el artículo 121-6 del Código de Trabajo, según el cual la información de las solicitudes de empleo y los trabajadores deben perseguir exclusivamente la evaluación de sus capacidades laborales. Los representantes de los trabajadores tienen el derecho a solicitar al empresario la paralización de cualquier procedimiento que perjudique los derechos de privacidad de los trabajadores y que no esté justificado por la naturaleza de la tarea que se desarrolle o no sea proporcionado al objetivo perseguido. *Vid.* C., VIGNEAU, «Information technology and workers'privacy: the French law», *Comparative Labor Law & Policy Journal,* núm. 23, 2005, pp. 353-354. En Alemania, tras varios escándalos durante los últimos años relativos a la vigilancia de los trabajadores en varias empresas, el Gobierno alemán ha elaborado el Proyecto normativo «Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes» (535/10) que prohibirá a los empresarios el uso oculto de cámaras o páginas webs de redes sociales para espiar a los trabajadores. Una de las medidas propuestas es que los empresarios no podrán usar videovigilancia sobre los trabajadores sin el conocimiento de éstos. Se les permitirá usar videocámaras en áreas públicas tales como en las proximidades de la caja registradora o en la entrada a un supermercado para prevenir el hurto, pero la videovigilancia estará prohibida en áreas privadas tales como vestuarios, áreas de descanso y servicios. El proyecto de ley ha sido remitido al Parlamento. El texto del Proyecto puede consultarse en *http://dipbt.bundestag.de/dip21.web/searchProcedures/simple_search_list.do.*

vigilancia, al margen de las que examinaremos más adelante en relación con las normas de protección de datos.

La regulación en España se limita a la utilización de las videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley Orgánica 4/1997)(111), que obviamente no es aplicable a la videovigilancia laboral(112). En el preámbulo de la Ley Orgánica se advierte, sin embargo, una cierta preocupación por la incidencia de las técnicas de videovigilancia en los derechos fundamentales(113). La Ley se refiere a la necesidad de establecer «las garantías» precisas para que el ejercicio de esos derechos «no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública». El ámbito de la Ley se limita a los lugares públicos; la instalación tiene que tener una justificación en términos de seguridad(114) y se aplica un régimen de autorización, previo informe de una comisión con estatuto independiente(115). Es importante destacar, conforme al artículo 6, que la utilización de videocámaras se somete al principio de proporcionalidad(116), en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima. En virtud del principio de idoneidad, «sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana». Por su parte, la intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas(117). A ello se añade un régimen de garantías para los ciudadanos afectados. Las grabaciones tienen que ser destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas de cierta gravedad o con una investigación policial en curso o un procedimiento abierto. Hay además obligación de reserva respecto a las grabaciones y su cesión está prohibida(118). Los ciudadanos tienen derecho a ser informados «de manera clara y permanente de la existencia de videocámaras fijas»(119) y pueden ejercer, con de-

---

(111) Sobre su regulación, *vid.* DE LA ARZOZ SANTISTEBAN, *op. cit.,* pp. 51-60. Pueden consultarse también los comentarios de FERNÁNDEZ VILLAZÓN (*op. cit.,* pp. 73 y 74).

(112) Los principios de la Ley 4/1997 se aplican en materia de tráfico, según la Disposición Adicional Octava de la Ley y también para prevenir la violencia en el deporte (Ley 19/2007).

(113) Los derechos potencialmente afectados son los relativos al honor, la intimidad y la propia imagen, según reconoce el artículo 2.1, pero para precisar la captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos en los términos previstos en la ley no constituyen intromisiones ilegítimas en esos derechos.

(114) Asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes (artículo 4).

(115) Artículo 3.

(116) El régimen de captación de sonidos es más severo. En principio, queda prohibida, salvo si existe un riesgo específico que lo autorice (artículo 3.4).

(117) El artículo 6.4 precisa que la utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles. El número 5 añade que «no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia».

(118) Artículo 8.

(119) Aunque sin especificar su emplazamiento.

terminadas limitaciones, los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura[120].

La Disposición Adicional Novena de la Ley Orgánica 4/1997 encomendaba al Gobierno la elaboración, en el plazo de un año, de la normativa necesaria para adaptar los principios de Ley Orgánica de la seguridad privada. La adaptación no se ha producido y además la regulación de Ley 23/1992, de seguridad privada, y de su reglamento, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, no es, al menos de forma directa, aplicable a la videovigilancia laboral, pues se trata de una ley que tiene por objeto «regular la prestación por personas, físicas o jurídicas privadas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes». Sólo de forma indirecta pueden repercutir estas normas en el ámbito laboral en la medida en que esta regulación establece la obligación para determinadas empresas de contar con sistemas de seguridad[121], contiene reglas de competencia[122] y delimita las funciones del personal de vigilancia[123].

---

(120) Artículo 9.

(121) Así para las entidades financieras es obligatoria, según el artículo 120 del Reglamento, la instalación de «equipos o sistemas de captación y registro, con capacidad para obtener las imágenes de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, cometidos en los establecimientos y oficinas, que permitan la posterior identificación de aquéllos, y que habrán de funcionar durante el horario de atención al público, sin que requieran la intervención inmediata de los empleados de la entidad». Estos instrumentos deben «estar protegidos contra el robo, y la entidad de ahorro o de crédito deberá conservar los soportes con las imágenes grabadas durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, en que estarán exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que facilitarán inmediatamente aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos». La norma añade que «el contenido de los soportes será estrictamente reservado, y las imágenes grabadas únicamente podrán ser utilizadas como medio de identificación de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, debiendo ser inutilizados el contenido de los soportes y las imágenes una vez transcurridos quince días desde la grabación, salvo que hubiesen dispuesto lo contrario las autoridades judiciales o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes». El precepto podría ser interpretado como una limitación de la utilización de las grabaciones para acreditar incumplimientos laborales que pudieran ser captados por las cámaras. Pero esa interpretación resulta demasiado restrictiva. La norma está contemplando sólo el uso en materia de seguridad y trata de limitar éste en garantía de los derechos de terceros. Pero si el tercero es un trabajador al servicio de la empresa el contrato de trabajo justifica el control laboral compatible con el control de seguridad. La grabación podrá ser, por tanto, utilizada para acreditar un incumplimiento laboral, conservándose el tiempo necesario para esta finalidad.

(122) El artículo 39 del Reglamento establece que «únicamente las empresas autorizadas podrán realizar las operaciones de instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad electrónica contra robo e intrusión y contra incendios que se conecten a centrales receptoras de alarmas». En atención a esta norma se ha sostenido que el empresario no podría instalar y gestionar por sí mismo sistemas de videovigilancia laboral (J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales,* Civitas, Madrid, 2007, pp. 149-158), salvo cuando cuente con un departamento de seguridad propio. La conclusión es cuestionable, pues la restricción opera sólo en relación con sistemas electrónicos de alarma, no con los sistemas internos no conectados de vigilancia.

(123) En particular, para los vigilantes de seguridad y los detectives privados. Para los primeros se ha sostenido que, a la vista del artículo 11.1.a) de Ley 23/1992, que se refiere a la vigilancia de los bienes y la protección de las personas, los vigilantes de seguridad carecen de competencias para la vigilancia laboral (J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, op. cit.,* pp. 151 y 152). Así es, pero, como ha señalado FERNÁNDEZ VILLAZÓN (*op. cit.,* pp. 66-69), la separación funcional no puede ser tajante, pues los atentados contra los bienes y las personas son también incumplimientos laborales y el control de accesos al establecimiento empresarial está relacionado con el control de horarios. Una cámara que vigila el lugar de trabajo no distingue entre los tipos de acciones que registra y las estrictamente laborales pueden ser examinadas y valoradas por los servicios de personal de la empresa. En cuanto a los detectives privados su función se define de manera más amplia como «la de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados», si bien. no pueden «utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia

D) La dignidad humana como límite del control: el conflicto entre el control laboral a través de las técnicas de videovigilancia y el respeto a la intimidad del trabajador

La ausencia de una regulación específica y directa de la videovigilancia laboral deja en principio el problema de los límites del control en el marco del artículo 20.3 ET, es decir, entre la discrecionalidad del empresario para «adoptar las medidas de vigilancia que estime más oportunas», por una parte, y la consideración debida a «la dignidad humana», por otra(124). La referencia a la dignidad, que vuelve a encontrarse, junto con la intimidad, en los artículos 4.2.e) y 18 ET, remite no sólo a un concepto indeterminado, sino a un concepto que tiene un alto riesgo de determinación ideológica, lo que introduce un margen muy amplio de inseguridad y arbitrariedad en la aplicación del límite.

Hay una noción antigua y una noción moderna de dignidad y esta última se ha construido a partir de la afirmación de la igualdad contra los privilegios o *dignidades* estamentales(125), pero no ha llegado a resultados concluyentes, salvo la afirmación demasiado general de que el valor del individuo reside únicamente en sus rasgos humanos independientes de la posición social, origen y filiación(126). SENNETT señala que la invocación de la dignidad como valor universal no da por sí misma ninguna pista acerca de la manera de practicar el respeto mutuo(127). El respeto recíproco se relaciona con la idea kantiana de que

---

imagen o al secreto de las comunicaciones» (artículo 19.1 y 4 de la Ley 23/1992). Frente al criterio restrictivo aplicado en algunas sentencias (SSTSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2006 (AS 1069/2007, y 27 de junio de 2007, AS 3037), hay que señalar que el empleo de detectives fuera de la empresa está justificado porque se trata de investigar incumplimientos que se producen fuera de la esfera normal de control empresarial. La utilización para esta investigación de técnicas de reproducción de la imagen no atenta a la intimidad si se produce en lugares públicos y está también justificada por el interés en controlar un incumplimiento contractual y por la necesidad de obtener pruebas de un incumplimiento contractual en función del derecho a la defensa en juicio (STS 1.ª de 2 de julio de 2004, RJ 5262). No tiene sentido reprochar a la actuación de los detectives el carácter no manifiesto de su control, calificándolo de «espionaje» contrario a la buena fe, pues ese carácter no manifiesto de su investigación es indispensable para su eficacia. La utilización de detectives dentro del establecimiento empresarial también se justifica cuando se trata de infracciones ocultas que no pueden establecerse por los medios normales de control. El reproche de que la investigación oculta es contraria a la buena fe parece excesivo. La buena fe es a la vez un principio jurídico, un límite al ejercicio de los derechos (artículo 7.1 CC) y un elemento abierto en la determinación del contenido de las obligaciones. Funciona como un estándar jurídico que expresa un modelo de conducta social en sentido positivo o negativo y tanto en una vertiente objetiva o subjetiva. Pues bien, la buena fe no impone que ante sospechas o indicios de incumplimientos contractuales no se investiguen de forma adecuada los hechos para establecer su realidad y su alcance y para poder en su caso acreditarlos judicialmente. Tampoco impone la obligación de revelar esa investigación cuando ello puede comprometer su eficacia. Para las distintas posiciones sobre el tema, *vid.* VICENTE PACHÉS (*op. cit.,* pp. 315-319), J.L. GOÑI SEIN (*El respeto a la esfera privada...,* pp. 130-138, y *La videovigilancia empresarial..., op. cit.,* pp. 158-164, L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, op. cit.,* pp. 69-71). La vigilancia por personal de seguridad está sometida a las prohibiciones del artículo 3 de la Ley 23/1992.

(124) El precepto se refiere también a la necesidad de tener en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores disminuidos, lo que, como ha señalado A. MONTOYA (*Dirección...., op. cit.,* p. 144), enlaza más bien con el rendimiento debido y la diligencia, que quedan fuera de nuestro análisis.

(125) *Vid.* G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona en la filosofía del Derecho,* Dykinson, Madrid, 2004 y A. PELÉ, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico,* Dykinson, Madrid, 2010. En la noción antigua de dignidad cabe diferenciar a su vez la clásica fundada en el valor del hombre y la cristiana que surge de la idea del hombre como imagen de Dios.

(126) A. PELÉ, «Una aproximación a la dignidad humana», *Universitas,* núm. 1, 2044/2005.

(127) R. SENNETT, *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 69.

el hombre no puede ser utilizado como instrumento, sino que tiene que ser considerado siempre como un fin y «en esto consiste precisamente su dignidad»[128]; conclusión que plantea un desafío para un Derecho en el que el vínculo laboral crea precisamente una dependencia que permite actuar sobre otra persona, en lo que SUPIOT ha denominado «el oscuro objeto del contrato de trabajo»[129].

El significado jurídico de la dignidad humana ha llevado, como vía para salir de la indeterminación, a la elaboración de un principio general de respeto recíproco, que implicaría la interdicción de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso, la exclusión de las torturas y penas degradantes, el reconocimiento de la capacidad jurídica y la garantía de los denominados derechos básicos de la personalidad[130]. En este sentido el artículo 10.1 CE configura la dignidad de la persona como fundamento del orden político y el Tribunal Constitucional ha destacado la conexión que el propio artículo 10.1 establece entre la dignidad de la persona y los «derechos inviolables que les son inherentes», de forma que, aunque la dignidad de la persona no sea invocable de forma autónoma en amparo[131], puede ser protegida en su proyección en esos derechos. Y ello en la medida en que la lesión de éstos aparecerá también como un atentado a la dignidad humana, entendida como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"[132] y como un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»[133]. Esta es también la orientación de la doctrina científica que ha abordado el estudio de la dignidad humana en el contrato de trabajo a partir del examen de los derechos fundamentales sensibles[134].

La Constitución configura la dignidad de una persona como fundamento del orden político

(128) E. KANT, *Metafísica de las costumbres,* Atalaya, 1993, Barcelona, p. 335.

(129) A. SUPIOT, *Critique du droit du travail,* PUF, Paris, 1994, pp. 51- 66, y *Le droit du travail,* PUF, Paris, 2004, pp. 67- 69. Obsérvese, sin embargo, la afirmación de KANT: del mismo modo que el hombre no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría a su dignidad), tampoco puede obrar contra la dignidad de los demás.

(130) K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica,* Civitas, Madrid, 2001, pp. 55-66.

(131) SSTC 64/1986, 242/1992 y 57/1994.

(132) SSTC 53/1985 y 192/2003.

(133) SSTC 120/1990, 57/1994 y 192/2003.

(134) *Vid.,* por ejemplo, L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo,* Civitas, Madrid, 2007, que examina las implicaciones en el derecho al honor, la libertad de expresión e información, la intimidad y la propia imagen, y A. OJEDA AVILÉS y M.T. IGARTÚA MIRÓ, *La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional,* que analiza la repercusión en los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen, la autodeterminación informativa, y la igualdad y acoso sexual.

El límite de la dignidad humana debe reconducirse, por tanto, a la aplicación de las garantías de los derechos directamente sensibles que resultan afectados por la aplicación de las técnicas de videovigilancia: derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la autodeterminación informativa. Hay otros derechos que pueden quedar afectados —ya se ha examinado el caso de la huelga—, pero la conexión es más remota. En este apartado se estudiará el límite derivado del respeto a la intimidad. En los apartados siguientes se estudiarán los límites que surgen del derecho a la propia imagen y de la protección de datos.

La relación entre la intimidad y el control a través de las técnicas de videovigilancia sigue siendo problemática. Hemos visto que la doctrina constitucional no ha establecido orientaciones seguras para la práctica judicial y tampoco la doctrina científica parece haber llegado a conclusiones definitivas en la materia. Una parte de esta doctrina ha destacado que no existe en nuestro ordenamiento una regulación general para la utilización de medios audiovisuales de control empresarial y en algún caso en la línea de la doctrina tradicional del orden social se cuestiona que haya una afectación directa de la intimidad en los lugares de ejecución del trabajo. Así, MONTOYA señala que los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 sólo consideran intromisiones ilegítimas el uso de medios de videovigilancia destinados a captar o conocer «la vida íntima», lo que parece dejar fuera de su ámbito a la vida laboral, aunque entiende que la afectación puede producirse respecto al derecho a la propia imagen en virtud del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, cuando prohíbe la captación de la imagen de una persona incluso fuera de los lugares o momentos de su vida privada(135). Algún autor sostiene, sin embargo, que, aunque la prohibición general no existe, para determinar el ámbito del control es preciso distinguir entre el control del sonido y el control visual; el primero se considera que debe ser excluido en todo caso(136), mientras que el segundo entra en el ámbito del artículo 20.3 ET, siempre que se cumplan tres requisitos: 1.º) que el control se limite a hacer constar el cumplimiento de la prestación de trabajo, 2.º) que se informe previamente del sistema de control a los trabajadores y 3.º) que el control no se extienda a los espacios no laborales reservados(137).

La posición más restrictiva es la que ha mantenido GOÑI, para quien las técnicas de captación y reproducción de la imagen(138), incluso cuando se utilizan por razones de seguridad, de prevención de riesgos laborales o de carácter organizativo resultan ilegítimas si permiten «ejercitar alguna función de control del personal»(139). La misma conclusión se aplica lógicamente cuando el control mediante filmaciones se refiere directamente al comportamiento de los trabajadores(140). Esta posición se funda, en definitiva, en que los

(135) A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo,* Tecnos, Madrid, 2010, p. 367.

(136) F. de VICENTE PACHÉS, *op. cit.,* p. 331.

(137) F. de VICENTE PACHÉS, *op. cit.,* p. 327.

(138) La grabación de conversaciones se considera en todo caso improcedente conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1981 y a las normas penales (J.L. GOÑI SEIN, *El respeto..., op. cit.,* pp. 151-157), aunque con la duda de las grabaciones no clandestinas legales.

(139) J.L. GOÑI SEIN, *El respeto..., op. cit.,* p. 143.

(140) J.L. GOÑI SEIN, *El respeto..., op. cit.,* pp. 146-150. Se trata, se dice, de «procedimientos odiosos que comportan una agresión intolerable a la vida del trabajador», de «una clamorosa violación de su dignidad humana», una vigilancia «deshumanizante por el carácter impersonal del medio de control».

sistemas de filmación, «aun los diseñados para la utilización legítima... son incompatibles con la dignidad humana», sin duda por «la exasperante e incómoda presión» a que someten a los trabajadores y por el «temor reverencial» que infunden en éstos, de lo que se deriva que la información obtenida no pueda ser utilizada para fines disciplinarios(141). Tras la recepción de la doctrina constitucional y la aprobación de la legislación sobre protección de datos, GOÑI(142) ha admitido de forma más amplia la aplicación de las técnicas audiovisuales, pero con importantes restricciones. La finalidad legítima para su utilización requiere una motivación «fuerte» que se conecta con la presencia de intereses empresariales relevantes en orden a la protección de los bienes de la empresa, a exigencias organizativas y de seguridad en el trabajo y a la comprobación de determinados ilícitos y la obtención de pruebas, lo que supone, como regla general, la prohibición del control audiovisual sobre la actividad laboral (143). Pero incluso los fines que se consideran legítimos están limitados. Así, por ejemplo, no basta la genérica finalidad de la protección del patrimonio del empresario; es necesario que el control quede «circunscrito a situaciones graves», no quedando justificado si se trata de evitar «pequeños hurtos o de «desincentivar las sustracciones mismas de mercaderías», como en el caso de los plátanos de la STSJ Las Palmas 25 de octubre de 2003 (JUR 170/618), y aún en el caso de situaciones graves habría que ponderar la eventual colisión con un derecho fundamental de los trabajadores que requiera una mayor protección. Esta restricción de la finalidad legítima se refuerza con otras que, desde la perspectiva de la proporcionalidad subrayan las exigencias del carácter indispensable y mínimo de la intervención(144), y mantienen que la misma no puede justificarse con el consentimiento de los trabajadores(145).

FERNÁNDEZ VILLAZÓN mantiene una posición más matizada, que parte de los presupuestos básicos de la doctrina constitucional. No hay una prohibición de uso de los medios audiovisuales, pero las medidas de videovigilancia están con carácter general sometidas al principio de proporcionalidad en el doble sentido de que requieren una finalidad legítima y no deben provocar un sacrificio desproporcionado. La finalidad legítima se entiende, sin embargo, de manera restrictiva: no basta una finalidad genérica de control de la prestación de trabajo, sino que es necesario que se produzcan algunas justificaciones cualificadas por exigencias del proceso productivo, seguridad o prevención de riesgos(146).

---

(141) J.L. GOÑI SEIN, *El respeto..., op. cit.,* p. 145.

(142) J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos,* Civitas, Madrid, 2007, pp. 105-141. También en su trabajo más reciente «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos» en *Justicia Laboral,* núm. 39/ 2009. En su última aportación GOÑI sistematiza su posición, distinguiendo entre las exigencias aplicables a los sistemas de videovigilancia en la fase de adopción y en la fase de ejecución. En la primera sería necesaria la presencia de un fin legítimo que no puede ser el control genérico de la prestación laboral, ni la mera utilidad o conveniencia de la empresa. La aplicación del sistema tendría que limitarse a los supuestos que resulten indispensables por no existir otros medios de control y han de limitarse a una intervención mínima. En la ejecución el sistema ha de utilizarse en el marco de las finalidades establecidas, sin desviaciones a funciones distintas; tienen además que aplicarse las garantías de la protección de datos.

(143) *La videovigilancia empresarial..., op. cit.,* pp. 109 -111.

(144) *La videovigilancia empresarial..., op. cit.,* pp. 119 -122.

(145) *La videovigilancia empresarial..., op. cit.,* pp. 95-105 y 111.

(146) L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, op. cit.,* pp. 78 y 79.

Esas exigencias son mayores en el caso de la grabación de los conversaciones, que sólo deben admitirse cuando «sean indispensables para la seguridad o el buen funcionamiento de la empresa y no sean sustituibles por otro medio de control menos dañino»(147). Para las técnicas de reproducción de la imagen el margen es mayor, pero también se consideran desproporcionadas por «intimidatorias», incluso cuando se limitan a «enfocar una zona de trabajo a la que sólo tengan acceso los trabajadores»(148), por lo que son necesarias en este caso justificaciones adicionales en términos de seguridad, prevención de riesgos o de orden productivo(149).

Estas posiciones parten probablemente de una apreciación demasiado general sobre el conflicto entre control e intimidad, que o bien se niega o bien se afirma como existente en todos los casos, haciendo necesaria la ponderación en términos de proporcionalidad. Ya hemos anticipado que de esta forma se corre el riesgo de simplificar el problema y que un enfoque correcto requiere un replanteamiento de las relaciones entre intimidad y control. En el epígrafe I.4.B) hemos tratado de definir la intimidad y de indicar los ámbitos en que actúa (corporal, sexual, familiar, afectivo, ideológico, económico...). Hemos visto que la intimidad acota un campo de reserva personal definido de forma objetiva por los usos sociales y las pautas culturales, en el que puede, sin embargo, intervenir la decisión de cada persona para *bajar las barreras* de la protección, haciendo público lo íntimo. El conflicto entre el control audiovisual empresarial y la intimidad con el recurso al principio de proporcionalidad a través de la técnica de ponderación en los términos examinados sólo se producirá cuando la intimidad quede realmente afectada por las formas de control aplicadas. Pero ha de rechazarse la idea de que cualquier empleo de un medio audiovisual como medida de control, por su carácter «invasivo», implica por sí mismo una lesión y exige la puesta en juego de la ponderación. El lugar de ejecución de la prestación de trabajo es, en principio, un lugar público y además un lugar que, por definición, está sometido a control; no es un espacio reservado a la intimidad, ni se relaciona con ninguno de los ámbitos propios de ésta, aunque en determinados casos podría serlo si concurren ciertas condiciones(150). El Tribunal Constitucional ha insistido en que «la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar ... no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada»(151) y en esta limitación insiste la propia STC 98/2000.

El error de la construcción tradicional consiste en un entendimiento excesivamente rígido del espacio público de la ejecución de trabajo en el sentido de que lo que sucede en él se considera de entrada fuera del ámbito protegido de la intimidad. Es obvio que no es

---

(147) *Ibidem.*

(148) L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, op. cit.,* p. 80.

(149) *Ibidem.* Por ejemplo, lugares en que se manejen grandes cantidades de dinero, actividades con graves riesgos para la salud, sistemas de producción complejos que requieran un control constante y global.

(150) Podrían ser los casos de las SSTSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2001, AS 390/2001, y 20 de marzo de 2002, AS 3385: los trabajadores se encontraban solos en el museo de Lugo y pensaban que nadie podía observarlos.

(151) SSTC 170/1987 y 142/1993.

así: la intimidad puede vulnerarse en el lugar del trabajo y no sólo en los espacios reservados a los trabajadores. El caso de la grabación de las conversaciones es claro, pero también se produce la vulneración cuando las cámaras que captan, desde posiciones más o menos estratégicas, zonas del cuerpo que se quieren velar de acuerdo con las reglas comunes del pudor, como en el caso de la empresa Viveros(152), o cuando las cámaras siguen sospechosamente los movimientos de determinadas trabajadoras siempre que se encuentra en el centro de trabajo un directivo en cuyo despacho estaba instalada la pantalla receptora de las imágenes(153), aparte del supuesto ya mencionado en que el centro de trabajo puede considerarse razonablemente un espacio de intimidad —caso del museo de Lugo—.

Pero, por otra parte, resulta excesivo considerar que la videovigilancia en sí misma produce siempre, en cualquier circunstancia, una lesión de la intimidad. Quizá en este planteamiento se confunden algunos planos que sería preciso separar. Está, por una parte, el plano de la intimidad, que debe seguir acotando un ámbito de reserva personal respecto a aquellos aspectos que merecen objetivamente la protección como íntimos de acuerdo con los usos sociales y los criterios culturales vigentes. En este sentido, la mera captación de la imagen de una persona cuando ejecuta el trabajo en un lugar abierto al público no debería considerarse una lesión a la intimidad si no concurre alguna circunstancia que, como en los supuestos mencionados, permita llegar a la conclusión contraria.

Este tipo de vigilancia requeriría una especial atención en materia de prevención de riesgos laborales

Se objeta, sin embargo, que, aunque el que trabaja en un lugar abierto al público expone su imagen a la observación ajena y además la somete al control empresarial, lo cierto es que el carácter constante de la observación y la intensidad de una vigilancia tecnificada que lo capta todo de forma permanente, introduce un cambio cualitativo que puede afectar de manera negativa a los trabajadores. En efecto, este tipo de vigilancia crea estrés, perjudica la espontaneidad en las relaciones personales en el trabajo, puede producir ansiedad y perturbaciones psicológicas(154), genera un clima intimidatorio(155) y hostil, y, al hacer más eficiente el control empresarial, reprime las pequeñas pausas, fuerza los ritmos de trabajo e incrementa la explotación. Estos inconvenientes no son desdeñables y merecerían, sin duda, una atención en materia de prevención de riesgos laborales y, en general, una mayor implicación normativa a través de la ley o de la negociación co-

(152) STSJ de Asturias de 30 de abril de 2004, AS 2112.

(153) STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1995, AS 1086.

(154) Como señalan las Recomendaciones prácticas de la OIT sobre la protección de datos personales. *Vid.* J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos,* Civitas, Madrid, 2007, p. 65.

(155) L.A. FENÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, op. cit.,* p. 80.

lectiva. Estamos, sin embargo, en un plano distinto del de la intimidad y la protección contra estas secuelas indeseables de la videovigilancia no debe confundirse con la protección de aquélla.

Por otra parte, se señala también que la captación permanente de la imagen y su registro supera lo estrictamente laboral para incluir gestos, acciones personales sobre el propio cuerpo, relaciones o contactos con otros trabajadores o con terceros(156). Así es, pero lo cierto es que, salvo en el caso de las conversaciones, que tienen un tratamiento especial, se trata de actos externos que también se ofrecen a la vista de todos los presentes, es decir, se hacen públicos, por lo que tampoco estaría en juego la intimidad, aunque, como veremos, puede estarlo el derecho a la propia imagen y las medidas de protección de datos ofrecen en esta materia algunas soluciones.

En definitiva, como ha señalado RODRÍGUEZ PIÑERO, no cabe plantear en abstracto la legitimidad o ilegitimidad de estos medios desde la perspectiva de la intimidad; hay que valorar en concreto y en función de las circunstancias concurrentes si el empleo de una técnica de control entra en el ámbito privado y si lo hace justificadamente o no(157). No se trata de un criterio empírico y circunstancial, sino que cabe establecer algunas orientaciones generales sobre la apreciación o no de la existencia de una lesión a la intimidad, de forma que sólo cuando esta lesión exista habrá que acudir a la ponderación de acuerdo al principio de proporcionalidad para resolver el conflicto.

En este sentido, hay que comenzar distinguiendo entre la grabación de conversaciones y el control a través de la captación y grabación de imágenes. La primera, conforme a la doctrina de la STC 98/2000, afecta siempre a la intimidad en la medida en que las conversaciones en el centro de trabajo pueden tener contenidos que se refieren normalmente a la esfera personal y, por tanto, su grabación indiscriminada ha de entenderse en principio lesiva para la intimidad, pues se destaca su carácter agresivo por afectar a formas de comunicación que los trabajadores pueden tener lícitamente entre sí y con los clientes(158). Ésta fue la solución en el caso del casino de La Toja, que, como vimos, llevó a la aplicación de la técnica de ponderación a partir de la necesidad de justificación de la medida —la licitud del fin perseguido— y el examen de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. El peso en la ponderación jugó allí, como vimos, a favor de la intimidad, porque al no acreditarse la grabación como «indispensable para la seguridad y el buen funcionamiento» la balanza se inclinó a favor de la protección de la intimidad y el sacrificio de las facultades de control. Pero la conclusión hubiera podido ser distinta de haberse probado ese carácter indispensable, si bien en ese caso la grabación tendría que cumplir algunas condiciones para limitar la lesión a la intimidad (en particular, la advertencia sobre la existencia de los controles). Esto es lo que sucedió en el caso del *marketing* telefónico(159): la escucha y la grabación de

(156) La cámara capta, por ejemplo, el contacto personal con un familiar o un amigo que entra en establecimiento empresarial.

(157) M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «Intimidad del trabajador y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales,* núm. 8/2004.

(158) L.A., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, op. cit.,* p. 79.

(159) STS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 313/2004).

las conversaciones entre los asesores comerciales y los clientes está justificada por exigencias de control en la ejecución, pues no hay «otro medio más moderado» para lograr esa finalidad. Ésta es la clave de la decisión, pero si se observan las peculiaridades del caso se advierte también que en la programación del control empresarial se ha cuidado de minimizar la lesión de la intimidad (hay advertencia sobre el control con lo que no existe en las comunicaciones laborales una expectativa razonable de intimidad; se trata de un teléfono exclusivo de trabajo; se dispone de otro para las comunicaciones personales, el control es aleatorio).

El control a través de técnicas de captación y registro de la imagen resulta más complejo y las conclusiones varían en función del lugar en el que se aplican estas técnicas y las circunstancias concurrentes. Si estamos en el lugar de la ejecución de trabajo, hay que entender que, en principio, no hay lesión de la intimidad si se ha advertido previamente sobre la existencia del control(160) y siempre que no concurran circunstancias específicas que permitan establecer un uso desviado y lesivo para la intimidad. La advertencia es fundamental, porque rompe las posibles expectativas de intimidad, ya limitadas por el carácter público del lugar. En cuanto a las circunstancias que pueden determinar conductas lesivas, ya nos hemos referido antes al caso de las cámaras que enfocaban subrepticiamente determinadas zonas íntimas del cuerpo de las trabajadoras(161) o de las que seguían a éstas con una finalidad, sin duda, ajena al control laboral y lesiva de su intimidad(162). El empleo de determinadas técnicas de captación de la imagen con acercamiento o alejamiento de la imagen y selección de los enfoques puede afectar también a la intimidad(163). Pero normalmente y, al margen de estas patologías, no es fácil en los usos normales que esa lesión se produzca y que sea necesario recurrir a la ponderación. Ese uso normal no lesivo podría ejemplificarse en el caso de la vigilancia mediante cámaras fijas en las tiendas del aeropuerto de Palma de Mallorca dentro de un espacio abierto al público y en el que la existencia de ese control es notoria y ha sido advertida(164). No hay aquí conflicto ente la intimidad y el control y éste es, en principio, legítimo de conformidad con el artículo 20.3 ET. El problema puede surgir cuando el espacio público de trabajo se convierte en determinadas circunstancias en privado, como ocurre en el caso del museo de Lugo(165). El vigilante nocturno que se encuentra solo en un lugar cuyo acceso controla tiene una expectativa razonable de intimidad, porque piensa que nadie lo está viendo. Por ello si, mediante una grabación oculta, se capta y se registra su imagen, se está sin duda vulnerando su intimidad y es muy difícil que un juicio de ponderación pueda justificar esa lesión si no se ha advertido previamente de su existencia.

---

(160) La Guía de Videovigilancia de la Agencia de Protección de Datos en el apartado dedicado a las videocámaras con fines de control empresarial recuerda que, conforme a la Instrucción 1/2006 de la propia Agencia, es necesaria la información específica a la representación sindical y que debe advertirse del control mediante el cartel anunciador y el impreso previstos en la mencionada Instrucción.

(161) STSJ de Asturias de 30 de abril de 2004, AS 2112.

(162) STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1995, AS 1086.

(163) STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de julio de 2008, AS 2878, aunque en la sentencia no hay constancia de que la técnica de *zoom* se empleara con una finalidad desviada.

(164) STSJ de las Islas Baleares de 4 de septiembre de 2009, AS 1763.

(165) SSTSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2001, AS 390, y 20 de marzo de 2002, AS 3385.

Si el control se produce en el establecimiento empresarial pero fuera del lugar de trabajo, las conclusiones pueden variar en función de la calificación de estos espacios. Puede tratarse de espacios neutros —almacenes, depósitos, vías de acceso— o, por el contrario, de lugares reservados para un uso personal por parte de los trabajadores. En los primeros la aplicación del artículo 20.3 ET puede ser discutible para los trabajadores que no prestan servicios en estas zonas, pero, por una parte, es difícil separar la ejecución del trabajo de la presencia en estos lugares, en los que puede realizarse alguna gestión vinculada con aquél, y, por otra parte, estamos ante el empleo de cámaras privadas en lugares también privados que tendría que ser tratada en todo caso a través de medidas de protección de datos. Los lugares reservados —de descanso, aseos, vestuarios, comedores, servicios— se han considerado al margen del control, pero, como hemos visto, dentro de estos lugares habría que distinguir entre aquellos espacios no laborables que son sensibles a la intimidad (aseos, servicios, vestuarios) y los que, por el contrario, tienen carácter hasta cierta medida público, ya que en ellos los trabajadores están expuestos a la observación de los demás, por lo que en esos lugares la captación de la imagen no tiene en principio un carácter agresivo. En el caso de los accesos a los comedores, se acepta la videovigilancia, aunque estamos en un espacio fuera del artículo 20.3 ET y esa aceptación se justifica por necesidades de control de los usuarios[166]. También las zonas de descanso y espera pueden ser controladas si existen razones que lo justifican y se respetan los límites de intimidad[167]. Una problemática especial presentan aquellos lugares que son sensibles a efectos de la intimidad (servicios, vestuarios), pero que se controlan no mediante la captación de imágenes en su interior, sino en sus accesos. En estos casos también se lesiona la intimidad, por lo que habría que estar a la justificación de la necesidad de los procedimientos y al sacrificio de la intimidad.

Los accesos a los centros de trabajo suelen vigilarse por razones de seguridad, pero también por razones de control en la entrada y salida de los trabajadores con la finalidad de verificar el cumplimiento del horario. El control de accesos por razones de seguridad se realiza por vigilantes de seguridad [artículo 11.1.c) de la Ley 23/1992] o por personal distinto al de la seguridad privada (Disposición Adicional Tercera de la Ley 23/1992). En cuanto a los casos de posibilidad de empleo de técnicas de captación de la imagen, si el control está a cargo de vigilantes de seguridad social no podrá realizarse de forma directa para controlar el cumplimiento del horario por los trabajadores, aunque los datos obrantes en las correspondientes grabaciones podrán ser utilizados por los servicios de personal de la empresa a estos efectos[168].

En cuanto a los controles que tienen lugar fuera del centro de trabajo, se justifican normalmente para vigilar la ejecución de la prestación laboral cuando ésta tiene lugar fuera del establecimiento empresarial o para el seguimiento de determinadas conductas extralaborales del trabajador con relevancia laboral. También aquí, partiendo de la regla general de la licitud de las técnicas de reproducción de la imagen en los espacios públicos, pueden distinguirse casos en los que la intimidad no está en juego —filmación de actividad

(166) STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2006, AS 3406.

(167) STS de Madrid de 20 de octubre de 2006, AS 1069/2007, que aplica la solución contraria de forma cuestionable, aunque había exceso en la grabación de las conversaciones que no debería invalidar el resto de la prueba.

(168) L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, op. cit.,* p. 86.

no íntima en espacio público[169]— de aquellos otros que se sitúan en zonas más grises[170] y de los que, al quedar afectada la intimidad, tendría que entrar en juego la ponderación. Ésta parece que tendría que ser necesaria siempre si entendiéramos que en todos los casos, incluso fuera de los lugares privados, está en juego el derecho a la propia imagen y que el contrato de trabajo no autoriza los controles fuera del centro de trabajo, lo que es discutible si efectivamente se trata de controles de interés laboral.

La advertencia sobre el control y, por tanto, la distinción entre controles ocultos y trasparentes tiene una gran trascendencia que quizá ha sido oscurecida por la argumentación que se ha impuesto de forma algo esquemática tras la STC 186/2000. No olvidemos que esta sentencia contempla un caso en el que la filmación se produjo en el lugar y durante el tiempo de trabajo, por lo que en principio la intimidad no estaba afectada, aunque pudieran estarlo el derecho a la propia imagen y la protección de datos. Pero ¿qué diríamos de una cámara que, ante unos indicios de sustracciones, enfocara el interior de los servicios o de los vestuarios? Haría falta aquí no una medida de policía empresarial, sino la denuncia de una infracción penal y la autorización judicial de la investigación.

El derecho a la propia imagen es independiente del derecho a la intimidad

II. VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Examinemos ahora brevemente la segunda zona de conflicto. El ámbito del derecho a la propia imagen no está ligado necesariamente al derecho a la intimidad, aunque la doble lesión sea posible[171]. El derecho a la propia imagen se ha configurado en la jurisprudencia constitucional reciente como un derecho autónomo[172] que se independiza de la defensa de la intimidad. El Tribunal Constitucional define el derecho a la propia imagen como «el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública» y, de forma más amplia, como «la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado»[173]. En el ámbito labo-

(169) STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007, AS 1535.

(170) El garaje anexo al domicilio en la STSJ de 26 de marzo de 2007, AS 2822, y el tendedero en la STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2008, AS 2817.

(171) Por ejemplo, en el caso de la STC 83/2002: publicación de una fotografía que revela una relación sentimental que se quería mantener oculta.

(172) En especial a partir de la STC 139/2001, sobre la publicación de las fotografías de un safari; no había lesión de la intimidad porque las fotos se habían tomado en lugar público y no registraban relaciones íntimas, pero se habían publicado y explotado sin el consentimiento de la persona afectada.

(173) STC 23/2010, que cita las SSTC 81/2001, 139/2001, 83/2002 y 14/2003.

ral es conocido el caso del despido del cortador de jamón que se negó a que su imagen, realizando las tareas de corte, fuera difundida en una campaña de promoción. En realidad y pese a lo que se afirma en la sentencia no estaba en juego la salvaguarda de «una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas», pues lo que se difundía era una imagen pública, aunque con un margen menor de difusión. Lo que realmente estaba en juego era la disposición del trabajador sobre su imagen.

Si se traslada esta reflexión al problema de la videovigilancia laboral podemos observar que algunos supuestos que hemos considerado que en principio no tienen carácter lesivo para la intimidad, sí que pueden afectar al derecho a la propia imagen. La cámara se limita a captar y registrar al trabajador durante la ejecución del trabajo en un lugar que está a la vista de los que se encuentran en el centro de trabajo. No hay lesión de la intimidad. Pero la obtención de esta imagen afecta a la facultad del trabajador de poder impedir la captación, grabación y reproducción de su imagen. Estamos en el supuesto del número 5 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, que considera como una intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o *fuera de ellos*». Esta última referencia es la que dota de autonomía al derecho a la propia imagen y suscita su problemática laboral. La cámara capta al trabajador fuera de su vida privada, pero en definitiva lo capta y esto sería en principio suficiente para configurar una intromisión. ¿Es así?

No necesariamente, porque el artículo 2.2 de la Ley Orgánica establece que no se apreciará la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley. Es importante advertir que el problema es aquí distinto del que se produce en relación con la intimidad. La intimidad forma parte de la dignidad humana que actúa como un límite del poder de vigilancia del empresario, por ello no puede considerarse autorizado por la ley ni por el consentimiento el empleo de medios de vigilancia que atenten a la intimidad y no se justifiquen mediante la ponderación. Pero en el caso del derecho a la propia imagen la situación es distinta, porque ese derecho se refiere sólo al poder de disposición sobre la imagen y la restricción de ese poder se autoriza por la ley y por el contrato de trabajo desde el momento en que el trabajador se somete en virtud de éste al control empresarial dentro de los límites del artículo 20.3 ET. Mientras el ejercicio del poder de vigilancia respete esos límites no se habrán vulnerado los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

III. VIDEOVIGILANCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS

1. La imagen y el sonido como dato personal

El tercer mecanismo de defensa de los trabajadores frente a las nuevas técnicas de videovigilancia es el que deriva de las normas sobre protección de datos, que tienen también un fundamento constitucional: el derecho a la autodeterminación informativa que se ha afirmado como un derecho autónomo a partir de la STC 292/2000.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), su reglamento aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre (RDP) y las regulaciones de la Agencia Española de Protección de Datos ofrecen una protección

complementaria de la que deriva la protección de la intimidad y del derecho a la propia imagen. Es una protección que podría caracterizarse por su carácter más preciso y práctico en orden a la aplicación de las garantías.

El artículo 2 LOPD dispone que la protección establecida en esta Ley será de aplicación a «los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento». La protección se extiende también a «toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado» y se construye a partir de dos conceptos básicos: el dato personal y su tratamiento. El dato personal se define como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables», lo que comprende «la información fotográfica, acústica o de cualquier tipo», según aclara el artículo 5.1.f) RPD. Por tratamiento se entiende «cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias» [artículo 5.1.t) RPD].

La videocámara reproduce la imagen de los afectados y, a efectos de la LOPD, la imagen de una persona constituye un dato de carácter personal, toda vez que la información que capta concierne a personas y suministra información sobre la imagen personal de éstas, el lugar de su captación y la actividad desarrollada por el individuo al que la imagen se refiere. Por tanto, la captación de imágenes con fines de vigilancia y control se encuentra sometida a lo dispuesto en la LOPD, en la medida en que sea objeto de un tratamiento de datos de carácter personal(174). Por otra parte, los datos concernientes al puesto de trabajo de una persona son datos de carácter personal, ya que quienes aparecen en las imágenes son los trabajadores de la empresa en su lugar de actividad(175).

Las imágenes y sonidos que se obtienen de la instalación de cámaras para el control de la actividad de los trabajadores sólo son considerados datos de carácter personal cuando permiten la identificación de las personas que aparecen en ellos, no aplicándose la LOPD en caso contrario. Pero cuando las imágenes se toman en el lugar de trabajo sí se produce normalmente esa identificación, dado que siempre aparecerá en las mismas los trabajadores de la empresa en su lugar de actividad, lo que les hace perfectamente identificables(176).

El dato personal debe ser objeto de tratamiento y éste puede ser manual o automatizado e implica algo dinámico que supone la actividad de conectar los datos entre sí(177) o de forma más estática su simple almacenamiento o archivo. Cabe preguntarse qué ocurre con aquellos sistemas que no registran imágenes y que se limitan a reproducirlas. Sería el caso del circuito cerrado de televisión controlado mediante visualización en pantalla o también encajaría en este supuesto la inserción de imágenes en Internet mediante la sucesión de fotos fijas que cambien cada cierto tiempo y que no se conserven en archivo alguno. En estos casos no se produce la conservación de las imágenes, con lo que cabe cuestionarse

(174) PS/00519/2008. Resolución: R/01823/2008.

(175) PS/00109/2004. Resolución: R/00681/2004.

(176) Videovigilancia en el lugar de trabajo-Año 2001.

(177) M.M. SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado,* Civitas, Madrid, 2003, pp. 284 y 285.

si estamos ante un tratamiento de datos y si hay obligación de inscribir el fichero de datos. La Instrucción 1/2006 prevé que no se considerará fichero el tratamiento consistente exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real. Por tanto, no resulta necesario inscribirlos. Sin embargo, esto no exime del cumplimiento del resto de deberes establecido por la LOPD y la Instrucción 1/2006[178]. En este caso no existe un fichero ni la obligación de inscripción, pero sí un tratamiento y el deber de cumplir con todas las restantes obligaciones. En particular debe informarse siempre mediante el cartel informativo[179].

Sobre esta cuestión tiene interés la SAN de 24 de enero de 2003[180] que decide el caso de un diario en el que se habían colocado unas cámaras fotográficas que recogían imágenes de la actividad de los trabajadores. Las cámaras «volcaban» inmediatamente las imágenes en Internet, renovándolas cada 15 segundos automáticamente. En la planta destinada a la redacción del periódico se había instalado una cámara, denominada *webcam*, que recogía una imagen en forma de fichero con formato de imagen o fotografía cada 15 segundos, y la depositaba en el servidor de Internet ubicado en la empresa, de forma que cada nueva imagen borraba la anterior. La sentencia considera que «no cabe excluir que haya existido por el hecho de que las imágenes cambiantes cada quince segundos no queden guardadas ni registradas en archivo alguno», pues, según la norma, «el tratamiento no exige la conservación de los datos, bastando con su recogida o grabación, y, de otra parte, no cabe duda de que la emisión de las imágenes a través de Internet conlleva su cesión o la puesta de las mismas a disposición de un destinatario múltiple e indeterminado, lo que supone la existencia de tratamiento de datos». Pero obsérvese que en el caso ha existido grabación y envío de las imágenes a Internet, algo que excede de la mera captación de imágenes que no se graban, sino que simplemente se contemplan en otro lugar, destruyéndose inmediatamente.

2. Las exigencias para la aplicación de la videovigilancia: legitimación, proporcionalidad, consentimiento e información

Dice el artículo 4 LOPD, siguiendo el artículo 6 de la Directiva 95/46, que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento cuando sean «adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». Se habla así de legitimación[181] para aludir a la justificación del empleo de las técnicas de videovigilancia tanto desde la perspectiva de la concurrencia de un fin legítimo como del criterio de proporcionalidad. Pero en el ámbito de la videovigilancia laboral la finalidad legítima viene dada por las facultades de control empresarial que reconoce de forma amplia el artículo 20.3 ET, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal sin desviaciones abusivas, como las que se han examinado en su momento. La aplicación del principio de proporcionalidad de conformidad con la doctrina constitucional[182] ya la hemos examinado al estudiar el conflicto entre el

(178) «Guía de Videovigilancia» de la AEPD, p. 11.

(179) «Guía de Videovigilancia» de la AEPD, p. 46.

(180) JUR 2006\275817. Sobre esta sentencia, *vid.* el comentario de GOÑI en *La videovigilancia empresarial..., op. cit.,* pp. 87-89.

(181) Artículo 2 de la Instrucción 1/2006.

(182) SSTC 98 y 186/2000.

control empresarial y la garantía de la intimidad y hemos llegado a la conclusión de que ese principio sólo será aplicable cuando exista efectivamente una lesión de la intimidad que exija acudir a la ponderación. Esta conclusión tiene que mantenerse para la protección de datos en la medida en que ésta es en realidad un instrumento para garantizar el derecho al honor y la intimidad personal (artículo 1 LOPD)[183].

Al igual que la doctrina del orden social, la AEPD tiende, sin embargo, a aplicar la proporcionalidad como un criterio general de justificación en todos los casos. Así, en la Instrucción 1/2006 la proporcionalidad se recoge expresamente en los apartados 1[184] y 2[185], si bien esta instrucción se refiere a la videovigilancia en general y no específicamente a la laboral. Pero incluso en las recomendaciones específicas para esta última se insiste en que ha de respetarse rigurosamente el principio de proporcionalidad, sin condicionar esta aplicación a los supuestos de conflicto[186]. La proporcionalidad ha sido aplicada en algunas resoluciones de la AEPD. Así en la Resolución 681/2004 se entiende ajustada al principio de proporcionalidad la instalación, sin información previa, de cámaras de videovigilancia para controlar la dedicación de los vigilantes de un museo ante la evidencia de alguna incidencia anterior que ponía de manifiesto defectos en el cumplimiento de las tareas de esos vigilantes. En la Resolución 1823/2008 se decide el caso de unas cámaras instaladas en una notaría para controlar la seguridad del inmueble que se utilizan para comprobar el incumplimiento del horario laboral de uno de los trabajadores que, finalmente, resulta despedido. En este caso, se concluye el incumplimiento por parte de la notaría de los deberes de información previa a los trabajadores y a los clientes y de los correspondientes a la notificación de la creación del fichero a la Agencia.

El consentimiento de los trabajadores es necesario cuando sus imágenes se van a difundir por razones ajenas al cumplimiento del contrato

Una exigencia fundamental para el tratamiento de datos y, por tanto, para la instalación de cámaras de videovigilancia con esta finalidad es el consentimiento del afectado. La existencia del consentimiento es en ocasiones problemática, tratándose de unas técnicas de vigilancia cuya instalación se establece sin advertencia previa a afectados, que en

(183) También obviamente el derecho a la propia imagen, aunque el precepto citado no lo mencione. Realmente el derecho a la propia imagen y la denominada autodeterminación informativa están relacionados.

(184) Las imágenes sólo «serán tratadas cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito de las finalidades determinadas, legítimas y explícitas, que hayan justificado la instalación de las cámaras o videocámaras».

(185) Sólo se considerará admisible la instalación cuando la finalidad de vigilancia no puede obtenerse por otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal.

(186) «Guía de la Videovigilancia», p. 35. Se prevé que «se adoptará esta medida cuando no exista otra más idónea». Hay otras limitaciones menos restrictivas como la indicación de que los usos serán los estrictamente necesarios captando las imágenes en los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral.

ocasiones ni siquiera se conocen en el momento de la instalación[187]. Pero en materia laboral la AEPD mantiene que la captación y el tratamiento de imágenes de los trabajadores para controlar el cumplimiento de sus obligaciones no requieren el consentimiento de éstos[188]. La razón es que se trata de un supuesto excluido por el propio artículo 6.2 LOPD, que elimina la necesidad de consentimiento cuando los tratamientos se refieren «a las partes de un contrato ... de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento». El control empresarial de la prestación de trabajo es una característica esencial del contrato y la amplia fórmula del artículo 20.3 ET —adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control— hace innecesario el consentimiento de la aplicación de las técnicas de videovigilancia o, más bien, el consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

Sin embargo, el consentimiento de los trabajadores afectados sí se precisa cuando no se trata de un control laboral, sino de la difusión de imágenes de los trabajadores por razones ajenas al cumplimiento del contrato, como, por ejemplo, la difusión en Internet con la finalidad de reflejar el movimiento y la actividad de la empresa. La grabación de los trabajadores con esta finalidad no constituye ya una facultad contractual del empresario y no puede confundirse con la facultad de controlar el cumplimiento de la prestación de trabajo. No concurre en estos casos ninguna causa de exclusión del consentimiento recogidas en el artículo 6.2 LOPD[189]. Por este motivo, algunas empresas han sido sancionadas con multa al trasmitir imágenes del interior de una oficina, siendo posible controlar el movimiento de la cámara tanto en horizontal como en vertical además de poder realizar *zoom s*obre las imágenes. El acceso al visionado de las cámaras era de libre acceso para cualquier usuario de Internet[190].

En los casos en que es necesario el consentimiento de los trabajadores afectados los órganos judiciales han rechazado el intento de las empresas de acreditar ese consentimiento mediante declaraciones prestadas por los empleados con fecha posterior al inicio del expediente sancionador. También se rechaza la existencia de un consentimiento tácito, argumentando que el hecho de que los trabajadores hayan soportado la captación de imágenes o hayan permanecido inactivos ante esta iniciativa de la empresa no permite afirmar que estén conformes con ella ni que hayan dado su consentimiento cuando ni siquiera consta que hubiesen sido previamente informados sobre las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse. En definitiva, la norma no requiere que el consentimiento se preste por escrito o con formalidades determinadas, pero sí exige que el consentimiento de los trabajadores afectados sea «inequívoco»[191].

---

(187) Para la videovigilancia pública vale la excepción del artículo 6.2 y la regulación especial de la Ley Orgánica 4/1997; para la videovigilancia privada la solución es más problemática. Se recurre a las advertencias previas de zona videovigilada (artículo 3 de la Instrucción 1/2006). Se habla también de consentimiento por hechos concluyentes o tácito si, formulada la advertencia, se entra en la zona (F.J. BAUZA MARTORELL, *Régimen de videovigilancia, op. cit.,* pp. 31 y 32).

(188) «Guía de videovigilancia», pp. 34 y 35.

(189) PS/00088/2000, Resolución: R/00330/2000.

(190) PS/00138/2009, Resolución: R/01262/2009.

(191) SAN de 24 de enero de 2003 (JUR\2006\275817).

De acuerdo con el artículo 5 LOPD, los interesados deberán ser informados de modo expreso, preciso e inequívoco de los extremos que menciona este artículo y, en particular, en lo que puede afectar a la videovigilancia, hay que informar de la existencia del tratamiento o del fichero correspondiente, de la finalidad de la recogida de los datos y de los destinatarios de información, de las consecuencias de la obtención de los datos, de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como de la identidad del responsable del tratamiento o de su representante. La información debe suministrarse previamente a la recogida de los datos personales, y tal información debe ser expresa, precisa e inequívoca(192). La información es esencial porque de ella depende en gran medida la aplicación del sistema de garantías.

Por ello, sorprende que una característica común de las denuncias canalizadas a través de la AEPD se base precisamente en la falta de información previa y suficiente a los trabajadores(193). A su vez, son verdaderamente escasos los supuestos analizados por los Tribunales sobre estos problemas en los que se exponga que la medida empresarial de videovigilancia se ha realizado con pleno conocimiento de los trabajadores implicados o donde el órgano judicial valore que se trata de una medida de vigilancia pública y manifiesta para los trabajadores, que éstos conocieran de su existencia, alcance y finalidad(194). El examen de la doctrina de suplicación pone de manifiesto una cierta flexibilización del deber empresarial de información previa al momento de la instalación de las cámaras. Para alcanzar esta conclusión, los Tribunales alegan diferentes razones, como, por ejemplo, que se trata de una cuestión de mera legalidad ordinaria y que por ello no produce afectación de los derechos fundamentales del trabajador. Según esta posición, la videovigilancia no informada carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional(195).

Se advierte así la influencia de una lectura no suficientemente crítica de las referencias que sobre esta materia contiene la STC 186/2000. Recordemos que la ausencia de información a los trabajadores afectados y al comité de empresa se consideró una cuestión de mera legalidad ordinaria, añadiendo que la notificación previa de la filmación oculta hubiera privado de efectividad a la medida(196). Pero el que la falta de información carezca de contenido constitucional no significa que sea lícita una medida que se ha adoptado sin cumplir el requisito de informar sobre ella. Por otra parte, tampoco es cierto que la falta de información carezca siempre de relevancia constitucional. Puede tenerla desde el momento que de la información depende la aplicación de las garantías del régimen de protección de datos que está constitucionalizado en el artículo 18.4 CE. En realidad, la doctrina constitucional viene funcionando en la práctica como una dispensa para los controles no

(192) Procedimientos de Declaración de Infracción de Administraciones Públicas AAPP/00029/2004, Resolución: R/00451/2005 y AP/00073/2008, Resolución: R/00614/2009.

(193) Agencia de Protección de Datos, Memoria de Actividades 2008, p. 27.

(194) STSJ del País Vasco de 19 de junio de 2007, AS 3357. En este caso, las cámaras se habían instalado para controlar el contenido de las pantallas de los ordenadores y uno de los trabajadores había sido despedido por dedicarse a la práctica de juegos durante la jornada laboral. En concreto, había estado jugando 22,5 horas de un total de 120,5 horas de trabajo. Dichas cámaras se instalaron con perfecto conocimiento por parte de todos los empleados, tanto de su ubicación —estaban a la vista—, como de su misión u objetivo.

(195) SSTSJ de Galicia de 20 de marzo de 2002 (AS 3385), Cataluña de 5 de febrero de 1999 (AS 1110); STSJ de Galicia de 22 de enero de 2000 (AS 59), y la STSJ de La Rioja de 5 de diciembre de 2000 (AS 135).

(196) FJ 7.4.

transparentes de policía empresarial cuando éstos aparecen justificados por indicios de infracciones relevantes que es preciso investigar. Pero la infracción de la legalidad ordinaria también puede determinar la ilicitud de la medida(197) y la posición permisiva no puede generalizarse a los supuestos normales de instalación de sistemas de videovigilancia. La solución en estos casos, dejando aparte el problema de las cámaras ocultas *justificadas*(198), consiste en entender que se ha vulnerado una información legalmente preceptiva, lo que debe determinar, aparte de la imposición de las sanciones previstas(199), la posibilidad de anular los resultados derivados de la aplicación del sistema(200): por ejemplo, la prueba obtenida puede considerarse ilegal o ilícita conforme a los artículos 283.3 y 287 LEC. Esta misma solución debe aplicarse a la omisión del informe previsto en el artículo 64.1.4.d) ET, aunque aquí la sanción administrativa correrá a cargo de la Administración laboral.

No se requiere que la información a los interesados se facilite por escrito. Conviene recordar que el artículo 18 RPD dispone en su apartado 1.º que «el deber de información deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado». Pese a la vigencia del principio de libertad de forma, la comunicación debe reunir los requisitos exigidos en el número primero del artículo 5 LOPD; ha de permitir también acreditar su cumplimiento, tal y como dispone el artículo 18 RPD. En ocasiones, la información verbal no queda acreditada, incumpliéndose así lo establecido en el mencionado precepto. Es el caso, por ejemplo, del museo de Mallorca que procedió a la recogida de los datos personales de sus trabajadores sin haber procedido a informar previamente a la recogida de los datos, de forma expresa, precisa e inequívoca(201). También puede citarse el supuesto de la notaría que instala un sistema de videovigilancia sin acreditar que haya informado al trabajador denunciante con carácter previo a la instalación y, por este motivo, es sancionado con multa(202). En los dos casos citados, la información verbal facilitada a los trabajadores por el empresario no pudo ser acreditada.

El derecho a ser informado de forma apropiada exige que los trabajadores afectados por las cámaras de vigilancia sean informados de la finalidad de la recogida de datos, de los destinatarios de la información, de la identidad y de la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante(203). El responsable del fichero es quien debe garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales de todas las perso-

---

(197) Surge aquí el problema de en qué medida la doctrina constitucional acaba justificando controles *ad hoc* sin información previa ni a los afectados, ni a los representantes por razones de eficacia de la investigación.

(198) En los casos en que se acepta la eficacia de la cámara oculta, la AEPD sanciona, sin embargo, a la empresa por la infracción del deber de información. PS/00126/2009, Resolución: R/01414/2009.

(199) Artículo 44.2.d) y 3.l) LOPD.

(200) Es la solución que rige en el artículo 55.2 ET para la infracción de los deberes de información previa a los representantes de los trabajadores en el despido. Es la que también se aplica en el ámbito administrativo cuando se incumple la obligación de solicitar informes preceptivos (M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo,* Tecnos, Madrid, 2009, p. 555).

(201) *Vid.* más extensamente Declaración de Infracción de Administraciones Públicas núm. AP/00076/2008, Resolución: R/00500/2009.

(202) *Vid.* PS/00519/2008, Resolución: R/01823/2008.

(203) Un claro ejemplo de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD puede verse en: Resolución de Archivo de Actuaciones, Expediente núm.: E/00404/2005.

nas cuyos datos almacena. Por ello, está obligado a llevar a cabo una serie de actuaciones dirigidas a la protección de datos. Así, por ejemplo, la instalación de un sistema de cámaras de vigilancia por parte del empresario requiere que éste, en calidad de responsable del fichero, notifique la creación del fichero a la Agencia de Protección de Datos, que dispondrá inscribirlo en el Registro General de Protección de Datos[(204)]. La notificación de inscripción del fichero facilitará que terceros puedan conocer que se está produciendo un tratamiento con una finalidad determinada y los afectados tendrán la oportunidad de ejercitar sus derechos ante el responsable[(205)].

La información a los trabajadores de la instalación de sistemas de videovigilancia debe comprender su finalidad

La información comprende la determinación de la finalidad del medio de vigilancia, lo que en ocasiones puede provocar algunos desajustes cuando un sistema de vigilancia establecido por razones de seguridad puede captar imágenes de un incumplimiento laboral que no está relacionado con estas razones[(206)]. Estamos ante supuestos que pueden entrar dentro de la noción del «hallazgo casual»[(207)] que no debe verse como una desviación incompatible. La AEPD ha adoptado un criterio más rígido en el ejercicio de su potestad sancionadora. Así, por ejemplo, si los trabajadores conocen la captación de imágenes con una cámara situada en su puesto de trabajo y la empresa les ha informado que su instalación obedece a la finalidad de supervisar los sistemas de seguridad, pero resulta que no fueron informados de que también ha sido instalada para la supervisión y control de su trabajo, y *a posteriori* se adoptan medidas disciplinarias en atención a las irregularidades detectadas por este medio en la prestación del servicio, cabe concluir que la información facilitada no cumple las exigencias contenidas en el artículo 5 LOPD[(208)].

---

(204) La naturaleza pública de la entidad que crea el fichero de datos determina que la creación de éste se regule por un procedimiento específico regulado en los párrafos 1 y 2 del artículo 20 LOPD. En este punto, se ha observado que algunos organismos públicos (como, por ejemplo, Autoridades Portuarias) han obviado dichas normas optando por decisión propia por el régimen de los ficheros privados e incurriendo por tanto en infracciones graves tipificadas en el artículo 44.3.a) LOPD. Es el caso del Patronato de Recaudación Provincial de Málaga que instala un sistema de videovigilancia, crea un fichero de titularidad pública e inicia la recogida de datos de carácter personal con anterioridad a la inscripción en el Registro General de Protección de Datos y sin autorización de disposición general publicada en el BOE o Diario Oficial correspondiente (Procedimiento de Declaración de Infracción de Administraciones Públicas AP/00073/2008, Resolución: R/00614/2009).

(205) El incumplimiento de esta obligación ha derivado en la imposición de sanciones como, por ejemplo, la sanción de 1.000 euros impuesta a la Notaría que graba diariamente las imágenes tanto de las personas que trabajaban en dicho establecimiento como de sus clientes, almacenándolas por un período aproximado de 20 días. PS/00519/2008, Resolución: R/01823/2008.

(206) Si el incumplimiento laboral se refiere también a razones de seguridad, como los casos de sustracciones por empleados, no hay conflicto. *Vid.* SSTSJ de Madrid de 28 de junio de 2005, AS 2080, y Galicia de 22 de diciembre de 2002, AS 778/2003.

(207) STS de 26 de septiembre de 2007, RJ 7514.

(208) En este caso, la cámara había captado irregularidades en la prestación del servicio de los trabajadores como, por ejemplo, no estar atentos al monitor, estar jugando con el móvil, dormir, etc. Los trabajadores habían sido in-

Es obligada la colocación de carteles informativos del sistema de cámaras de vigilancia instalado para el conocimiento de los clientes que pudieran acceder a ella (artículo 5 LOPD en conexión con el artículo 3 de la Instrucción 1/2006).

3. Las garantías del régimen de protección de datos

A) Las garantías de la calidad de los datos; en especial, la prohibición de usos incompatibles

La aplicación del régimen de protección de datos a la videovigilancia laboral determina la aplicación de una serie de garantías que se proyectan sobre los propios datos y sobre los derechos de los trabajadores afectados. La LOPD se refiere a la calidad de los datos, recogiendo, como ya vimos, la necesidad de justificación y proporcionalidad, pero también estableciendo exigencias de exactitud, actualización y compatibilidad, regulando la formación de ficheros y la exigencia de su inscripción en los términos ya examinados.

Los datos registrados deben ser exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del trabajador (artículo 4.3 LOPD). Los datos de carácter personal deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. Se prohíbe la conservación de los datos en forma que permita la identificación del trabajador durante un período superior al necesario para los fines en virtud de los cuales se hubieran obtenido. La AEPD ha propuesto en la Guía de Videovigilancia que se garantice la cancelación de las imágenes en el plazo máximo de treinta días y que únicamente pueden conservarse las imágenes que registren una infracción o un incumplimiento de los deberes laborales[209]. De este modo, se extiende la aplicación del plazo previsto en la Instrucción 1/2006, concretamente, el artículo 6, en el que se establece un plazo máximo de un mes desde su captación.

El artículo 4.2 de la Ley dispone que «los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos». De forma expresa sólo se establece que serán compatibles los tratamientos posteriores con fines históricos, estadísticos o científicos. El principio de finalidad ya estaba recogido en la derogada LORTAD en el artículo 4.2, según el cual los datos de carácter personal no podían usarse para finalidades distintas de aquellas para las que hubiesen sido recogidos. La aplicación del principio finalista determina la imposibilidad de que los datos sean utilizados para actividades diferentes a las que han justificado su tratamiento. La doctrina ha advertido del cambio operado tras la reforma, señalando que parece claro que la nueva redacción del artículo 4.2 LOPD ha introducido una diferencia importante con respecto a la regulación precedente mostrándose más permisiva respecto de

---

formados verbalmente de la finalidad de seguridad pero no de la finalidad de control. Tal conducta ha sido calificada de infracción leve que ha supuesto en el caso concreto multa de 601,01 euros. Procedimiento sancionador PS/00109/2004. Resolución: R/00681/2004. En otras ocasiones, las infracciones denunciadas ya habían prescrito (PS/00611/2008, Resolución: R/00231/2009).

(209) «Guía de Videovigilancia» de la AEPD, p. 36.

la posible «reutilización» de los datos[210]. La norma prohíbe que los datos puedan utilizarse para finalidades incompatibles, pero no deja claro si pueden utilizarse para finalidades distintas o diferentes, aunque no necesariamente incompatibles. Algunos autores han sido más críticos en la valoración del cambio normativo calificando ese cambio como «una quiebra del principio finalista» que se traduce en una disminución de las garantías de los trabajadores que se exponen a que sus datos se utilicen con finalidades distintas a las que justificaron su tratamiento[211].

La modificación es relevante, porque mientras «la finalidad distinta» es un concepto que no admite muchas interpretaciones, «la finalidad incompatible» sí da lugar a interpretaciones y matizaciones. No se trata sólo de una simple diferencia de expresión, sino que con la nueva redacción parece admitirse que cualquier tratamiento de datos pueda ser utilizado con finalidades compatibles y ello pese a que las razones que justificaron la creación del fichero y tratamiento de datos son distintas a las que aparecen con posterioridad. Por algún autor se ha rechazado que se trate de una adaptación a la regulación comunitaria[212], pues el legislador español podía haber conservado la redacción originaria y de esta forma reforzar las garantías de los afectados[213].

La posición inicial de la AEPD fue la de entender que, dado que la Ley no identifica qué ha de entenderse por «fin compatible», debía analizarse la existencia de dicha compatibilidad en cada supuesto, determinando si, a la luz de las disposiciones aplicables y de las circunstancias concurrentes, cabía considerar que esa finalidad que se alegaba como compatible resultaba lícita y si guardaba una adecuada relación con la finalidad que justificó el tratamiento de los datos. Siguiendo este criterio, se ha considerado correcta la utilización del dato sobre la afiliación sindical del trabajador para conceder el trámite de audiencia a los representantes sindicales en un despido, pese a que aquel dato se facilitó con la finalidad de que la empresa procediese a la recaudación de la cuota sindical[214].

Sin embargo, la doctrina judicial se orientó en un sentido más restrictivo. Así se ha considerado que, si bien el artículo 4.2 LOPD, en contraposición con el artículo 4.2 LORTAD, ya no se refiere a «finalidades distintas», sino a «finalidades incompatibles», la interpretación sistemática del precepto y la ambigüedad del término «finalidades incompatibles» avalan otra interpretación. En este sentido la SAN de 8 de febrero de 2002[215] señala que, según el diccionario de la Real Academia, «incompatibilidad» significa «repugnancia que

---

(210) S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas,* Bomarzo, Albacete, 2009, p. 21. También J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial, op. cit*., p. 173

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

(212) El artículo 6.1.b) de la Directiva 1995/ 46 CE se refiere a la necesidad de que los datos no sean tratados posteriormente de manera incompatible con los fines iniciales.

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

(214) Informe Jurídico de la AEPD sobre la utilización del dato de afiliación sindical en los procedimientos de despido-Año 2002.

(215) JUR\2002\143122. Criterio reiterado, posteriormente, en la SAN de 11 de febrero de 2004 (RJCA\2004\421).

tiene una cosa para unirse con otra», y que, por tanto, una interpretación literal ampara el uso de los datos para cualquier fin, abriendo una gama indefinida e ilimitada de finalidades, pues es muy difícil imaginar usos que produzcan la repugnancia que evoca la incompatibilidad. Sin embargo, la sentencia considera que «semejante interpretación conduce al absurdo y como tal ha de rechazarse». En la misma línea se destaca que al vincularse el consentimiento con la finalidad del tratamiento del dato[(216)] ha de concluirse que si los datos se usan con otra finalidad distinta se precisará para ello el consentimiento del afectado. La SAN de 14 de junio de 2002[(217)] advierte que la interpretación del término «incompatibles» debe realizarse de forma sistemática poniendo en relación dicha expresión con el principio de autodeterminación que inspira la ley pues una interpretación amplia del término «incompatibles», sin tener en cuenta dicho principio lo vaciaría de contenido. Cabe añadir otros argumentos que refuerzan el planteamiento expuesto como, por ejemplo, que el apartado 5 del artículo 4 exige la cancelación de los datos personales, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad que justificó su recogida y tratamiento[(218)]. O también que en el artículo 44.3.b) LOPD referido a las infracciones se tipifique como infracción grave la recogida de datos con finalidades «distintas» de las que constituye el objeto de la empresa[(219)].

La AEPD ha seguido esta línea interpretativa en la que incompatibles tiende a identificarse con distintas. Así sostiene que las finalidades a las que alude el artículo 4.2 LOPD han conectarse con el principio de pertinencia o limitación en la recogida de datos regulado en el artículo 4.1 de la misma Ley. Conforme a dicho precepto, los datos sólo podrán tratarse cuando «sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». En consecuencia, si el tratamiento del dato ha de ser «pertinente» al fin perseguido y la finalidad ha de estar «determinada», difícilmente se puede encontrar un uso del dato para una finalidad «distinta» sin incurrir en la prohibición del artículo 4.2 aunque emplee el término «incompatible». En definitiva, los datos no pueden ser tratados para fines distintos a los que motivaron su recogida, pues esto supondría un nuevo uso que requiere el consentimiento del interesado[(220)].

De acuerdo con este criterio, no se aprecia compatibilidad en el supuesto en que los datos del reconocimiento médico efectuado por una Mutua para una empresa determinada en un momento anterior, se utilicen por la misma Mutua para la elaboración del informe

---

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

(217) JUR 2003\49779. *Vid.* C. LEMES SERRANO (Coord.), *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia,* Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 147.

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

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

(220) Resolución de archivo de actuaciones, Expediente núm.: E/00761/2005. Por lo que se refiere al caso concreto, se concluye que la Mutua no ha utilizado los datos de salud extraídos del parte de baja del trabajador (y que utilizó para la cobertura de las prestaciones económicas por IT derivada de contingencias comunes) para cursar el despido disciplinario del trabajador porque la causa que motivó la sanción (simular estrés laboral y ansiedad) no coincide con la información del parte de baja médica que tenía la Mutua en sus archivos.

de otro reconocimiento médico, con otra extensión y contenido, relativo al mismo trabajador, pero para otra empresa diferente y en un momento posterior, sin consentimiento del trabajador afectado y provocando su despido[221].

En materia de control de la actividad del trabajador, la AEPD ha asumido también el criterio del orden contencioso-administrativo, afirmando que los datos podrían ser utilizados por el empresario única y exclusivamente para la función de control de la presencia del trabajador, tal y como se ha venido señalando, pero no para ninguna otra finalidad distinta, puesto que el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone claramente que «los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos»[222].

En materia laboral lo importante es que el trabajador conozca que está siendo objeto de control por videovigilancia, no la finalidad de dicho control

Sin embargo, en materia laboral esta solución restrictiva resulta cuestionable, porque si la vinculación a la finalidad afirmada en el acto de establecimiento opera como una garantía para que no se modifique el contenido del tratamiento para el que se prestó el consentimiento, alterando el alcance de éste, es claro que tal restricción no juega en materia laboral. En efecto, al no ser preciso el consentimiento para la videovigilancia laboral, la delimitación inicial de la finalidad no resulta relevante para determinar el alcance del control del trabajador en esos términos. Lo importante es que el trabajador conozca que está siendo objeto de un control por videovigilancia; no la finalidad que se le ha asignado a ese control. Volvamos a algunos ejemplos ya examinados al estudiar el contenido de la información. En el caso de las cámaras instaladas en las entidades financieras o en los grandes establecimientos comerciales, la instalación se hace y así se declara por razones de seguridad y en especial para defender el patrimonio de la empresa. Si el trabajador es sorprendido por la cámara cuando se apropia de una cantidad o de un producto, se está dentro de la finalidad asignada al medio de control y sería absurdo sostener que la finalidad no se cumple porque se registra un incumplimiento laboral. Pero supongamos que lo que se graba no es una apropiación sino una agresión sexual a una compañera de trabajo. También sería absurdo negar que la grabación pueda servir para acreditar la infracción e imponer la sanción correspondiente. Es así, porque ese uso accidental del medio no rompe ninguna garantía: el trabajador sabía que estaba siendo controlado; su intimidad no estaba en juego; su consentimiento no era necesario para el establecimiento del sistema de control y, por tanto, la finalidad principal asignada a éste no limitaba

(221) PS/00016/2005, Resolución: R/00740/2005. Por la conducta descrita la Mutua fue sancionada con una multa de 60.101,21 euros.

(222) Informe 0324/2009 de la AEPD. Se planteaba aquí la posibilidad de implantar un sistema para el control horario de los trabajadores basado en la lectura de la huella digital.

su utilización en el ámbito laboral. Es inadecuado hablar aquí de que la desviación de la finalidad rompe una *razonable expectativa de intimidad*[223], porque esa expectativa ya está rota por un control cuyo alcance técnico se conoce. Lo que habría es una *expectativa no razonable de impunidad* que además sólo se mantiene para algunos incumplimientos, ya que otros considerados más graves no estarían protegidos por el «velo de la finalidad»[224].

B) Las obligaciones de secreto y seguridad, las limitaciones de la comunicación

Las imágenes y sonidos captados y registrados están sometidos a una obligación de secreto que vincula al responsable del fichero y a quienes intervengan en el tratamiento, una obligación que subiste después de finalizar las relaciones con el titular del fichero (artículo 10 LOPD). El artículo 9 LOPD establece además obligaciones de seguridad. El responsable del fichero y el encargado del tratamiento deben adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

Estas garantías se completan con las limitaciones aplicables a la comunicación. Los datos objeto del tratamiento sólo pueden ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado (artículo 11 LOPD). Se establecen de forma cerrada algunas excepciones a la necesidad de consentimiento en la cesión; entre ellas la relativa a los órganos judiciales. El consentimiento, que tiene carácter revocable, es nulo cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar. El que recibe la comunicación de los datos se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la Ley.

Sin embargo, no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento. Esta relación se regula en el artículo 12 LOPD. La persona que presta este servicio se denomina encargado del tratamiento y la realización de tratamientos por cuenta de un tercero debe regularse por un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido. En este contrato debe establecerse que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con el fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

La ley prevé que, una vez cumplida la prestación contractual, los datos deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documento en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento. En caso de incumplimiento de los términos del contrato por el encargado del tratamiento, éste asume responsabilidad por las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.

---

(223) J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial..., op. cit.,* p. 179.

(224) *Ibidem*. Se mencionan a título de ejemplo el acoso moral y sexual, las amenazas, agresiones físicas y actos graves de infidelidad.

c) Los derechos de las personas afectadas: acceso, rectificación, cancelación y oposición

El régimen de la protección de datos se completa con una serie de derechos de los afectados, a través de los cuales éstos pueden reaccionar ante las acumulaciones de datos que se refieren a su persona. En la medida en que las técnicas de videovigilancia no se limitan a captar la imagen y el sonido, sino que los graban, archivan y almacenan, tiene sentido hacer una breve referencia a estos derechos de reacción, a través de los cuales se organiza la protección de los datos personales en sentido estricto. Se trata de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición(225).

El derecho de acceso tiene por objeto obtener información sobre si los datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos(226). De esta forma, el afectado puede obtener del responsable del tratamiento información relativa a datos concretos, a «datos incluidos en un determinado fichero, o a la totalidad de sus datos sometidos a tratamiento». El derecho de acceso tiene un límite temporal, pues el responsable del fichero o tratamiento puede denegar el acceso cuando el derecho ya se haya ejercitado en los doce meses anteriores a la solicitud, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.

El derecho de rectificación se define como el derecho del afectado a que se modifiquen los datos que resulten ser inexactos o incompletos, mientras que el derecho de cancelación se orienta a la supresión de los datos que resulten ser inadecuados o excesivos(227), sin perjuicio del deber de bloqueo en los términos previstos en el RPD.

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los supuestos previstos(228).

Estos derechos se ejercitan ante el responsable del archivo o del tratamiento a través de un procedimiento muy sencillo que comienza con una comunicación al responsable del tratamiento o archivo y termina con la contestación de éste(229). Estamos aquí en el marco de una reclamación entre las partes que se ha regulado con un cierto grado de formalización, pero que queda al margen de un procedimiento administrativo y carece de trascendencia en orden a las ulteriores reclamaciones en vía judicial. Pero las cosas se complican como consecuencia de las previsiones que sobre la tutela de derechos contiene el artículo 18

(225) La LOPD se refiere también a otros derechos. El derecho a la impugnación de valoraciones tiene una formulación amplia en la medida en que se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos sobre ellos o que les afecte de manera significativa que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad. Por ello, el afectado puede impugnar los actos administrativos y decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de estas características (artículo 13 LOPD). Se reconoce también el derecho de los interesados a ser indemnizados por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos (artículo 19 LOPD).

(226) Artículo 27 RD 1720/2007.

(227) Artículo 31 RD 1720/2007.

(228) Artículo 34 RD 1720/2007.

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

LOPD. Dispone este artículo, en su número 1, que las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine. El número 2 de este artículo añade que el interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico competente, que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación. Hasta aquí es difícil determinar exactamente el objeto de este procedimiento —ahora ya claramente administrativo— de reclamación, aunque, como ya indicó GOÑI, estas reclamaciones tienen un cierto aroma judicial(230). Pero el Reglamento de Protección de Datos da un paso más en sus artículos 117 a 119(231). Se regula en ellos un procedimiento contradictorio —más judicial que administrativo— con iniciación a instancia del afectado, traslado de la reclamación al responsable del fichero para que formule alegaciones, práctica de la prueba y de otros actos de instrucción, incluidas nuevas audiencias. Terminada la tramitación, dice el artículo 117.3 que la Administración «resolverá sobre la reclamación formulada»; decisión contra la que cabe recurso contencioso-administrativo. Si es así, parece que una pretensión claramente laboral o civil sobre el acceso, la rectificación, la cancelación, la oposición o más ampliamente sobre las conductas empresariales contrarias a las normas de protección de datos se ha convertido en una pretensión administrativa(232). El artículo 19 del Reglamento de Protección de Datos prevé incluso una ejecución de la resolución cuando establece que «si la resolución de tutela fuese estimatoria, se requerirá al responsable del fichero para que, en el plazo de diez días siguientes a la notificación, haga efectivo el ejercicio de los derechos objeto de la tutela, debiendo dar cuenta por escrito de dicho cumplimiento a la Agencia Española de Protección de Datos en idéntico plazo». La norma, con cierto pudor, no nos dice qué sucederá si la resolución que ordena el acceso, la rectificación, la cancelación o el cese de la actividad ilícita no se cumple. ¿Se irá a una ejecución administrativa en sentido fuerte o se remitirá a las partes a que resuelvan sus problemas ante el orden jurisdiccional competente?(233).

Dos problemas plantea esta regulación:

Primero.—¿Ha asumido la AEPD una función parajurisdiccional en orden a resolver conflictos entre sujetos privados en materia de tutela de los derechos de protección social? ¿Es válida esta asunción en términos constitucionales? ¿Ha perdido en ese caso el orden social su competencia sobre los conflictos en materia de videovigilancia cuando tengan implicaciones en materia de protección de datos?

---

(230) J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial, op. cit.,* p. 213.

(231) La regulación era similar, aunque algo más discreta, en el artículo 17 RD 1332/1994.

(232) Afortunadamente el artículo 19 LOPD aclara que las indemnizaciones de los daños producidos como consecuencia de los ilícitos en materia de protección conocen los órganos de la jurisdicción ordinaria —la laboral en su caso— si se trata de actuaciones privadas o de la jurisdicción contencioso-administrativa si se trata de ficheros de titularidad pública. Con ello, sin embargo, no se resuelve el problema de la disfuncionalidad de la dualidad de jurisdicciones: sobre la existencia del ilícito decide la Administración y luego el orden contencioso-administrativo; sobre la indemnización el orden jurisdiccional que corresponda.

(233) Dado el tipo de pretensiones que implicarán normalmente la imposición de obligaciones de hacer o no hacer será necesario recurrir a la ejecución subsidiaria (artículo 98 LRJAPC) y la compulsión sobre las personas (artículo 100 LRJAPC), aparte de las multas coercitivas del artículo 100 de la misma Ley.

Segundo.—Aunque no sea así, ¿existe una especie de vía previa en el sentido de que antes de ejercitar las correspondientes pretensiones ante el orden social hay que formular las reclamaciones previstas en el artículo 17 LOPD y en los correspondientes artículos del Reglamento de Protección de Datos?

La asunción por la AEPD de una función parajurisdiccional en los términos expuestos sería contraria a los artículos 24.1 y 117.3 CE, en la medida en que supone el ejercicio por parte de una Administración pública de una función reservada por la Constitución a los órganos del Poder judicial, lo que afecta tanto al artículo 24.1 (derecho al acceso a la jurisdicción), como al artículo 117.3 CE (atribución en exclusiva de la función jurisdiccional a los órganos judiciales). Aquí no estamos en el supuesto normal de la actividad administrativa en el que la Administración interviene frente a un administrado en defensa de un interés público. La AEPD no concede una autorización; no impone una sanción; no adopta una medida de fomento, ni gestiona un servicio público. Lo que hace es resolver un conflicto entre privados, aplicando una norma jurídica y esto es materialmente una función jurisdiccional. La Administración ocupa el lugar del juez en el marco de una controversia que afecta a dos sujetos privados —empresario y trabajador— sobre una relación de carácter también privado: una incidencia suscitada por el control empresarial en el marco del contrato de trabajo. Es lo que se ha llamado la *actividad arbitral de la Administración*. A diferencia de lo que ocurre en la actividad administrativa normal, no estamos aquí ante una relación bilateral Administración-administrado, sino ante una relación triangular: la Administración se coloca en una posición *supra partes* y decide sobre un conflicto entre ellas. Esta intervención «jurisdiccional» de la Administración sólo podría justificarse si estuviéramos ante un arbitraje voluntario, pero no si se trata de un arbitraje obligatorio. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en relación con las funciones atribuidas a las denominadas juntas arbitrales de transportes[(234)]: «la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial» y, por tanto, «resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje».

¿Es injustificado obligar al demandante a agotar dos vías previas antes de interponer la demanda?

Lo mismo ocurre con el procedimiento ante la AEPD o ante el órgano autonómico competente, pues basta con que la reclamación se presente por una parte para que la Administración asuma una competencia que se le ha concedido por la ley, no mediante un convenio arbitral, y la competencia se mantiene sea o no aceptada por la parte

(234) SSTC 174/1995 y 352/2006.

frente a la que se reclama. Esta regulación vulnera el artículo 117.3 CE, pues 1.º) inicialmente decide el conflicto entre partes alguien que no es juez, ni ha sido designado árbitro, y 2.º) el orden jurisdiccional que acaba interviniendo finalmente para controlar la decisión administrativa no es el que tiene la competencia natural sobre la materia sobre la que versa el conflicto. Se vulnera también el artículo 24.1 CE, al perturbar de forma grave el acceso a la justicia(235).

El segundo problema viene determinado por la posibilidad de que las reclamaciones previstas en artículo 17 LOPD y en los preceptos reglamentarios que lo desarrollan(236) constituyan una vía previa que deba utilizarse necesariamente antes de acudir a la vía laboral y en ese caso cabe también preguntarse si no constituye un obstáculo injustificado al acceso a la justicia el obligar al demandante a agotar dos vías previas —la de la LOPD y la de la LPL— antes de interponer la demanda.

(235) Algún autor ha planteado la posibilidad de resolver el problema entendiendo que la regulación de las reclamaciones *alternativas* de la LOPD no impiden que el reclamante formule su pretensión ante los órganos jurisdiccionales con lo que estaríamos ante una especie de jurisdicción optativa de la AEPD. Pero con ello no se resuelve el problema, porque no se trata de una opción compartida por las dos partes en la línea del arbitraje voluntario. *Vid.* P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 y ss., y A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales,* Dykinson, Madrid, 2004, p. 144.

(236) Artículos 24, 28, 29, 32, 33 y 35 RD 1720/2007.

CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y MOVILIDAD FUNCIONAL: HIPERREALISMO JUDICIAL, IMPRESIONISMO DE LA FLEXISEGURIDAD Y OTRAS REFLEXIONES EXPRESIONISTAS

David Lantarón Barquín

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

RESUMEN

Clasificación profesional y movilidad funcional: hiperrealismo judicial, impresionismo de la flexiseguridad y otras reflexiones expresionistas

La controvertida reforma laboral del año 2010 se gesta en una atmósfera adversa en lo social y marcada posiblemente en lo jurídico por la panacea de la flexiseguridad, que se atisba como horizonte deseado. «*Alii bella gerant. Tu, felix Europa, flexifirma te*». Sin embargo, el régimen jurídico de la crucial clasificación profesional y de la movilidad funcional, clave esta última cuando se habla de la flexibilidad interna en la empresa, no se ha visto directamente alterado ni por el RD-L 10/2010 ni por la L 35/2010. Afirmación a la que cabe añadir dos matizaciones, la menor, meramente gramatical, en relación con el tan legislativamente manido tema de la discriminación por razón de sexo. La mayor, mediante el cambio en el régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en particular al aceptar la Ley 35/2010 la posibilidad de cambiar, siguiendo el cauce procedimental del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el régimen jurídico funcional establecido en convenio colectivo estatutario. Posibilidad inexistente con anterioridad. El protagonismo de la negociación colectiva y de la autonomía individual en el régimen jurídico del artículo 39 ET, la gran flexibilidad «consensuada», conceptual y decisoria, que rezuma este precepto legal, explica muy posiblemente su estabilidad en la actual coyuntura. Régimen jurídico cuya interpretación judicial se refleja prolijamente en este comentario, advirtiendo su complejidad y contrariedades. Comentario que no está exento, además, de interesantes reflexiones sobre cuestiones conceptuales y otras como, a título de ejemplo, la movilidad parcial, la interpretación última de la garantía salarial pareja a la movilidad vertical o la conveniencia de acoger documentalmente un «historial funcional» del trabajador.

ABSTRACT

Professional classification and functional mobility: judicial hiperrealism, impressionism of the labour market flexibility and other expressionist reflections

The controversial labour reform of 2010 is brewed in an adverse social atmosphere and probably marked in terms of law by the panacea of the labour market flexibility, which is stared off as a wished horizon. *Alii bella gerant. Tu, felix Europa, flexifirma te*. However, the legal regime of the crucial professional classification and of the functional mobility, being this last one a key in terms of the internal flexibility of a company, has not been directly altered either for RD-L 10/2010 or for Law 35/2010. One might add to this statement two other riders, the minor one, merely grammatical, in connection with the so worn-out legal topic of sexual discrimination. The major one, by means of a change in the legal regime of the substantial revision of working conditions, in particular when the Law 35/2010 admits the possibility of changing, following the procedural channel of the article 41 of the Workers' Statute, the functional legal regime settled down in the statutory collective agreement. This possibility was nonexistent in the past. The preeminence of the collective bargaining and of the individual autonomy in the legal regime of the art. 39 WS, the great conceptual, decisive and «consensual» flexibility, that this legal rule oozes, very possibly explains its stability in the current trend of business. The judicial interpretation of this legal regime whose is neatly reflected in this comment, noticing its complexity and annoyances. Comment that is not exempt, as well, of interesting reflections on conceptual issues and others such as, for example, partial mobility, the last interpretation of the wages guarantee hand in hand with vertical mobility or the convenience of having a written worker's «functional record».

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: FLEXIBILIDAD, FLEXISEGURIDAD Y MOVILIDAD FUNCIONAL.

II. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.

1. Sistema de clasificación profesional: andamiaje conceptual de la legislación estatal. Notas sobre una tentativa de reforma.

A) Introducción.
B) Objetividad y discriminación en el sistema de clasificación profesional.
C) Negociación colectiva y sistema de clasificación profesional: papel y condición.
D) Conceptos articuladores del sistema de clasificación profesional. Reforma de 2010, revisión y afianzamiento.

2. Encuadramiento profesional del trabajador.

III. MOVILIDAD FUNCIONAL.

1. Introducción. Naturaleza y ámbito de aplicación del artículo 39 ET.

2. Clases de movilidad funcional.

A) Movilidad funcional ordinaria, interna u horizontal.
B) Movilidad funcional vertical o externa.

a) Movilidad vertical ascendente.

a') Concurrencia del supuesto de hecho.
b') A propósito de la «movilidad parcial» del trabajador.
c') Causalidad y temporalidad de la movilidad.
d') Garantías del trabajador.

a'') Derecho a una retribución correspondiente a las funciones efectivamente realizadas.
b'') Derecho a la cobertura de la correspondiente vacante.

b) Movilidad vertical descendente.

C) Movilidad funcional extraordinaria.

3. Sobre algunos límites heterónomos a la movilidad funcional del trabajador.

IV. INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN TORNO AL PROCESO EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL.

1. Objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional: deslinde.

2. Clasificación profesional, proceso ordinario y otras modalidades procesales.

3. Procedimiento de clasificación profesional.

4. Sentencia e irrecurribilidad.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: FLEXIBILIDAD, FLEXISEGURIDAD Y MOVILIDAD FUNCIONAL

La «flexibilidad» laboral, concepto polivalente y metajurídico[1] sobrevuela desde hace tiempo los cielos de la clasificación profesional del trabajador y su movilidad funcional. Se presenta para ello bajo su «advocación» interna.

Sin perder de vista la definición de la RAE del término «flexibilidad», cuando comúnmente se refiere en el ámbito jurídico laboral tiene como fuerza motora de la ductilidad del ordenamiento el interés directamente empresarial. Cariz que sintoniza con la evolución histórica del Ordenamiento Laboral, «normalmente más atento a la preservación del orden social establecido que al logro de una hipotética justicia social, cuyos avances —por decirlo de algún modo generalizable— siempre han ido ligados a la conservación del sistema»[2]. Como, por ejemplo, se ha señalado en relación con la flexibilidad del tiempo de trabajo, éste es «con excesiva frecuencia, un tema puramente unidireccional que sólo se adapta a las necesidades productivas de la empresa»[3].

La flexiseguridad se fundamenta en un mecanismo distinto de distribución de los riesgos

No se trataba, no se trata en realidad, de una flexibilidad del mercado de trabajo, de nuestro sistema de relaciones laborales o del ordenamiento jurídico laboral, todos ellos crisoles de intereses más plurales. No consiste, por lo tanto, en una flexibilidad del ordenamiento laboral que admita su movilidad hacia uno u otro lado de un hipotético equilibrio de intereses de las partes del contrato de trabajo.

La movilidad funcional es por ello, «en sí misma, una forma de flexibilidad directa»[4]. Al margen de esta consideración ontológica, esta cercanía entre flexibilidad y movilidad funcional se aprecia desde el Convenio General de la Industria Química de 1982[5], que nada a contracorriente en una década caracterizada por la predilección

---

(1) MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «Flexibilidad laboral y reforma de la normativa sobre movilidad funcional», *Civitas Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 67/1994, p. 753. Autor que diferencia, por un lado, flexibilidad de protección, de adaptación y desreguladora en distintos grados, atendiendo a la finalidad, y, de otro, flexibilidad subjetiva directa (de entrada, de desarrollo y de salida) e indirecta (pp. 755 y ss.). Otros autores nos hablan de una flexibilidad numérica externa, numérica interna, salarial y funcional. Y contraponen cuatro variantes de la seguridad: del empleo o protección del empleo; de empleo o capacidad de empleo; de renta; y de conciliación. SYLVAINE LAULOM, «El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad», *RL,* 2007-II, pp. 140 y 141.

(2) Despierta recientemente nuestra memoria al respecto el profesor GALIANA MORENO en su trabajo «Orden económico y relaciones laborales: de la flexibilización a la flexiseguridad», *Civitas Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 140/2008, p. 783.

(3) ALAMEDA CASTILLO, M.ªT., «En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro», *Relaciones Laborales. Revista crítica de Teoría y Práctica,* 2007-II, p. 234.

(4) MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «Flexibilidad laboral y reforma...», p. 764.

(5) CASAS BAAMONDE, M.ªE., «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», *Civitas Revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 89/1998, p. 444.

por la flexibilidad externa, por el fomento de la contratación temporal como medida de flexibilidad protagonista. Potenciación de la contratación temporal que opera como «elemento compensador o sustituto funcional de otras formas de flexibilidad»(6), al igual que la opción por la flexibilidad funcional puede evitar despidos y consiguientes gastos en protección social(7).

Flexibilidad que se precipita con claridad sobre el régimen jurídico de la movilidad funcional en la importante reforma laboral del año 1994, en la Ley 11/1994, fortaleciendo la unilateralidad constitutiva de la decisión empresarial y dejando atrás la necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores e intervención administrativa laboral(8). Continuó proyectándose sobre el mismo en los importantes AICV y AINC del año 1997, incentivando la recepción en la negociación colectiva del mentado tránsito de la legislación estatal.

Hoy en día el siempre motorizado ordenamiento jurídico laboral vive una época convulsa al compás de la grave situación económica. Se hable de «des-construcción»(9), «deconstrucción»(10), reconstrucción o terminología análoga, lo cierto es que el horno del legislador viene fraguando, con denuedo en los últimos tiempos, nuevos sabores. Entre otros, el de la flexiseguridad. Testigos de este tránsito de la flexibilidad hacia la «flexiseguridad», fundada ésta «en un mecanismo distinto de distribución de los riesgos»(11), la flexibilidad funcional mantiene su vigencia como parte de este nuevo concepto(12). Entendida la flexiseguridad, a estos efectos, como un modelo de equilibrio entre la disciplina flexible del mercado laboral, la organización del trabajo y las relaciones de empleo, por una parte, y la seguridad de empleo y rentas, por otra parte. Equilibrio desequilibrado al decir de autorizada doctrina en relación con el propuesto en el «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»(13).

---

(6) AA.VV., *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas. Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social,* 2005, p. 46.

(7) Ahorro en protección social cuyo montante puede a su vez alimentar, como incentivo, esta flexibilidad funcional como sustituto del despido. KLAMMER UTE, «Flexiseguridad: perspectiva europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. VI, mayo de 2007, p. 137.

(8) Véase al respecto, entre otros autores, GÁRATE CASTRO, F.J., «La movilidad funcional. (En torno al artículo 39)», *Civitas Revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 100-I, 2000, p. 832.

(9) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del modelo de "flexiseguridad" liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social. Primera parte», *Tribuna Social,* 2008, núm. 206, p. 27.

(10) LANTARÓN BARQUÍN, D., «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿construcción y/o "deconstrucción"?», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 12, octubre de 2006, *http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=12&numero=12,* 15 páginas, ISSN 1696-9626.

(11) PIERA LOI, «La función del riesgo en el paso de la seguridad a la "flexiseguridad"», *RL,* 2007-II, pp. 181 y ss. Cita, p. 196.

(12) Flexibilidad funcional definida en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre flexiseguridad de julio de 2007 —«Joint opinion by EMCO and SPC on the common principles of flexicurity». 15320/07. SOC 461. ECOFIN 471— como la referida a «la utilización de la capacidad de los trabajadores para realizar diversas tareas en función de las necesidades (de la empresa), por medio de la rotación de los puestos de trabajo, la ampliación de las funciones y la revalorización laboral».

(13) Una visión excesivamente inclinada a favor de la flexibilidad, como la incluida en el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» COM (2006), 708 final, de 22 de noviembre de 2006, se ha visto como «una manifestación preclara de un *soft law* que socava el propio *hard law* comunitario». Como un «canje de "seguridad en el trabajo" por "seguridad en el

Flexiseguridad que sólo puede dotarse de un contenido sustancial, superando su apariencia de labor —importante— estrictamente conceptual, de mero neologismo, si se concibe como un modelo de equilibrios y de técnicas articuladoras de éstos. Y que es, en esta acepción, una manifestación conceptualmente autónoma del carácter dinámico del ordenamiento jurídico laboral(14). Una manifestación que responde a un equilibrio o intereses bilaterales cuya ausencia ha sido denunciada en el uso de la flexibilidad laboral. Equilibrio e intereses bilaterales que son los que han de motivar la cesión o cambios, la adaptación del ordenamiento propia de la flexiseguridad bien entendida. En tanto la flexibilidad, sin más, se ha venido acercando según las épocas a uno u otro polo, más con claridad en los últimos tiempos, y en especial en la reforma del año 1994, al interés empresarial. Es unidireccional.

Desde esta óptica la flexiseguridad no es sino una flexibilidad bidireccional, adaptada al interés de ambas partes de la relación laboral, sin necesidad de favorecer un tránsito desde la seguridad en el trabajo a la seguridad en el mercado que laboraliza la vida personal y familiar del individuo, desdibujando los límites de la autonomía privada y acercándolo peligrosamente a la alienación. Así, una visión excesivamente inclinada a favor de la flexibilidad, como la incluida en el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»(15), se ha visto como «una manifestación preclara de un *soft law* que socava el propio *hard law* comunitario»(16). Como un canje de «seguridad en el trabajo» por «seguridad en el mercado», trasladando o «externalizando» el riesgo empresarial hacia los instrumentos de protección social, siendo más preciso en la primera dirección que en la segunda «lo que podría considerarse como una invitación a «dar moneda cierta a cambio de buenas intenciones»»(17). Canje que agudiza la trasmigración del alma de la legislación laboral desde el Derecho del Trabajo al Derecho del Empleo(18) desgastando trabajadores *insiders* frente a los heterogéneos *outsiders.*

En otras acepciones más simplificadoras, que proyectan el concepto de flexiseguridad sobre un concreto espacio o institución y no sobre un haz de instituciones y consiguientes regímenes que se pretende armonizar —sobre el entero sesgo del sistema en

---

mercado", trasladando o "externalizando" el riesgo empresarial hacia los instrumentos de protección social, siendo más preciso en la primera dirección que en la segunda lo que podría considerarse como una invitación a "dar moneda cierta a cambio de buenas intenciones"» (MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del modelo...», pp. 13, 23 y 24). Canje que agudiza la trasmigración del alma de la legislación laboral desde el Derecho del Trabajo al Derecho del Empleo (LANTARÓN BARQUÍN, D., «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...», pp. 4 y 5) desgastando trabajadores *insiders* frente a los heterogéneos *outsiders.*

(14) Ordenamiento jurídico laboral definido como «componente jurídico-institucional de lo que puede denominarse un sistema dinámicamente organizado». MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del modelo de "flexiseguridad" liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social. Segunda parte», *Tribuna Social,* 2008, núm. 208, p. 10.

(15) COM (2006), 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

(16) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del...», p. 13.

(17) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del...», pp. 23 y 24.

(18) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿construcción y/o «deconstrucción»?», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 12, octubre de 2006, *http://www.iustel.com/ revistas/detalle_revista.asp?id_revistas=12&id_noticia=5795&id_categoria=814,* 15 páginas, ISSN 1696-9626, pp. 4 y 5.

realidad—, la flexiseguridad no deja de ser una expresión eufemística, pátina o límite de aquélla, según se vea. Se aprecia, en todo caso, que la oscuridad semántica propia del término «flexibilidad», del que se llegó a decir que «pocas veces se ha dado el caso en el lenguaje internacional de que un término pasara tan directamente de la oscuridad total al sin sentido, sin un período intermedio de coherencia»[(19)], se ha trasladado al concepto «flexiseguridad»[(20)].

Dejando atrás este paréntesis conceptual y siguiendo aquel devenir histórico, es cierto que el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 17 de junio de 2010), ignora la movilidad funcional, no obstante ser los tiempos de crisis momentos «propicios para debatir acerca de idoneidad del modelo de "flexiseguridad"»[(21)] y ser la flexibilidad funcional una parte importante de los equilibrios propios de tal modelo.

Desde luego la movilidad funcional no es directamente abordada, quizás porque el paradigma de la flexibilidad funcional negociada, tan presente en Alemania[(22)], encuentra ya fiel reflejo en el protagonismo de la negociación colectiva en el régimen jurídico de esta institución y el tratamiento que hace de ella. En otras palabras, porque el mínimo contrapunto de seguridad presente en nuestra movilidad funcional constituye el justo equilibrio de la —al menos comunitariamente— deseada flexiseguridad[(23)] en nuestro itinerario tipo ideal, si es que lo hubiere. O, simplemente, porque resulta más difícil dar pasos atrás. La flexibilidad parece dar paso a la flexiseguridad pero el camino que une seguridad y flexibilidad sigue siendo, también en estos tiempos, más transitado hacia esta última que en sentido contrario. Todo cambia —en lo económico— para que nada cambie —en lo jurídico—. La movilidad funcional ha sido ya con anterioridad, en definitiva, un ámbito muy franco para la flexibilidad y sus heraldos de la autonomía colectiva y, sobre todo, individual, potenciadas a raíz de aquella importante reforma del año 1994.

La tramitación como Ley ordinaria del RD-Ley, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre) no da la vuelta a esta cuestión, acaso porque el actual régimen jurídico de nuestra movilidad funcional encaja suficientemente en el nuevo rompecabezas de la legislación estatal y ésta pretende reubicarnos en un modelo de flexiseguridad perfilado «como una tercera vía entre la flexibilidad propia de los sistemas liberales (...) y la protección social de los

---

(19) Expresión de Robert Reich, Secretario de Trabajo de EE.UU. durante la Administración Clinton, conocida a través de la obra GALIANA MORENO, J.M.ª, «Orden económico y relaciones laborales», p. 783.

(20) Señalan así, a título de ejemplo, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. que sobre dicho concepto «no existe una base conceptual unívoca o generalizadamente aceptada». «Para una crítica del modelo...», p. 9.

(21) CAVAS MARTÍNEZ, F., «El Derecho Social ante la crisis», *Aranzadi Social,* núm. 19, 2008.

(22) MIGUÉLEZ LOBO, F., «Flexiseguridad, bienestar y cohesión social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. VI, mayo de 2007, p. 155.

(23) Ver al respecto, entre otros trabajos, SYLVAINE LAULOM, «El enfoque comunitario del...», pp. 139 y ss. Una visión crítica con propuesta alternativa incluida puede consultarse en MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del modelo de "flexiseguridad" liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social. Primera y Segunda parte», *Tribuna Social,* 2008, números 206, pp. 9 y ss., y 208, pp. 9 y ss. Una perspectiva comparada en el ámbito comunitario puede apreciarse en KLAMMER UTE, «Flexiseguridad: perspectiva europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. VI, mayo de 2007, pp. 117 y ss.

sistemas socialdemócratas»[24], si bien la apertura de las modificaciones sustanciales a las condiciones funcionales estipuladas en convenio colectivo estatutario se erige como destacada modificación. Análisis extramuros de este trabajo y que demandaría al menos un profundo estudio de los movimientos recientemente habidos y por haber, al menos próximos, en nuestro sistema de protección social. No obstante, la idea de profundizar en la movilidad funcional del trabajador sigue estando presente entre las propuestas que albergan las organizaciones empresariales tendentes a fomentar la flexibilidad interna[25].

Presenta por ello interés describir el panorama que, dibujado por la interpretación judicial —exhaustivamente recogida—, presenta hoy esta materia. Y, si acaso, los resquicios abiertos, o por cerrar, para la penetración de aquella flexibilidad interna que marca los tiempos y proyecta su luz sobre el actual Derecho del Trabajo. No se pretende por ello, en este comentario, agotar su régimen jurídico, pues nuestros trazos más finos seguirán aquellos ámbitos donde los órganos judiciales hayan fijado su mirada, dejando voluntariamente al margen de este estudio otros aspectos de interés como pueden ser, entre otros, el régimen jurídico del artículo 23 ET. Y ello sin perder la ocasión de trasladar algunas reflexiones más personales sobre el objeto del estudio. Centramos, pues, en este párrafo el contenido de este trabajo a la par que se justifica el, confiamos, sugerente título elegido para el mismo.

El sistema de clasificación profesional es un sistema objetivo, predeterminado y colectivamente acordado

II. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

1. Sistema de clasificación profesional: andamiaje conceptual de la legislación estatal. Notas sobre una tentativa de reforma

A) Introducción

Sabido es que la clasificación profesional es una institución protagonista de nuestro ordenamiento jurídico laboral. En diáfana expresión de la STC 20/1993, es «el mecanismo jurídico que conecta al trabajador con el conjunto normativo regulador de su nexo contractual»[26]. El elevado número de conflictos afrontados, judicial —en particular en

(24) ALAMEDA CASTILLO, M.ªT., «En torno a los conceptos de flexibilidad...», p. 225.

(25) CES, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2009,* Madrid (CES), 2010, p. 388.

(26) Pronunciamiento que incide en el hecho de que además de determinar la prestación del trabajador, la clasificación profesional cumple otras importante finalidades: repercute sobre el tiempo de trabajo; en la cotización y prestaciones del sistema de Seguridad Social; en la división por colegios electorales del procedimiento de elección a representantes unitarios de los trabajadores, e incluso a la hora de fijar los niveles retributivos de los trabajadores (22.5 ET), salvedad hecha de una valoración de puestos de trabajo alejada de la jerarquía propia de aquélla.

algunos ámbitos como el Ministerio de Defensa[27]— y extrajudicialmente[28], es buena muestra, entre otras posibles, de esta singular relevancia.

De clasificación profesional se habla objetivamente como sistema. El sistema de clasificación profesional es, entonces, un sistema objetivo, predeterminado, colectivamente acordado, de determinación de las funciones correspondientes a las distintas prestaciones de trabajo que pueden existir en el ámbito de acuerdo. Y articulado a través de un conjunto o cuadro de categorías y/o grupos profesionales —o conceptos análogos que estructuran profesionalmente la empresa— en la organización de la empresa. Conceptos aquellos contemplados en el artículo 22 ET.

Así cada categoría o grupo profesional queda delimitado objetivamente por el contenido material de la prestación laboral exigible a quien la ostenta. Se trata de conceptos que aglutinan diversas aptitudes/titulaciones profesionales, contenidos generales de la prestación, tareas, funciones, especializaciones en distintas áreas funcionales o de actividad y responsabilidades. Y las aglutinan sin necesidad del agotamiento de todos estos conceptos.

Sistema de clasificación profesional que además comprende el régimen de ascensos (artículo 24.1 ET). Régimen que constituye manifestación natural del derecho del trabajador a su promoción profesional, derecho contemplado en el artículo 4.2.b) ET, y se erige en garantía del trabajador, pues obstaculiza la discrecionalidad del empresario en este ámbito.

---

(27) El personal del Ministerio de Defensa se muestra especialmente litigioso en lo concerniente a su clasificación profesional y movilidad funcional. Esta intensa conflictividad, que ha contribuido a perfilar los límites del proceso de clasificación profesional, se debe, por una parte, a la complejidad del establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional. Complejidad apreciable en su máxima expresión en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, aplicable a este personal, siendo exponentes de esta conflictividad la STSJ de Andalucía (Málaga), de 18 de septiembre de 2002 (recurso 1448/2002), IL J 2979, que explicita el funcionamiento del antedicho sistema de clasificación profesional, y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 10 de enero de 2003 (recurso 469/2002), IL J 100. Conflictividad que también se debe, aunque estas cuestiones sean más comunes a otros colectivos, a la encomienda de funciones superiores y reclamación de los consiguientes derechos *ex* artículo 39 ET. Valgan como muestra, a estos otros efectos, las SSTSJ de Murcia de 12 de mayo de 2003 (recurso 521/2003), IL J 907 —sentencia que conoce y estima la reclamación de las diferencias salariales efectuada por un auxiliar de mantenimiento del Ministerio de Defensa, adscrito al grupo profesional 6, pero que venía en realidad desempeñando las tareas propias del grupo profesional 4, entre otras: ocuparse del taller de cerrajería y carpintería metálica, talleres que no cuentan con otro trabajador, realizando tareas de forma autónoma y con total responsabilidad de forma exclusiva y habitual— y TSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 2005 (recurso 1518/2003), IL J 1041. Conoce en este último caso la Sala de la reclamación de cantidad de un auxiliar de servicios generales, especialidad gestión de almacén, encuadrado en el grupo profesional 6, que reclama las diferencias salariales con las funciones de Técnico de Actividades Técnicas, Mantenimiento y Oficios, Grupo 4. Pronunciamiento interesante también por explicar la estructuración de la clasificación profesional de este Convenio en grupos profesionales, áreas funcionales, categorías y, en su caso, especialidades. E interesante, sobre todo, por desestimar la pretensión no sólo en base a negar la realización de funciones propias del área funcional y grupo cuyas retribuciones se demandan sino por considerar que «coadyuva» a tal decisión la carencia de la titulación convencionalmente exigida en el demandado grupo profesional 4, siendo la jurisprudencia de nuestro TS favorable a las reclamaciones salariales por ejercicio de funciones correspondientes a titulaciones no acreditadas pero cuya exigencia sea *ex* convenio colectivo. Condición, la de Técnico de Actividades Técnicas, Mantenimiento y Oficios, del Grupo 4, que ostenta el demandante en los autos correspondientes a la STS de 12 de abril de 2005 (recurso 1739/2004), IL J 911, que conoce de la reclamación de encuadramiento profesional en el grupo profesional 3 motivada por presunto error en la asignación de nueva clasificación profesional en el tránsito desde el Convenio del Ministerio de Defensa al Convenio Colectivo Único.

(28) Así ante el SIMA en el año 2009 11 procedimientos han versado sobre esta materia, datos que aunque alejados de la conflictividad salarial o relativa a la ordenación del tiempo de trabajo son significativos. CES, *Economía, trabajo y sociedad...,* pp. 427 y 428.

Garantía cuyo incumplimiento genera una acción judicial en manos del trabajador perjudicado para exigir la observancia del procedimiento, no el ascenso directamente.

La STS (Social, Sección 1.ª) de 1 de octubre de 2008 (2008\5879), entre otras, advierte así que el derecho constitucional a la promoción profesional no tiene carácter absoluto ni ha de funcionar con ninguna clase de automatismo de origen legal «sino que, por el contrario, lo que se prevé es que todo ascenso habrá de acomodarse a las previsiones contenidas en la normativa vigente», que identifica fundamentalmente con el artículo 24 ET pero también, indirectamente, con el artículo 39.4 ET.

Y ello sin desconocer que ahondar en el camino de la flexibilidad funcional demanda un proceso de formación permanente del trabajador, y consiguiente mejora de las capacidades, que favorecerá la puesta en práctica del régimen de ascensos[29]. Formación y movilidad funcional se anudan, por ejemplo, en el AINC 2007 que ve en aquélla el mecanismo idóneo para hacer frente a los requerimientos actuales de cualificación y polivalencia del trabajador. Sin embargo, y a pesar del importante peso atribuido a la formación del trabajador en la legislación de estos últimos años, en la reforma[30] e incluso, con énfasis, en el actual discurso del Gobierno del Estado, es lo cierto que su conexión con la asignación de funciones al trabajador esta aún por perfilar. La enmienda núm. 161 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) propugna así la supresión de la Disposición Adicional Décima —que prácticamente parafrasea la Disposición Final Segunda del RD-Ley— denunciando la falta de concreción absoluta del papel que la creación del fondo de capitalización tendrá, entre otros ámbitos, en el régimen de la movilidad funcional y formación.

B) Objetividad y discriminación en el sistema de clasificación profesional

El carácter objetivo del sistema de clasificación profesional se extiende a todos sus ámbitos. También, como es natural, al régimen de ascensos, que ha de ser formal y objetivo, apelando el Estatuto de los Trabajadores a factores como la antigüedad, formación o méritos del trabajador. Factores entre los que también se citan «las facultades organizativas del empresario»[31]. Requerimientos del sector privado de producción que, en este punto, se ha visto influenciado por el sector público, regido por el principio constitucional de mérito y capacidad, sólidamente acogido en el Estatuto Básico del Empleado Público. Sector en el que desde el punto de vista regulador adquiere una especial trascendencia la convocatoria de la correspondiente promoción[32].

---

(29) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del modelo...», p. 27.

(30) Un número relevante de las disposiciones adicionales de la Ley 35/2010 giran en torno a la formación profesional y es importantísimo el número de modificaciones relativas a los contratos formativos, que aglutinan además gran parte de las disposiciones transitorias de la Ley.

(31) Considerado en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de octubre de 2002 (recurso de suplicación 1062/2002), IL J 3088.

(32) Así, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de marzo de 2006 (recurso 1145/2005), IL J 686, recuerda que el tribunal médico evaluador en una promoción profesional actúa siguiendo las bases de la convocatoria, ley del concurso vinculante para todos los participantes en el mismo según claramente se advierte en la jurisprudencia. Jurisprudencia que igualmente consolida la doctrina relativa a la «discrecionalidad técnica» según la cual el criterio especializado en

Paradigma de este carácter objetivo del sistema de clasificación profesional es su obligado respeto al superprincipio de igualdad[33]. Con especial referencia, dada la obstinación legal en torno a esta circunstancia de sospecha, en la razón de sexo. Circunstancia que ha agotado las modificaciones incluidas en los artículos 22, 23 y 24 ET, relativas a la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo. Centrándonos en el artículo 22, su número 4 pasa, como consecuencia de la reforma, de sostener que «los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo» a afirmar que «la definición de las categorías y grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres», cambio, pues de perspectiva legal importante, desde la visión de medios a otra de resultados; en el artículo 24.2 ET en relación con el ascenso del trabajador; y en la LO 3/2007, que se hace eco de una importante doctrina constitucional[34] y jurisprudencia comunitaria.

Es preciso además tener en cuenta las barreras legales contra la discriminación en razón de la temporalidad o modalidad de contratación. Así, a título de ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 20 de abril de 2006 (recurso 1159/2005), IL J 831, rechaza la posibilidad de que un convenio colectivo pueda excluir del derecho al cambio de puesto de trabajo por motivos de salud a ciertos trabajadores en virtud de su modalidad contractual.

Resulta más que criticable, sin embargo, que nuestros órganos judiciales hayan asumido, cuando menos ocasionalmente, el juego de la edad —no de la mayoría de edad ni de la antigüedad— como criterio delimitador de categorías con funciones sustancialmente idénticas. Caso de la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2003 (recurso 335/2003), IL J 1658[35]. Camino de flexibilidad salarial que, en nuestra opinión, ha de tener sus puertas bien cerradas.

---

específicos saberes propio de los tribunales calificadores goza de una presunción de certeza o de razonabilidad, apoyada en su especialización e imparcialidad, que impide su sustitución en cuanto a sus conclusiones valorativas por los Tribunales de Justicia (STS de 10 de octubre de 2000, citada a título de ejemplo). Y concluye, por lo demás, observando el escrupuloso respeto del artículo 103 CE por cuanto la exigencia de pruebas médicas se proyecta sobre la totalidad de los aspirantes, aplicándose a todos ellos los mismos criterios y parámetros.

(33) A título de ejemplo, las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de mayo y 15 de julio de 2004 (recursos 2726/2003 y 180/2004), IL J 1425 y J 1442, dicen que se respeta el principio de igualdad en el encuadramiento de las categorías de verificadores y montadores del I Convenio Colectivo Marco del «Grupo Endesa» en diferente grupo profesional. Conclusión que se alcanza primando un análisis histórico de la regulación convencional de la clasificación profesional en la empresa que desvela que estas categorías han tenido tradicionalmente atribuidas cometidos y responsabilidades diferentes (fundamento de derecho cuarto).

(34) Citar, sin ánimo exhaustivo, como exponentes de ésta, las SSTC 145/1991, 58/1994 y 250/2000.

(35) Ésta estima una pretensión de reclamación de diferencias salariales por el desempeño de las funciones propias de la categoría superior de dependiente siendo retribuida la actora como ayudante. Aplica supletoriamente la Sentencia la Ordenanza de Comercio de 24 de julio de 1971, supletoriedad expresamente establecida por el convenio colectivo de aplicación en la empresa, Convenio Colectivo para el Sector del Comercio en General de Bizkaia 2000-2001. La citada ordenanza atribuye funciones muy similares a ambas categorías, reconociendo la propia sentencia que «la línea divisoria entre unas y otras funciones es verdaderamente sutil, compartiéndose tareas de bastante similitud», categorías que son diferenciadas en función del dato objetivo de la edad, el ayudante según la citada ordenanza ha de ser menor de 22 años y el dependiente mayor de dicha edad, concluyendo la sentencia que «con independencia de las actividades concretas que la actora realizara su edad no le permitía su inclusión en la categoría de ayudante sino en la de dependienta, siendo la empleadora, en consecuencia, responsable de las diferencias salariales de categoría que se derivan de ello».

C) Negociación colectiva y sistema de clasificación profesional: papel y condición

En cuanto al carácter colectivamente acordado del sistema de clasificación profesional, las funciones de los trabajadores varían, como es natural, según los sectores productivos y actividad de la empresa. Baste esta sencilla razón, entre otras, para justificar la idoneidad, y consiguiente protagonismo legal, de la negociación colectiva a los efectos de establecer el sistema de clasificación profesional, ajustándose a las necesidades de las empresas del sector (STC 3/1983, de 25 de enero). Idoneidad de la negociación colectiva judicialmente amparada, en contra incluso de un desacertado protagonismo igualmente judicial[36].

El ET atribuye a la negociación colectiva el establecimiento de un sistema de clasificación profesional mediante categorías o gupos profesionales

El artículo 22.1 ET atribuye así a la negociación colectiva «o en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» el establecimiento del «sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos profesionales». Por su parte, el artículo 24.1 ET precisa que el régimen de ascensos «se realizará de acuerdo con el convenio o en su defecto acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores». La citada STS (Social, Sección 1.ª) de 1 de octubre de 2008 (2008\5879) advierte que en los artículos 24 y 39 ET «queda bien claramente condicionado el ascenso a una serie de requisitos de capacidad, formación, tiempo y condicionamiento que en cada caso quedan remitidos a lo que se disponga en convenio colectivo o, en su defecto, a acuerdos colectivos específicos». Negociación colectiva en la que se aprecian, por descontado, una gran variedad de cláusulas[37].

Y aunque en determinados sectores, paradigmáticamente el ferroviario, el sistema de clasificación profesional se fija en una especie de

(36) La STSJ de Andalucía (Granada) de 25 de noviembre de 2003, IL J 2493, constituye un buen ejemplo de la defensa de este papel de la negociación colectiva. Resolución judicial igualmente de interés por su rechazo de la titularidad judicial de esta tarea propiamente normativa. Afirma así la Sentencia que tanto la definición de una nueva categoría profesional como el distinto encuadramiento de unos determinados trabajadores precisa de la negociación colectiva, no compete a los tribunales puesto que, de posibilitarles la alteración de los distintos grupos o categorías profesionales en el ámbito del Convenio, se les atribuiría una función normativa que no les es propia.

(37) Como cláusulas habituales, un sistema de ascensos en tres turnos, en ocasiones rotativos, que conjuga el criterio de la antigüedad, el turno de concurso oposición y la libre designación, siendo la discrecionalidad del empresario en el régimen de ascensos mayor a medida que nos elevamos en la clasificación profesional. También es cláusula habitual que el régimen de ascensos incluya un período de prueba. Menos habituales, a título de ejemplo, la STSJ de Asturias de 26 de febrero de 2007 (recurso 796/2006), IL J 1306, aplica una cláusula negocial que conduce a declarar la inexistencia de vacantes, y subsiguiente imposibilidad de promoción profesional, en aquellos ámbitos en los que un órgano habilitado al efecto, la «Unidad de Implantación», estima la existencia de personal excedente. Por su parte, la STS de 7 de abril de 2006 (recurso u.d. 4447/2003), IL J 397, sigue la línea abierta por la propia Sala en su Sentencia de 22 de enero de 2002 (recurso 1699/2001) reconociendo, en aplicación de la LOGSE y del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, y de forma en apariencia automática, el derecho a encuadramiento en el grupo profesional superior, I, desde el II. Derecho reconocido, con las consiguientes retribuciones, a partir de la fecha en que se obtiene la titulación requerida en aquél, en el Grupo I, y no obstante realizar las mismas funciones.

manuales, bajo su apariencia de elaboración empresarial unilateral se esconde en realidad su naturaleza más bien refundiciones de convenciones propias de ese sector. De ahí que, cuando estos manuales sean confeccionados unilateralmente por la empresa sin estar prevista su utilización en convenio colectivo ni haber sido consensuada con la representación de los trabajadores, no será judicialmente exigible su utilización como pauta interpretativa del sistema de clasificación profesional regulado en el convenio colectivo de aplicación —STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2005 (recurso 388/2005), IL J 1513, relativa al manual de calificación de puestos de trabajo existente en la empresa «Panrico S.A.»—.

El protagonismo lo es además de la negociación colectiva estatutaria. Recuerda así el Tribunal Supremo, Sentencia de 25 de febrero de 2009 (recurso u.d. 1880/2008), IL J 165, que, según la doctrina sentada en su Sentencia de 1 de junio de 2007, la materia clasificación profesional «por su afectación general no puede ser objeto de una regulación extraestatutaria». Regulación extraestatutaria que tiene sin embargo importante proyección, dada su naturaleza contractual, sobre el encuadramiento profesional del trabajador(38). Protagonismo de la negociación colectiva estatutaria que no se ve acompañado por el carácter de contenido necesario de los convenios colectivos estatutarios de esta materia(39). Y tampoco excluye necesaria, rotundamente y para todos los ámbitos toda regulación sectorial reglamentaria de este espacio.

La adecuada interpretación de este artículo 22 demanda además su lectura conjunta con el artículo 84 ET, desprendiéndose de él la preferencia por la negociación colectiva sectorial de ámbito superior(40). Razón, entre otras, que explica su antedicha condición de contenido voluntario del convenio colectivo estatutario. Preferencia apreciable en la negociación colectiva sectorial estatal del año 2009, que se reserva para sí, entre otros aspectos, elementos estructurales como el sistema de clasificación profesional(41). Y que no

---

(38) La STS de 25 de febrero de 2009, por ejemplo, defiende que de la «naturaleza contractual del pacto extraestatutario no cabe obtener la conclusión que sostiene la parte recurrente sobre la limitación temporal de las condiciones establecidas en el mismo». En este supuesto, ante un nuevo convenio estatutario, argumenta nuestro Tribunal Supremo que no estamos en presencia de una sucesión de normas, como ocurriría si se tratase de dos convenios estatutarios, «sino ante una regulación contractual —la del convenio extraestatutario— sobre la que opera una nueva regulación normativa —la del nuevo convenio estatutario—». Se trata de una concurrencia entre contrato y norma resuelta en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores a favor de la aplicación de las condiciones más favorables, lo que no debe confundirse con la ultraactividad. La doctrina de suplicación resulta sin embargo en ocasiones difícil de conciliar con esta doctrina de nuestro Alto Tribunal. Así, la STSJ de Asturias de 18 de abril de 2008 (recurso 984/2007), IL J 499, recala parcialmente en esta cuestión, siguiendo su previa Sentencia de 30 de noviembre de 2007 (recurso 3758/2007), y manifiesta que el hecho de que «a un convenio de eficacia limitada que pierde su vigencia, suceda un Convenio Colectivo de eficacia general, no puede suponer, si además este último no contiene una previsión al respecto, que todo lo negociado o consensuado en el extraestatutario sea desconocido por la empresa como si nunca hubiera existido ni estado sometida la misma a su contenido, y ello no significa que del pacto extraestatutario puedan surgir verdaderos derechos adquiridos por los trabajadores que se mantengan más allá de la vigencia del convenio de eficacia limitada, sino de que tenga virtualidad y eficacia lo que fue negociado y pactado válidamente entre la empresa y los trabajadores».

(39) SALA FRANCO, T., «Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional y de la movilidad funcional», en AA.VV., *Puntos Críticos de la reforma laboral,* Madrid (CEURA), 1996, p. 94,

(40) No obstante, autorizada doctrina limita la preferencia legal del artículo 84 ET a la ordenación de los grupos profesionales, acomodando su interpretación a la literalidad del precepto. CASAS BAAMONDE, M.ªE., «Sistemas de clasificación profesional...», p. 426.

(41) CES, *Economía, trabajo y sociedad*..., p. 419.

excluye la posibilidad de que niveles negociales inferiores puedan abordar su regulación: directamente, tal y como se aprecia en el propio artículo 22 ET; en aplicación y desarrollo de aquel nivel negocial superior —STSJ de Navarra de 24 de julio de 2009 (recurso 115/2009), IL J 1381, en relación con la industria química—; o como sustitución del mismo y acomodándose a sus pautas, tal y como se contempla en el supuesto resuelto en la SAN 124/2009, de 16 de octubre, IL J 1699.

El establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional es, en todo caso, una tarea especialmente compleja. Y sometida, como es natural, a la problemática derivada de la sucesión convencional. Problemática acentuada en supuestos de sucesión de convenios con ámbitos de aplicación distintos, lo que puede determinar cambios más intensos en el sistema de clasificación profesional, tal y como se apreció en el Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado, que diseña un mecanismo de establecimiento de un sistema de clasificación profesional descrito con claridad en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de septiembre de 2002 (recurso de suplicación 1448/2002), IL J 2979. Los cambios operados en el sistema de clasificación profesional a resultas de esta sucesión de convenios pueden suponer un nuevo encuadramiento profesional del trabajador, caso este en el que algunos convenios colectivos contemplan expresamente la obligación de comunicar personalmente al trabajador afectado el nuevo sistema de clasificación profesional (*ad exemplum,* STSJ de Asturias de 27 de abril de 2001, recurso 862/2000, IL J 931), en todo caso condición relevante de su prestación de trabajo.

No obstante, existen otras razones susceptibles de generar litigiosidad en este ámbito, en particular en el encuadramiento profesional de los trabajadores. Razones como puede ser la fusión de secciones de la empresa y subsiguiente reclasificación, supuesto éste de la STSJ de Asturias de 16 de octubre de 2009 (recurso 725/2009), IL J 1664.

La señalada complejidad explica también el carácter no excepcional de la incorporación a la negociación colectiva, a través de distintas técnicas y con distinto protagonismo, de los sistemas de clasificación profesional de las viejas ordenanzas laborales, no obstante seguir siendo recordadas y denostadas en el actual debate parlamentario. Y que el Acuerdo Interconfederal sobre Cobertura de Vacíos del año 1997 (en adelante, AICV) intentara cubrir las lagunas resultantes de la derogación de los reglamentos sectoriales y ordenanzas laborales en esta materia[42]. Acuerdo que, dada su finalidad, amplitud terminológica y

(42) El AICV resultó de aplicación obligada desde el 1 de enero de 1998, aunque subsidiaria, sólo se aplicará cuando no exista texto legal o convencional que regule las materias contempladas en el mismo. Este Acuerdo relegó la clasificación por categorías profesionales y, al contrario, consolidó la división por grupos profesionales, enumerando ocho. Grupos profesionales conformados atendiendo a una serie de criterios generales y a la formación precisa para el desarrollo de las funciones correspondientes a ellos. También se señalan algunos factores de encuadramiento: conocimiento y experiencia; iniciativa; autonomía; responsabilidad; mando y complejidad. Factores que, conjuntamente con la enumeración ejemplificativa de actividades incluidas en los distintos grupos profesionales del anexo 2, ayudan a superar las dificultades del correcto encuadramiento profesional de los trabajadores. El AICV incorpora además el concepto de áreas funcionales u orgánicas, incluyendo una enumeración meramente ejemplificativa, entre otras, las de administración, comercial, etc. Áreas funcionales u orgánicas en las que podrán ubicarse las viejas categorías profesionales y que, por ejemplo, formaban parte del sistema de clasificación profesional previsto en el Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado (BOE de 1 de diciembre de 1998) como concepto intermedio entre el grupo y la categoría profesionales. Además, para facilitar la asimilación de las nuevas divisiones profesionales, la Disposición Transitoria Única AICV dispuso un mecanismo para elaborar tablas de equivalencia entre las categorías profesionales de cada ordenanza laboral y los grupos profesionales definidos en el Acuerdo.

racionalización del sistema de clasificación profesional, nos brinda además una importante ayuda en la tarea de esclarecer y articular el aparato conceptual propio del sistema de clasificación profesional. Así, esquemáticamente, el concepto de aptitud profesional determinaba en el mismo el encuadramiento por grupos profesionales atendiendo a factores de ponderación como la formación, iniciativa, autonomía, responsabilidad, etc. Y el contenido general de la prestación hacía lo propio sobre la especialidad profesional y encuadramiento por áreas funcionales u orgánicas de actividad de la empresa (administración y gestión, comercial, etc.)[43]. Pero la negociación colectiva, no necesariamente de aquel calibre o nivel, es muy rica en esta materia, acogiendo una gran diversidad terminológica.

No obstante lo anterior, la asignación de funciones a las distintas categorías y grupos profesionales determina en ocasiones solapamientos y vacíos de atribución de funciones. Y consiguiente dificultad de concretar si corresponde a un trabajador u otro, encuadrados profesionalmente de forma distinta, su realización. La conflictividad de esta índole es elevada, observándose también fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores[44].

D) Conceptos articuladores del sistema de clasificación profesional. Reforma de 2010, revisión y afianzamiento

Retomando los conceptos articuladores del sistema, el Estatuto de los Trabajadores habla de «categoría profesional» pero no incluye su definición, concepto que en todo caso se ha ido flexibilizando para facilitar la adecuación de las viejas categorías a las nuevas necesidades de organización del trabajo fruto del avance tecnológico.

Los convenios colectivos, por su parte, suelen incorporar una enumeración de categorías no exhaustiva, que no agota todas las posibilidades existentes en su ámbito de aplicación. Categorías que normalmente se describen señalando la titulación requerida para su ostentación y el contenido general de la prestación correspondiente a ésta.

El Estatuto de los Trabajadores se limita a asimilar «categorías equivalentes», concepto de creación jurisprudencial asumido por el ET en la reforma del año 1994, incorporando su definición[45]. En concreto, el artículo 22.3 ET afirma que «se entenderá que una categoría profesional es equivalente a otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación».

La Ley sí define, sin embargo, el concepto «grupo profesional», entendiéndose por tal «el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas fun-

---

(43) CASAS BAAMONDE, M.ªE., «Sistemas de clasificación profesional...», p. 456.

(44) En concreto, resulta igualmente apreciable, por ejemplo, en el ámbito de la relación estatutaria de servicios, cuya litigiosidad se residenciaba anteriormente en la jurisdicción social (ver, a modo de ejemplo, STS de 9 de junio de 1995, RJ 4883, STSJ de Andalucía de 17 de octubre de 2000 (recurso 324/2000), IL J 2859, y STSJ de Extremadura de 2 de junio de 2002 (recurso 266/2002), IL J 1455.

(45) Objeto de reciente y profundo análisis en POZO MOREIRA, F.J., «Las "categorías equivalentes" como referente en la actual regulación laboral», *RL,* núms. 15-16, 2010, pp. 15 a 29.

ciones o especialidades profesionales» (artículo 22.2 ET). Concepto que, según se desprende de la norma, no es excluyente del de categoría y sí más amplio que éste. Y que goza en la actualidad de preferencia legal, preferencia estrechamente relacionada con la flexibilización introducida en la normativa laboral en la década de los noventa. Y que se aprecia en el rol atribuido al mismo, y no a la categoría profesional sin más —sí subsidiariamente a las categorías equivalentes—, como límite de la movilidad funcional *ex* artículo 39 ET. Grupos profesionales habituales son los de operarios, subalternos, administrativos y técnicos, que suelen dividirse en otros subgrupos.

No todos los conceptos articuladores del sistema de clasificación profesional tienen efectos retributivos

Según se ha señalado, el RD-Ley 10/2010 no aborda esta materia. Ello, sin embargo, no equivale a su olvido o distancia del punto de mira del fortalecimiento de la flexibilidad interna en la empresa. Prueba de ello es que las enmiendas de adición números 218 y 219, presentadas en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular, no aprobadas, propugnaron una redacción del artículo 22 ET[46] y de los párrafos primero, segundo y cuarto del artículo 39 ET[47] que, en la opinión de

(46) El artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores queda redactado en los términos siguientes:

«1. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de grupos profesionales.

2. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales.

3. Los criterios de definición de los grupos profesionales se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo.

4. Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, así como su equiparación al grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa que se corresponda con dicha prestación.

Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más grupos profesionales o niveles retributivos, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes».

(47) Los párrafos primero, segundo y cuarto del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores quedan redactados en los siguientes términos:

«1. La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional.

2. La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención. En el caso de encomienda de funciones inferiores ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores.

4. Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente.

Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes».

dicho grupo parlamentario, haría girar nuestro sistema de clasificación profesional y de movilidad funcional en la empresa, respectivamente, en torno al criterio del grupo profesional como «elemento central y único del sistema de clasificación profesional en la negociación colectiva y el eje de la movilidad funcional en el seno de la empresa» (primera de las citadas enmiendas).

Se trata para ello, según aclara la justificación de la primera de las mentadas enmiendas, de «prescindir del *concepto* de categoría, propio de las Ordenanzas y Reglamentaciones Laborales franquistas», concepto que desaparecería en la redacción del artículo 22.1, «eliminando *también* la noción de categorías equivalentes que ha servido a la jurisprudencia para soslayar el concepto de grupo y restaurar el de categoría profesional a pesar de que el legislador del 94 postulaba por su paulatina desaparición» (segunda enmienda). Noción de categoría equivalente que, no obstante, se incorporó precisamente a nuestra legislación en esa reforma del año 1994. Justo es decir, en sentido contrario, que el propio AINC 2007 apunta hacia la negociación colectiva como vía de favorecer procedimientos adecuados de adaptación entre los sistemas tradicionales de clasificación profesional y los nuevos, dejando entrever que este diagnóstico parlamentario puede ser acertado.

Propuestas que evidencian el interés de, al menos, un importante grupo parlamentario por acentuar la flexibilidad funcional de los años 90, ampliando los márgenes legales de la decisión empresarial, las fronteras de su *ius variandi,* al grupo profesional —o, se entiende, espacio equivalente y superior al de la categoría equivalente— sin excepción.

Señalar, como corolario de este apartado, que no obstante la clara e intensa relación existente entre sistema de clasificación profesional y salario, no todos los conceptos articuladores del sistema de clasificación profesional presentan necesariamente efectos retributivos pues pueden tener tan sólo efectos profesionales[(48)]. Y viceversa, existen conceptos, como el contemplado de «nivel retributivo» con significación, naturaleza, salarial no profesional.

2. Encuadramiento profesional del trabajador

Subjetivamente la clasificación profesional consiste en un acto de inserción del trabajador en una de las categorías, grupo o concepto equivalente a los anteriores previsto en el sistema de clasificación profesional aplicable en su empresa.

---

(48) Tal es el caso del sistema de clasificación profesional de TVE, S.A. apreciable en la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006 (recurso 228/2006), IL J 802, que aplica una jurisprudencia del TS (SS de 1 de junio de 1996, de 11 de abril y 11 de julio de 2005, entre otras) relativa al sistema de clasificación profesional en dicha empresa. Sistema que, en síntesis, divide las categorías profesionales en un nivel de ingreso (nivel tres) y un nivel de ascenso (nivel dos). El acceso del nivel de ingreso al de ascenso se produce automáticamente por el transcurso de seis años de permanencia en el primero. Alcanzado el nivel de ascenso se consolidan sucesivas «permanencias» en dicho nivel de manera igualmente automática por el transcurso de seis años. Si bien para causar derecho a la progresión es preciso «superar al menos cuatro evaluaciones periódicas anuales, en los últimos seis años». Más allá del caso concreto analizado en la Sentencia —se trataba de un ayudante de productor que venía realmente ejerciendo casi *ab initio* de su relación laboral, en concreto desde el año 1985, funciones de productor—, lo verdaderamente relevante de esta resolución judicial es la denegación de las retribuciones propias del nivel de ascenso (de la categoría de productor) en virtud del tratamiento de esta progresión entre niveles no como una cuestión retributiva, sino como si de un ascenso se tratara y así, parafraseando la primera de las Sentencias del TS traídas a colación, afirma ser «indiscutible que tal cambio de nivel no es otra cosa que la subida de grado o escala dentro de los que componen la categoría, es decir, un ascenso, si se quiere de tono menor».

El encuadramiento del trabajador se realiza mediante pacto individual con su empresario (artículo 22.5 ET). Pacto incluido en el contrato de trabajo que fija el contenido de la prestación laboral objeto de contrato y lo sitúa dentro del sistema de clasificación profesional encuadrando al trabajador. En consecuencia, también la autonomía individual puede modificarla a través de un acuerdo entre trabajador y empresario. Acuerdo que determina la inaplicación del artículo 39 ET, cuyo régimen contempla únicamente decisiones unilaterales del empresario. Pactos que se ven limitados por el principio de irrenunciabilidad de derechos y el régimen de ascensos existente en la empresa, que puede determinar la presencia de un trabajador con mejor derecho. Y que implican, en ocasiones, a dos trabajadores de la misma empresa, que conciertan sus voluntades para intercambiar sus puestos de trabajo contando con el consentimiento del empresario. Fenómeno conocido como «permuta» carente de regulación estatal y que podrá ser objeto de regulación convencional.

Retomando el encuadramiento profesional del trabajador, la doctrina judicial persevera[(49)] recordando que su corrección precisa atender adecuadamente a la correspondencia fijada en el convenio colectivo de aplicación entre titulación y grupos profesionales —o concepto similar—, así como a las concretas funciones asignadas al trabajador. Encuadramiento particularmente complejo en una serie de supuestos, entre otros, los siguientes.

En primer lugar, la falta de correspondencia expresa de estas funciones asignadas al trabajador con concepto alguno de los contemplados en el sistema de clasificación profesional no exime de la necesidad de equiparar al trabajador a una categoría o grupo de los sí previstos, entre otros, a los importantes efectos de salvaguardar sus retribuciones.

En segundo lugar, el encuadramiento del trabajador resulta más difícil de efectuar cuando se pacta la polivalencia funcional, fuertemente promovida en el Libro Blanco de Delors. Es decir, la realización por el trabajador de funciones «propias de dos o más categorías, grupos o niveles» —si las funciones se corresponden con distintos grupos profesionales

(49) Atención sobre la que llama insistentemente la doctrina judicial, entre otras muchas, STSJ de Baleares de 14 de noviembre de 2002 (recurso de suplicación 537/2002), IL J 3113. Como adicionales botones de muestra, la STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2008 (recurso 1789/2008), IL J 2136, resuelve el recurso de suplicación interpuesto por 12 trabajadores de la empresa Corporación Alimentaria Peñasanta S.A., especialistas de 2.ª en la sección de envasado de yogur reconociendo su derecho a oponerse a controlar la calidad del producto degustando las primeras unidades de yogures en virtud de la aplicación del convenio colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados, que define a estos especialistas de 2.ª como «aquellos trabajadores que conocen varias fases de elaboración del producto y realizan alguna de ellas; o los que teniendo conocimientos de un oficio auxiliar realizan los trabajados de complejidad media debiendo conocer el funcionamiento de las máquinas y vehículos lo suficiente para detectar cualquier anomalía, subsanando las que no tengan especial dificultad». No se contempla riesgo profesional alguno relativo al puesto de trabajo por degustación del producto o empleo de la cucharilla de degustación. Defiende la Sala la aplicación al caso concreto del convenio colectivo estatal de industrias lácteas. Un último ejemplo, la STS de 17 de septiembre de 2004 (recurso 200/2003), IL J 1478, sienta que entre las funciones del personal técnico especialista de laboratorio no se comprende la extracción de muestras de sangre, en aplicación del Convenio Colectivo de aplicación y la Orden de 14 de junio de 1984 sobre competencias y funciones de los Técnicos Especialistas de Laboratorio, Radiodiagnóstico, Anatomía Patológica, Medicina Nuclear y Radioterapia, de Formación Profesional de segundo grado, rama Sanitaria. Norma, esta última, cuyo artículo 4.3 establece que corresponde a estos profesionales la «colaboración en la obtención de muestras, manipulación de las mismas y realización de los procedimientos técnicos y su control de calidad, para los que estén capacitados en virtud de su formación y especialidad». Expresión, «colaboración», en la que no resulta incardinable esta función, según insinúa la Sentencia de 26 de febrero de 1993 (recurso 394/1992) y confirma claramente la Sentencia citada considerando que «las meras funciones de "colaboración" de los Técnicos no pueden extenderse hasta integrar por completo una actividad asignada a otras profesiones sanitarias».

la doctrina habla en ocasiones de multivalencia—. Cuando esta polivalencia funcional se fija de partida en la relación laboral la Ley establece que «la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes» (artículo 22.5, párrafo segundo, ET). Criterio de la *prevalencia* que, frente al de la *preeminencia*, atiende al predominio temporal de funciones. Preeminencia que conllevaría el encuadramiento del trabajador en el grupo y/o categoría superior[50] correspondiente a alguna de las funciones realizadas y que resulta ocasionalmente apreciable en la negociación colectiva.

Por último, este encuadramiento resulta una tarea dificultosa en los supuestos de encadenamiento de contratos temporales fraudulentos con atribución de diversos encuadramientos profesionales al trabajador. La STSJ de Murcia de 18 de abril de 2005 (recurso 187/2005), IL J 870, conoce la solicitud de un trabajador al que se adjudica la categoría de Auxiliar de Servicios Generales de Iberia y que demanda el reconocimiento de la categoría profesional de Agente Administrativo, trabajador que había venido prestando servicios mediante sucesivas contrataciones temporales a través de la modalidad de contrato eventual por circunstancias de la producción y que es declarado fijo discontinuo por sentencia judicial. Y considera a estos efectos que «habiéndose reconocido una relación de fijeza discontinua sin que en aquel momento se precisara la categoría del actor, implícitamente se estaba admitiendo que era la última ostentada por aquél (Agente Administrativo)» en su contratación temporal.

Al margen de esta dificultad dejar constancia de dos ideas de cierre. En primer lugar, el ideal es que la clasificación profesional del trabajador se corresponda con su cualificación. Pero ésta no resulta determinante, salvo en aquellos casos en que por razones normalmente de orden público la Ley le exige ostentar una determinada cualificación. Importante es reseñar, en el sentido de la regla, la STS de 17 de junio de 1998 (recurso 3370/1997), cuando estima que «no cabe pretender (...) que las tareas se valoren por la titulación personal de quien las realiza, sino que han de serlo por la categoría —*clasificación profesional*— a las que están encomendada».

Para concluir, dado que el contrato de trabajo no necesariamente ha de ser escrito, este encuadramiento profesional del trabajador podría no tener soporte documental. Sin embargo, como elemento esencial del contrato el trabajador tiene derecho a exigir dicha plasmación escrita [artículos 8, apartados 4 y 5, ET y, específicamente, 2.2.d) del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE de 12 de agosto)], tal y como recuerda la doctrina judicial[51].

---

(50) Según refleja CASAS BAAMONDE, M.ªE., «Sistemas de clasificación...», p. 417.

(51) Sostiene la STSJ de Cataluña 13/2009, de 7 de enero, IL J 334, que el derecho a la constancia en recibo individual de salarios de la clasificación profesional del trabajador es una pretensión estrictamente documental e imprescriptible, autorizando el artículo 8.4 ET a cualquiera de las partes a exigir la formalización por escrito del contrato durante la vigencia de la relación laboral. Previsión que según el número 5 de dicho artículo se aplica también «a los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la relación laboral», siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito. Elementos y condiciones entre los que el artículo 2.2.d) del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE de 12 de agosto), incluye «la categoría o el grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador».

III. MOVILIDAD FUNCIONAL

1. Introducción. Naturaleza y ámbito de aplicación del artículo 39 ET

Las funciones del trabajador pueden variar a lo largo de la vida del contrato por diversas circunstancias, amén del antedicho sistema de ascensos. Circunstancias extrañas a las voluntades contractuales —en particular, en aras de la protección de la salud del trabajador, tal y como se observa en la norma legal(52) o pactada(53)— u originadas bien en la voluntad conjunta de trabajador y empresario, reflejada en la autonomía colectiva o individual, bien en la unilateral del empleador. Por consiguiente, la primera tarea que ha de realizar el operador jurídico ante un cambio de funciones del trabajador es la de calificar el supuesto, desentrañando dicho origen, tarea que condiciona la aplicación de uno u otro régimen jurídico. La tutela del trabajador constituye como es natural una preocupación más intensa para el legislador en la medida en que tal decisión se aleja de su voluntad y perjudica su situación profesional.

La negociación colectiva ha usado las cláusulas de movilidad funcional como cláusulas de empleo

En definitiva, el carácter tuitivo de nuestro ordenamiento determina, no obstante su progresiva erosión, una mayor atención al cambio funcional motivado por la voluntad unilateral del empleador(54). Atención prestada en el artículo 39 ET, precepto que presenta carácter de derecho necesario relativo, mejorable tanto por la autonomía colectiva como por la individual, que podrán establecer un régimen más restrictivo de movilidad funcional. Es decir, más favorable al trabajador(55).

---

(52) Supuesto del trabajador que teniendo reconocida una incapacidad permanente parcial conserva una capacidad residual que afecta al rendimiento normal en su puesto de trabajo habitual teniendo derecho a ocupar un puesto adecuado a esta capacidad residual *ex* artículo 1 RD 1451/1983, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, que desarrolla la LISMI. Si estos trabajadores recobraran su capacidad para su profesión habitual tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo si el que ocupara fuese de categoría o grupo inferior y no hubiesen transcurrido más de tres años. También se prevé este cambio de funciones en el artículo 26 LPRL en relación con la trabajadora embarazada o en situación de parto reciente o lactancia cuando las condiciones de trabajo de su puesto habitual puedan influir negativamente en su salud o en la del feto.

(53) Supuesto de la citada STSJ de Castilla y León de 20 de abril de 2006 (recurso 1159/2005). Al margen de la protección de la salud citar, entre otros muchos supuestos de previsión convencional, los contemplados en los pronunciamientos siguientes: SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de febrero de 2001 (recurso 162/2001), IL J 337; TSJ de Baleares de 22 de mayo de 2001 (recurso 213/2001), IL J 1273; TSJ de Castilla y León, de 12 de junio de 2001 (recurso 837/2001), IL J 1590, 5 de julio y 15 de octubre de 2001 (recursos 448/2001 y 635/2001), IL J 2713 y J 2749; y la STS de 24 de enero de 2008 (recurso 1723/2006), IL J 5. Esta última diferencia el ámbito de aplicación de los artículos 65 y 66 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, cuestión en la que igualmente recala la STSJ de Andalucía 19/2009, de 7 de enero (recurso de suplicación 3205/2007), IL J 260.

(54) Movilidad que puede originarse en el desempeño por un trabajador interino de funciones distintas a las realizadas por el trabajador sustituido, sujetándose como este último a las reglas de la movilidad funcional del artículo 39 ET sin incurrir necesariamente por ello en fraude de Ley (STS de 30 de abril de 1994, RJ 6312, y STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2001, recurso 2409/2001, IL J 2855).

(55) Así lo advierte, entre otras, la STSJ de Cataluña 7760/2009, de 27 de octubre (recurso 4803/2008), IL J 1769, afirmando que el artículo 39 ET «constituye un sistema de derechos mínimos necesarios que puede ser ampliado a favor

Naturaleza de derecho necesario relativo que, parece, no excluye la posibilidad de que el margen de maniobra legalmente contemplado permita al convenio colectivo diseñar «un mecanismo singular y atípico, con una regulación propia y específica, ajena a los mecanismos habituales del Estatuto de los Trabajadores», determinando que «desde tal especificidad se debe operar, ya que no es amparable en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores» [FJ 3, STSJ de Murcia de 4 de noviembre de 2002 (recurso de suplicación 1067/2002) IL J 2844]. Si bien lo que en el año 2009, inmersos en la crisis económica, atestigua el CES es el destacado uso que la negociación colectiva, en particular empresarial, ha hecho de las cláusulas de movilidad funcional como cláusulas de empleo. Como cláusulas que «en ocasiones, se vinculan con algún tipo de compromiso de creación y/o mantenimiento del empleo, especialmente en los sectores en los que, como consecuencia de la crisis, se están planteando una reorganización de la empresa dirigida a aumentar la productividad y competitividad, o un ERE»(56). Constata el CES, en definitiva, un uso de la flexibilidad interna, funcional, sustitutivo de la flexibilidad externa.

Este artículo 39 es —como el propio régimen jurídico de la clasificación profesional— también aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas. Sabido es que la aplicación de la normativa laboral no está en función de la naturaleza pública o privada del sujeto empresario, sin que ello resulte intrascendente, sino de la naturaleza del vínculo contractual con éste de quien presta servicios para el mismo(57). Sirvan a título de ejemplo en este campo las SSTS (u.d.) de 22 de diciembre de 2003, IL J 2740 y 28 de enero de 2004 (recurso u.d. 1123/2003), IL J 62(58). También la STSJ de Castilla y Léon 1560/2005, de 12 de septiembre (recurso 1338/2005)(59). Del mismo modo, adjetivamente, a tenor de

---

de los trabajadores a través de la negociación colectiva». La STSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2004, IL J 2164, fallada en relación con el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado de 1998, afirma en esta línea que la negociación colectiva no puede eludir la garantía de indemnidad retributiva propia de las movilidades descendentes pues en caso contrario «se podría ocasionar un grave perjuicio al trabajador que, por una circunstancia ajena por completo a su voluntad, tiene que soportar, no sólo un cambio de puesto de trabajo a otro de categoría inferior, impuesto por la Administración, sino también una drástica disminución de sus retribuciones».

(56) CES, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2009*, Madrid (CES), 2010, p. 422.

(57) Señala así, por ejemplo, LÓPEZ GÓMEZ que constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sienta «la doctrina de que las AA.PP., cuando actúan como empresarios, mediante la celebración de contratos de trabajo, habrán de regirse en el nacimiento de la relación laboral y durante su desarrollo ajustándose a la normativa laboral que les sea aplicable, de forma que, como empleadores que son, se les aplican los derechos y obligaciones que se contemplan en el Estatuto de los Trabajadores». LÓPEZ GÓMEZ, J.M., «Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal de las Administraciones Públicas», *Aranzadi Social,* 1996, volumen II, epígrafe I.

(58) Según éstas, la inclusión en el contrato de trabajo del personal laboral de un Servicio Autonómico de Salud de una cláusula de remisión al RD-Ley 3/1987 ha de ser interpretada como una «garantía de homologación retributiva con el personal estatutario que desempeñe funciones de su categoría, pero no impide que, en caso de que se lleven a cabo las de otra de orden superior, se hayan de percibir las que se corresponden con la actividad, tal y como establece el repetido artículo 39.4 ET».

(59) Resuelve la Sala una cuestión protagonizada por la Junta de Castilla y León en relación con una trabajadora que ostenta la categoría profesional de periodista y pertenecía al Grupo I sin adscripción a área funcional, argumentando su fundamento de derecho segundo que el ámbito de la potestad organizativa de la empresa en lo que a la atribución de funciones a los trabajadores concierne es el grupo profesional *ex* artículo 39 ET, reproducido por el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración Autonómica de Castilla y León; que cuando en ejercicio de su potestad organizativa la empresa excede de estos límites es de aplicación el artículo 41 ET (artículo 39.5 ET), debiendo justificarse la concurrencia de razones técnicas u organizativas o incluso de razones perentorias o imprevisibles, si se

los artículos 9.5 LOPJ y 2 y 137 LPL, imbuidos de la citada doctrina, el Orden Social de la jurisdicción será igualmente competente en esta materia cuando la decisión contra la que se reclame por el trabajador sea una resolución de una Administración Pública(60).

Sin embargo, como puntualizamos, la condición del empleador no resulta intrascendente. La aplicación de la normativa laboral al personal laboral de las AA.PP. encuentra en su camino matices y hasta excepciones derivadas, entre otras, de las siguientes razones, no obstante erosionadas por la evolución legislativa habida en este ámbito.

En primer lugar, frente al ánimo de fortalecer la competencia de nuestras empresas que espolea la movilidad funcional laboral, las AA.PP. no se ven afectadas, como regla general, por esta competencia, si bien la importante privatización y la exigencia de eficiencia a la Administración Pública han mitigado notablemente esta distancia(61).

En segundo término, los límites para el ejercicio del poder directivo y organizativo del trabajo pueden resultar más restrictivos en este ámbito dado el «distinto tratamiento constitucional de la actividad empresarial y la actividad administrativa, pues mientras que el artículo 38 reconoce la libertad de empresa, la Administración se encuentra regida por los principios establecidos», entre otros, en los artículos 9.3, 23 y 103 CE, siendo destacable el principio de objetividad que preside toda actuación de la Administración Pública(62). Así, como botón de muestra, el artículo 73.2 de la Ley 7/2007(63) demanda una causalidad para la movilidad horizontal que, al menos en su literalidad, no precisa el artículo 39 ET.

Principio de objetividad del que desde luego no cabe desprender una inamovilidad funcional del personal laboral, entre otras razones, porque la «determinación de la prestación de servicios debida por el funcionario se concreta a través del concepto de puesto de trabajo», frente a la trascendencia del grupo profesional o categoría profesional para el trabajador(64).

---

trata de funciones inferiores (artículo 39.2 del Estatuto) siendo además en este caso por el tiempo imprescindible y también encuentra otros límites esta potestad organizativa «como los derivados del respeto de derechos fundamentales y, asimismo, las tareas encomendadas deben ser suficientes para garantizar al trabajador su derecho a la ocupación efectiva» (...) «con funciones propias de su categoría profesional y con los medios necesarios para ello».

(60) Entre otras, STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2001, recurso 3818, IL J 2586.

(61) LÓPEZ GÓMEZ, J.M., «Flexibilidad interna: movilidad funcional...», epígrafes I y II. Eficiencia precisamente reflejada en el artículo 69 Ley 7/2007 en relación con esta institución al sentar como objetivo de la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas «contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad» (artículo 69.1).

(62) LÓPEZ GÓMEZ, J.M., «Flexibilidad interna: movilidad funcional...», apartados III y siguientes.

(63) Establece este precepto legal que su Administración Pública puede asignar a un empleado público «funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones».

(64) LÓPEZ GÓMEZ, J.M., «Flexibilidad interna: movilidad funcional...», apartados III y siguientes. Inamovilidad funcional igualmente rechazada hoy en día para el funcionario público. Afirma así MOLINA NAVARRETE que «la doctrina constitucional conforme a la cual el derecho al cargo —*funcionarial*— una vez ya constituida la relación, por tanto en su dimensión de garantía de permanencia o continuidad, impide que la Administración disturbe, bajo cualquier modo o forma ilegítima, el desempeño de sus funciones de conformidad con lo dispuesto por las normas legales —SSTCO 32/1985, 11/1996; SSTS, Sala 3.ª, 17 de marzo de 2000, 21 septiembre de 2004. Se conecta así con el derecho a la intangibilidad de las características específicas del puesto de trabajo, aunque no conlleve (...) su inamovilidad funcional» [MOLINA NAVARRETE, C., «Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos. Capítulo I», en

Así, conciliando ambos tipos de personal, el artículo 74 de la Ley 7/2007 dispone la estructuración de la organización de los empleados públicos mediante «relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias».

Y, al contrario de lo expuesto, siguiendo el principio de legalidad tan presente en los pronunciamientos judiciales tratándose de funcionarios públicos, generales o especializados, serán de aplicación directa a ellos sus correspondientes estatutos y legislación de desarrollo, no la normativa laboral. Partiendo de este presupuesto, la STSJ de Andalucía de 7 de abril de 2005 (recurso 176/2005), IL J 1359, niega el derecho a las retribuciones superiores correspondientes al desempeño del puesto de administrativo a un celador cuando se incumple el requisito de su estatuto jurídico consistente en contar, para la realización de estas funciones, con la designación o autorización del gerente del hospital del distrito o del C.R.T.S. En definitiva, no resulta aplicable la normativa laboral a las relaciones de servicios de naturaleza administrativa —entre otras muchas, en relación con la materia a estudio, encontramos un segundo ejemplo en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2001 (recurso 1831/2001), IL J 2939—.

2. Clases de movilidad funcional

Atendiendo básicamente al artículo 39 ET se advierten distintas clases de movilidad funcional.

A) Movilidad funcional ordinaria, interna u horizontal

La movilidad funcional dentro del grupo o, en su defecto, de categorías profesionales equivalentes, contemplada en el artículo 39.1 ET, corresponde al *ius variandi* empresarial, ni precisa una especial tutela del trabajador ni mucho menos incurre en un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo(65). Constituye una manifestación del poder de dirección del empleador, del haz de sus facultades organizativas y de dirección.

Esta movilidad puede conllevar la modificación de las tareas y/o funciones del trabajador sin cambiar su puesto de trabajo(66), máxime considerando que el desarrollo de la prestación laboral no exige pactar el desenvolvimiento de todas las funciones y/o tareas de una determinada clasificación profesional. O comprender también la modificación de este

---

Monereo Pérez, Molina Navarrete, Olarte Encabo y Rivas Vallejo (Dirección y Coordinación), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007,* Granada (Comares), 2008, pp. 210 y 211].

(65) Señala así expresamente la STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2000, recurso 627/2000, IL J 2129, que cuando las nuevas funciones asignadas a los trabajadores «no exceden de las del propio puesto de trabajo y forman parte del contenido de su categoría y grupo profesional», no estamos en presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

(66) A título de ejemplo la encomienda de funciones de venta de auriculares a los conductores-perceptores de autobús. STSJ de Madrid de 26 de enero de 2006 (recurso 5937/2005), IL J 526.

puesto de trabajo[67]. Tal cambio sin más no es en la norma estatal determinante del cambio de calificación y consiguiente régimen jurídico aplicable.

La decisión empresarial no está sujeta a límites temporales, puede ser temporal o indefinida[68]. Y se trata de una movilidad funcional que se disciplina *ex lege* como no causal. No obstante, la negociación colectiva puede alterar la situación estableciendo limitaciones temporales y causas que condicionen el ejercicio de esta movilidad anulando la medida empresarial en su defecto[69]. Además, la decisión empresarial ha de observar en todo caso que el trabajador ostente la titulación académica o profesional exigida para realizar la prestación laboral. Y tampoco podrá acordarse de forma arbitraria, debiendo observar los límites genéricos propios del ejercicio de derechos [a título de ejemplo, STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de marzo de 2006 (recurso 320/2006), IL J 1047] como son el respeto a la buena fe contractual (artículo 1258 CC) o la no vulneración de derechos fundamentales del trabajador, con particular alusión a la dignidad del trabajador[70].

Por negociación colectiva pueden establecerse límites al ejercicio de la movilidad funcional

En otras palabras, las acertadas del Profesor GÁRATE CASTRO, la decisión empresarial «siempre obedecerá a una concreta causa, la cual, sin embargo, carece, en principio, de relevancia para el ordenamiento jurídico; sólo adquirirá esa relevancia cuando ponga de relieve que la actuación del empresario al acordar la movilidad funcional es arbitraria o abusiva (no se presenta como una medida objetivamente necesaria para el buen fin de la empresa), contraria al deber de buena fe que ha de presidir las recíprocas prestaciones de las partes (artículo 20, núm. 2, ET), al principio de igualdad y no discriminación (...), a la consideración debida a la dignidad del trabajador (...) o a cualesquiera otros derechos fundamentales de éste»[71].

---

(67) Caso, por ejemplo, de la STSJ de Cataluña 359/2009, de 19 de enero (recurso 7258/2007), IL J 338.

(68) Valgan como botón de muestra las SSTSJ de Cataluña de 10 de junio de 2003 (recurso 6346/2002), IL J 1121 y TSJ de Madrid de 11 de febrero de 2003 (recurso 4394/2000), IL J 1173.

(69) La citada STSJ de Cataluña 7760/2009, de 27 de octubre, acepta así que el convenio colectivo pueda «imponer una serie de condicionantes al ejercicio del *ius variandi* por el empresario en orden a la movilidad funcional del trabajador, de modo que el incumplimiento de esas condiciones podría dar lugar a la nulidad de la medida empresarial». Y recoge, en concreto, que el artículo 38 del Convenio Colectivo de aplicación demanda a estos efectos la causalidad de la movilidad interna en «necesidades justificadas de organización».

(70) La decisión empresarial no es causal, si bien, como decimos, «es evidente que tampoco podrá acordarse de forma arbitraria por el empleador ni en contra de las exigencias de la buena fe o con vulneración de los derechos fundamentales o de la dignidad del trabajador», y que tampoco está sujeta a límites temporales. En estos sentido y términos se manifiesta la STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2003 (recurso 6346/2002), IL J 1121. Con estas mismas características, medida no causal y sin limitación temporal, pero sí limitada por el respeto al principio de buena fe y a los derechos fundamentales del trabajador, el empresario puede igualmente encomendar al trabajador funciones o tareas distintas sin modificación de puesto de trabajo, caso apreciable en la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2003 (recurso 4394/2000), IL J 1173.

(71) GÁRATE CASTRO, F.J., «La movilidad funcional...», p. 835.

En esta línea, la STSJ de Galicia de 28 de marzo de 1996 (AS 1852) considera perjudicial para la formación y promoción profesional del trabajador, y por lo tanto no lo permite, la asignación permanente al trabajador de un puesto de trabajo correspondiente al mismo grupo profesional pero con funciones inferiores no equivalentes a las correspondientes a su concreto encuadramiento. Asignación permanente pero, entendemos, no marginal, puesto que el TS —Sentencia u.d. de 31 de octubre de 2005 (recurso 188/2004), IL J 2117— afirma que el ejercicio marginal y meramente instrumental de funciones externas a la categoría —en el caso la asignación permanente y sistemática a los locutores, redactores y ayudantes de redacción de atribuciones propias de los operadores de sonido— carece de la entidad suficiente como para lesionar la dignidad, la formación o la promoción de los trabajadores afectados.

B) Movilidad funcional vertical o externa

Fuera de la clasificación profesional del trabajador, extramuros de su grupo profesional o categorías equivalentes, la movilidad funcional del trabajador sólo será posible *ex lege* «si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificaran y por el tiempo imprescindible para su atención» (artículo 39.2 ET). Es, pues, al contrario que la movilidad interna, una movilidad causal y temporal. Es preciso además comunicar la situación a los representantes de los trabajadores (artículo 39.2 ET). La Ley contempla expresamente dos manifestaciones de esta movilidad vertical, ascendente y descendente. Y parece olvidar aquellos supuestos en que el trabajador movido externamente sigue también desempeñando funciones propias de su encuadramiento profesional, la denominada movilidad parcial o polivalencia sobrevenida.

a) Movilidad vertical ascendente

a') Concurrencia del supuesto de hecho

La movilidad vertical ascendente consiste en la encomienda al trabajador de funciones superiores a su grupo profesional o categorías equivalentes. A continuación precisaremos con mayor exactitud el significado de esta expresión, siendo conveniente advertir la dificultad de conciliar los distintos pronunciamientos judiciales. Más concretamente, de la interpretación judicial es posible extraer los siguientes requisitos:

1.º *Las funciones realizadas han de ser superiores y distintas a las propias del encuadramiento del trabajador*. Caso de identidad de funciones entre las propias del encuadramiento del trabajador y las superiores, la existencia de esta movilidad precisa que el trabajador acredite la concurrencia en su prestación real de servicios de la nota distintiva delimitadora de la clasificación profesional superior, normalmente algún elemento de titulación o experiencia profesional. La problemática es de movilidad si las funciones son sobrevenidas, de serlo el elemento distintivo se regirá normalmente por el sistema de ascensos. Si no existe circunstancia sobrevenida alguna existiría un error de encuadramiento *ab origine* del trabajador.

El TS viene señalando, de una parte, la posibilidad de que tareas asignadas a dos categorías profesionales coincidan, rechazando en consecuencia las reclamaciones del superior

salario efectuadas por los trabajadores de la inferior[72]. La doctrina general se aprecia en un sinfín de pronunciamientos[73] precisando, entre otras, las SSTS de 10 de diciembre de 2009, 26 de enero de 2009 (recurso u.d. 4148/2007), IL J 188 y de 14 de enero de 2010 (recursos u.d. 2557/2008 y 32/2009), IL J 2131 y 48[74], que a la luz de la doctrina constitucional y jurisprudencia ordinaria no concurre en estos supuestos vulneración alguna de los artículos 14 CE y 28 ET «al estar justificada de forma objetiva y razonable, la diferenciación retributiva por el distinto nivel de titulación, la que puede incidir objetivamente en la mayor calidad del trabajo desarrollado». Lo mismo cabría decir de la experiencia profesional objetivada. Es evidente, no obstante, la necesidad de apreciar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de clasificación.

Señala también el Tribunal Supremo, sobre este carácter diferenciado de las funciones realizadas por el trabajador, que la confusión material de funciones dentro de la empresa, la inexistencia de una adscripción clara de funciones a una determinada categoría y/o grupo en el sistema de clasificación profesional, obsta la acreditación por el trabajador de la realización de funciones propias de una categoría superior[75]. En esta línea doctrinal de suplicación advierte que cuando la delimitación en convenio de las funciones propias de los grupos profesionales objeto de comparación es excesivamente genérica las realizadas por el actor podrían perfectamente encuadrarse en cualquiera de ellos[76].

---

(72) Entre unos primeros ejemplos, SSTS de 23 de mayo de 1996, RJ 4615, y de 5 de febrero de 1998, RJ 1639.

(73) La STS de 20 de diciembre de 2007 (recurso u.d. 4722/2006), IL J 2285, desestima una demanda presentada por una «especialista puericultora» que presta servicios en una guardería infantil reclamando las retribuciones propias de la categoría superior de «educadora» porque la realización de funciones que sustenta la pretensión es propia de distintas categorías, no constando «en los hechos probados que los cometidos laborales a los que se dedica la mayor parte del tiempo sean los propios de la categoría superior», por lo que «no se tiene derecho a las retribuciones de dicha categoría». La STS de 2 de febrero de 2009 (recurso u.d. 278/2002), IL J 92, conoce la pretensión de dos trabajadores de la ETT Adecco, puestos en misión con la categoría de peón y consiguientes retribuciones en la empresa Delphi Packard España, que reclaman las retribuciones superiores propias de la categoría de «movimiento de materiales». Pretensión desestimada dada la identidad de tareas de ambas categorías y la falta de acreditación de la experiencia de seis meses exigible para ostentar esta última.

(74) Estas Sentencias, entre otras, conocen y rechazan reclamaciones de cantidad efectuadas por trabajadores que ostentan el grupo profesional III, perito judicial no diplomado, y que pretenden los salarios del grupo II, perito judicial diplomado, siendo las funciones de perito judicial comunes a ambos. Grupos diferenciados en el convenio colectivo de aplicación únicamente por la exigencia convencional para esta última de la correspondiente titulación, que los actores no acreditan. Estima el TS, aplicando su propia doctrina, con cita, entre otras, de la STS de 17 de junio de 1998 (recurso 3370/1997) que «los trabajos contratados y realizados son los propios de la categoría asignada».

(75) Razonamiento deducible de la STS de 3 de noviembre de 2005 (recurso u.d. 1516/2003), IL J 2095, al manifestar que aun cuando «es hecho probado que las tareas y actividades del centro son atendidas sin distinción alguna por el personal con categoría de educador y de especialista en puericultura, tal hecho no acredita, si son los especialistas en puericultura los que realizan funciones de categoría superior o bien son los educadores los que realizan las funciones de la categoría de especialistas en puericultura». Términos apreciables con anterioridad en la STS de 18 de septiembre de 2004 (recurso u.d. 2615/2003), IL J 1934.

(76) STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2008 (recurso 138/2008), IL J 1652, que por este motivo desestima la pretensión de reconocimiento de su encuadramiento profesional en el Grupo II del Convenio Colectivo Marco del Grupo Endesa, y consiguientes diferencias salariales generadas en el período comprendido entre julio de 2006 y junio de 2007 respecto de su reconocida categoría de especialista técnico de gestión de bases de datos, incluida en el Grupo III, por considerar, entre otros argumentos, que la delimitación de las funciones realizada para ambos grupos profesionales por el convenio es tan genérica que las realizadas por el actor podrían perfectamente encuadrarse en cualquiera de ellos —habla así el convenio de «autonomía», «actividad intelectual», «iniciativa» o «interrelación humana»—, bien

Además, no es suficiente que las funciones ejercidas «excedan a las que son atribuidas a su categoría profesional sino que es preciso entren de lleno en las asignadas a la categoría superior» [por ejemplo, STS de 20 de diciembre de 2007 (recurso u.d. 4722/2006), IL J 2285] «y sean llevadas a cabo no sólo en posesión de un título sino en función del título que de modo específico habilita o capacita para su realización»[(77)]. Es interesante a este respecto hacer, cuanto menos, dos precisiones.

De un lado, la inexistencia en una concreta empresa del puesto de categoría superior existente en la clasificación profesional aplicable en la misma, categoría superior cuyas funciones efectivamente realiza el trabajador, no condiciona, en particular no obsta, la existencia de movilidad ascendente y consiguiente derecho a la percepción de las retribuciones superiores. Así lo manifiesta la STS de 31 de enero de 1995 (recurso u.d. 6373/2003), IL J 110, fundándose en dos razones: la inexigibilidad en el artículo 39 ET y en el convenio colectivo de aplicación de dicho requisito; y porque aceptar que la persona que desempeña funciones superiores a las propias no tiene derecho a la retribución correspondiente por inexistencia de la plaza superior constituiría la «instauración de una auténtico fraude, cual sería la cobertura de una necesidad de trabajo con trabajador menos cualificado y con una retribución inferior». Fraude y doctrina que, añadimos, es necesario interpretar, excepción hecha de la falta de la titulación requerida por el legislador estatal para el desempeño de las funciones de categoría superior, pues tal exigencia constituye asimismo jurisprudencia reiterada de nuestro Alto Tribunal.

Además, la STS u.d., de 22 de noviembre de 2000 (recurso 2828/1998), IL J 2617, puntualiza la anterior afirmación advirtiendo que no existe realización de funciones de categoría superior cuando las nuevas funciones se corresponden a un puesto de libre designación, de naturaleza no necesariamente laboral y no regido por el convenio colectivo.

Es decir, si encuadramiento profesional del trabajador y clasificación superior comparten las funciones desempeñadas por el trabajador, si no resulta clara su no adscripción a aquél o si las funciones superiores encomendadas al trabajador se corresponden a un puesto de libre designación, no nos encontramos ante un supuesto de movilidad funcional ascendente.

2.º *La realidad material del desempeño de funciones superiores.* Su ejecución real y no mera preparación, previsión o programación. No es a estos efectos suficiente la realización sin más de un curso de formación para la realización de funciones propias de un encuadramiento superior. Formación que no determina automáticamente el correspondiente incremento salarial, sino la efectiva realización de esas tareas superiores (STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 2000, recurso 355/2000, IL J 2591). La participación en actividades de formación —y posible percepción de complementos económicos adquiridos como consecuencia de ella— impide no obstante la exclusión del trabajador de la promoción a la categoría superior basándose en su inclusión en el expediente de regulación de empleo

---

por emplear términos equivalentes en ambos grupos como «complejidad» y «complejas» o «responsables directos», «supervisión» y «responsabilidad de mando».

(77) Cuestión esta sobre la que volveremos más adelante al analizar los límites de la movilidad funcional del trabajador, a título de ejemplo, *vid.* STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000, recurso 3307/1999, IL J 2293, a la que corresponde el entrecomillado.

como trabajadores de salida (STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001, recurso 1576/2001, IL J 3326).

3.º *La realización de funciones superiores ha de erigirse como desempeño funcional predominante del trabajador* en el sentido que precisamos a continuación. En positivo «para poder apreciar que efectivamente se están llevando a cabo las funciones propias de una categoría superior y que proceda el derecho a percibir las retribuciones correspondientes a la misma, es necesaria la perfecta acreditación de que efectivamente se están desempeñando fundamentalmente estas funciones y no parte de las mismas» [(STS de 18 de septiembre de 2004 (recurso u.d. 2615/2003), IL J 1934]. Sin necesidad de observar un «requisito de plenitud en el desarrollo del trabajo de superior categoría» el artículo 39 ET demanda atender «a la configuración funcional predominante del puesto desempeñado a través de una valoración empírica de las tareas realizadas» [STS de 2 de noviembre de 2009 (recurso u.d. 1344/2009), IL J 1735][(78)].

La existencia de movilidad funcional no exige la realización exclusiva de tareas superiores

A tales efectos, según la jurisprudencia clásica, sentada, entre otras, por las SSTS de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970, para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la clasificación profesional superior, pero sí se han de realizar cuanto menos las funciones básicas y esenciales de ella. Doctrina reiteradamente seguida en suplicación[(79)]. «Harina de otro costal» habría de ser, no obstante, la realización por el trabajador únicamente de funciones correspondientes a un encuadramiento superior, aunque éstas no fueren básicas o esenciales. Caso en que, en nuestra opinión, sí habría de entenderse la existencia de movilidad ascendente. No así, parece, siguiendo tan sólo esta jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

---

(78) Conoce la Sentencia de la pretensión de reclamación de diferencias retributivas de un técnico de la administración que realiza habitualmente funciones superiores a su encuadramiento profesional, en particular, las relativas a la tramitación y resolución de expedientes del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social correspondientes al grupo superior 2. En cierta sintonía con esta solución judicial autorizada doctrina proponía como clave de la aplicabilidad del precepto legal «reparar en si la asignación de las nuevas funciones permite o no continuar reconociendo, sin dificultad, los rasgos esenciales de la prestación de trabajo pactada». GÁRATE CASTRO, F.J., «La movilidad funcional...», pp. 837 y 838.

(79) Entre otras, en la STSJ de Valencia de 11 de julio de 2000 (recurso 3299/1997), IL J 2179; STSJ de Andalucía (Granada), de 25 de noviembre de 2003, IL J 2493; STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2004 (recurso 2375/2003), IL J 577; o STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2007 (recurso 5078/2006), IL J 1142. Esta última, como botón de muestra, confirma el pronunciamiento de la instancia condenando al Ayuntamiento de Madrid al pago de las diferencias salariales existentes por el desempeño de funciones de Director de Instalación por quien ostenta la categoría inferior de Jefe de Negociado. Considera el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia que la trabajadora lleva «a término lo que constituye el núcleo esencial de la categoría profesional de Director de Instalación, dirección y control de personal, planificación de las actividades deportivas y gestión económica y administrativa de instalación, funciones que ha realizado habitualmente en el período reclamado, más amplias y con mayor carga de responsabilidad, iniciativa y autonomía que las que competen a un jefe de negociado».

Resulta suficientemente claro, además, que la conjunta realización de funciones, superiores y propias del encuadramiento formal del trabajador, no obsta por sí sola la apreciación del supuesto legal, de la movilidad funcional ascendente. No impide desde luego apreciar la realización de tareas propias de la categoría a cuya remuneración se aspira [STS de 22 de julio de 2005 (recurso u.d. 3337/2004), IL J 1616; STS (u.d.) de 19 de diciembre de 2005 (recurso 3336/2004), IL J 2197].

Es decir, la existencia de movilidad funcional no demanda exclusividad en la realización de las funciones superiores «pues, como señala la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2005, lo decisivo no es aquí una plenitud de la equivalencia funcional entendida en sentido absoluto —lo que normalmente no se da siquiera en el ejercicio normal de las funciones de la propia categoría—» [Sentencia de 2 de noviembre de 2009 (recurso u.d. 1344/2009), IL J 1735]. En otras palabras, un grado mínimo —difícil de precisar— de polivalencia funcional sobrevenida del trabajador no merece una tutela específica del mismo a ojos del legislador estatal.

En negativo, la realización de estas funciones superiores no ha de constituir una ocupación marginal. Marginalidad que, tratando de interpretar sistemáticamente los pronunciamientos judiciales, puede venir dada bien por una razón material bien por una razón temporal o, lo que probablemente sea lo más frecuente, por ambas circunstancias conjuntamente.

Así, en primer lugar, según nuestro TS el percibo de las retribuciones propias de la realización de funciones de superior categoría no exige que éstas se realicen durante un determinado período de tiempo, debiéndose abonar el trabajo efectivamente realizado con independencia de su duración y continuidad [STS de 4 de julio de 2008 (recurso 3132/2007), IL J 1018]. Sin embargo, sí es necesario que su desempeño por el trabajador no presente «un claro componente conyuntural o temporal (...) de modo que resulte fácil inferir que su trabajo siguió desenvolviéndose de forma principal en el área de actuación de su categoría profesional, *inferior*» [(STS de 18 de septiembre de 2004 (recurso u.d. 2615/2003), IL J 1934].

En segundo lugar, el ejercicio «marginal y meramente instrumental» de funciones externas a la categoría no determina movilidad vertical [STS (u.d.) de 31 de octubre de 2005 (recurso 188/2004), IL J 2117][(80)]. El supuesto de hecho de este último pronunciamiento judicial coadyuva una comprensión de este requisito que conduce a rechazar con claridad la concurrencia de movilidad y derecho a las superiores retribuciones ante un desenvolvimiento testimonial, simbólico, coyuntural y meramente instrumental de las funciones superiores por parte del trabajador.

En conclusión, acotaciones positivas y negativas sumadas, apreciar esta movilidad funcional demanda que el trabajador realice las funciones básicas y esenciales de la clasificación superior, no necesariamente todas ni con carácter excluyente, y, al mismo tiempo, que esta prestación no sea coyuntural en el tiempo ni marginal.

---

(80) Supuesto cuya calificación resultó difícil para el Tribunal Supremo, que asume, en su caso, una atribución de funciones inferiores. Se trataba en concreto de la asignación permanente y sistemática de atribuciones muy marginales de los operadores de sonido a los locutores, redactores y ayudantes de redacción. Tan marginales que la Sala advierte lo siguiente: «sólo se hace —dice con valor fáctico la sentencia recurrida— lo estrictamente necesario para que la noticia salga al aire» —«darle a un botón», según afirma la parte demandada citando la testifical— en «un mínimo espacio de tiempo en relación con las funciones propias de los demandantes a lo largo de la jornada laboral».

b') A propósito de la «movilidad parcial» del trabajador

Según lo expuesto, la movilidad vertical ascendente contemplada en el artículo 39 ET no precisa la realización exclusiva de funciones superiores. Sin embargo, dicho precepto legal no contempla un régimen jurídico específico, autónomo, de la denominada movilidad parcial, de la conjunta realización en un margen temporal convenido de las funciones propias de las clasificaciones profesionales implicadas no equivalentes, como supuesto de polivalencia sobrevenida distinta a aquella que por su entidad genera el derecho a la cobertura de la correspondiente vacante o «ascenso indirecto»[81].

Esta falta de previsión legal determina la dificultad de pronunciarse sobre sus consecuencias para el trabajador. Según el brocardo «donde la Ley no distingue, no debemos distinguir nosotros» no parece aplicable la regla del artículo 22.5 ET, porque nada hay en el artículo 39 que permita interpretar la exclusión de este supuesto. Resultaría entonces sostenible el derecho del trabajador a la retribución superior proporcional al tiempo destinado —cada jornada, cada semana, cada mes a lo sumo considerando la periodicidad del pago del salario— a la realización de funciones superiores.

Y así parece sostenerlo nuestro Tribunal Supremo al precisar que la garantía legal salarial no exige que las funciones superiores se realicen durante un determinado período de tiempo, debiéndose abonar el trabajo efectivamente realizado con independencia de su duración y continuidad [STS de 4 de julio de 2008 (recurso 3132/2007), IL J 1018].

Parece, sin embargo, que el período de referencia para el nacimiento de la segunda garantía del trabajador, aquella consistente en la cobertura de la correspondiente vacante, resulta irreconciliable con esta forma de computar el período de desempeño de las funciones superiores, con este, si se quiere, «microcómputo». Y que ambos cómputos, éste y el relativo a la garantía salarial, no parecen admitir un distinto marco temporal de referencia en nuestra legislación.

Motivo este que unido a la jurisprudencia examinada con anterioridad al analizar el supuesto de hecho de la norma, jurisprudencia demandante de una visión estructural y global del desempeño profesional del trabajador, invitaría a considerar que nuestra legislación resulta incompatible con esta movilidad parcial. Que, en definitiva, sopesando el desempeño profesional del trabajador en un determinado lapso temporal, éste se inclinará por su acomodación, sin consecuencias, a su clasificación profesional o, por el contrario, tendrá un mayor peso el desempeño de funciones superiores en los términos vistos. En este último caso, se generaría el derecho del trabajador a la retribución superior por la totalidad del período demandado y en el que en realidad se vienen a suceder desempeños profesionales propios y, fundamentalmente, superiores.

Sin embargo, la citada Sentencia de 4 de julio de 2008 de nuestro TS desarticula aquel argumento que pivota sobre la unidad del marco temporal de las dos garantías del trabajador funcionalmente movido, manifestando expresamente al efecto que la exigencia temporal del artículo 39.4 ET, los seis meses durante un año u ocho meses durante dos años, se refiere a otro derecho del trabajador, el relativo a su posible ascenso. Es decir, disocia nues-

(81) Así tildado en contraposición al régimen del ascenso «directo» previsto en el artículo 24 ET. CASAS BAAMONDE, M.ªE., «Sistemas de clasificación profesional...», p. 427.

tro Tribunal Supremo los lapsos temporales de referencia de ambas garantías. Al tenor de esta doctrina judicial si, por ejemplo, en un período de referencia de un año un trabajador realiza discontinuamente funciones superiores por un total de 60 días a lo largo de 6 meses y un día, el trabajador tendrá derecho a las retribuciones superiores correspondientes a 60 días pero además podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en Convenio Colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa.

Esta solución traslada la dificultad de la llamada movilidad parcial al ámbito probatorio. ¿Cómo cuantificar y acreditar los tiempos de trabajo efectivos propios de cada nivel profesional, el de encuadramiento del trabajador y el superior? Y, de poder acreditar y cuantificar éstos, ¿no vendría la situación resultante a identificarse como una movilidad total con un período temporal de referencia sustancialmente menor? Reflexión que invita, en su caso, a una más precisa acotación temporal de la pretensión —básicamente económica— reflejada en la demanda.

c') Causalidad y temporalidad de la movilidad

Según se ha señalado, esta movilidad sólo será posible *ex lege* «si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificaran y por el tiempo imprescindible para su atención» (artículo 39.2 ET). Es una movilidad causal[(82)] y temporal.

El «tiempo imprescindible» ha de ser inferior al período fijado en la negociación colectiva o, a falta de fijación convencional, inferior o igual a seis meses durante un año u ocho meses durante dos años. Transcurrido este período la naturaleza de la garantía aparejada, en concreto del derecho del trabajador a reclamar «la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa» (artículo 39.4 ET), invita a pensar que el trabajador puede en realidad continuar realizando dichas funciones superiores, si bien la diferencia estriba en que a partir de entonces dicha prestación sucederá a la formal y material puesta en marcha del proceso para cubrir el puesto correspondiente a las mismas. Y dicha continuidad puede beneficiar la situación jurídica del trabajador cara a la probabilidad de su ascenso.

Es decir, la legislación no fija en realidad ese «tiempo imprescindible», lo que no impide a la negociación colectiva asumir tal tarea. La legislación fija un arco temporal que opera como pistoletazo de salida para la puesta en funcionamiento de la garantía consistente en la provisión ajustada a derecho del puesto de trabajo correspondiente a esas funciones pero no como *dies ad quem* del plazo en que el trabajador puede venir desempeñándolas hasta su cobertura.

d') Garantías del trabajador

Esta movilidad vertical ascendente del trabajador conlleva *ex lege* dos importantes garantías. En todo caso, y en los términos que a continuación se estudiarán, el derecho a una re-

(82) A título de ejemplo, STSJ de Castilla.-La Mancha de 16 de septiembre de 2004, IL J 1913, justifica en razones de excepcionalidad, «por la trascendencia negativa que tendría la no administración del medicamento al residente», y en ausencia de ATS, la atribución a los auxiliares sanitarios de un Centro Ocupacional, anteriores cuidadores del INSERSO, de la función de administrar los medicamentos orales y tópicos previamente preparados por el ATS.

tribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice el trabajador. Además, cumplidos los requisitos temporales advertidos, el derecho del trabajador a demandar la cobertura de la correspondiente vacante. Más concretamente, el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores consagra como garantías del trabajador objeto de movilidad vertical ascendente el derecho a la percepción de las retribuciones propias de la clasificación profesional superior efectivamente desempeñada y el derecho al ascenso, si a ello no obsta el convenio colectivo(83) o a la cobertura de la vacante superior(84) cuando el ejercicio continuado de sus funciones propias se produce al menos durante un período de seis meses en el transcurso de un año o de ocho en el transcurso de dos años u otro convencionalmente acordado.

La garantía mínima común de la movilidad funcional no extraordinaria se identificaría como de indemnidad retributiva

a'') Derecho a una retribución correspondiente a las funciones efectivamente realizadas

El trabajador movilizado tiene, en primer lugar, derecho «a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice» (artículo 39.3 ET)(85). Garantía que puede ser objeto de regulación convencional, tal y como se desprende del artículo 82.2 ET, siempre que no se aprecie contradicción entre las previsiones legales y las convencionales. Queda así vetado al convenio colectivo, y por supuesto al contrato de trabajo, el establecimiento de condiciones menos favorables a las establecidas en las Leyes, así como contravenir su tenor [artículos 85.1 y 3.1.c) ET](86). La negociación colectiva puede, a título de ejemplo, establecer una estructura salarial que haga depender la percepción de ciertos conceptos retributivos de la clasificación profesional del trabajador y otros de las funciones efectivamente realizadas(87) o una progresión del nivel retributivo dentro de la categoría superior condicionado a su ostentación legal(88).

Subrayar, al respecto de esta garantía y al margen del juego de la negociación colectiva, las siguientes reflexiones:

---

(83) Tal y como recoge, *ad exemplum,* la STSJ de Baleares de 31 de marzo de 2004 (recurso 97/2004), IL J 2048.

(84) Supuesto este contemplado en la STSJ de Baleares de 11 de mayo de 2004 (recurso 167/2004), IL J 2050.

(85) La diferencia retributiva es estimada, entre otros ejemplos, ante la pretensión de un ordenanza del IMSERSO, encuadrado en el grupo profesional 7 del Convenio Único para el personal Laboral del Estado, que realiza funciones propias de telefonista, encuadrado en el superior grupo 6 [STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2006 (recurso 487/2004), IL J 538]; o de un auxiliar de mantenimiento del Ministerio de Defensa, adscrito al grupo profesional 6, que venía en realidad desempeñando las tareas propias del grupo profesional 4 [STSJ de Murcia de 12 de mayo de 2003 (recurso 521/2003), IL J 907].

(86) *Vid.,* por ejemplo, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 25 de abril de 2000 (recurso 203/2000), IL J 1077.

(87) STSJ de Extremadura de 11 de abril de 2000 (recurso 194/2000), IL J 1174.

(88) STSJ de Madrid de 12 de junio de 2000 (recurso 2100/2000), IL J 1581.

— En primer lugar, una interpretación sistemática de las distintas prescripciones del artículo 39, y por ende de esta garantía, así como la unilateralidad de la decisión empresarial, y el interés empresarial al que la medida responde, conducirían a sostener su puesta en funcionamiento sólo cuando las retribuciones de las funciones superiores sean igualmente superiores, no si su nivel retributivo es menor. Situación no habitual pero sí posible. En última instancia, según esta interpretación, la garantía mínima común de la movilidad funcional del trabajador no extraordinaria se identificaría como de indemnidad retributiva.

  Autorizada doctrina ha sostenido, sin embargo, apoyándose para ello en la literalidad del artículo 39.3 ET, que si las funciones superiores se corresponden a un menor nivel retributivo o conllevan pérdida de algunos de los complementos salariales propios del encuadramiento profesional de origen del trabajador «no parece que pueda pretenderse con éxito el mantenimiento de la cuantía o estructura del salario disfrutada hasta entonces»[(89)]. Es decir, de alguna manera la supuesta mejora profesional del trabajador compensaría el posible detrimento retributivo.

  En nuestra opinión cabría distinguir dos cuestiones distintas. Primera, el derecho a mantener ciertos complementos salariales, una conformación plural de la estructura salarial del trabajador que hundiría sus raíces en dos encuadramientos profesionales diferentes. Derecho que a resultas del régimen jurídico del salario y resultante interpretación judicial no sostenemos para esta institución. Y segunda, el derecho a percibir el salario superior considerado en su conjunto, que sí defendemos. Por un lado, la movilidad vertical descendente, al igual que ésta ni *ius variandi* ni modificación sustancial de condiciones de trabajo, evidencia la falta de una correspondencia absoluta ante estas vicisitudes entre clasificación profesional del trabajador y salario a percibir. De otra parte, la operatividad de la garantía resultaría así relativamente cercana a la doctrina judicial existente al respecto de los pactos sobre salario global.

— Como segunda reflexión, la percepción de estas retribuciones superiores lo es con todas las consecuencias. Esto quiere decir, en primer lugar, que el trabajador percibe la retribución superior en proporción a la jornada efectivamente trabajada, jornada que, con las debidas garantías, puede minorarse como consecuencia de su movilidad funcional[(90)].

  En segundo lugar, que el trabajador no tiene derecho a consolidar sus complementos salariales de origen más allá de otras posibles previsiones legales, convencionales o contractuales existentes al efecto. Cuestión esta cuya solución ha de partir, precisamente, de aplicar el régimen jurídico del salario u otros en su caso (artículo 41 ET). Su solución no se encuentra en el régimen jurídico de la movilidad funcional.

  La garantía legal no conlleva, en nuestra opinión, la traslación al desempeño funcional superior de los complementos salariales más altos del desempeño profesional de origen. Así, según nuestros órganos judiciales, la garantía salarial propia de

(89) GÁRATE CASTRO, F.J., «La movilidad funcional...», p. 840.

(90) STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de marzo de 2007 (recurso 6/2006), IL J 1396.

la movilidad funcional no comprende la consolidación de los complementos de puesto de trabajo salvo acuerdo en contrario[91]. Bien es verdad que estos complementos no son en principio consolidables *ex* artículo 26.3 ET.

En tercer lugar, esta garantía no admite la aplicación de la institución de la compensación y absorción salarial comparando estructura y salarios de origen con los propios de las funciones superiores asumidas por el trabajador. La doctrina de suplicación advierte así que «el incremento del salario base de un trabajador por aplicación de un nivel salarial de superior categoría, no conlleva la merma de una cantidad equivalente a los pluses o complementos que venga de hecho percibiendo el trabajador, porque estos últimos no son compensables»[92].

— Una tercera reflexión, igualmente originada en la interpretación judicial, es que, aunque como estudiaremos al analizar las consecuencias del desempeño de funciones superiores careciendo de la titulación legalmente exigida, este derecho no es incondicionado, no se exige que tal desempeño resulte del ejercicio regular del poder de dirección. En caso contrario estima nuestro TS que «se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa cuando se encarga un trabajo que se realiza por el trabajador, cumpliendo órdenes de sus superiores y luego no se retribuye, alegando que su encomienda se ha efectuado de forma irregular»[93].

Esta cuestión ha alcanzado un grado de litigiosidad elevado en el ámbito de las Administraciones Públicas, cuando las órdenes de realización de funciones superiores no emanan de la autoridad competente sino del funcionario superior jerárquico del trabajador. Según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de junio de 1996 y reiteradamente seguida[94], el derecho a la retribución por la realización de funciones de superior categoría no queda sin efecto en estos casos, «surge con independencia de cual sea la autoridad o jerarquía administrativa que la haya ordenado» [FJ 1 de la STS de 17 de noviembre de 2005 (recurso u.d. 3677/2004), IL J 2260].

El fundamento de este criterio se aprecia con claridad en la STS de 1 de febrero de 2005 (recurso u.d. 6153/2003), IL J 665, considerando que «esto podrá ser un defecto del acto de atribución que determinará en su caso la anulabilidad del mismo —no es, desde luego, un supuesto de nulidad absoluta—, pero no libera a la Administración de la obligación de hacer frente, como empresario, a las consecuencias del ejercicio de su poder de dirección a través de una organización jerárquica con una cadena de mando que ella misma ha establecido y de la que debe responder».

---

(91) SSTS de 27 de marzo de 1993 (RJ 5986) y TSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005 (recurso 3721/2004), IL J 1267. O de otros como el complemento de polivalencia recogido en el artículo 64, apartado g), del X Convenio del Ente Público «RTVE» [STSJ de La Rioja de 5 de mayo de 2005 (recurso 89/2005), IL J 1665].

(92) Entre otras, SSTSJ de Madrid 10 de noviembre de 1998, 28 de junio de 2006 y 17 de noviembre de 2008 (recurso 2869/2008), IL J 1929.

(93) STS de 28 de octubre de 2004 (recurso u.d. 6167/2003), IL J 2005.

(94) Seguida, por ejemplo, en las SSTS de 28 de octubre de 2004, 1 de febrero de 2005 (recurso u.d. 6153/2003), IL J 665, 8 de junio de 2005 (recurso u.d. 3623/2004), IL J 1163 y 17 de noviembre de 2005 (recurso u.d. 3677/2004), IL J 2260.

— Destacar, como postrera línea de reflexión, que más allá de su realidad la garantía tampoco exige que las funciones superiores se realicen durante un determinado período de tiempo, debiéndose abonar el trabajo efectivamente realizado con independencia de su duración y continuidad [STS de 4 de julio de 2008 (recurso 3132/2007), IL J 1018]. Duración que no es un requisito de acceso a la garantía sino una circunstancia que en la mayoría de los casos determina, como hemos visto, por atender normalmente el salario al tiempo trabajado, la entidad de esas retribuciones superiores.

Las razones en que se basa nuestro Alto Tribunal para sostener tal conclusión son las siguientes: la exigencia temporal del artículo 39.4 ET, los seis meses durante un año u ocho meses durante dos años, se refiere a otro derecho del trabajador, el relativo a su posible ascenso; el derecho a obtener una «contraprestación retributiva acorde con la calidad del trabajo que se desarrolla, evitando un enriquecimiento injusto del empresario»; la conclusión contraria «introduciría (...) un elemento de inseguridad, e incluso de arbitrariedad» en manos del empresario; por último, lo anterior se ve confirmado por el artículo 22.3 del Convenio Colectivo aplicable al supuesto litigioso, que repite literalmente la alusión del artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores, igualmente citada, «teniendo derecho a la retribución correspondiente al puesto —*el artículo 39.3 ET habla de «funciones», pero el resultado es el mismo*— que efectivamente desempeñe —*realice en el tenor estatutario*—».

Es decir, esta *garantía salarial se proyecta a nuestro entender cualitativamente, aplicando la estructura salarial de «destino», y cuantitativamente, sobre la entidad salarial. Y no demanda una concreta extensión temporal ni el ejercicio regular del poder de dirección. Se retribuirá al trabajador por las funciones superiores por el tiempo que se presten y jornada en que se materialicen.*

Consolidado, en su caso, el ascenso, se torna a la aplicación de las reglas legales ordinarias[95].

b'') Derecho a la cobertura de la correspondiente vacante

En cuanto a la segunda garantía, contemplada en el artículo 39.4 ET, es importante advertir que la prolongada existencia de una vacante no ocupada no genera por sí sola el derecho de un trabajador a solicitar su cobertura. Éste no es el supuesto de hecho del precepto, ligado a una movilidad funcional. Ligado, en suma, al hecho de que un trabajador de encuadramiento inferior haya venido desempeñando las funciones propias de tal puesto de trabajo[96].

Los convenios colectivos pueden, según expresamente apostilla el artículo 39.4, último párrafo, ET, establecer períodos distintos a los recogidos en el artículo para poder solicitar la cobertura de vacantes. La importante STS de 12 de mayo de 2008 (recurso 148/2006), IL J 469, adjudica a esta previsión legal del artículo 39.4 ET carácter de derecho supletorio no

(95) En contra GÁRATE CASTRO viene a sostener que la no consolidación del complemento conllevaría una modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex* artículo 41 ET. «La movilidad funcional...», p. 841.

(96) SSTSJ de Madrid de 28 de febrero y 17 de marzo de 2003 (recursos 5359/2002 y 5379/2002), IL J 986 y 1202.

de mínimo de derecho necesario, por cuanto a estos períodos temporales, de referencia y de desarrollo de las funciones superiores, concierne. No respecto del nacimiento del derecho a solicitar la cobertura de la vacante. Y lo hace basándose en la literalidad de la norma(97). Y la práctica acredita la receptividad de la negociación colectiva a esta previsión legal(98).

La desaparición de la causa motiva la reasignación de las funciones del trabajador a su clasificación profesional

b) Movilidad vertical descendente

Si se encomiendan al trabajador funciones inferiores a las de su grupo o categorías equivalentes, tal orden deberá justificarse en necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva(99). La decisión de atribuir al trabajador funciones inferiores a su clasificación profesional debe además comunicarse a la representación de los trabajadores (artículo 39.2 ET). En línea con lo expuesto en relación con la movilidad ascendente no se corresponderán a funciones de inferior categoría las propias de los cargos de libre designación(100).

La desaparición de la causa que habilita la comentada asignación de funciones de inferior categoría motiva la reasignación de las correspondientes a la clasificación profesional del trabajador (como botón de muestra, *vid.* STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2002 (recurso 5992/2001), IL J 1221.

El trabajador conservará el derecho a percibir la retribución de origen (artículo 39.3), siendo la reclamación de las correspondientes

(97) Según dicho pronunciamiento judicial el citado precepto legal «no fija una regulación mínima a la que necesariamente hayan de ajustarse los sujetos de la relación laboral y que no pueda ser desconocida por los convenios colectivos, antes al contrario: los períodos de ejercicio de las funciones superiores a los que se refiere para poder posibilitar el ascenso, así como los límites temporales dentro de los cuales han de estar comprendidos los aludidos períodos (6 u 8 meses) los fija el Estatuto «si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo», lo que significa que en esta materia la ley da preferencia al convenio sobre lo legalmente dispuesto». Por el contrario, «sí constituye regulación legal mínima (...) la posibilidad que, a continuación de lo que acabamos de señalar, confiere el tan repetido artículo 39.4 ET en el sentido de que, si concurre el aludido tiempo de desempeño de las funciones superiores, pueda el interesado pedir "en todo caso" la cobertura de la vacante» (FJ 2). La citada STS (Social, Sección 1.ª) de 1 octubre 2008 reafirma también que el «artículo 39.4 ET, cuando contempla el supuesto concreto de ascenso derivado de movilidad funcional admite la posibilidad de que el convenio pueda establecer períodos de trabajo superiores a los allí establecidos para que el trabajador pueda solicitar el ascenso».

(98) Entre otras muchas, SSTSJ de Cantabria de 24 de noviembre de 2000 (recurso 502/1999), IL J 2646 y TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2000 (recurso 1302/1999), IL J 3015.

(99) La justificación legalmente exigida resulta inapreciable, como botón de muestra, en la STSJ de Extremadura de 28 de octubre de 2008 (recurso 357/2008), IL J 1597, declarando la nulidad de la resolución administrativa de la Dirección Técnica de la Confederación Hidrográfica del Guadiana. Resolución que adscribe un trabajador perteneciente al Grupo Profesional 3 a un puesto propio del Grupo Profesional 5 en la presa «Azud de Rueca». Por el contrario, la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2007 (recurso 2362/2006), IL J 1444, estima la concurrencia de dicha justificación y deniega la pretensión del trabajador de asignación de funciones de su categoría, Instalador oficial de 2.ª, en lugar de las inferiores de repartidor de bombonas o botellas de gas que viene desempeñando. Considera la Sala que la solicitud empresarial al Servicio Público de Empleo de personal repartidor, así como el escasísimo número de instalaciones de gas que realiza la empresa, claramente insuficientes para una asignación permanente de éstas al trabajador, justifican la decisión empresarial.

(100) STSJ de Baleares de 30 de marzo de 2001 (recurso 121/2001), IL J 879.

diferencias salariales, en su caso, acumulable, dada la naturaleza salarial de aquéllas, a la petición de indemnización por extinción del contrato *ex* artículo 50 ET [STS de 16 de enero de 2009 (recurso u.d. 251/2008), IL J 2].

C) Movilidad funcional extraordinaria

El artículo 39.5 ET establece el régimen jurídico de supuestos distintos a lo anteriormente regulado, del «cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo». Por exclusión, este supuesto parece quedar limitado a una movilidad permanente fuera del grupo profesional del trabajador o de categoría equivalente a la suya. Y, con toda probabilidad, descendente.

Dicha movilidad «requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en Convenio Colectivo». Prima, pues, la autonomía individual sobre la colectiva. El acuerdo de las partes «dispone de la regulación legal y de la convencional colectiva porque las vuelve innecesarias al anular el supuesto de hecho de su aplicación: el ejercicio unilateral del poder de modificación empresarial»(101). Por otra parte, se desprende de este aserto que el Estatuto de los Trabajadores no necesariamente agota la disciplina jurídica de la movilidad funcional por decisión unilateral del empresario en su artículo 39, sino que, por remisión de éste, prevé un régimen jurídico diferenciado para aquellos supuestos de mayor calado que por exceder los límites de aquél se hacen merecedores del tratamiento de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, régimen jurídico previsto en el artículo 41 ET.

Artículo 41 ET modificado por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 17 de junio de 2010), dentro de sus medidas de «flexibilidad interna negociada»(102). La doctrina habla de flexibilidad «consensuada»(103) que puede ser «negociada» en cuanto reconducida a la negociación colectiva(104), o «consultada» si es fruto de un acuerdo *ad hoc* con la representación de los trabajadores.

---

(101) CASAS BAAMONDE, M.ªE., «Sistemas de clasificación profesional...», p. 437.

(102) Flexibilidad interna negociada promovida por WILTHAGEN, T., TROS, F., «The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets», en *Transfer,* 2004, vol. 10, núm. 2.

(103) MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del ...», pp. 20 y 21.

(104) Fortalecida, frente al Libro Verde, en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio de 2007, que acredita «profundas divergencias de criterio entre las intituciones comunitarias» y «no relega a un segundo plano el papel que los interlocutores sociales y el diálogo social tienen en la búsqueda de soluciones negociadas para conjugar flexibilidad y seguridad en el trabajo». Y en idéntica línea a esta Resolución se sitúa la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», de 27 de junio de 2007, COM (2007), 359 final, no obstante su clara sintonía general con aquel Libro Verde. Comunicación que incluye cuatro itinerarios tipos (Anexo I) en función de los diversos estadios de los Estados miembros si bien sus presupuestos no parecen excluyentes y «todos los itinerarios coinciden en la necesidad de facilitar —procedimental y económicamente— el despido». MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Para una crítica del modelo...», pp. 32 y 35. «Para una crítica del modelo de "flexiseguridad" liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social. Segunda parte», pp. 10, 14 y 15.

Modificación del artículo 41 ET, igualmente apreciable en la tramitación como Ley ordinaria del RD-Ley 10/2010, en la Ley 35/2010, que constituye el único e incidental aspecto en el que la reforma afecta a la movilidad funcional, extraordinaria, del trabajador, siempre y cuando no exista acuerdo de las partes del contrato de trabajo. Cualificada doctrina sintetizó en relación con el RD-Ley los importantes cambios habidos. Cambios materiales, tales como la expresa alusión a la distribución del tiempo de trabajo; procedimentales, como la fijación del período de consultas máximo de quince días improrrogables para toda modificación colectiva, y, en general, de todo tipo. Y, lo que quizás es más importante a nuestros efectos, denunció que tras la reforma las exigencias causales sean o parezcan menores en los artículos 51 y 52.c) que en los artículos 40 y 41 ET, proponiendo la interpretación e integración parlamentaria de la divergencia(105). La Ley 35/2010 ha incidido en este aspecto en el sentido denunciado, modificando claramente los requisitos de justificación de la causa en dichas instituciones, así, por ejemplo, desaparece el calificativo «mínimamente» en la causalidad de las razones organizativas, técnicas y de producción de los artículos 51 y 52.

La Ley 35/2010 ha incidido además, entre otros aspectos, en la modificabilidad de las condiciones establecidas por convenio colectivo estatutario. Así, entre otras propuestas de enmienda(106), es particularmente importante a nuestros efectos la enmienda de modificación núm. 92 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en la tramitación parlamentaria en el Congreso que pretendió abrir la modificación de las condiciones fijadas en convenio colectivo estatutario también a la jornada y funciones del trabajador [imposibilidad reflejada en los apartados a) y f) artículo 41.1 ET] si concurren y se prueba (tal como exige la Ley) la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción(107). Y es lo cierto que la Ley 35/2010 abre la posibilidad de modificar las condiciones de los trabajadores reguladas en estos convenios, también las funcionales del trabajador, sin excepción alguna más allá de excluir de estas materias la jornada del trabajador pero sólo si se trata de un convenio estatutario sectorial.

Reforma al margen, paradójicamente esta movilidad del artículo 39.5 ET, por naturaleza modificación sustancial de condiciones de trabajo y atacable judicialmente vía artículo 138 LPL, no necesariamente conduce a la pérdida del *status* jurídico propio de su anterior

---

(105) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales» en AA.VV. (García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, Directores), *La Reforma Laboral 2010. Aspectos prácticos,* Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 133 y 134.

(106) La enmienda de modificación núm. 36 presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en la tramitación parlamentaria en el Congreso pretendió —sin prosperar—, entre otros propósitos, introducir el término flexible en relación con el horario en los supuestos de utilización de institución explicando que «se ha demostrado que los horarios flexibles, la distribución irregular del tiempo de trabajo, ayuda a amoldar las necesidades de las empresas a las exigencias del mercado, además de ser una herramienta fundamental para la conciliación de la vida personal y profesional».

(107) Esta importante enmienda se justifica en que «la experiencia pone de manifiesto que son esas dos condiciones (tiempo de trabajo y cambio funcional) las que contribuyen en mayor medida a la viabilidad de la empresa y la conservación de los puestos de trabajo» y en que «la limitación pierde todo su sentido, cuando la modificación se debe alcanzar por acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario o, en su caso, mediante el uso de instrumentos de mediación voluntarios». Enmienda esta última en la que dicho grupo insiste en el senado bajo la enmienda núm. 253 amparada lógicamente en idéntica justificación.

encuadramiento. Estatuto que, atendiendo a las circunstancias normativas, puede incluso consolidar[108].

3. Sobre algunos límites heterónomos a la movilidad funcional del trabajador

En el artículo 39 ET cabe apreciar una serie de límites a la movilidad funcional del trabajador.

En primer lugar, la *pertenencia al grupo profesional o categoría equivalente.* Atendiendo al artículo 39.1 ET, la adscripción del trabajador a un grupo profesional o en su defecto el ámbito de categorías equivalentes determina las prestaciones que el empleador está en facultad de exigirle. En otras palabras, la clasificación profesional del trabajador es un límite al poder de dirección del empresario, poder regulado en el artículo 20.2 ET. Las prestaciones exigidas al trabajador se han de corresponder en principio con las propias de su encuadramiento profesional. La generalidad de la descripción de funciones del trabajador y amplio tracto del contrato de trabajo justifican que el empleador pueda, dentro de sus atribuciones relativas a la clasificación profesional del trabajador, ir concretándolas a lo largo de su vida laboral. Facultad que se sustenta en el artículo 5.c) ET, que enumera como deber del trabajador «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas», y en el artículo 20.1 ET, al afirmar que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue».

La pertenencia al grupo profesional o a categoría equivalente, contemplada en el artículo 39.1 ET, demanda, como hemos visto, para ser desbordada la causalidad de la decisión empresarial, amén de la limitación temporal pareja a dicha causalidad. Limitación profesional apreciable igualmente en el ámbito de las excedencias laborales para el cuidado de un hijo o familiar, a partir del segundo año (artículo 46.3 ET), y con alguna matización en la excedencia voluntaria (artículo 45.5 ET)[109].

Conviene tener presente, no obstante, que la realización de funciones no correspondientes a la clasificación profesional del trabajador no implica necesariamente que estas funciones se encuadren en una categoría distinta ni, por consiguiente, que sea inexigible

---

(108) La SSTS de 17 y 20 de abril de 2004 (recursos u.d. 5602 y 3549/2003), IL J 493 y 401, conocen así del traslado de trabajadores del sector químico que prestaban sus servicios en una máquina trenzadora, puesto encuadrado en el grupo GP-3, a un puesto de trabajo en la sección de encarretadores y tubería interior, encuadrado en el grupo GP-2, peor valorado. El trabajador reclama la consolidación del grupo GP-3 y la Sala estima la pretensión considerando el cumplimiento de los distintos requisitos de tiempo de desempeño del puesto correspondiente a este último grupo, requisitos regulados en el Acuerdo y entre los que al entender del Tribunal no se encontraba el ocupar dicho puesto en el momento de firma del citado Acuerdo.

(109) Precepto que reconoce al trabajador un derecho preferente al reingreso en vacante de igual o similar categoría a la previamente asignada. Derecho cuya satisfacción se alcanza respetando los límites profesionales de la movilidad funcional apreciados en el artículo 39.1 ET y reconducidos por el Tribunal Supremo al encuadramiento profesional del trabajador con especial atención a su grupo profesional y a su titulación. Respetado dicho límite, asignado al trabajador un puesto correspondiente a encuadramiento profesional parejo al originario y a la pertinente titulación atendiendo, en su caso, al convenio colectivo de aplicación, no es necesario que sus nuevas funciones guarden correspondencia con las anteriores. Doctrina apreciable en la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006 (recurso 6169/2005), IL J 347.

su realización al trabajador (STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2001, IL J 694, recurso 5744/2000).

En segundo lugar, la *exigencia de las titulaciones académicas o profesionales precisas.* Límite establecido en el artículo 39.1 ET y que incluye por analogía los permisos o licencias exigidos por la legislación para desempeñar una función. La exigencia de titulación limita en cierta medida el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1 CE). De ahí que este límite admita matices y modulaciones, siendo particularmente relevante la distinta consideración legal en función de si la titulación se demanda por la legislación estatal o por convenio colectivo.

Tiene distinta consideración que la titulación se demande por legislación estatal o por convenio colectivo

Si es la legislación estatal la que exige una determinada titulación, dicha necesidad responde al fin público de garantizar la capacitación técnica precisa para el desarrollo de determinadas funciones. Se trata de un requisito de orden público, pudiendo su incumplimiento alcanzar el grado de ilícito penal, intrusismo, tipificado en el artículo 403 CP. En consecuencia si el trabajador presta servicios superiores sin ostentar la misma no tiene derecho ni a la clasificación correspondiente a sus funciones reales ni a percibir el salario correspondiente. Sin embargo, si la exigencia de titulación nace en la negociación colectiva el trabajador que no tenga la titulación requerida tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones realmente realizadas pero no al cambio de clasificación profesional. La exigencia de titulación no responde, en este último caso, a un fin público sino que constituye un «designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado»[(110)].

Exigencia de titulación respetuosa con el principio de igualdad pues son situaciones desiguales que son tratadas de forma distinta. La mayor remuneración de ciertas funciones correspondientes a una clasificación que exige la ostentación de la titulación se fundamenta en

(110) *Vid.,* entre otras muchas, SSTS de 20 de enero, 21 de febrero y 25 de marzo de 1994, y, más recientes, SSTS de 8 de febrero de 2000, 21 de junio de 2000, 24 de julio de 2000, 15 de noviembre de 2000, 4 de junio de 2001 y 25 de junio de 2002. Las SSTS (u.d.) de 8 de febrero, 18 de marzo, 29 de abril, y 23 de mayo de 2003 (recursos 2420, 2147, 4076 y 4318/2002), IILL J 334, 483, 261, 1067, reiteran esta línea sobre una situación frecuente en la práctica, la prestación de funciones de Maestro-Educador por trabajadores que tienen reconocida la categoría inferior de Educador. Línea consolidada en la STS (u.d.) de 3 de noviembre de 2005 (recurso u.d. 1516/2003), IL J 2095, que conoce, desestimando, la reclamación de cantidad de un especialista puericultor que ha realizado funciones de educador —idéntico supuesto al inadmitido en las SSTS (u.d.) de 21 y 22 de noviembre de 2005 (recursos 4555 y 4553/2004), IL J 2249 y 2145 por falta del requisito de la identidad en las sentencias contrastadas—. Ejemplos de esta exigencia convencional lo constituyen, entre otros muchos, la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2008 (recurso 7947/2007), IL J 1822, que conoce del recurso de suplicación interpuesto por dos trabajadoras de TVE, S.A. que, a resultas de la entrada en vigor del XVII Convenio colectivo de empresa, son clasificadas como documentalistas reclamando sin embargo el reconocimiento de la categoría de Técnico de Archivo y Documentación y consiguientes diferencias salariales; y la STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2008 (recurso 2854/2008), IL J 1797, al conocer de una reclamación de diferencias salariales más interés por mora de un trabajador de la Sección de Ocio y Cultura de la empresa Periodista Digital, S.L. que trabajando como auxiliar administrativo ejerce desde el inicio de la prestación de servicios las funciones propias de Redactor.

un motivo objetivo, la superior jerarquía laboral o importancia de las funciones asignadas, y en un motivo subjetivo, la necesidad de un mayor período formativo para acceder al título habilitante(111).

En todo caso, la titulación es un requisito necesario pero no suficiente para alcanzar una determinada clasificación profesional. Mención especial merece, en este sentido, en el ámbito de la Administración Pública, el principio constitucional de mérito y capacidad. El mero hecho de la posesión del título exigido para la prestación de un servicio laboral no legitima la obtención de la clasificación profesional correspondiente y ocupación de los puestos pues ello supondría conculcar los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir este acceso(112). Principios constitucionalmente consagrados y, por ende, reiteradamente reflejados en la Ley 7/2007, reguladora del Estatuto del Empleado Público.

En tercer lugar, *la dignidad del trabajador.* Límite apreciable en el artículo 39.3 ET, que reitera lo dispuesto en el artículo 4.2.e) ET, se lesiona desde luego cuando se ignoran sus derechos fundamentales, tales como la libertad sindical. Quizás por ello resulta habitual su vulneración cuando las decisiones sobre movilidad funcional afectan a representantes de los trabajadores(113), en particular sindicales. También se conculca la dignidad del trabajador cuando se cuestiona su profesionalidad injustificadamente.

Por último, los *intereses profesionales de los trabajadores.* Según hemos visto, la normativa establece que el trabajador movilizado verticalmente tendrá derecho cuanto menos a una indemnidad retributiva, bien a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice si la movilidad fuera ascendente. Junto a ello, el artículo 39.3 ET hace referencia a otros derechos profesionales del trabajador con la expresión «sin perjuicio de su formación y promoción profesional» o apostillando que «no cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional». Se respetan así los artículos 35.1 y 40.2 CE. Dado que el límite de la movilidad funcional se identifica en la legislación estatal con el grupo profesional del trabajador, es importante tener presente la STSJ de Galicia de 28 de marzo de 1996 (AS 1852), que considera perjudicial para la formación y promoción profesional del trabajador, y por lo tanto no lo permite, la asignación permanente al trabajador de un puesto de trabajo correspondiente al mismo grupo profesional pero con funciones inferiores no equivalentes a las correspondientes a su concreto encuadramiento.

IV. INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN TORNO AL PROCESO EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Esta modalidad procesal se regula en el artículo 137 LPL. En virtud de los artículos 9.5 LOPJ y 2 LPL, y en línea con la jurisprudencia y doctrina advertidas, el Orden Social de la jurisdicción será competente en esta materia incluso en el supuesto de que la decisión

(111) STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de noviembre de 2003, IL J 2638.

(112) STSJ de Extremadura de 19 de enero de 2001 (recurso 7/2001), IL J 140.

(113) Supuesto de la STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2001 (recurso 345/2001), IL J 2542.

contra la que se reclame por el trabajador sea una resolución de una Administración Pública[114].

1. Objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional: deslinde

La modalidad procesal especial de clasificación profesional no admite recurso de suplicación. Sin embargo, esta materia puede acceder a las Salas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia a través de otras modalidades procesales sí adecuadas, por ejemplo, a través del proceso ordinario[115].

Delimitar la pretensión y compararla con el objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional es, en consecuencia, determinante a los efectos de elección de la vía procesal a seguir y consiguiente posibilidad de recurso. Así, transitarán a través de esta modalidad procesal de clasificación profesional las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada clasificación profesional del trabajador, pretensión que parte de la divergencia entre el encuadramiento profesional del trabajador y sus funciones[116]. La normativa procesal y sustantiva —artículo 39.4 ET—, permite acumular —o no— la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción esta principal frente a la reclamación salarial, que debe considerarse como subordinada[117].

La reclamación económica aparejada a una movilidad funcional del trabajador es igualmente acumulable a la de extinción y consiguiente indemnización *ex* artículo 50 ET, conceptos salariales e indemnizatorios compatibles[118].

Volviendo a la modalidad de clasificación profesional, la STS de 13 de noviembre de 2003 (recurso 4468/2002), IL J 2088, viene a refrendar esta doctrina advirtiendo la primacía o preponderancia de la acción de clasificación profesional «como presupuesto básico, esencial o condición *sine qua non* de la acción reclamatoria de diferencias salariales ejercitada en función del reconocimiento de la señalada categoría profesional». Es decir, que el ejercicio conjunto de ambas acciones configura a la acción de clasificación profesional como principal y a la otra como derivada «en inevitable posición de dependencia respecto de la primera de ellas, cuya suerte procesal en todos aspectos debe correr», no siendo por consiguiente la sentencia de instancia susceptible de recurso de suplicación. La pretensión por diferencias salariales tiene carácter accesorio, no alternativo o independiente de la pretensión de clasificación profesional, que «al tener carácter principal, determina que no

(114) Entre otras, STJ de Madrid de 24 de octubre de 2001 (recurso 3818), IL J 2586.

(115) Como sucede en la STS de 13 de noviembre de 2006 (recurso u.d. 1600/2005), IL J 1786.

(116) STS de 30 de diciembre de 1998, RJ 456/1999.

(117) STS de 2 de diciembre de 1999, RJ 9685.

(118) En términos de la STS de 16 de enero de 2009 (recurso u.d. 251/2008), IL J 2, «no hay ninguna norma que impida el ejercicio, sucesivo o simultáneo, de la acción resolutoria y de la acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones empresariales en el período en que se mantiene la vigencia del contrato» o la reparación del daño fruto del incumplimiento. No desde luego los artículos 41.3.3.º ET o 138 LPL. Conclusión que sólo aparentemente podría derivarse del artículo 1124 CC pues el efecto extintivo de la resolución contractual pone fin a las obligaciones pero sólo desde el momento de efectos de aquélla pudiéndose reclamar las cuantías correspondientes a períodos previos en que el contrato está vivo.

pueda ser estimada la pretensión accesoria de la misma, es decir, la reclamación de diferencias salariales» no siendo estimada la pretensión principal(119).

La razón de ser del proceso especial de clasificación profesional se aprecia nítidamente en la jurisprudencia de nuestro TS, que, por una parte, advierte parcial y negativamente que cuando lo realmente controvertido es la aplicación de una norma convencional el litigio no es de clasificación profesional(120). Y, por otra, afirma en idéntico sentido que la pretensión de incardinación de un trabajador en una determinada categoría profesional en función de la interpretación del Convenio Colectivo de aplicación ha de encauzarse a través del proceso ordinario, siendo por consiguiente la sentencia de instancia susceptible de suplicación(121).

Positivamente, la modalidad procesal de clasificación profesional será la adecuada cuando la pretensión «se funde en esa discrepancia entre las funciones respectivamente realizadas y la categoría atribuida, con independencia de que esa falta de correspondencia se produzca en la clasificación profesional o en el ulterior desarrollo de la relación laboral»(122) y sin que ello se vea alterado «por la solicitud en la misma demanda de las diferencias salariales correspondientes»(123).

Aunando con claridad ambas perspectivas la jurisprudencia(124) manifiesta que dicha modalidad procesal «debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional, y en su caso de las diferencias salariales propias del desempeño de funciones superiores(125) esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes «los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado», pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos», sean éstos legales o convencionales(126). Caso de seguirse otra modalidad procesal procederá en principio declarar la nulidad de actuaciones.

Es decir, no se seguirá esta modalidad procesal cuando la resolución judicial no «depende o al menos no depende "exclusivamente" de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones "de derecho" y no "de hecho"». Consideraciones que se reproducen en reiterada jurisprudencia que viene a apuntar como vía jurisdiccional adecuada en estos casos la del proceso ordinario, que abre la sentencia de instancia al recurso en suplicación(127).

---

(119) Entre otras muchas, *vid.* STSJ de Baleares de 29 de noviembre de 2001 (recurso 258/2001), IL J 2453.

(120) STS (u.d.) de 12 de junio de 2000 (recurso 50/2000), IL J. 982.

(121) La STS (u.d.) de 2 de diciembre de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002), IL J 2584.

(122) STS (u.d.) de 10 de junio de 2002 (recurso 36/2001), IL J 1373.

(123) SSTS (u.d.) de 30 de mayo y 2 de diciembre de 2002 (recursos 2962/2001 y 1153/2002), IL J 1143 y 2584.

(124) SSTS de 6 de octubre de 2003 (recurso 6/2003), IL J 1481; 18 de marzo de 2005 (recurso u.d. 2256/2004), IL J 424; 2 de febrero de 2009 (recurso u.d. 278/2002), IL J 92, entre otras muchas.

(125) STS de 10 de octubre de 2007 (recurso u.d. 1075/2006), IL J 1903, entre otras muchas.

(126) Entre otras posibilidades, es adecuada esta modalidad cuando lo «único relevante para la resolución judicial son las tareas desempeñadas por el actor, no la interpretación de normativa convencional alguna» [FJ 3, STS de 7 de junio de 2007 (recurso u.d. 784/2006), IL J 1150].

(127) SSTS (4.ª) de 27 de enero de 2004 (recurso u.d. 1903/2003), IL J 185; 29 de junio de 2004 (recurso u.d. 5017/2003), IL J 647; 9 y 28 de septiembre de 2004 (recursos u.d. 3802/2003 y 3631/2003), IL J 1195 y J 1488; de

Trasladando la anterior doctrina al supuesto típico de una prestación de servicios sometida a una sucesión normativa, convencional, en materia de clasificación profesional, cuando «la causa de pedir no tiene que ver con la sucesión de convenios colectivos de aplicación a la relación individual de trabajo del actor», sino que la cuestión litigiosa se resuelve partiendo de los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado, no en base a consideraciones de derecho, «es un pleito puro de clasificación profesional»(128). Así, si los trabajadores alegan realizar bajo la vigencia del convenio de procedencia funciones que se corresponden con un nivel retributivo superior al que tenían asignado y que, continuando en idénticas funciones, pretenden que se les reconozca en el convenio de destino el nivel correspondiente a las funciones que siempre han llevado a cabo, el TS entiende en su Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (recurso u.d. 2205/2005), IL J 1728, que el cauce a seguir es el de la modalidad procesal de clasificación profesional.

Existe un importante acopio jurisprudencial sobre los procesos que pueden versar sobre materia de clasificación profesional

Por el contrario, queda excluida la modalidad procesal de clasificación profesional en «las pretensiones (...) *que* cuestionan el alcance o la aplicación de normas más complejas relativas al proceso de homogeneización, encaje o unificación de categorías a partir del sistemas de clasificación profesional diferentes que regían con anterioridad»(129). La STS (4.ª) de 13 de octubre de 2006 (recurso u.d. 2867/2005), IL J 1691, incluye un extraordinario acopio jurisprudencial sobre los procesos que pueden versar sobre materia de clasificación profesional. Y aclara que cuando la acción ejercitada versa sobre la integración de determinados colectivos de trabajadores en ámbitos con distinta regulación pactada, manteniéndose la actividad de aquellos uniformemen-

---

4 de octubre de 2004 (recurso u.d. 4588/2003), IL J 1826; de 25 de enero de 2005 (recurso u.d. 5515/2003), IL J 53; de 25 de abril de 2005 (recurso u.d. 1295/2004), IL J 913; de 3 de mayo de 2006 (recurso u.d. 1648/2005), IL J 719, y de 26 de septiembre de 2006 (recurso u.d. 4642/2005), IL J 1491. Las SSTS de 18 de enero de 2007 (recurso u.d. 4166/2005), IL J 141 y de 27 de marzo de 2007 (recurso u.d. 4103/2005), IL J 418, entre otras, incluyen también esta labor de síntesis de los posibles cauces procesales sosteniendo que «en los pleitos de encuadramiento profesional, hay que diferenciar dos supuestos distintos a los que corresponden distintas vías procesales. Siguiendo tal diferenciación, la modalidad procesal de clasificación profesional debe utilizarse exclusivamente cuando las reclamaciones de categoría profesional estén fundadas en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado. En cambio, se han de encauzar por la vía del proceso ordinario las reclamaciones en las que la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos, es decir, en consideraciones «de derecho», y no «de hecho»; como ha ocurrido en los frecuentes litigios de los últimos años sobre interpretación de la normativa convencional reguladora de la clasificación, a efectos del encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado». Doctrina también aplicada, si bien sin tan nítida exposición, en la STS de 30 de abril de 2007 (recurso u.d. 296/2005), IL J 473. O viceversa, reconociendo la acción ejercida como de clasificación profesional cuando se sustenta en una mera cuestión fáctica y pronunciándose consecuentemente por la inexistencia de acceso al recurso, caso de la STS de 30 de mayo de 2006 (recurso u.d. 2007/2005), IL J 917.

(128) STS de 18 de enero de 2007 (recurso u.d. 4166/2005), IL J 141.

(129) STS de 5 de julio de 2005 (recurso u.d. 2451/2004), IL J 1249.

te desde la empresa de origen, dicha reclasificación y consiguientes equivalencias —en el caso de autos motivada por la entrada en vigor del Convenio Marco de ENDESA— no se enmarca en el contenido propio de una acción de clasificación profesional. Desborda este contenido por precisar el encuadramiento de la categoría inicial del actor en un nuevo grupo profesional, no el mero incardinamiento de su prestación de servicios en una clasificación profesional objetiva. La modalidad procesal adecuada será entonces la ordinaria(130).

2. Clasificación profesional, proceso ordinario y otras modalidades procesales

La materia clasificación profesional en sentido amplio puede canalizarse, según vemos, a través de una miríada de modalidades procesales, principalmente mediante la propia de clasificación profesional y el proceso ordinario. El Tribunal Supremo considera así que han de conducirse por este proceso ordinario, entre otras, las siguientes pretensiones.

En primer lugar, una pretensión declarativa del derecho del actor a ser adscrito a un determinado nivel retributivo —cuestión no estrictamente profesional— en función de una subrogación empresarial [STS de 25 de noviembre de 2003 (recurso 3933/2002), IL J 2123]. Aplica para ello el Alto Tribunal la doctrina contenida en su Sentencia de 24 de febrero de 1995, dictada en un supuesto similar en el cual la necesidad de la adscripción a un nivel retributivo del trabajador vino determinada por el proceso de transferencia de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, cuya regulación hubo de interpretar. Doctrina que sintetiza afirmando que si la cuestión clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en el fenómeno subrogatorio la modalidad procesal a seguir es la del proceso ordinario.

En segundo lugar, y aplicando igualmente la doctrina general, una pretensión dirigida, sin más efectos directos, a la inscripción y registro en el correspondiente expediente personal del trabajador de circunstancias varias relativas a su prestación de servicios se corresponde con una acción meramente declarativa, susceptible de recurso de suplicación(131).

---

(130) Como añadido botón de muestra, la STS de 24 de mayo de 2005 (recurso u.d. 1570/2004), IL J 1223, dictada en relación con el Ministerio de Defensa, ámbito particularmente litigioso, considera la modalidad procesal ordinaria adecuada para conocer la pretensión sustentada no sobre la base de realización de tareas de contenido diferente a las formalmente atribuidas sino, permaneciendo idénticas las funciones desempeñadas al amparo del anterior Convenio Colectivo, el del Personal Laboral del Ministerio de Defensa, en incluir «su actividad en un grupo profesional distinto del atribuido». Esto es, se cuestiona la incardinación de las antiguas categorías profesionales del Convenio Colectivo específico, en el supuesto la de Técnico Operativo del Grupo Profesional 4, en las propias del Convenio Colectivo Único, en el caso a examen como Técnico de Actividades Técnicas, Mantenimiento y Oficios del Grupo Profesional 4. Condición, la de Técnico de Actividades Técnicas, Mantenimiento y Oficios, del Grupo 4, que ostenta el demandante en los autos correspondientes a la STS de 12 de abril de 2005 (recurso 1739/2004), IL J 911, que conoce de la reclamación de encuadramiento profesional en el grupo profesional 3 motivada por presunto error en la asignación de nueva clasificación profesional en el tránsito desde el Convenio del Ministerio de Defensa al Convenio Colectivo Único. La Sentencia estima, en consonancia con la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal, que siendo la *ratio decidendi* una cuestión de interpretación de preceptos convencionales la modalidad procesal adecuada no es la de clasificación profesional. Por otra parte, estima prescrita la acción por transcurso de un plazo superior al año en su ejercicio tomando para la determinación del *dies a quo* la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado del «Acuerdo sobre el sistema de clasificación profesional del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado».

(131) STSJ del País Vasco de 25 de abril de 2006 (recurso 2887/2005), IL J 1411. Acción que entiende el Tribunal carece de plazo concreto en la regulación legal, interpretando que al encontrarse el trabajador en situación de excedencia voluntaria «cualquier devengo de cómputo en plazo de prescripción tendría un *dies a quo* propio de la reincorporación». En el caso se trataba de un técnico informático de la Delegación del Gobierno del País Vasco. Sentencia interesante

En tercer lugar, doctrina de suplicación[132] señala que la encomienda de funciones inferiores a las propias de la clasificación profesional del trabajador no podrá considerarse modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos sustantivos y procesales, de tramitación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y consiguiente sujeción al plazo de caducidad fijado en él así como en el artículo 59.4 ET, cuando la decisión patronal no haya observado la forma del artículo 41 ET. En estos casos «la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad».

Se encauza igualmente a través del proceso ordinario la determinación de si la reducción de tareas decidida por el empresario constituye ejercicio regular de su poder de dirección o, por el contrario, incurre en un ejercicio arbitrario de dicho poder. Vía que igualmente seguirán las reclamaciones judiciales en materia de ascensos, la reclamación de la cobertura de vacante o la mera reclamación de las diferencias salariales existentes entre las correspondientes al encuadramiento profesional del trabajador y las propias de las funciones realmente realizadas.

Al margen del proceso ordinario conviene reflejar las siguientes precisiones judiciales. En primer lugar, según la doctrina de unificación recordada en STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2003, IL J 2540, en el proceso de despido se puede discutir sobre la cuantía que debe percibir el trabajador en función de su clasificación profesional, sin estar necesariamente a la realmente abonada al mismo. Pero la discusión no puede extenderse a aquellos aspectos o cuestiones incidentales que precisen valorar el mayor o menor derecho del trabajador a la percepción de ciertos complementos o cantidades que nunca ha percibido ni reclamado, o sean propias de calificación profesional hasta ese momento indiscutida y que no surgen diáfanas e indiscutibles de las normas de aplicación al caso. Lo contrario supondría desnaturalizar el proceso, atrayendo a él incidencias menores, que deben ser objeto de adecuado conocimiento en procedimiento separado.

En segundo lugar, la oposición a la movilidad funcional basada en lesión de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador abre el acceso a la modalidad procesal de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales[133].

En tercer lugar, clasificación profesional y percibo de las correspondientes diferencias salariales no son, sin embargo, materias de ejecución de una sentencia que reconoce el derecho al reingreso en el puesto de trabajo tras el disfrute de un período de excedencia si en el proceso correspondiente «nunca se discutió acerca de cuál era la categoría del actor»[134].

---

porque, amén de lo anterior, nos acerca al verdadero alcance del acto de clasificación profesional «que no se limita sólo a la fijación del contenido de esa prestación que configura la clasificación como mecanismo jurídico, sino que se une al mismo otras circunstancias como son la delimitación de la prestación, el tratamiento retributivo específico, el tiempo de prestación, el período de prueba, la cotización, prestaciones y otros derechos de representación colectiva».

(132) STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2003, IL J 2703.

(133) En cierta sintonía con esta solución judicial, autorizada doctrina proponía como clave de la aplicabilidad del precepto legal «reparar en si la asignación de las nuevas funciones permite o no continuar reconociendo, sin dificultad, los rasgos esenciales de la prestación de trabajo pactada». GÁRATE CASTRO, F.J., «La movilidad funcional...», p. 838.

(134) STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de noviembre de 2002 (recurso de suplicación 414/2002), IL J 2698.

Por último, si lo que se impugna es el propio sistema de clasificación profesional la vía adecuada para ello será la de conflicto colectivo.

3. Procedimiento de clasificación profesional

Es obligatorio en esta modalidad procesal de clasificación profesional el intento de conciliación preprocesal o reclamación previa, en su caso. Así como el sometimiento a los restantes trámites contemplados en el convenio colectivo.

El acto determinante de la elección de la modalidad procesal idónea es el de presentación de la demanda. Y para que esta modalidad sea de clasificación profesional la demanda ha de fundarse en el objeto acotado, de suerte que la pretensión que en ella se ejercite condiciona el cauce procesal a seguir, independientemente de la procedencia o improcedencia de la cuestión de fondo y de la denominación que el actor le haya dado(135).

La demanda deberá cumplir los requisitos generales previstos en el artículo 80 LPL e ir acompañada de informe del comité de empresa o, en su caso, de los delegados de personal. Si estos órganos no emiten el informe en un plazo de quince días bastará que el demandante acredite su solicitud (artículo 137.1 LPL). La inobservancia de este requisito conducirá a la nulidad de actuaciones(136).

La acción de clasificación profesional prescribe al año. Así lo reconoce la jurisprudencia y refleja la doctrina de suplicación(137). La acción de clasificación profesional puede ejercitarse, según hemos visto, conjunta o separadamente a la de reclamación económica. De ser su ejercicio separado la interposición de la primera no interrumpe la prescripción de esta última.

El *dies a quo* del plazo coincide con el momento en que pudo ejercitarse la correspondiente acción (artículo 59.2 ET). La STS de 18 de julio de 2008 (recurso 2924/2006), IL J 1060, recuerda la doctrina de la Sala y alega que la naturaleza de tracto único del encuadramiento profesional constituye el fundamento de la aplicación del plazo recogido en el artículo 59.2 ET. Este *dies a quo* coincide con la celebración del contrato de trabajo cuando se impugna la clasificación profesional del trabajador *ab initio*(138) o con el cese en las funciones que sustentan la pretensión en otro caso(139).

Pero la citada STS de 18 de julio de 2008 señala la aplicación de este plazo de prescripción de un año también a las acciones de impugnación de encuadramiento profesional producido por un cambio del Convenio Colectivo aplicable. Supuesto este en que el *dies a quo* viene marcado por la entrada en vigor del convenio colectivo directamente regulador del sistema de clasificación profesional aplicable. Momento en que «la acción pudo ejercitarse» que sin embargo puede corresponderse con la aprobación de decisiones, acuerdos

---

(135) SSTS de 30 de mayo de 2006 (recurso 2207/2006); 13 de octubre de 2006 (recurso u.d. 2867/2005), IL J 1691; 7 de junio de 2007 (recurso u.d. 784/2006), IL J 1150; y 26 de enero de 2009 (recurso u.d. 219/2008), IL J 100.

(136) STSJ de Madrid de 8 de mayo de 1992, AS 2682.

(137) STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005 (recurso 217/2005), IL J 1397, *ad exemplum.*

(138) STS de 28 de mayo de 1999, RJ 4999.

(139) STS de 11 de junio de 1991, RJ 5143.

o convenios más específicos, concreción del Convenio Colectivo de aplicación. Así, dicho pronunciamiento identifica el *dies a quo* en el nuevo encuadramiento profesional *ex* convenio rebatido o, «cuando menos, desde que la comisión técnica de clasificación profesional del grupo "Endesa", en acta de 13 de febrero de 2001, ratificó las tablas de equivalencias»[140].

Siguiendo en esta materia extramuros de la modalidad procesal de clasificación profesional, la citada STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2003, IL J 2703, explica que la encomienda de funciones inferiores a las propias de la clasificación profesional del trabajador no podrá considerarse modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos sustantivos y procesales, de tramitación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y consiguiente sujeción al plazo de caducidad fijado en el mismo así como en el artículo 59.4 ET, cuando la decisión patronal no haya observado la forma del artículo 41 ET. En estos casos «la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad». La STSJ de Baleares, de 3 de junio de 2005 (recurso 217/2005), IL J 1414, ahonda en esta línea y sostiene que de no existir «decisión empresarial modificativa de las condiciones laborales notificada a la trabajadora, el plazo de veinte días hábiles que los artículos 59.4 ET y 138.1 LPL conceden para reaccionar contra ella carece de aplicación. El ejercicio por la trabajadora de la acción para que se la restaure en la integridad de su derecho, por tanto, no queda sometido a otra restricción temporal que el plazo de un año general de prescripción, que contempla el 59 ET» (FJ 2).

Los trabajadores pueden acceder al recurso con independencia de la parte principal

En cuanto a la tramitación, se sigue en términos generales el *iter* procedimental ordinario si bien en «la resolución por la que se admita la demanda, se recabará informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados y circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor y deberá emitirse en el plazo de quince días» (artículo 137.2 LPL).

Los trabajadores ostentan obviamente la condición de parte. Condición que igualmente ostentan, *sui generis,* por no poder desistir ni solicitar la suspensión del proceso, si bien no son meros coadyuvantes, cuando el proceso sobre esta materia se inicia de oficio *ex* artículo

(140) Sucede igualmente en las SSTS de 12 de abril de 2005 (recurso 1739/2004), IL J 911 y 20 de febrero de 2008 (recurso 116/2007), IL J 42 y TSJ de Canarias de 2 de junio de 2006 (recurso 1499/2003), IL J 1756, fijando como fecha inicial del cómputo objeto de comentario no la de entrada en vigor del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral sino la de publicación en el BOE de un posterior acuerdo colectivo complementario en la materia, el «Acuerdo sobre el sistema de clasificación profesional del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado».

149 LPL. Ello es así por verse afectados sus derechos en el seno de la relación jurídico-laboral. Pueden, entre otras facultades, acceder al recurso con independencia de la parte principal(141).

En aplicación de las reglas sobre distribución de la carga probatoria es necesario que el actor «especifique y acredite qué tareas concretas realizó durante el período reclamado que excedieran de las de la categoría reconocida y que pudieran subsumirse dentro de la pretendida»(142). Sabido es, por otra parte, que caso de alegarse vulneración de derechos fundamentales, corresponde a éste probar la existencia de indicios de que la movilidad funcional se produjo por causa de una actuación empresarial contraria a un derecho fundamental, y a la empresa que su decisión se basaba en causas reales, serias y suficientes para destruir esta apariencia(143).

4. Sentencia e irrecurribilidad

La sentencia dictada en un proceso de clasificación profesional deberá cumplir los requisitos generales de estas resoluciones y, si es condenatoria, producirá efectos desde la fecha en que el trabajador reclamó el encuadramiento profesional judicialmente reconocido. La sentencia es, según se ha señalado, irrecurrible (artículo 137.3 LPL), predicamento extensible a la acción accesoria acumulada de diferencias salariales.

La STSJ de Murcia de 26 de noviembre de 2001 (recurso 987/2001), IL J 2679, ordenó la jurisprudencia sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en esta materia deduciendo los siguientes criterios, completados con el pertinente análisis jurisprudencial:

1. La previsión de la LPL que descarta el recurso de suplicación frente a sentencias o autos dictados en los procesos de clasificación profesional es perfectamente lícita.
2. El pleito ulterior en el que se pretende que se fije una determinada fecha de efectos de la clasificación misma está indisolublemente ligado al de clasificación profesional y lo complementa quedando vinculado por idéntica regla de irrecurribilidad.
3. También han de considerarse vinculados e inseparables y en consecuencia irrecurribles los casos en que al proceso de clasificación profesional se acumula la reclamación de diferencias salariales, con independencia de su cuantía.

   Las SSTS (u.d.) de 1 y 14 de febrero de 2000 (recursos 93/2000 y 1268/2000), IL J 206 y 228, 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

(141) STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2008 (recurso 19/2008), IL J 204.

(142) STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2000, IL J 1539.

(143) STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2001 (recurso 345/2001), IL J 2542.

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 observar 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 (u.d.) de 28 de octubre de 2002 (recurso 621/2002), IL J 2010].

4. Sólo habrá acceso al recurso cuando se pretenda el mero reconocimiento de diferencias retributivas al amparo del artículo 39.4 ET aplicándose las reglas del ordinario, se reclama salario y no una determinada categoría profesional.
5. La existencia de una «afectación masiva» o general desde la óptica subjetiva no abre las puertas de la suplicación frente a las sentencias dictadas en esta materia. La doctrina de la Sala Cuarta del TS sobre este criterio (entre otras, Sentencia de 24 de febrero de 1994, RJ 1514) se sintetizó por la STSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 2001 (recurso de queja 7/2001), IL J 2687. La reciente reformulación de la doctrina sobre la «afectación general» que, básicamente, la conceptúa como una cuestión de derecho y no de hecho, no parece que en principio pueda tener efectos sobre esta consideración.

A lo anterior añadir, al menos, que tampoco es recurrible en suplicación el auto dictado en la fase de ejecución (STS de 9 de febrero de 1996, RJ 1009).

Sin embargo, la regla general de recurribilidad de las sentencias y la supresión de la referencia a la cuantía en la redacción del artículo 189.1.d) LPL indican que sí será posible el recurso de suplicación en procesos que versen sobre esta materia, como en cualquier otro, cuando tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación obligatoria previa, a excepción hecha de los Autos[144].

Admitido el recurso de suplicación en los casos en que éste no proceda el órgano judicial incurre en incompetencia funcional y procederá declarar la nulidad de actuaciones desde la publicación de la sentencia de instancia, sentencia de instancia cuya firmeza se declarará expresamente[145].

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La «flexibilidad» laboral impregna desde hace tiempo el régimen jurídico de la clasificación profesional del trabajador, protagonista de nuestro sistema de relaciones laborales, y de su movilidad funcional, en sí misma manifestación de flexibilidad interna. Clasificación profesional cuya trascendencia se aprecia en la conflictividad extrajudicial y judicial de la institución. Conflictividad que abarca incluso sus aspectos procesales, tales como el plazo de prescripción de la acción y, sobre todo, las dificultades de deslindar cuándo ha de seguirse la modalidad procesal específica, centrada en atender «los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado», frente a otras varias que pueden conocer aspectos

(144) STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2002 (recurso 135/2002), IL J 1866.

(145) STS (u.d.) de 29 de octubre de 2001 (recurso 444/2001), IL J 2365.

de esta materia. La modalidad procesal seguida condiciona además la competencia funcional, la posibilidad de recurrir en suplicación.

La ductilidad del ordenamiento se orienta, eso sí, a la satisfacción del interés empresarial, no obstante la voluntad del legislador de garantizar la objetividad y, en particular, sus desvelos motivados por la intención de arrinconar la discriminación por razón de sexo. Cuestión en la que nuevamente incide la reforma del año 2010, relegando una vez más otras importantes circunstancias de sospecha.

Esta sostenida tendencia flexibilizadora de nuestro sistema de relaciones laborales, de la movilidad funcional —cuyo régimen jurídico resulta aplicable igualmente al personal laboral de las Administraciones Públicas, si bien con matices y frenos varios—, se hizo particularmente intensa con la reforma laboral del año 1994. La Ley 11/1994 fue sin duda la principal causante de que el propio entramado conceptual de la clasificación profesional, que no necesariamente presenta una correspondencia retributiva, ampliara sus horizontes evolucionando hacia la aceptación del grupo profesional como criterio nuclear. Evolución que presenta consecuencias importantísimas, al ampliar el margen del *ius variandi* empresarial. Criterio del grupo profesional que aún precisa de fortalecimiento para ciertos ámbitos de nuestro arco parlamentario, demandándose en la tramitación de la Ley 35/2010 prescindir de las categorías profesionales y de la noción de categorías equivalentes. Se aprecia en todo caso en este ámbito una *doble flexibilidad, conceptual y decisoria.*

Lógicamente, esta mayor susceptibilidad del trabajador a los cambios funcionales ha de tener, cuanto menos, constante y fiel reflejo documental a disposición del trabajador, dada la llamada de nuestro artículo 2.2.d) del RD 1659/1998 al contenido «específico» del trabajo. Llamada que sirve a nuestro modo de ver para defender la conveniencia de un «historial funcional» del trabajador, de la aplicación de las nuevas tecnologías también a favor del trabajador, facilitando su carga probatoria.

Los vientos que desde hace ya algún tiempo soplan desde Bruselas parecen favorecer el tránsito desde esta flexibilidad hacia el concepto de flexiseguridad, que ha dado quizás ya sus primeros pero firmes pasos. Flexiseguridad que, frente al claro retroceso de las medidas de conflicto colectivo, acaso atemperado por el contexto socioeconómico, parece una nueva máxima europea. Si me permiten la expresión: *Alii bella gerant. Tu, felix Europa, flexifirma te.* En ambos conceptos el protagonismo de la movilidad funcional del trabajador es incuestionable, si bien en un entorno distinto, favorecedor en el origen de la flexiseguridad de un tránsito desde la seguridad en el trabajo a la seguridad en el mercado. Tránsito que asume la perniciosa consecuencia de laboralizar, en clave de nebulosa «formación», entre otras, la vida personal y familiar del individuo, desdibujando los límites de la autonomía privada. Flexiseguridad que puede conceptualmente erigirse como una flexibilidad propiamente bidireccional o, desdibujada, devenir en una expresión eufemística. Que puede, en definitiva, ser estímulo, límite o pátina del uso empresarial de ciertas instituciones iuslaborales.

El Real Decreto-Ley 10/2010 ignora en términos generales la institución de la movilidad funcional, no desde luego la flexibilidad interna. Olvido acaso motivado porque, sin llegar a ser esta materia contenido necesario del convenio colectivo estatutario, el paradigma de la flexibilidad funcional negociada —flexibilidad colectiva «consensuada» como también lo es la «flexibilidad consultada»— encuentra ya fiel reflejo en el protagonismo de la negociación colectiva en el régimen jurídico de esta institución. En concreto, en nuestro

ordenamiento, de la negociación colectiva estatutaria, en particular, *ex* artículo 84 ET, sectorial y de ámbito superior. En efecto, el artículo 39 ET presenta un carácter de derecho necesario relativo, derecho supletorio en alguno de sus apartados, que otorga a la misma un amplísimo margen de maniobra.

Negociación colectiva que se ha venido nutriendo de las ordenanzas laborales y que ha hecho un destacado uso de las cláusulas de movilidad funcional como cláusulas de empleo. Pero que, no obstante su riqueza de matices, presenta también en ocasiones solapamientos y vacíos de atribución de funciones y genera una importante problemática derivada de la sucesión convencional. Y que, más concretamente, no siempre afronta con solvencia, en conexión con la legislación estatal, las dificultades del encuadramiento profesional derivadas, por ejemplo, de la falta de correspondencia expresa de las funciones asignadas al trabajador con concepto alguno de los contemplados en el sistema de clasificación profesional, del encadenamiento de contratos temporales fraudulentos o de su polivalencia funcional, partiendo en este último caso de la inclinación legal por el criterio de la prevalencia frente al de la preeminencia.

La Ley 35/2010 permite modificar las condiciones funcionales de los trabajadores reguladas en convenio colectivo estatutario

La reforma de 2010 sólo repercute en el régimen jurídico de la movilidad funcional vía indirecta, al alterar la regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecida en el artículo 41 ET, precepto de referencia a efectos de la movilidad funcional extraordinaria. Movilidad extraordinaria en la que no obstante predomina la autonomía individual sobre la colectiva y ésta sobre la aplicación de dicho precepto estatutario. Es de destacar al respecto que, superando el RD-Ley 10/2010, la Ley 35/2010 abre la posibilidad de modificar las condiciones de los trabajadores reguladas en convenio colectivo estatutario a las condiciones funcionales del trabajador. Y sólo mantiene vigente la excepción consistente en no permitir la modificación de la regulación en convenio colectivo estatutario de la jornada si se trata de un convenio estatutario sectorial.

Pero, más allá de esta movilidad extraordinaria, el artículo 39 ET contempla otras clases de movilidad funcional, incólumes ante la reforma. Artículo 39 que, como es natural, no agota el régimen jurídico de esta institución pues, entre otras discutidas cuestiones, no contempla un régimen jurídico específico, autónomo, de la denominada movilidad parcial. Movilidad parcial cuya solución precisa considerar la disociación que nuestro TS realiza en relación con los lapsos temporales de referencia de las dos garantías, salarial y de cobertura de la vacante, presentes en el precepto estatutario, estribando acaso la dificultad de encararla en el ámbito probatorio.

Entre otras ideas, conviene tener presente sobre la movilidad vertical ascendente que las funciones efectivamente realizadas han de ser,

en los términos expuestos, superiores y distintas a las propias del encuadramiento del trabajador y constituir desempeño funcional predominante, no coyuntural ni marginal, si bien no necesariamente exclusivo. También conviene tener presente la dificultad de pronunciarse sobre si, en el excepcional caso de que las retribuciones de la clasificación superior sean inferiores a las propias del encuadramiento del trabajador, la garantía salarial opera como una garantía de indemnidad retributiva. A nuestro entender, esta garantía salarial se proyecta cualitativamente, aplicando en lo posible la estructura salarial de «destino», y cuantitativamente, sobre la entidad salarial. Y no demanda una concreta extensión temporal ni el ejercicio regular del poder de dirección. Se retribuirá al trabajador por las funciones superiores por el tiempo que se presten en los términos vistos y jornada en que se materialicen. Por lo demás, la legislación no parece acotar en realidad el tiempo de la movilidad vertical ascendente —lo que no impide a la negociación colectiva asumir tal tarea— sino un arco temporal que opera como obligado pistoletazo de salida para la puesta en funcionamiento de la garantía consistente en la provisión ajustada a derecho del puesto de trabajo correspondiente a esas funciones, no como *dies ad quem* del plazo en que el trabajador puede venir desempeñando éstas hasta su cobertura.

La no inclusión directa de la clasificación profesional y movilidad funcional en la reforma del año 2010 puede en fin deberse a que resulta más difícil dar pasos atrás, pasos en favor de los trabajadores, en este nuevo entorno socioeconómico. Porque, en definitiva, el actual régimen jurídico de nuestra movilidad funcional encaja suficientemente en el atisbado nuevo rompecabezas flexiseguro de la legislación estatal. Estructura que precisa una mayor definición de la formación en relación con esta movilidad, denunciándose en el *iter* parlamentario de la Ley 35/2010 a estos efectos la falta de concreción del papel del nuevo fondo de capitalización.

COMENTARIO A LA LEY 32/2010, DE 5 DE AGOSTO, POR LA QUE SE ESTABLECE UN SISTEMA ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Cristina Aragón Gómez

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

RESUMEN

Comentario a la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos

La Ley 32/2010, cuya entrada en vigor se ha producido el pasado 6 de noviembre, ha creado un sistema específico de protección para los trabajadores autónomos que, por causas ajenas a su voluntad, se hayan visto en la necesidad de interrumpir o de cesar en su actividad productiva. Se da respuesta con ello a una justa e histórica reclamación de los profesionales por cuenta propia por la que reivindicaban un abanico de prestaciones equiparable al previsto para los trabajadores asalariados. El objeto del presente trabajo no es otro que analizar el contenido de dicha regulación: la delimitación del hecho causante de esta nueva prestación, su ámbito subjetivo, los requisitos exigidos para lucrarla, su sistema de financiación y el alcance de la protección del sistema.

ABSTRACT

Analysis of the Law 32/2010, August 5th, which settles down a specific protection system for the end of the self-employed peoples' activity

The Law 32/2010, whose coming into effect took place on November 6th, has established a specific protection system for the self-employed people that, for reasons beyond their control, have been forced to cease their productive activity. It gives an answer to a fair and historical claim of the self-employed professionals for which they demanded a set of benefits comparable to those planned for salaried workers. The aim of the present work is not other than to analyze the content of this regulation: the delimitation of the causing fact of this new benefit, their subjective environment, the requirements to obtain it, the financing system and the range of the protection of the system.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.

II. DELIMITACIÓN DEL HECHO CAUSANTE DE LA PRESTACIÓN: LA SITUACIÓN LEGAL DE CESE DE ACTIVIDAD

1. Elementos que integran el hecho causante de la prestación.

A) Capacidad de trabajo.
B) Voluntad de trabajo.
C) Pérdida de la renta con motivo del cese de actividad.

2. Causas determinantes del cese de actividad.

A) Concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
B) Fuerza mayor determinante del cese de actividad.
C) Pérdida de la licencia administrativa.
D) Violencia de género.
E) Separación o divorcio.
F) Resolución involuntaria del contrato entre el cliente principal y el autónomo económicamente dependiente.

III. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CESE DE ACTIVIDAD

1. Beneficiarios.
2. Requisitos de acceso a la prestación.

A) Estar afiliado y en alta en el sistema.
B) Tener cubiertas las contingencias profesionales.
C) Acreditar un período mínimo de cotización de un año.
D) Encontrarse en situación legal de cese de actividad.
E) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación.
F) Hallarse al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social.
G) Requisitos adicionales para autónomos con trabajadores a su cargo.
H) Requisito adicional en caso de reconocimiento de una nueva prestación.

3. Financiación y gestión de la prestación por cese de actividad.
4. La intensidad de la acción protectora.

A) Duración de la prestación.
B) La cuantía del subsidio.

5. Solicitud y nacimiento de la prestación.
6. Suspensión y extinción del derecho al subsidio.
7. Infracciones y sanciones administrativas.
8. Régimen de incompatibilidades.
9. Cese de actividad, incapacidad temporal, maternidad y paternidad.
10. Jurisdicción competente.

IV. LA PRESTACIÓN ADICIONAL.

V. PRESTACIÓN ECONÓMICA DE CARÁCTER NO CONTRIBUTIVO.

VI. CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL RÉGIMEN GENERAL Y LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS PROFESIONALES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (BOE de 6 de agosto de 2010, n.º 190), que ha entrado en vigor el día 6 de noviembre de 2010, a los tres meses de su publicación en el BOE, tal y como prevé la DF 7.ª de la Ley.

Hasta la aprobación de esta importante reforma legislativa, los profesionales por cuenta propia se encontraban desprotegidos frente a la necesidad de interrumpir su actividad o de cerrar su negocio por causas ajenas a su voluntad. De hecho, es ésta una tónica en toda Europa, pues son muy pocos los países que protegen al profesional por cuenta propia ante la pérdida de los ingresos derivados de su actividad económica[(1)]. En la práctica, la situación de necesidad en la que se encontraban los profesionales autónomos ante la inviabilidad de su negocio venía siendo atendida por la iniciativa privada, a través de seguros de protección de pagos, seguros frente a la posible retirada del carné de conducir, etc.

La identidad en el nivel de protección puede constituir algo deseable pero no constituye un imperativo constitucional

Mientras los trabajadores por cuenta ajena sí estaban cubiertos frente al riesgo de perder su empleo (Título III LGSS), los profesionales autónomos o por cuenta propia se encontraban en una clara situación de desprotección, sin que esta diferencia de trato fuese considerada contraria al principio de igualdad. En palabras del propio Tribunal Constitucional, «la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo constitucional» (SSTC 103/1984, 27/1988, 184/1993, 377/1993).

No obstante, es cierto que, con anterioridad a la reforma, se apreciaba un supuesto en el que el trabajador autónomo que cesaba en su actividad sí encontraba la protección del sistema. Se trataba (se trata) de la situación excepcional prevista en el artículo 212.1.d) LGSS, de conformidad con el cual el derecho a la prestación por desempleo se suspende mientras el titular del derecho realiza un trabajo por cuenta propia de duración no inferior a 24 meses. Al tratarse de una causa de suspensión —y no de extinción—, el derecho a la prestación se reanuda una vez finalizada dicha causa. De esta manera, tras el cese de actividad, el profesional autónomo puede reabrir el derecho a la prestación no enteramente consumida por desempleo que venía disfru-

(1) Únicamente lo hacen Dinamarca, Eslovenia, Hungría, Islandia, Luxemburgo, Noruega, República Checa, Finlandia y Rumanía. Ver tablas MISSOC: *http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/db/public/compareTables.do.*

tando con anterioridad (STS de 18 de marzo de 1998, recurso 2381/1997). Pero, como es obvio, esta protección es claramente insuficiente, pues sólo se tiene derecho a ella cuando se ha trabajado con anterioridad por cuenta ajena y siempre y cuando el posterior ejercicio profesional no se haya prolongado por un período superior a 24 meses, pues, en caso contrario, se pierde definitivamente el derecho a la prestación por desempleo en virtud del artículo 213.1.d) LGSS.

Partiendo de lo expuesto, devenía necesaria la aprobación de una norma que protegiera al profesional autónomo o por cuenta propia frente a esta concreta situación de necesidad. A mayor abundamiento, la protección frente al cese de actividad puede suponer un importante impulso al autoempleo. El legislador ha adoptado numerosas medidas para fomentar el ánimo emprendedor: desde la posibilidad de capitalizar en pago único la prestación por desempleo para iniciar una actividad laboral como trabajador por cuenta propia, hasta recibir subvenciones económicas (para facilitar la puesta en marcha del negocio, para reducir los intereses de los préstamos, para financiar cursos de formación relacionados con la gestión empresarial, etc.[(2)]), o disfrutar de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social. No obstante, resultaba necesario completar el sistema, dotando a los autónomos de una red de seguridad para el caso de que el negocio emprendido resultase finalmente inviable; máxime en un contexto de inestabilidad económica que reduce las posibilidades de éxito e incrementa el riesgo de tener que poner fin a la actividad.

Con la DF 6.ª de la Ley 53/2002[(3)], se encomendó al Gobierno la obligación de emitir un informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependían económicamente de uno o varios empresarios, al objeto de estudiar el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas. Con posterioridad, la DA 4.ª de la Ley 20/2007[(4)] (en adelante, LETA) imponía al ejecutivo la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los trabajadores autónomos, siempre y cuando quedaran garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

En cumplimiento de tal mandado legislativo, el Gobierno decidió solicitar, a una comisión de expertos[(5)], un informe sobre la viabilidad financiera de la prestación y su posible régimen jurídico, que fue concluido en diciembre de 2008 y que ha supuesto un pilar fundamental en la aprobación de la Ley objeto de este comentario.

La protección dispensada por el ordenamiento integra, de un lado, una prestación económica que suple los ingresos dejados de percibir como consecuencia del cese de la actividad y, de otro, el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos.

---

(2) Orden TAS 1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo (BOE de 7 de junio de 2007, núm. 136).

(3) Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE de 31 de diciembre de 2003, núm. 313).

(4) Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166).

(5) Coordinada por Fernando Valdés Dal-Ré e integrada por Santiago Cabo Valverde, Francisco Rodríguez Fernández, Salvador del Rey Guanter, Valeriano Gómez Sánchez, Teresa Quílez Félez y Eduardo Muñoz de Baena.

II. DELIMITACIÓN DEL HECHO CAUSANTE DE LA PRESTACIÓN: LA SITUACIÓN LEGAL DE CESE DE ACTIVIDAD

1. Elementos que integran el hecho causante de la prestación

A) Capacidad de trabajo

El primer elemento que integra el hecho causante de la prestación por cese de actividad es la capacidad de trabajo del profesional, pues sólo quien puede ejercer una actividad económica a título lucrativo puede quedar incluido dentro del ámbito subjetivo de protección (artículo 1.1 de la Ley 32/2010). Precisamente por ello, el percibo de la prestación se declara incompatible con la obtención de prestaciones de carácter económico del sistema de Seguridad Social, hasta el punto que el reconocimiento de la condición de pensionista de incapacidad permanente es causa de extinción del derecho a la protección [artículo 11.1.e) de la Ley 32/2010] y que la actualización de la contingencia desencadenante de la incapacidad temporal, la maternidad o la paternidad es causa de su interrupción.

Esta afirmación ha de ser, no obstante, matizada pues la prestación por cese de actividad sólo será incompatible con la pensión de invalidez cuando la capacidad laboral que se vea anulada sea la necesaria para desempeñar dicha actividad profesional.

B) Voluntad de trabajo

El segundo elemento que integra el hecho causante de esta nueva prestación es la voluntad de trabajo, por cuanto la protección se extiende a quienes pueden y quieren ejercer una actividad económica o profesional (artículo 1.1 de la Ley 32/2010). Esta involuntariedad en la inactividad representa uno de los elementos de más difícil justificación en el caso de los trabajadores autónomos y explica, en gran medida, las reticencias del legislador a incluir esta concreta prestación dentro del marco de protección del sistema. Con carácter general, las situaciones de necesidad protegidas por nuestro sistema de Seguridad Social obedecen a un hecho natural independiente de la voluntad del sujeto: una enfermedad, un accidente, una muerte, el cumplimiento de la edad de jubilación, etc. Sin embargo, en el caso del autónomo, el cese de la actividad puede depender de una decisión del propio profesional. A mayor abundamiento, el autónomo puede influir en la suerte de la actividad que ejerce, pues la libertad de gestión de la actividad económica, que constitucionalmente tienen garantizada los trabajadores autónomos, influye en la marcha del negocio o industria, pudiendo instalar a uno, el negocio, o a otra, a la industria, en un estado crítico, de inviabilidad económica, determinante del propio cese[6]. Precisamente por ello, el legislador ha realizado un esfuerzo por delimitar la situación legal de cese de actividad, relacionando las causas determinantes de la situación de necesidad partiendo de un común denominador que es la involuntariedad del propio cese.

Por otro lado, la voluntad de trabajo no sólo ha de darse en el momento del cese, sino también durante todo el período de percepción del subsidio, de ahí que se exija la volun-

(6) Informe de la comisión de expertos sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos, p. 34.

tad del trabajador autónomo de incorporarse de nuevo al mercado de trabajo, y de que se le obligue a suscribir el compromiso de actividad y a acreditar activa disponibilidad para reincorporarse nuevamente a la actividad profesional. En definitiva, es preciso que, de un lado, el cese no haya sido debido a actos imputables al trabajador autónomo (involuntariedad originaria) y que, de otro, el beneficiario muestre una voluntad o disposición para incorporarse de nuevo al mercado de trabajo a lo largo del tiempo que dura la prestación (involuntariedad sucesiva)[7].

C) Pérdida de la renta con motivo del cese de actividad

El tercer elemento que integra esta concreta situación de necesidad es la pérdida de la renta con ocasión de la interrupción o del cese en el ejercicio de una actividad empresarial. De lo anterior se desprende que lo que se asegura con esta prestación es el cese en una actividad lucrativa previamente desempeñada, y no la desocupación considerada en sí misma. Adviértase además que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 32/2010, la situación de necesidad protegida no es el cese en cualquier actividad lucrativa, sino únicamente en aquella que hubiera dado lugar al encuadramiento obligatorio en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (en adelante, RETA), o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (en adelante, RETM).

Por otro lado, el cese de actividad ha de ser total, no admitiéndose —como situación de necesidad protegida por nuestro sistema— la reducción del volumen de actividad empresarial; a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores por cuenta ajena que, como sabemos, sí se encuentran cubiertos frente al riesgo de desempleo parcial, entendiéndose por tal la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo con motivo de un expediente de regulación de empleo (artículo 208.1.3 LGSS). Esta regla presenta, sin embargo, la excepción prevista en la DA 7.ª de la Ley 32/2010 en relación con los trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente pues, en tal caso, se considera en situación legal de cese de actividad al trabajador autónomo que haya cesado en su profesión por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, «con independencia de que acarree o no el cese total de la actividad de la sociedad o forma jurídica en la que estuviera ejerciendo su profesión». Ahora bien, es importante llamar la atención sobre el hecho de que el cese, aun cuando no tenga por qué ser total con respecto a la sociedad en su conjunto, sí que ha de serlo en relación con el profesional individualmente considerado, por cuanto la concurrencia de las contingencias expuestas hace inviable el ejercicio de la profesión.

La exigencia de que el cese sea total se aplica igualmente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, pues de hecho, y de conformidad con el artículo 7.1 de la Ley 32/2010, el autónomo económicamente dependiente que ha visto finalizado su contrato con el cliente principal, no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación. En nuestra opinión, no hubiera resultado complejo articular una prestación por reducción de actividad para este especial colectivo, partiendo de la facilidad de computar ésta a través de los contratos suscritos con los diferentes clientes: de su

(7) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación». *Revista de Derecho Social,* 2009, n.º 45, p. 41.

objeto, la duración máxima de la jornada de actividad y la contraprestación económica asumida por el cliente, en los términos establecidos en el artículo 4 del RD 197/2009[8] por el que se regula la forma y el contenido del contrato entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y sus clientes[9].

Además hemos de tener en cuenta que se protege tanto el cese definitivo como el temporal, pues el legislador expresamente menciona la interrupción de la actividad.

La fecha en que ha de entenderse originada la situación protegida ha de ser aquella en la que ha tenido lugar de modo efectivo el cese de la actividad[10], partiendo de que acontecerá siempre con posterioridad a la concreción fáctica de la causa.

2. Causas determinantes del cese de actividad

El motivo del cese del negocio debe estar expresamente previsto por el legislador como causa determinante de aquel

Ya hemos visto que la situación de necesidad que se protege a través de esta concreta prestación es la pérdida de la renta con motivo del cese en la actividad profesional que se venía desempeñando. Ahora bien, no basta con la interrupción o el cierre del negocio, es necesario que el motivo de dicho acontecimiento esté expresamente previsto por el legislador como causa determinante de la situación legal de cese de actividad. Es el artículo 5 de la Ley 32/2010 el que delimita este importante concepto y su funcionalidad es la de garantizar la involuntariedad del cese; lo que hace a través de dos vías: mediante una delimitación positiva, identificando los motivos que, de provocar la inactividad del autónomo, desencadenan el engranaje protector del sistema; y mediante una delimitación negativa, advirtiendo que, en ningún caso, se considerará situación de cese de actividad la de aquellos que cesen o interrumpan su actividad de forma voluntaria o cuando dicho cese sea más aparente que real, o dicho de otra manera, cuando constituya un artificio para percibir la prestación: es el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes que, tras cesar en su relación con el cliente y cobrar el subsidio, vuelven a contratar con este mismo cliente en el plazo de un año a contar desde el momento en que se extinguió la prestación [artículo 5.3.b) de la Ley 32/2010], o el caso de los socios trabajadores de las cooperativas

(8) Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (BOE de 4 de marzo de 2009, n.º 54).

(9) Abogando por esta regulación: CERVILLA GARZÓN, M.ª José. «El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero», *Documentación Laboral*, 2009, n.º 89, p. 95.

(10) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación» *Revista de Derecho Social,* 2009, n.º 45, p. 46.

de trabajo asociado que, tras cesar definitivamente en la prestación de trabajo, vuelven a ingresar en la misma sociedad cooperativa también en el plazo de un año (DA 6.ª3 de la Ley 32/2010) o, por último, el caso de los trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente y, tras percibir la prestación, vuelven a ejercer su actividad en la misma sociedad (DA 7.ª1 de la Ley 32/2010).

Concretamente, el artículo 5 Ley 32/2010 relaciona las siguientes causas como determinantes de la situación legal de cese de actividad:

A) Concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

La letra a) del artículo 5.1 de la Ley 32/2010 configura, como causa determinante de la situación de cese de actividad, la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción determinantes de la inviabilidad del negocio. El propio precepto hace un esfuerzo por objetivizar el motivo del cese, considerando que existe, en todo caso, causa determinante del mismo, cuando concurra alguna de las situaciones siguientes:

— Unas pérdidas, en un año completo, superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos; si bien, hemos de tener en cuenta que el primer año de inicio de la actividad no resulta computable a efectos de verificar la existencia de motivos económicos determinantes de la inviabilidad del negocio.

— Unas ejecuciones judiciales tendentes al cobro de deudas reconocidas por los propios órganos judiciales que comporten, al menos, el 40% de los ingresos de la actividad del trabajador autónomo correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior.

— La declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad, en los términos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

De la literalidad del precepto, podemos concluir, en primer lugar, que estamos ante circunstancias de cuya concurrencia se deriva la presunción *iuris et de iure* de que existe motivo suficiente para determinar la inviabilidad futura de la actividad y, en consecuencia, la necesidad de cese. Y, en segundo lugar, que se trata de una lista no cerrada o exhaustiva, de manera que si el trabajador autónomo acreditara la existencia de otros motivos técnicos, productivos u organizativos de la que se derivara efectivamente la necesidad de cierre del negocio, tendría igualmente derecho a la prestación[(11)].

Los motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos se acreditarán mediante una declaración jurada del solicitante a la que habrán de acompañarse los documentos de carácter contable, profesional, fiscal, administrativo o judicial en los que se hará constar la fecha de producción de los referidos motivos [artículo 6.1.a) de la Ley 32/2010]. De acuerdo con el apartado 3.º de este artículo 6 de la Ley 32/2010, el Gobierno deberá aprobar, en

(11) En el mismo sentido: RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, «La prestación por cese de actividad del trabajador autónomo. Comentario de urgencia a la Ley 32/2010, de 5 de agosto», *Actualidad Laboral*, 2010, n.º 19.

el plazo de un año, la concreta documentación a presentar a efectos de acreditar la situación legal de cese de actividad.

B) Fuerza mayor determinante del cese de la actividad

También se considera situación legal de cese de actividad la que derive de fuerza mayor [artículo 5.1.b)]. La concurrencia de dicha causa se acreditará mediante declaración expedida por los órganos gestores en los que se ubique territorialmente el negocio o la industria afectados por el acontecimiento causante, a la que se acompañará declaración jurada del solicitante del cese de actividad [artículo 6.1.b)].

C) Pérdida de la licencia administrativa

Se relaciona igualmente como causa determinante de la situación legal de cese de actividad, la pérdida de la licencia administrativa, siempre que ésta represente un requisito indispensable para el ejercicio de la actividad económica [artículo 5.1.c)]. Este motivo de cese se acreditará mediante la resolución por la que se haya retirado la licencia [artículo 6.1.c)]. No obstante, cuando dicha pérdida venga motivada por incumplimientos contractuales del propio autónomo o por la comisión de infracciones, faltas administrativas o delitos, el legislador entiende que no concurre la nota esencial de involuntariedad en el cese y, en consecuencia, expulsa al autónomo de la protección del sistema.

D) Violencia de género

En línea con la modificación introducida por la Ley 1/2004[(12)] en los artículos 49.1.m) ET y 208.1.e) LGSS[(13)], se considera en situación legal de cese de actividad a la trabajadora autónoma que, como motivo de ser víctima de la violencia de género, se vea en la necesidad de interrumpir o de cerrar su negocio [artículo 5.1.d)]. Esta situación se acreditará por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad por tal motivo, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal en el que conste la existencia de indicios de violencia de género. De tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, la declaración de la solicitante puede ser sustituida por una comunicación del cliente principal en la que conste el cese de actividad y la fecha del mismo [artículo 6.1.d)].

E) Separación o divorcio

Será igualmente causa de situación legal de cese de actividad la separación o el divorcio, cuando el autónomo separado o divorciado, habiendo ejercido funciones de ayuda familiar en el negocio de su *ex* cónyuge, cesara en éstas con motivo de la ruptura matrimonial. Este

(12) Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE de 29 de diciembre de 2004, n.º 313).

(13) En virtud de los cuales se reconoce, como situación legal de desempleo, la extinción del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

motivo se acreditará mediante la correspondiente resolución judicial de separación o divorcio, a la que se adjuntará la documentación de la que se desprenda la dejación de funciones en el negocio familiar.

Como sabemos, de conformidad con el artículo 3.b) del Decreto 2530/1970 está obligatoriamente incluido en el RETA el cónyuge del profesional por cuenta propia que colabore con él de forma habitual, personal y directa, mediante el ejercicio de la actividad de que se trate, siempre que no tenga la condición de asalariado. En esta misma línea, el artículo 1.3.e) ET excluye de la relación laboral y, en consecuencia, del campo de aplicación del Régimen General, a los familiares del empresario, entendiendo por tales a aquellos que, conviviendo con él, se encuentren unidos a él por vínculo matrimonial o por una relación de parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, salvo que se demuestre su condición de asalariados [artículo 1.3.e) ET].

Adviértase que sólo se considera causa justificada de cese de actividad la ruptura (por separación o por divorcio) de una relación matrimonial, no así de una pareja de hecho. No obstante, hemos de tener en cuenta que, de acuerdo con la interpretación del artículo 1.3.e) ET llevada a cabo por el Tribunal Supremo, no cabe extender el concepto de matrimonio a la unión de hecho y es aquella figura la expresamente incluida en el precepto estatutario (SSTS 20 de febrero de 2000, recurso 2117/1999, y 11 de marzo de 2005, recurso 2109/2004). De ahí que no pueda considerarse familiar al conviviente *more uxorio* a los efectos de excluirlo del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, y de que no se encuentre encuadrado en el RETA, sino en el Régimen General. El problema es que el artículo 208.1 LGSS no reconoce, como situación legal de desempleo, la extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador que, habiendo prestado servicios retribuidos para aquel con el que convivía *more uxorio,* se ve en la obligación de abandonar su puesto de trabajo con motivo de la ruptura de su pareja de hecho, lo que deja a estos trabajadores en una situación de clara desprotección.

F) Resolución involuntaria del contrato entre el cliente principal y el autónomo económicamente dependiente

Por su parte, y de conformidad con el apartado 2.º del artículo 5 de la Ley 32/2010, se encontrarán en situación legal de actividad los trabajadores autónomos económicamente dependientes que cesen su actividad por extinción del contrato suscrito con el cliente principal, con base en alguno de los siguientes motivos:

— Llegada del término convenido en el contrato o conclusión de la obra o del servicio objeto del mismo.
— Incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado. La concurrencia de dicha causa se acreditará mediante comunicación por escrito del cliente en la que conste la fecha a partir de la cual se produjo el cese de la actividad, o mediante el acta de conciliación o la resolución judicial.
— Rescisión de la relación contractual por parte el cliente, con independencia de que dicha decisión esté motivada por causa justificada o injustificada. La concurrencia de esta causa de cese se acreditará mediante comunicación escrita expedida por el cliente en un plazo de diez días, en la que deberá hacer constar la fecha a partir de la cual tuvo lugar el cese de actividad y, en su caso, el motivo alegado o la indem-

nización abonada. Si el cliente incumpliera esta obligación, el trabajador autónomo podrá requerirle para que lo haga, y si transcurridos diez días desde este requerimiento el cliente no responde, el trabajador autónomo podrá acudir al órgano gestor a solicitar la prestación, informando de la situación y aportando copia de la solicitud realizada.

— Muerte, incapacidad o jubilación del cliente, cuando la concurrencia de alguna de estas causas impida la continuación de la actividad. La muerte se acreditará mediante el correspondiente certificado de defunción del Registro civil. Por su parte, la incapacidad o la jubilación del cliente exigirá la aportación de la resolución de la entidad gestora acreditativa del reconocimiento de la correspondiente pensión.

La cobertura del riesgo por cese de actividad se vincula a la cobertura de las contingencias profesionales

En definitiva, el legislador ha identificado, entre las causas de extinción contractual relacionadas en el artículo 15 de la Ley 20/2007, aquellas que no obedecen a la voluntad del profesional. Ahondando en lo expuesto, el legislador advierte que no se considerará situación legal de cese de actividad la del autónomo que interrumpa voluntariamente su actividad, salvo que tal decisión obedezca a un previo incumplimiento contractual grave del cliente principal. Tanto es así que el trabajador autónomo económicamente dependiente deberá reintegrar al órgano gestor el importe del subsidio si, tras cesar en su relación con el cliente y percibir la prestación por cese de actividad, vuelve a suscribir un contrato con el mismo cliente en el plazo de un año a computar desde el momento en que se extinguió la prestación [artículo 5.3.b) de la Ley 32/2010]. Precisamente por ello sorprende que se haya considerado, como situación legal de cese de actividad, sin matices y sin ningún tipo de distinción, la resolución de la relación contractual adoptada por el cliente por causa justificada, pues la voluntad extintiva de una de las partes puede deberse sencillamente al incumplimiento contractual de la otra.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el propio artículo 5.2 de la Ley 32/2010 matiza que tales causas operan sin perjuicio de lo previsto en el apartado primero; de ahí que igualmente haya de considerar en situación legal de cese de actividad al trabajador autónomo económicamente dependiente que resuelva el contrato con el cliente principal movido por causas económicas, técnicas, productivas u organizativas, por fuerza mayor, por pérdida de licencia administrativa, o por violencia de género. Entendemos que no así en el caso de separación o divorcio, dado que tal motivo exige que el profesional por cuenta propia hubiera ejercido funciones de ayuda familiar en el negocio de su excónyuge, y el autónomo económicamente dependiente se caracteriza, entre otras cosas, por no realizar su actividad conjuntamente con otros (art. 11.3 Ley 20/2007).

III. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CESE DE ACTIVIDAD

1. Beneficiarios

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 32/2010, la protección por cese de actividad alcanza a los trabajadores autónomos comprendidos en el RETA que tengan cubierta la protección dispensada por contingencias profesionales, así como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por cuenta propia Agrarios y a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, la cobertura del riesgo por cese de actividad se vincula a la cobertura de las contingencias profesionales, de forma que no es posible protegerse frente a aquél, sin haberlo hecho previamente frente a éstas, ni asegurarse éstas exclusivamente, prescindiendo de aquél. De tal vinculación genética se deriva que la renuncia a la cobertura de las contingencias profesionales —obviamente cuando ésta tenga carácter voluntario— implica la renuncia a la cobertura del riesgo de cese de actividad.

Por su parte, la DA 6.ª de la Ley 32/2010 incluye, dentro del ámbito de protección de la prestación por cese de actividad, a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento en el RETA o en el RETM y tengan concertada la cobertura del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional. Y la DA 7.ª de la Ley 32/2010 hace extensiva la protección a los trabajadores autónomos que ejerzan su actividad profesional conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho.

Quedan, sin embargo, fuera del ámbito de aplicación de la Ley 32/2010 los profesionales por cuenta propia que hayan optado por adscribirse a una mutualidad de previsión social que tenga constituida el colegio profesional al que pertenezcan y que actúe como alternativa al RETA, en los términos establecidos en la DA 15.ª de la Ley 30/1995[(14)].

Poniendo en relación el artículo 2 de la Ley 32/2010, con los artículos 47.4 RD 84/1996[(15)], 26.3 y la DA 3.ª LETA, podemos concluir que la cobertura frente al riesgo de cese de actividad reviste carácter obligatorio para los trabajadores autónomos económicamente dependientes y para los autónomos que realicen aquellas actividades, determinadas por el Gobierno, que presenten un mayor riesgo de siniestralidad, pues en ambos casos la cobertura de las contingencias profesionales es obligatoria. No obstante lo anterior, la protección frente al riesgo de cese de actividad será voluntaria para aquellos profesionales autónomos que, desarrollando una de las actividades profesionales calificada como de mayor riesgo de siniestralidad, se encuentren en situación de pluriactividad y ya tengan cubierta la protección por desempleo en el otro régimen del sistema de Seguridad Social en el que se encuentren en alta, siempre que coticen por tal contingencia por la base mínima del grupo de cotización que corresponda (DA 9.ª de la Ley 32/2010).

---

(14) Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados (BOE de 9 de noviembre de 1995, n.º 268).

(15) 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 (BOE de 27 de febrero de 1996, n.º 50).

En resumidas cuentas, el legislador ha optado por configurar la prestación, salvo en los supuestos excepcionales apuntados, como voluntaria. No cabe duda de que la voluntariedad ha representado una de las características empleadas por el legislador en el proceso de extensión de la acción protectora del RETA[16]; concretamente, en la regulación de la incapacidad temporal[17] y de la cobertura de las contingencias profesionales[18], evitando con ello el imperativo incremento de la cotización a un colectivo que ha de asumir íntegramente el importe de la cuota a ingresar en el sistema.

No obstante lo anterior, las últimas reformas legislativas han modificado la anterior tendencia: Desde el 1 de enero de 2008, la cobertura de la incapacidad temporal es preceptiva para todos los profesionales dados de alta en el RETA, a excepción de los integrados en el sistema especial de los trabajadores agrarios por cuenta propia (apartado 3.º de la DA 3.ª LETA) y de aquellos que tengan derecho a la prestación por incapacidad temporal en razón de la actividad desarrollada en otro régimen de la Seguridad Social (apartado 1.º de la DA 3.ª LETA). Y, por lo que respecta a las contingencias profesionales, su cobertura ya es obligatoria, como hemos visto, para los autónomos económicamente dependientes (artículo 26.3 LETA) y para aquellos que ejerzan una actividad profesional que presente un mayor riesgo de siniestralidad laboral (DA 3.ª LETA), salvo que se encuentren integrados en el Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por cuenta propia, para quien la cobertura de las contingencias profesionales seguirá siendo voluntaria.

Esta opción legislativa por la voluntariedad de la protección frente al riesgo profesional entendido en sentido amplio, aunque evita un incremento de las cuotas a los autónomos con menos recursos económicos, puede poner en peligro la viabilidad financiera de la prestación. La propia DA 4.ª LETA asienta la regulación del subsidio sobre los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, y la obligatoriedad es la única fórmula de garantizar tales exigencias[19]. De hecho, tal fue la opinión emitida por el informe de la comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo[20], a la que posteriormente se adhirió la comisión de expertos sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos[21].

---

(16) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación», *Revista de Derecho Social,* 2009, n.º 45, p. 34.

(17) A raíz de la reforma introducida por el artículo 104.Cuatro de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1994 (BOE de 30 de diciembre de 1993, n.º 312), desarrollado por los artículos 1 a 4 RD 2110/1994, de 28 de octubre, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de los regímenes especiales de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos, de agrarios y de empleados de hogar (BOE de 10 de diciembre de 1994, n.º 295).

(18) DA 34.ª LGSS añadida por el artículo 40.Cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre de 2002, n.º 313), desarrollada por el RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia (BOE de 22 de octubre de 2003, n.º 253).

(19) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación», *Revista de Derecho Social,* 2009, n.º 45, p. 34.

(20) AA.VV., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo,* Madrid: MTAS, 2006, p. 210.

(21) Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos, p. 19. Ha habido, sin embargo, quien ha abogado por una prestación de naturaleza voluntaria al objeto de evitar el incremento de la cuota que han de ingresar los trabajadores autónomos, cuando son éstos los que

En efecto, el carácter voluntario de la prestación reduce la dispersión del riesgo —pilar fundamental de todo engranaje de aseguramiento— y favorece la selección adversa de los asegurados. Con base en esta regla, quienes voluntariamente optan por la cobertura de una determinada contingencia, son los individuos con mayor nivel de riesgo o, dicho de otra manera, con mayores probabilidades de que la contingencia en cuestión se actualice, lo que debilita el equilibrio financiero de la prestación y provoca un incremento de la cuota; lo que acaba expulsando a su vez a los individuos con un riesgo menor.

2. Requisitos de acceso a la prestación

El artículo 4 de la Ley 32/2010 relaciona los requisitos necesarios para causar el derecho a la prestación por cese de actividad:

A) Estar afiliado y en situación de alta en sistema

De conformidad con lo establecido en la letra a) del artículo 4, y en línea con lo previsto en el artículo 28 del Decreto 2530/1970 con respecto a las condiciones generales de acceso a las prestaciones, el derecho a la protección por cese de actividad se reconocerá al autónomo que se encuentre afiliado y en situación de alta en el momento del hecho causante. En el Régimen General de la Seguridad Social, el incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones en materia de encuadramiento, no conlleva la desprotección del trabajador, sino una derivación de responsabilidad al empresario en orden a las prestaciones, sin perjuicio del alta de pleno derecho (artículo 125.3 LGSS) y del anticipo de prestaciones cuando éste proceda (artículo 126 LGSS). En el RETA, por el contrario, la coincidencia en el mismo sujeto de la doble condición de responsable de los actos de encuadramiento y destinatario de la protección, impide la aplicación del mecanismo de flexibilización del requisito de alta consistente en el alta de pleno derecho, de forma que es el autónomo el que tendrá que soportar las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación y alta en el sistema, de manera que el trabajador autónomo que no haya formalizado el alta, no tendría derecho a la protección.

Como sabemos, la asimilación al alta es la ficción jurídica a través de la cual el legislador proyecta, en los supuestos expresamente previstos, el efecto protector de la situación de alta más allá del cese temporal o definitivo de la actividad profesional. Se trata de un supuesto en el que, aun faltando los presupuestos de hecho sobre los que se asienta el alta del trabajador, éste continúa dentro del ámbito de protección del sistema. Pues bien, en el caso de los trabajadores autónomos, la regulación específica del RETA a este respecto, contenida en el artículo 29 del Decreto 2530/1970, en los artículos 69 y 72 de la Orden 24 de septiembre de 1970, ha de completarse y concordarse con lo previsto en las normas generales del sistema, especialmente en el artículo 36 RD 84/1996 y en la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, sobre convenio especial[22].

---

han de asumir íntegramente su importe (CERVILLA GARZÓN, M.ª José, «El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad. Análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero», *Documentación Laboral*, 2009, n.º 87, pp. 89 y 90).

(22) DESDENTADO BONETE, Aurelio y TEJERINA ALONSO, José Ignacio, *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 209.

B) Tener cubiertas las contingencias profesionales

Ya hemos visto que la protección frente al riesgo de cese de actividad se vincula a la cobertura de las contingencias profesionales y de ahí que el artículo 4.1.a) de la Ley 32/2010 exija este requisito para poder causar la prestación. A este respecto, hemos de tener en cuenta que, con carácter general, la opción a favor de la cobertura de las contingencias profesionales puede realizarse en el momento de alta en el RETA y que, de no tramitarse entonces, puede solicitarse antes del 1 de octubre de cada año con efectos del 1 de enero del año siguiente (artículo 47.4 RD 84/1996). Ahora bien, el propio legislador ha establecido un plazo especial de opción por la cobertura de las contingencias profesionales. Así, de conformidad con lo establecido en la DT única de la Ley 32/2010, los trabajadores que en la fecha de entrada en vigor de la Ley 32/2010 (6 de noviembre de 2010) figuren en alta en el RETA y no tengan cubierta la protección frente a las contingencias profesionales, podrán hacerlo dentro de los tres meses siguientes a la fecha indicada (por tanto, antes del 6 de febrero de 2011), con efectos desde el día primero del mes siguiente al de dicha opción (DT única de la Ley 32/2010).

La duración de la prestación varía en función de los períodos cotizados en los 48 meses anteriores

C) Acreditar un período mínimo de cotización de un año

La prestación por cese de actividad se ha configurado como un subsidio de carácter contributivo cuyo abono se condiciona al cumplimiento de un determinado período de carencia. A efectos de determinar el período mínimo de cotización, el artículo 4.1.b) de la Ley 32/2010 se remite al artículo 8 del mismo cuerpo legal, que es el encargado de regular la duración de la prestación económica; duración que, como tendremos oportunidad de abordar en su momento, varía en función del tiempo cotizado y oscila entre un mínimo de dos meses y un máximo de doce. Pues bien, la duración mínima de la prestación (dos meses) se otorga a quienes hayan cotizado entre doce y dieciséis meses, de donde se deduce que es un año el período mínimo de cotización exigido.

Con carácter general, nuestro ordenamiento jurídico facilita el cumplimiento del requisito de carencia permitiendo que éste se acredite dentro de un marco de referencia más amplio. Así, por ejemplo, el período mínimo de cotización exigido para causar el subsidio por incapacidad temporal (180 días) puede acreditarse a lo largo de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante de la prestación. De hecho, y por lo que respecta al régimen de la prestación contributiva por desempleo del Régimen General, el propio artículo 207.b) LGSS, en relación con el apartado primero del artículo 210, exige un período de carencia de 360 días que puede acreditarse en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Nótese, sin embargo, que de acuerdo con el artículo 8.1 de la Ley 32/2010, la duración de la prestación por cese de

actividad se encuentra en función de los períodos de cotización efectuados dentro de los 48 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, de los que, al menos, 12 deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese. En consecuencia, si de los 48 meses cotizados, 12 deben ser continuados e inmediatamente anteriores al hecho causante y son precisamente 12 meses los que integran el período mínimo de cotización, hemos de concluir que el legislador no ha conferido al trabajador autónomo la posibilidad de acreditar el período de carencia exigido dentro de un marco de referencia mayor, exigiéndole doce meses cotizados en el último año, lo que introduce un mecanismo de contributividad que refuerza el principio de inmediación entre la renta de activo y la de pasivo y que dificulta el acceso a la prestación, pues bastará que el profesional no haya cotizado un mes durante el último año, para que se vea expulsado de la protección, y ello aun cuando acredite cotizaciones por encima de los doce meses a lo largo de toda su vida activa.

Por otro lado, el artículo 8.3 de la Ley 32/2010 concreta las cuotas que son computables a efectos de verificar el cumplimiento del requisito de carencia. De conformidad con la letra a) de dicho precepto, se tendrán en cuenta exclusivamente las cotizaciones por cese de actividad efectuadas al Régimen Especial correspondiente, con lo que se elimina la posibilidad de aplicar la regla del cómputo recíproco de cotizaciones, con base en la cual se considera, a efectos de adquirir el derecho a una prestación, que todas las cotizaciones ingresadas al sistema se han satisfecho al régimen en que dicha prestación se reconozca, de forma que un régimen acepta como propios los períodos de cotización cumplidos por el beneficiario en otro régimen distinto, siempre y cuando no se superpongan en el tiempo[(23)]. Esta exclusión reviste plena lógica si tenemos en cuenta que el cómputo recíproco de cotizaciones exige la homogeneidad de la protección; requisito que no se cumpliría, dado que el régimen jurídico de la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena y la prestación por cese de actividad presenta importantes divergencias[(24)]. Pero en realidad, el artículo 8 de la Ley 32/2010 va más allá, pues impide igualmente el cómputo recíproco entre el RETA y el RETM, cuando entre ambos regímenes sí se cumpliría el requisito de la homogeneidad.

Por otro lado, y de acuerdo con las letras b) y d) del artículo 8.3 de la Ley 32/2010, tampoco se podrán tener en cuenta las cotizaciones por cese de actividad que ya hubieren sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior de la misma naturaleza. A ello hay que añadir lo establecido en el artículo 11.2, de conformidad con el cual, cuando el trabajador autónomo opte por reabrir una prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella por la que no se haya optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior. Esta regulación, en línea con la establecida con respecto a la prestación por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, representa una clara excepción a la regla general, según la cual un mismo período de cotización puede computarse para lucrar diferentes prestaciones (STS de 31 de enero de 1992, recurso 8741/1991).

Por último, la letra c) del precepto comentado clarifica que los meses cotizados se computarán por meses completos.

---

(23) PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio José, «El cómputo recíproco de cotizaciones dentro del sistema español de Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1992, n.º 8, p. 196.

(24) En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.ª José, «El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero», *Documentación Laboral*, 2009, n.º 89, p. 101.

Al margen de las reglas específicas para la prestación por cese de actividad expresamente previstas por el legislador en los artículos 8.3 y 11.2 de la Ley 32/2010, conviene traer a colación las reglas generales de cómputo de cotizaciones en los regímenes que integran trabajadores por cuenta propia, partiendo de cuál sea la fecha de devengo de las cuotas y la de su concreto abono.

Cuotas devengadas con posterioridad al hecho causante. Las cuotas que se devenguen con posterioridad al hecho causante de la prestación no pueden ser computadas a efectos del cumplimiento del período mínimo de cotización exigido. No obstante lo anterior, hemos de tener en cuenta que las cuotas adeudadas después del hecho causante pero antes de la solicitud de la prestación, sí que repercutirían en el derecho a ella, pues determinarían el incumplimiento del requisito de encontrarse al corriente ya que el artículo 28.2 se refiere a las cuotas exigibles en el momento de causarse la correspondiente prestación (STS de 25 de septiembre de 2003, recurso 4778/2002).

Cuotas devengadas con anterioridad al hecho causante. Por lo que respecta a las cuotas devengadas con anterioridad al hecho causante, hemos de distinguir los dos supuestos siguientes, en función de si el momento de su ingreso es anterior o posterior al hecho causante:

a) Cuotas ingresadas fuera de plazo pero con anterioridad al hecho causante de la prestación. Si en el Régimen General, las cuotas ingresadas fuera de plazo, pero con anterioridad al hecho causante de la prestación, ni afectan al derecho a las prestaciones, ni determinan la responsabilidad empresarial[25], en el RETA tales cuotas son ineficaces a efectos de completar el período de carencia[26], pues de acuerdo con el artículo 28.3.c) del Decreto 2530/1970 no producirán efectos para las prestaciones, las cotizaciones que por cualquier causa hubiesen sido ingresadas indebidamente, en su importe y períodos correspondientes[27].

b) Cuotas extemporáneas ingresadas con posterioridad al hecho causante de la prestación. En el Régimen General las cuotas no abonadas sí que se computan a efectos de acreditar el período de carencia, pero su abono con posterioridad al hecho causante no exime de responsabilidad al empresario [artículo 94.2.2.b) LSS de 1966]. En los regímenes correspondientes a trabajadores por cuenta propia, por el contrario, los tribunales han denegado eficacia, a efectos de acreditar el cumplimiento del requisito de carencia, a las cuotas abonadas con posterioridad al hecho causante, pues admitir lo contrario produciría una injusta compra de pensiones[28], y ello aun cuando se encuentren prescritas[29]. Sin embargo, sí que parece que estando prescrita la deuda se ha de entender cumplido el requisito de estar al corriente porque,

---

(25) SSTS 27 de febrero de 1996, recurso 1896/1996, 31 de enero de 1997, recurso 820/1996, y 22 de febrero de 2001, recurso 3033/2000.

(26) STS de 26 de enero de 1994, recurso 247/1993.

(27) CERVILLA GARZÓN, M.ª José, «Eficacia de cuotas en relación con el derecho a prestaciones de los trabajadores autónomos», *Temas Laborales*, 2006, n.º 84, p. 120.

(28) STS de 26 de enero de 1994, recurso 247/1993.

(29) STS de 3 de febrero de 1993, recurso 1017/1992. En el mismo sentido, con respecto al REA: STS de 19 de enero de 1998, recurso 2129/1997.

al no ser jurídicamente exigible, no habría un descubierto del que se derivara la privación de la prestación.

D) Encontrarse en situación legal de cese de actividad

Para tener derecho a la prestación es necesario que el profesional se encuentre en situación legal de cese de actividad, en los términos analizados en el epígrafe segundo de este comentario. Como ya vimos, no basta con la interrupción o el cese de la actividad, sino que es necesario que una u otro obedezcan a una de las causas relacionadas en el artículo 5 de la Ley 32/2010, a través del cual se garantiza su carácter involuntario.

Esta involuntariedad no sólo se exige en el momento de acceso a la prestación, sino que ha de mantenerse durante todo el período de su abono y de ahí que sea obligatorio que el profesional suscriba el compromiso de actividad previsto en el artículo 231 LGSS y acredite activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el Servicio Público de Empleo de la correspondiente Comunidad Autónoma o, en su caso, el Instituto Social de la Marina. No se requiere, sin embargo, la inscripción de autónomo como desempleado o la renovación de la demanda de empleo.

Por su parte, el artículo 17.1 de la Ley 32/2010, en sus letras g) y h), impone al beneficiario de la prestación por cese de actividad la obligación de realizar las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que se le convoque. Y la DF 2.ª de la Ley 32/2010, ha modificado el artículo 25 LISOS al objeto de considerar infracción de carácter grave el rechazar una oferta de empleo adecuada o negarse a participar en los programas de empleo o en las acciones de promoción, formación, motivación, información, orientación, inserción o reconversión profesional; infracción de la que, como veremos, se puede derivar la pérdida temporal o, incluso, la extinción del derecho al subsidio.

En nuestra opinión, la disposición del autónomo por incorporarse nuevamente en el mercado de trabajo igualmente se cumpliría si el profesional, en vez de encauzarse hacia un trabajo por cuenta propia, lo hiciese hacia un empleo asalariado y, sin embargo, parece que las medidas de orientación profesional se dirigen exclusivamente a la promoción de la actividad emprendedora, lo que carece de sentido[30].

E) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación

De conformidad con lo establecido en el artículo 4.1.d) de la Ley 32/2010, el derecho a la protección por cese de actividad se condiciona a que el sujeto no haya cumplido la edad ordinaria para causar la pensión contributiva de jubilación. De esta manera, si el cumplimiento de la edad ordinaria para causar derecho a la pensión de jubilación sobreviene durante la percepción de la prestación por cese de actividad, ésta se extingue en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1.d) de la Ley 32/2010. Por el contrario, si el autónomo tiene cumplida esta

(30) CERVILLA GARZÓN, M.ª José, «El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero», *Documentación Laboral*, 2009, n.º 89, p. 96.

edad en el momento del hecho causante de la prestación, tendrá vedado el acceso a ella. No obstante lo anterior, el propio legislador prevé un supuesto excepcional: podrá lucrar la prestación por cese de actividad el trabajador autónomo que, habiendo cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, no tuviera acreditado el período de cotización necesario.

F) Hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social

Para tener derecho a la prestación por cese de actividad es necesario, además, que el profesional se halle al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Ahora bien, el artículo 4.1.e) de la Ley 32/2010 reitera la regla de invitación al pago que rige en el RETA con carácter general. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, es condición indispensable para tener derecho a la prestación que el posible beneficiario se halle al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha de su hecho causante. No obstante, si el profesional no se encuentra al corriente en el pago de cuotas, pero tiene cubierto el período mínimo de cotización preciso, la entidad gestora ha de invitarle al pago de las cuotas adeudadas en el plazo improrrogable de 30 días naturales. Adviértase que no se trata de ingresar las cuotas adeudadas para cubrir el período de carencia exigido, pues el mecanismo de invitación al pago se condiciona a que el trabajador acredite el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate. Las cuotas ingresadas con posterioridad al hecho causante son eficaces para cumplir el requisito de estar al corriente de pago, pero no para acreditar el período mínimo de carencia que ya se debía tener cubierto en tal momento (STS de 26 de enero de 1994, recurso 247/1993).

Las cuotas ingresadas con posterioridad no acreditan el período mínimo de carencia

Si, atendiendo a tal invitación, el profesional ingresara las cuotas debidas en el plazo señalado, se le considerará al corriente de éstas a efectos de la prestación solicitada. Si el pago se realizara fuera de dicho plazo se penalizará al beneficiario de la siguiente manera: si se trata de prestaciones de pago único o de subsidios temporales, la prestación se concederá reducida en un 20%. Si se trata de pensiones, sus efectos económicos se pospondrán al día primero del mes siguiente a aquel en el que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas. Como señala la STS de 22 de septiembre de 2009, recurso 4509/2007, el destino de la prestación está en función de la respuesta del sujeto a la invitación al pago, de forma que: a) si las cuotas se ingresan en el plazo legal, la prestación se reconoce; b) si no se ingresan, no se reconoce, y c) pero si se ingresan con retraso, la prestación se reduce en un 20% o su devengo se retrasa hasta el momento del pago, según se trate de prestaciones de pago único y subsidios temporales o pensiones. No cabe, por tanto, denegar la pres-

tación por no encontrarse al corriente en el pago de cuotas, sino que la entidad competente para la gestión de la prestación está obligada a cursar la invitación en los términos del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970; hasta el punto de que si ésta no cursa la invitación en el momento oportuno —esto es, antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación— la prestación debe reconocerse (STS de 22 de septiembre de 2009, recurso 4509/2007).

Por último, hemos de tener en cuenta que la concesión de un aplazamiento en el pago de las cuotas da lugar a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social de cara al reconocimiento de prestaciones (artículo 71 de la Orden TAS 2064/1995[31]). Ahora bien, es necesario que dicho aplazamiento se haya obtenido con anterioridad a que se produzca el hecho causante de la prestación, pues en caso contrario no se consideraría al profesional al corriente de sus obligaciones y debería abonar las cuotas adeudadas en los términos ya apuntados.

G) Requisitos adicionales para los autónomos con trabajadores a su cargo

El artículo 4.2 de la Ley 32/2010 añade un requisito adicional a los autónomos con trabajadores a su cargo que cesen en su actividad por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos pues, en tal caso, el derecho a la protección se condiciona al cumplimiento «de las garantías, obligaciones y procedimientos regulados en la legislación laboral». Parece necesario, en tal caso, que la interrupción o el cese de la actividad se canalice por los trámites previstos en el artículo 51 ET, al que el artículo 47 del mismo cuerpo legal expresamente se remite, y que se respeten todos los derechos que la legislación laboral reconoce a los trabajadores ante tales circunstancias.

H) Requisito adicional en caso de reconocimiento de una nueva prestación

Si al trabajador autónomo ya se le hubiese reconocido con anterioridad el derecho a la prestación por cese de actividad y solicitara un nuevo reconocimiento, el artículo 8.2 de la Ley 32/2010, tras la modificación introducida por la DA 22.ª de la Ley 35/2010[32] exige, además, que hayan transcurrido 18 meses desde el reconocimiento del último derecho a la prestación[33]. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que el *dies a quo* no es la fecha de término de la prestación anterior, sino la fecha de su reconocimiento, de lo que se deduce que si el autónomo ya hubiera disfrutado, en un derecho anterior, de doce meses de prestación (por acreditar cotizaciones durante un período igual o superior a 48 meses), no podría causar un nuevo derecho hasta que no hayan transcurrido dos años desde el anterior reconocimiento (uno, durante el cual se percibió el subsidio y otro, durante el cual se debió cotizar de forma ininterrumpida), pues el transcurso de los 18 meses no exime, como es ob-

(31) Orden TAS 2064/1995, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

(32) Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre de 2010, n.º 227).

(33) Con anterioridad a la reforma, el precepto exigía únicamente un período de doce meses a computar, no desde la fecha del reconocimiento del anterior derecho, sino desde el momento de su extinción, lo que tiene plena lógica si tenemos en cuenta que durante el período de percepción de la prestación, aunque el órgano gestor abona las cuotas correspondientes, no se cubre el riesgo de cese de actividad.

vio, del cumplimiento de los restantes requisitos entre los que se encuentra el acreditar un período mínimo de cotización de doce meses, pues hemos de tener en cuenta que, durante la percepción del subsidio, el órgano gestor abona las correspondientes cuotas a la Seguridad Social, pero entre ellas no se encuentra la cobertura del riesgo de cese de actividad. Con tal regulación parece que el legislador pretende evitar el encadenamiento estratégico de períodos de actividad con períodos de percepción de la prestación.

3. Financiación y gestión de la prestación por cese de actividad

La protección por cese de actividad se financia exclusivamente con cargo a la cotización por dicha contingencia de los trabajadores autónomos que tengan protegida la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (artículo 14 de la Ley 32/2010). La cuota a ingresar por dicha contingencia es el resultado de multiplicar la base de cotización por un tipo fijo: a) la base de cotización se corresponderá con la elegida por el propio trabajador dado de alta en el RETA o por la que le corresponda como trabajador por cuenta propia en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar; b) el tipo de cotización se determinará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; si bien, el artículo 14.3 de la Ley 32/2010 ha fijado, con carácter temporal, un tipo del 2,2% aplicable sobre la base de cotización; lo que supone un incremento de la cuota que oscila, con carácter mensual, entre un mínimo de 18,52 euros y un máximo de 70,36 euros, tal y como se desglosa al pie. No obstante, conviene hacer constar que, de acuerdo con lo dispuesto en la DA 2.ª de la Ley 32/2010, los trabajadores autónomos acogidos al sistema de protección por cese de actividad tendrán una reducción de 0,5 puntos porcentuales en la cotización por la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En aplicación de lo anteriormente expuesto, el importe de la cuota en el RETA se desglosaría como sigue:

IMPORTE TOTAL CUOTA SIN COBERTURA DEL CESE DE ACTIVIDAD					
Contingencia	**Base mínima**	**Base máxima**	**Tipo**	**Cuota mínima**	**Cuota máxima**
Contingencias comunes (salvo IT)	841,80 €	3.198,00 €	23,60%	198,66 €	754,73 €
Incapacidad temporal	841,80 €	3.198,00 €	3,30%	27,78 €	105,53 €
Contingencias profesionales	841,80 €	3.198,00 €	Según tarifa	Según tarifa	Según tarifa
Cuota total				**226,44 €**	**860,26 €**

IMPORTE TOTAL CUOTA CON COBERTURA DEL CESE DE ACTIVIDAD					
Contingencia	**Base mínima**	**Base máxima**	**Tipo**	**Cuota mínima**	**Cuota máxima**
Contingencias comunes (salvo IT)	841,80 €	3.198,00 €	23,60%	198,66 €	754,73 €
Incapacidad temporal	841,80 €	3.198,00 €	2,80%	23,57 €	89,54 €
Contingencias profesionales	841,80 €	3.198,00 €	Según tarifa	Según tarifa	Según tarifa
Cese actividad	841,80 €	3.198,00 €	2,20%	18,52 €	70,36 €
Cuota total				**240,75 €**	**914,63 €**

La fecha de efectos de la cobertura frente al riesgo de cese de actividad comenzará a partir del primer día del mismo mes en que sea formalizada.

La recaudación de las cuotas por cese de actividad compete a la Tesorería General de la Seguridad Social (artículo 15.1 de la Ley 32/2010) y se regirá por las normas específicas, en materia de recaudación, para los regímenes de autónomos (artículos 43 a 45 RD 2064/1995) o de los trabajadores del mar (artículos 51 a 55 RD 2064/1995). El 1% de los ingresos obtenidos por la Tesorería General de la Seguridad Social a través del pago de cuotas se destinará al establecimiento de medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos (artículo 14.4 de la Ley 32/2010). Por ello, dicho importe se deberá poner a disposición del Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma competente y del Instituto Social de la Marina, en proporción al número de beneficiarios que gestionen.

Por lo que respecta a la gestión de la prestación económica por cese de actividad, hemos de tener en cuenta que ésta corresponde a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con la que el trabajador autónomo tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales. Salvo la recaudación de las cuotas (que corresponde, como hemos visto, a la Tesorería General de la Seguridad Social), a la mutua le compete el reconocimiento de la prestación, así como su pago, su suspensión, extinción y reanudación. El artículo 28.2 LISOS, en la redacción dada por la DF 2.ªCinco de la Ley 32/2010, tipifica como infracción de carácter grave, sancionable con multa de 626 euros a 6.250 euros, no atender las solicitudes de cobertura de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos con los que tenga formalizada la cobertura de contingencias profesionales.

No obstante lo anterior, la gestión corresponderá al Instituto Social de la Marina —en el ámbito del RETM— o al Servicio Público de Empleo Estatal —en el ámbito del RETA— cuando el autónomo tenga cubierta la protección de las contingencias profesionales a través de una entidad gestora de la Seguridad Social (DA 4.ª de la Ley 32/2010), en aplicación de la opción que otorga la DA 11.ª2 LGSS.

4. La intensidad de la acción protectora

La suficiencia prestacional que consagra el artículo 41 CE se juega tanto en la cuantía de la prestación, como en el período durante el cual se protege al ciudadano frente a una concreta situación de necesidad. El objeto del presente epígrafe es precisamente abordar los dos elementos que integran la intensidad de la acción protectora ante el riesgo de cese de actividad.

A) Duración de la prestación

La duración de la prestación económica por cese de actividad está en función de dos factores: de un lado, del período cotizado; de otro, de la edad del beneficiario. En efecto, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 32/2010, la duración de la prestación por cese de actividad oscila entre un mínimo de dos meses y un máximo de doce, dependiendo del período cotizado dentro de los 48 meses anteriores a la situación legal de cese de actividad, fijando una relación, con carácter general de seis meses cotizados por cada mes de

prestación. No obstante lo anterior, la DA 1.ª de la Ley 32/2010 prevé un régimen específico para los beneficiarios de la prestación por cese de actividad mayores de 60 años, de acuerdo al cual la duración oscila igualmente dentro de la misma horquilla (dos meses como mínimo, doce meses como máximo), pero fijando una relación entre el tiempo de cotización y el de prestación que se reduce de forma inversamente proporcional al tiempo cotizado. Así, si por doce meses de cotización se tiene derecho a dos meses de subsidio (con base en una relación 6 a 1), por treinta y seis meses de cotización el subsidio se prolonga hasta los diez meses (con base a una relación 3,6 a 1).

I. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS MENORES DE 60 AÑOS (ARTÍCULO 8)

Período de cotización	Período de protección
De 12 a 17 meses	2 meses
De 18 a 23 meses	3 meses
De 24 a 29 meses	4 meses
De 30 a 35 meses	5 meses
De 36 a 42 meses	6 meses
De 43 a 47 meses	8 meses
De 48 meses en adelante	12 meses

El Gobierno debe elaborar un estudio para verificar la viabilidad financiera de este sistema de protección

II. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS A PARTIR DE LOS 60 AÑOS (DA 1.ª)

Período de cotización	Período de protección
De 12 a 17 meses	2 meses
De 18 a 23 meses	4 meses
De 24 a 29 meses	6 meses
De 30 a 35 meses	8 meses
De 36 a 42 meses	10 meses
De 43 meses en adelante	12 meses

En el plazo de dos años desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 32/2010, el Gobierno elaborará un estudio a efectos de verificar la viabilidad financiera del sistema de protección frente al cese de actividad. De desprenderse de éste un resultado positivo, se realizará una propuesta de incremento de la duración de la prestación (DA 10.ª de la Ley 32/2010).

B) La cuantía del subsidio

La cuantía de la prestación por cese de actividad no representa un importe fijo, homogéneo, para todos los beneficiarios de la prestación, sino un importe variable, resultado de aplicar un determinado porcentaje sobre una base reguladora: El porcentaje asciende al 70% durante todo el período de percepción del subsidio [a diferencia de lo que ocurre en la prestación contributiva por desempleo del Régimen General que prevé una disminución del porcentaje en diez puntos (del 70 al 60%), transcurridos seis meses de abono de la prestación] y la base reguladora se calcula sobre el promedio de las bases por las que se hubiera cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese (artículo 9.1). La menor duración de la prestación por cese de actividad, en comparación con el subsidio por desempleo del Régimen General, que puede alcanzar hasta los dos años, se ve ligeramente compensada por el mantenimiento de un mismo porcentaje aplicable sobre la base reguladora durante todo el período de percepción.

El legislador ha optado, de esta manera, por una prestación de cuantía variable cuyo importe depende de la base elegida por el propio beneficiario con carácter general. Se ha desatendido así la propuesta planteada por UPTA[34] de establecer una prestación de cuantía determinada e invariable, mejorable mediante cotización complementaria de naturaleza voluntaria.

El importe de la prestación se encuentra limitado por una cuantía mínima y una cuantía máxima que, tomando como referencia el indicador público de renta de efectos múltiples (en adelante, IPREM), varía en función de los hijos a cargo del beneficiario.

Hijos a cargo	Cuantía mínima (importe mensual)		Cuantía máxima (importe mensual)	
	% IPREM	Cuantía 2010	% IPREM	Cuantía 2010
Ninguno	80%	497,01 €	175%	1.087,21 €
Uno	107%	664,75 €	200%	1.242,52 €
Dos o más	107%	664,75 €	225%	1.397,84 €

A este respecto, se entiende por hijo a cargo el menor de 26 años, o mayor de esa edad siempre y cuando acredite una discapacidad en grado igual o superior al 33%, que conviva con el beneficiario y que carezca de rentas por importe del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias (artículo 9.2 de la Ley 32/2010).

5. Solicitud y nacimiento de la prestación

El profesional puede solicitar la prestación hasta el último día del mes siguiente a aquel en que se produjo efectivamente el cese de actividad. No obstante lo anterior, en las situaciones legales de cese de actividad por motivos económicos, técnicos, productivos u

(34) Unión Profesional de Trabajadores Autónomos.

organizativos, por fuerza mayor, por violencia de género, por voluntad del cliente fundada en causa justificada y por muerte, incapacidad y jubilación del cliente, el plazo de solicitud comenzará a computar a partir de la fecha que se hubiere hecho constar en los correspondientes documentos que acrediten la concurrencia de tales situaciones, con independencia de que el cese efectivo de la actividad se hubiese producido con posterioridad.

Si el profesional tramita la solicitud en dicho plazo, la prestación económica nacerá a partir del primer día del segundo mes siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad (artículo 7.1 de la Ley 32/2010). El legislador introduce, así, un período de espera (de carencia, en sentido estricto) de, como mínimo, un mes de duración que representa un período durante el cual el beneficiario no cobra prestación y que se computa —no desde el momento de la afiliación en el sistema— sino desde que se inicia la situación de necesidad protegida(35). La finalidad de estos períodos de espera, en nuestro ordenamiento, no es otra que la de poner freno a posibles fraudes o abusos(36). Pues bien, ¿qué sentido encuentra en este caso? Parece que la intención del legislador es evitar la utilización de esta medida para cubrir períodos vacacionales o transitorios de inactividad inferiores al mes(37).

Por su parte, la solicitud extemporánea de la prestación lleva aparejada la penalización de que sean descontados, del período de percepción del subsidio, los días que medien entre el último día de plazo de presentación de la solicitud y la fecha en que efectivamente ésta se llevó a efecto (artículo 7.3 de la Ley 32/2010).

6. Suspensión y extinción del derecho al subsidio

Según el artículo 10 de la Ley 32/2010, el abono de la prestación se suspenderá en los siguientes casos: a) durante el período que corresponda por aplicación de una sanción por infracción leve o grave; b) durante el cumplimiento de condena que implique privación de libertad, y c) durante el período de realización de un trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena. La suspensión del derecho comporta la interrupción del abono de la prestación económica y del ingreso de las cuotas a la Seguridad Social, sin afectar a su duración, salvo que el motivo de dicha suspensión sea la comisión de una infracción, en cuyo caso el período de percepción se reducirá por tiempo igual al de la suspensión producida. Con independencia del momento en el que se produzca la causa de suspensión, el abono de la prestación y el ingreso de las cuotas se interrumpirán por mensualidades completas.

Finalizada la causa de suspensión, si el profesional solicitara la reanudación del derecho en el plazo de quince días, disfrutará de la correspondiente prestación económica y del ingreso de las cuotas a partir del primer día del mes siguiente. Transcurrido ese plazo, se

---

(35) Parece que el legislador español ha tomado como referente la regulación danesa que prevé un período de espera de cuatro semanas para los trabajadores autónomos beneficiarios de la protección por cese de actividad. Ver Tablas MISSOC: *http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/db/public/compareTables.do.*

(36) OLARTE ENCABO, Sofía, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1997, p. 201.

(37) Informe de la comisión de expertos sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos, p. 62.

descontarán los días que medien entre la fecha de término de la causa de suspensión y el día de solicitud de la reanudación.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 32/2010, relaciona las siguientes causas de extinción del derecho: a) agotamiento del plazo de duración de la prestación; b) imposición de una sanción; c) realización de un trabajo por cuenta propia o ajena durante un tiempo igual o superior a 12 meses, siempre que genere derecho a la protección por cese de actividad como trabajador autónomo[38]; d) cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, salvo que no se cumplan los demás requisitos para tener acceso a la pensión, en cuyo caso el derecho a la protección por cese se extinguirá en el momento en el que efectivamente se acrediten los mismos o cuando se extinga el plazo máximo de duración; e) reconocimiento de la pensión de jubilación o de incapacidad permanente; f) traslado de residencia al extranjero; g) renuncia voluntaria del derecho a la prestación, y h) fallecimiento del beneficiario.

Es obligación del trabajador autónomo solicitar la baja en la prestación por cese de actividad en el momento en el que se produzca alguna de las situaciones de suspensión o extinción del derecho [artículo 17.1.d) de la Ley 32/2010].

7. Infracciones y sanciones administrativas

En materia de infracciones y sanciones, el artículo 18 de la Ley 32/2010 se remite a la LISOS que, a tal efecto, ha sido modificada al objeto de incorporar los tipos relativos a la prestación por cese de actividad. Concretamente, y en lo que aquí nos interesa, la DF 2.ª de la Ley 32/2010 ha reformado los artículos 24.3, 25.4 y 26.2 que relacionan, respectivamente, las infracciones de carácter leve, grave y muy grave de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones, así como los apartados 1.º y 2.º del artículo 47 que abordan las sanciones correspondientes. Con ocasión de esta modificación legislativa, las infracciones y sanciones previstas para los solicitantes y beneficiarios de la prestación por cese de actividad se podrían resumir como a continuación se indica:

INFRACCIÓN LEVE		SANCIÓN	
Artículo 24.3 LISOS	a) No comparecer ante el órgano gestor de la prestación por cese de actividad. b) No devolver justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas. c) No cumplir las exigencias del compromiso de actividad.	1.ª infracción	Pérdida de 15 días de prestación
		2.ª infracción	Pérdida de 1 mes y 15 días
		3.ª infracción	Pérdida de 3 meses de prestación
		4.ª infracción	Extinción del subsidio

(38) Adviértase, en este caso, una clara incoherencia legislativa pues, en virtud de lo establecido en el artículo 8.2 de la Ley 32/2010, en la redacción dada por la DA 22.ª de la Ley 35/2010, el trabajador autónomo al que se le hubiere reconocido un derecho a la prestación económica por cese no podrá volver a solicitar un nuevo reconocimiento hasta que no transcurra un período de dieciocho meses desde la fecha de reconocimiento del último derecho a la prestación, por lo que difícilmente habrá podido generar en 12 meses un nuevo derecho a la protección por cese de actividad.

INFRACCIÓN GRAVE		SANCIÓN	
Artículo 25.3 LISOS	No comunicar las situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho a la prestación o el haber dejado de cumplir los requisitos para el derecho a su percepción.	Extinción de la prestación	
Artículo 25.4 LISOS	Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, acciones de promoción, formación, motivación, información, orientación, inserción o reconversión profesional ofrecidos por el órgano gestor.	1.ª infracción	Pérdida de 1 mes y 15 días
		2.ª infracción	Pérdida de 3 meses de prestación
		3.ª infracción	Extinción de la prestación

INFRACCIÓN MUY GRAVE		SANCIÓN
Artículo 26.1 LISOS	Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos.	Extinción de la prestación
Artículo 26.2 LISOS	Compatibilizar el trabajo por cuenta ajena o propia con el percibo de la prestación por cese de actividad.	

Como se aprecia de lo anterior, la comisión de una infracción puede ser causa de suspensión o, incluso, de extinción del derecho, dependiendo de la gravedad de la falta y de la existencia de reincidencia. De acuerdo con el artículo 41.1 LISOS, existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de 365 días siguientes al de la notificación de ésta. No obstante lo anterior, el artículo 47 del mismo cuerpo legal prevé una regulación específica que se aparta del régimen general, pues si bien mantiene el elemento temporal en términos idénticos, considera que existe igualmente reincidencia «con independencia del tipo de infracción».

La imposición de sanciones a los autónomos corresponderá al SPEE

De acuerdo con el artículo 48.4 bis LISOS, en la redacción dada por la DF 2.ªDiez de la Ley 32/2010, la imposición de sanciones a los trabajadores autónomos por infracciones con respecto a la prestación por cese de actividad corresponderá, a propuesta de la ITSS, al SPEE o al ISM si la gestión compete a un organismo público o a la autoridad competente correspondiente a la provincia en que se haya procedido al reconocimiento de la prestación, si la gestión la tiene atribuida la mutua de accidentes.

8. Régimen de incompatibilidades

La prestación económica por cese de actividad es incompatible con el trabajo, ya sea por cuenta propia o ajena, y ello aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en el RETA o en el RETM (artículo 12.1). El artículo 17.1.e) relaciona, entre las obligaciones del beneficiario de la prestación por cese de actividad, la de no trabajar durante su percepción. Y, por su parte, el artículo 26.2 LISOS en relación con el artículo 47.1.c) del mismo cuerpo legal, en la redacción dada, respectivamente, por la DF 2.ªCuatro y Nueve de la Ley 32/2010, tipifica como infracción de carácter muy grave, sancionable con la extinción del derecho, compatibilizar la prestación por cese de actividad con el trabajo por cuenta propia o ajena.

A este respecto, compartimos la opinión de quienes consideran carente de sentido la incompatibilidad entre la percepción de la prestación con la realización de actividades no incluidas en el sistema de Seguridad Social[39]; máxime si tenemos en cuenta que ésta no puede devengar a su vez una futura prestación.

Por otro lado, el subsidio por cese de actividad será igualmente incompatible con la percepción de otras prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que dio lugar a la prestación.

9. Cese de actividad, incapacidad temporal, maternidad y paternidad

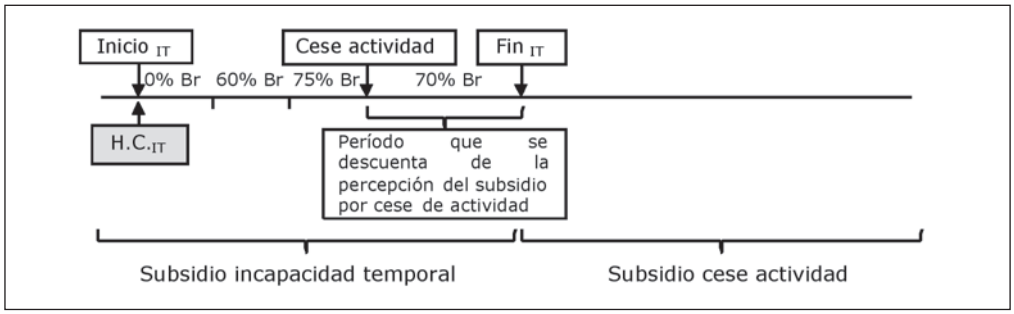
El artículo 13 de la Ley 32/2010 establece determinados criterios con respecto al nacimiento de la prestación por cese de actividad, su duración y su cuantía cuando el hecho causante se produce mientras el profesional se encuentra en situación de incapacidad temporal, maternidad o paternidad. De conformidad con lo establecido en tal precepto, si la causa que motiva el cese de actividad sobreviene cuando el profesional se encuentra en situación de incapacidad temporal, maternidad o paternidad, el beneficiario seguirá percibiendo tales subsidios hasta su extinción, en cuyo momento empezará a cobrar, de cumplir los requisitos exigidos para ello, la prestación por cese de actividad. No obstante, es importante llamar la atención sobre el diferente régimen jurídico en lo que respecta a la duración de la protección y su cuantía. El período en el que el profesional permanece en situación de incapacidad temporal, a partir de la fecha de la situación legal de cese de actividad, se descuenta del período de percepción de la prestación por cese. Por el contrario, el tiempo en el que se solapa la situación de maternidad o paternidad con la situación legal de cese de actividad no se considera consumido a estos efectos, manteniendo íntegramente el profesional el derecho a la prestación que corresponda.

Por lo que respecta a la cuantía, es necesario advertir que desde el momento en el que se produce el hecho causante de la situación legal de cese de actividad, el beneficiario del subsidio de incapacidad temporal continuará percibiendo esta prestación pero en la misma cuantía que la prestación por cese de actividad. Por el contrario, el beneficiario de las prestaciones por maternidad o paternidad las continuará percibiendo en la cuantía que a éstas corresponda.

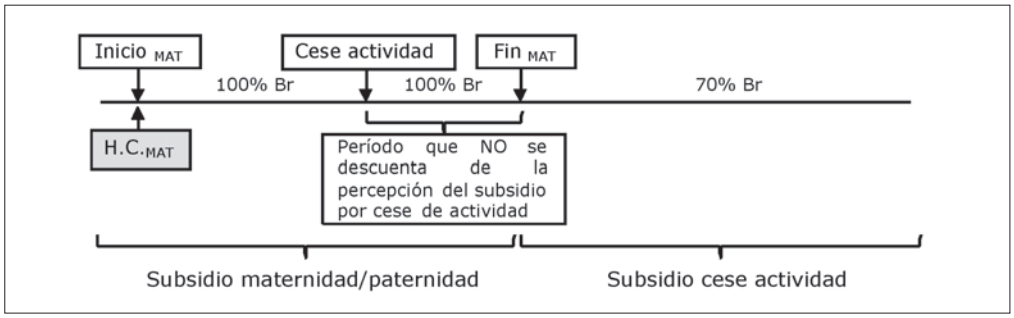
---

(39) CERVILLA GARZÓN, M.ª José, «El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero», *Documentación Laboral*, 2009, n.º 89, p. 104.

CESE DE ACTIVIDAD QUE SOBREVIENE DURANTE UNA BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL



CESE DE ACTIVIDAD QUE SOBREVIENE DURANTE UNA BAJA POR MATERNIDAD/PATERNIDAD



¿Pero qué ocurre si el hecho causante de la incapacidad temporal, de la maternidad o la paternidad se produce cuando el profesional se encuentra percibiendo la prestación por cese de actividad? En tal caso, ésta se suspende y el beneficiario pasará a cobrar la prestación que corresponda a la nueva contingencia sobrevenida. Extinguido el subsidio por la nueva contingencia, el derecho a la prestación por cese de actividad se reanudaría de oficio por el órgano gestor.

Durante la incapacidad temporal, el autónomo percibirá la prestación en cuantía igual a la prestación por cese de actividad. Durante la maternidad o la paternidad, por el contrario, el beneficiario cobrará el importe que a estas prestaciones corresponda. El tiempo transcurrido en incapacidad temporal se computa a efectos de la duración máxima de la prestación por cese de actividad. Las situaciones de maternidad o paternidad que sobrevengan durante el período de percepción de la prestación por cese, por el contrario, representan un paréntesis no computable.

Por último, es necesario señalar que si el trabajador autónomo se encontrase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración de la prestación por cese de actividad, la cuantía del subsidio variará en función de las siguientes circunstancias: a) si la baja representa la recaída de un proceso de incapacidad temporal anterior, el beneficiario seguirá percibiendo la prestación por esta contingencia en la misma cuantía en la que la venía percibiendo; b) si no representa una recaída, el beneficiario seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 80% del IPREM.

10. Jurisdicción competente

En aplicación de lo previsto en el artículo 19 de la Ley 32/2010, serán competentes los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las decisiones del órgano gestor relativas al reconocimiento, suspensión o extinción de la prestación, así como a su pago. El interesado podrá efectuar reclamación previa ante el órgano gestor antes de acudir al órgano jurisdiccional del orden social competente. Esta reclamación previa ante la mutua tiene carácter potestativo y no representa un requisito *sine qua non*(40).

IV. LA PRESTACIÓN ADICIONAL

Además de la prestación económica por cese de actividad, la acción protectora comprende una prestación adicional que consiste en el abono de las cuotas por contingencias comunes, a partir del mes inmediatamente siguiente al del hecho causante del subsidio si la protección se hubiera solicitado en plazo [artículos 3.1.b) y 7.4 de la Ley 32/2010]. En caso contrario, se tomará como referencia, no la fecha del hecho causante, sino la fecha de la solicitud de la prestación.

No obstante lo anterior, si la causa determinante del cese de actividad fuera la violencia de género, el órgano gestor no tendrá obligación de ingresar las cuotas correspondientes al trabajador autónomo, y ello por cuanto el artículo 21.5 LO 1/2004 exime a las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, de la obligación de cotizar durante un período de seis meses, y asimila este período a tiempo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social.

La base de cotización sobre la que calcular la cuota será la base reguladora de la prestación por cese de actividad (por tanto, el promedio de las bases de cotización correspondientes a los doce meses inmediatamente anteriores al hecho causante), siempre y cuando su cuantía no sea inferior al importe de la base mínima o base única del correspondiente régimen; lo que puede ocurrir cuando el importe de la base mínima de cotización fuese objeto de incremento(41).

La cotización se circunscribe a la cobertura de las contingencias comunes, sin incluir las cuotas correspondientes a las contingencias profesionales y a la misma prestación por cese de actividad; lo que encuentra su lógica, en el primer caso, en el hecho de que el beneficiario no se enfrenta, durante este período, a ningún riesgo profesional y, en el segundo, por cuanto se trata de evitar que las prestaciones del sistema devenguen a su vez prestaciones.

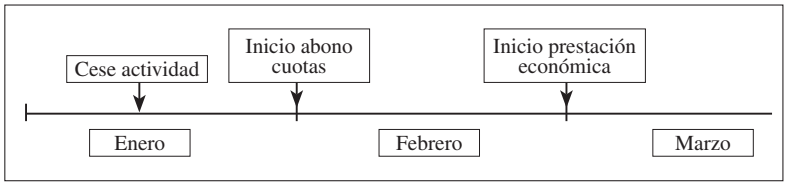
Nótese, por último, que el nacimiento de este derecho no coincide con el de la prestación sustitutiva de las rentas de activo que, como hemos visto, impone un período de espera

---

(40) RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, «La prestación por cese de actividad del trabajador autónomo. Comentario de urgencia a la Ley 32/2010, de 5 de agosto», *Actualidad Laboral*, 2010, n.º 19.

(41) PANIZO ROBLES, Juan Antonio, «Un nuevo paso en la homogeneización protectora entre regímenes de Seguridad Social: el sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (comentarios al contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto), *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos.* 2010, n.º 329/330, p. 71, nota 27.

de, al menos, un mes, abonándose a partir del segundo mes siguiente al del cese de la actividad. Tal regulación no parece sino un error legislativo; máxime si tenemos en cuenta la conexión entre ambas prestaciones, en la medida en que el derecho a esta prestación adicional se condiciona al derecho a la prestación económica; una prestación que, como sabemos, puede solicitarse hasta el último día del mes siguiente al que se produjo el cese de la actividad lucrativa.



V. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE CARÁCTER NO CONTRIBUTIVO

La prestación no contributiva por cese de actividad no ha llegado a ver la luz

La DA 13.ª había previsto una prestación económica de carácter no contributivo para aquellos trabajadores autónomos que hubieran cesado en el ejercicio de su actividad profesional y no percibieran ninguna otra ayuda o prestación pública, y cuyo importe ascendía a 425 euros mensuales durante un máximo de seis meses.

La concesión de este subsidio, aun cuando se encontraba a expensas de un futuro desarrollo reglamentario, se condicionaba al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Haber cesado en la actividad profesional a partir de 1 de enero de 2009.
b) Haber cotizado en el RETA tres de los últimos cinco años.
c) Carencia de ingresos por no recibir ninguna otra ayuda o prestación pública con el objetivo de dar un soporte económico durante su itinerario de orientación y formación profesional y porque la media de ingresos familiares no supera el 75% del SMI.
d) Suscribir el compromiso de actividad y realizar un mínimo de 180 horas de formación.

No obstante lo anterior, dicha disposición ha sido derogada pocos meses después por la DD única.1.d) de la Ley 35/2010[42], por lo que la prestación no contributiva por cese de actividad no ha llegado a ver la luz.

(42) Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre de 2010, n.º 227).

VI. CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL RÉGIMEN GENERAL Y LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS PROFESIONALES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

	Prestación por desempleo en el Régimen General	**Prestación por cese de actividad**
Situación de necesidad	Pérdida del salario con motivo de la extinción de un contrato de trabajo, siempre y cuando dicha extinción constituya una «situación legal de desempleo» (enumeradas en el artículo 208 LGSS). En definitiva es la situación de quien pierde su empleo «pudiendo y queriendo trabajar». La falta de empleo puede ser: a) Temporal o indefinida. b) Total o parcial.	Pérdida de la renta con motivo de la interrupción o el cese de una actividad económica o profesional a título lucrativo, derivados de alguna de las causas determinantes de la «situación legal de cese de actividad» (enumeradas en el artículo 5 de la Ley 32/2010). En definitiva, es la situación de quien cierra su negocio «pudiendo y queriendo ejercer una actividad profesional». La falta de actividad puede ser: a) Temporal o indefinida. b) En todo caso, total.
Requisitos	a) Encontrarse en alta o en situación asimilada a la de alta. b) Acreditar un período de cotización de 1 año dentro de los últimos 6. c) Estar en situación legal de desempleo. d) Acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada. e) No haber cumplido la edad de jubilación.	a) Encontrarse en alta o en situación asimilada. b) Tener cubiertas las contingencias profesionales. c) Tener cubierto un período mínimo de cotización de 1 año. d) Encontrarse en situación legal de cese de actividad. e) Suscribir el compromiso de actividad y acreditar disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo. f) No haber cumplido la edad de jubilación. g) Hallarse al corriente en el pago de cuotas.
Cuantía	Cuantía: % Base reguladora. **a) Porcentaje:** Varía en función del período: — 180 primeros días: 70% de la base reguladora. — Período restante: 60% de la base reguladora. **b) Base reguladora** = Promedio de las 6 últimas bases de cotización por desempleo. El importe de la prestación está sujeto a unos topes mínimos y máximos, cuyos importes varían en función de las responsabilidades familiares: Tope mínimo: — Sin hijos a cargo: 80% IPREM. — Con hijos a cargo: 107% IPREM. Tope máximo: — Sin hijos a cargo: 175% IPREM. — Con 1 hijo a cargo: 200% IPREM. — Con 2 o + hijos a cargo: 225% IPREM.	Cuantía = % Base reguladora. **a) Porcentaje:** 70% durante todo el período de disfrute. **b) Base reguladora** = Promedio de las bases por las que se hubiera cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación de cese. El importe de la prestación está sujeto a unos topes mínimos y máximos, cuyos importes varían en función de las responsabilidades familiares: Tope mínimo: — Sin hijos a cargo: 80% IPREM. — Con hijos a cargo: 107% IPREM. Tope máximo: — Sin hijos a cargo: 175% IPREM. — Con 1 hijo a cargo: 200% IPREM. — Con 2 o + hijos a cargo: 225% IPREM.

	Prestación por desempleo en el Régimen General	Prestación por cese de actividad
Duración	Varía según el número de días cotizados en los últimos 6 años: Duración mínima: 4 meses (por 360 días cotizados). Duración máxima: 2 años (por 2.160 días cotizados).	Varía según el número de meses cotizados durante los últimos 4 años y de la edad del beneficiario: Duración mínima: 2 meses (por 12 meses cotizados). Duración máxima: 12 meses (por 48 meses cotizados o 43 para los mayores de 60 años).
Financiación	La prestación por desempleo se financia a través de las cotizaciones de empresarios y trabajadores. La cuota representa el resultado de multiplicar la base de cotización por conceptos de recaudación conjunta (desempleo, FOGASA y formación profesional) por un tipo que varía en función del tipo de contrato que tenga el trabajador y de la jornada que realice: a) Contratos indefinidos, contratos en prácticas, de relevo e interinidad y contratos suscritos con personas con discapacidad (cualquiera que sea su modalidad): 7,05% (6,70% a cargo de la empresa y 1,55% a cargo del trabajador). b) Contratos de duración determinada a tiempo completo: 8,30% (6,70% a cargo de la empresa y 1,60% a cargo del trabajador). c) Contratos de duración determinada a tiempo parcial: 9,30% (7,70% a cargo de la empresa y 1,60% a cargo del trabajador).	La prestación por cese de actividad se financia exclusivamente con cargo a la cotización de los trabajadores autónomos. La cuota es el resultado de multiplicar la base de cotización por un tipo fijo del 2,2%.
Gestión	Servicio Público de Empleo Estatal.	Dependiendo de con quien haya cubierto el profesional las contingencias profesionales: a) La mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. b) El Servicio Público de Empleo Estatal (en el ámbito del RETA) o el Instituto Social de la Marina (en el ámbito del RETM).
Solicitud	Plazo: 15 días. El retraso en la solicitud la supone la pérdida de tantos días de derecho a la prestación como los que medien entre la situación legal de desempleo y la fecha en que efectivamente se formule la solicitud.	Plazo: Hasta el último día del mes siguiente a aquel en que se produjo el cese de actividad o la causa determinante de éste, según los casos. El retraso en la solicitud supone la pérdida de tantos días de derecho a la prestación como medien entre el último día de plazo de presentación de la solicitud y la fecha en que efectivamente ésta se llevó a efecto.
Nacimiento	A partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre y cuando se solicite la prestación en plazo.	A partir del primer día del segundo mes siguiente a aquel en que se produzca el hecho causante de la actividad, siempre y cuando la prestación se solicite en plazo.

	Prestación por desempleo en el Régimen General	Prestación por cese de actividad
Suspensión	Causas de suspensión (artículo 212 LGSS): a) La imposición de una sanción por infracción leve o grave. b) Cumplimiento del servicio militar. c) Privación de libertad. d) Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a 12 meses y por cuenta propia de duración inferior a 24 meses. e) Tramitación recurso sentencia sobre despido, cuando la empresa hubiera optado por la readmisión (artículo 295 LPL).	Causas de suspensión: a) La imposición de una sanción por infracción leve o grave. b) Privación de libertad. c) Realización de un trabajo por cuenta propia o ajena por tiempo inferior a 12 meses.
Extinción	Causas de extinción (artículo 213 LGSS): a) Agotamiento del plazo de duración de la prestación. b) Imposición de una sanción. c) Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a 12 meses, o por cuenta propia de duración igual o superior a 24 meses. d) Cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria. e) Reconocimiento de la condición de pensionista de jubilación o de invalidez. f) Traslado de residencia al extranjero. h) Renuncia voluntaria al derecho.	Causas de extinción (artículo 11 de la Ley 32/2010): a) Agotamiento del plazo de duración de la prestación. b) Imposición de una sanción. c) Realización de un trabajo por tiempo igual o duración a 12 meses. d) Cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria. e) Reconocimiento de la condición de pensionista de jubilación o de invalidez. f) Traslado de residencia al extranjero. g) Renuncia voluntaria. h) Fallecimiento del beneficiario.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CERVILLA GARZÓN, M.ª José. «Eficacia de cuotas en relación con el derecho a prestaciones de los trabajadores autónomos». *Temas Laborales*, 2006, n.º 84, pp. 85 a 124.

— «La reforma pro futuro de la protección social de los trabajadores autónomos tras la aprobación de su nuevo Estatuto». *Actualidad Laboral,* 2008, n.º 19.

— «El esperado informe sobre la prestación por cese de actividad: análisis del ámbito subjetivo, hecho causante, dinámica, cuantía y diseño financiero». *Documentación Laboral*, 2009, n.º 89, pp. 81 a 107.

DESDENTADO BONETE, Aurelio y TEJERINA ALONSO, José Ignacio. *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*. Valladolid: Lex Nova, 2004, 525 pp.

JOVEZ RAMÍREZ, Carmen. «El informe sobre la protección por cese de actividad: promoción del trabajo autónomo, prestación y jubilación, gestión y régimen sancionador». *Documentación Laboral*, 2009, n.º 87, pp. 109 a 136.

LAFUENTE SUÁREZ, José Luis. «La prestación por desempleo para los trabajadores autónomos». En: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Oviedo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 1251 a 1262.

LÓPEZ MOSTEIRO, Ricardo. «Desempleo y autónomos». En: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Oviedo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 1273 a 1282.

PANIZO ROBLES, Juan Antonio. «Un nuevo paso en la homogeneización protectora entre regímenes de Seguridad Social: el sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (comentarios al contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto)». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos.* 2010, n.º 329/330, pp. 61 a 96.

PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel. «Trabajo autónomo y prestación por cese de actividad: la reforma anunciada sobre el "desempleo" de los trabajadores autónomos». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos.* 2009, n.º 312, pp. 103 a 142.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio. «La prestación por cese de actividad del trabajador autónomo. Comentario de urgencia a la Ley 32/2010, de 5 de agosto». *Actualidad Laboral*, 2010, n.º 19.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación». *Revista de Derecho Social*, 2009, n.º 45, pp. 25 a 46.

Revista de Derecho del Trabajo
Justicia Laboral

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. INCUMPLIMIENTO DE ESTADO EN LA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.
2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO.
3. JERARQUÍA NORMATIVA.
4. *LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALI.*
5. TRANSVERSALIDAD DE LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY DE IGUALDAD.
6. LEYES INAPLICABLES SIN NORMATIVA DE DESARROLLO.
7. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.
8. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS.
9. ACUERDOS DE LA COMISIÓN PARITARIA DEL CONVENIO.
10. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.
11. FINIQUITO.
12. EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA.
13. EFECTOS *EX TUNC* DE SENTENCIA ANULATORIA DE CONVENIO COLECTIVO.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 1 a 4 de 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 619).

1. INCUMPLIMIENTO DE ESTADO EN LA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

A instancia de la Comisión de las Comunidades Europeas, la **STJUE de 20 de mayo de 2010**, IL J 571, condena al Reino de España por no transponer adecuadamente la Directiva

2003/88/CE, de 4 de noviembre, sobre ordenación del tiempo de trabajo, concretamente por no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas. Frente a las alegaciones formuladas por el Reino de España, según las cuales la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, en su versión modificada por la Orden Ministerial 107/2007, de 26 de julio, habría adaptado el Derecho interno a la Directiva en relación con los militares profesionales de las Fuerzas Armadas pertenecientes al Ministerio de Defensa, y de que estarían en curso los trámites legislativos necesarios para transponer la Directiva por lo que respecta al personal de la Guardia Civil, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que las referidas Órdenes Ministeriales sólo han llevado a cabo una transposición incompleta de las mandatos comunitarios, como por otra parte reconoce expresamente el Reino de España, por lo que lo condena por incumplimiento de la citada Directiva.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO

En relación a una cláusula del II Convenio Colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado en la que se establecía que determinado complemento singular de puesto de trabajo sólo debía reconocerse —tras la refundición de los viejos grupos profesionales III y IV en un nuevo y único grupo III— a los trabajadores del que fuera viejo grupo III, y no a los del anterior grupo IV que vinieran efectivamente desempeñando tareas del grupo III, dice la **STS de 30 de diciembre de 2009**, IL J 1, que ello no es contrario al principio de igualdad y no discriminación pues se trata de una diferenciación de trato objetiva y justificada.

De acuerdo con la doctrina ya unificada en esta materia —se cita al efecto la STS de 19 de marzo de 2009 (recurso 2788/2008)—, viene a decir la sentencia que los trabajadores del grupo inferior (IV) ven adecuadamente reconocido su derecho y satisfecho su interés —el cobro de las retribuciones que venían percibiendo por el desempeño de trabajos de categoría superior— por el mero hecho de su integración en el superior grupo III, lo que justifica que el complemento en cuestión sólo se reconozca a los que en la fecha de la integración de los grupos pertenecieran al superior. Dice en efecto la sentencia que «para compensar proporcionalmente a quienes teniendo formalmente una cualificación profesional más elevada y por ello habían tenido asignados puestos de mayor responsabilidad por pertenecer al antiguo Grupo profesional III y, en consecuencia, tenían encomendado el desempeño de los concretos puestos de trabajo atribuidos a tal Grupo, la ahora cuestionada Disposición Adicional segunda del II CUAGE, con tal finalidad compensatoria confesada ("Con la finalidad de adecuar la clasificación profesional y la integración en cinco grupos"), una vez producida la integración en el nuevo Grupo III de los integrantes del inferior y ahora extinto Grupo IV, determina la asignación de un denominado "complemento singular de puesto 'específicamente' para los puestos ocupados de los anteriores grupos profesionales 3, 5 y 7", que han sufrido igualmente en el nuevo Convenio las consecuencias de la integración de Grupos inferiores (Disposición Adicional 1.ª), y, en cuanto ahora nos afecta, "en la modalidad A2 para los puestos del anterior grupo III"; por lo que, parece

evidente que "condiciona la percepción del complemento singular del puesto a la anterior pertenencia a un determinado y específico grupo profesional".

Debe en consecuencia afirmarse que "la norma adicional 2.ª del II Convenio es aplicable exclusivamente a quienes en el I CUAGE estaban encuadrados formalmente en su ahora extinto Grupo profesional III desempeñando los puestos correspondientes a tal Grupo, pero sin crear derechos a favor de quienes perteneciendo a otros Grupos profesionales del anterior Convenio pudieran haber desempeñado en determinados períodos temporales funciones correspondientes a una categoría superior a la que les correspondía en aquel momento. Por lo que, además, la posible desigualdad derivada de la asignación de un complemento singular de puesto a los puestos ocupados del anterior grupo profesional III en su modalidad A2 para los puestos del anterior grupo III, cabe, en principio, calificarla como objetiva y razonable"».

Lo mismo dicen las **SSTS de 19 de enero de 2010**, IL J 34, y **21 de enero de 2010**, IL J 60.

La **STS de 20 de enero de 2010**, IL J 43, no considera tampoco contraria al principio de igualdad la normativa —legal y convencional— en cuya virtud «el derecho al modelo de carrera/promoción profesional» y la «paga a cuenta del sistema de carrera profesional pendiente de desarrollo» se reconoce sólo al personal estatutario fijo del Servicio Madrileño de Salud, y no al personal laboral temporal que presta servicios en la referida entidad. Aun tratándose de personal laboral temporal que, en virtud de lo dispuesto en su contrato de trabajo, se rige por el sistema retributivo del personal sanitario, la sentencia considera justificada, y no contraria al principio de igualdad y no discriminación, la regla que excluye a los contratados laborales temporales de los aludidos derechos del personal estatutario indefinido.

De entrada, porque, según ha puesto de manifiesto la doctrina constitucional, «la existencia de una regulación diferenciada entre funcionarios públicos y trabajadores, de carácter administrativo la de los primeros y de naturaleza laboral la de los segundos, comporta diversidad que justifica un distinto tratamiento retributivo», de modo que «la distinta composición del régimen retributivo de los funcionarios públicos y de quienes, sin serlo y en virtud de una relación laboral, prestan servicios a la Administración Pública, no constituye, en modo alguno, tipo alguno de discriminación». En este sentido, se ha admitido de hecho la diferencia de trato incluso cuando las tareas desempeñadas eran las mismas: «es necesario resaltar que no basta con que las tareas asignadas a dos categorías distintas de funcionarios —en este caso, funcionarios de carrera, de un lado, y funcionarios interinos o contratados administrativos, de otro— sean idénticas o análogas para estimar discriminatoria la diferencia retributiva denunciada, pues no es el único criterio objetivo que el legislador o la Administración pueden ponderar a efectos de las retribuciones de las distintas categorías de funcionarios, sino que también pueden contemplar otros factores de diferenciación objetivos y generales, como son, las exigencias de preparación o el correspondiente sistema de acceso».

El no reconocimiento de la gratificación «a cuenta» del sistema de carrera profesional al personal laboral temporal del Servicio Madrileño de Salud se basa, no sólo en el carácter laboral de tales trabajadores, sino también en su condición de trabajadores temporales. Dice en efecto la sentencia que la «carrera profesional» y los beneficios económicos que

ésta lleva aparejados, se sitúa en un «contexto de *permanencia indefinida* en el desempeño de las funciones que se compadece mal con la transitoriedad —demasiado a menudo burlada, ciertamente— que por definición es predicable del personal estatutario interino o aún del personal laboral "indefinido" asimilable [por la obligación que la Administración tiene de cubrir la plaza por los cauces reglamentarios]; por lo que esta diferencia intrínseca en la proyección temporal de ambos tipos de colectivos justifica que la carrera profesional se limite a quien en principio va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia y que expresamente se excluya a quien por propia definición legal tiene con la Administración Pública una vinculación laboral limitada en el tiempo». Aparte, dice la sentencia, «esa "promoción interna" parece implicar una variación funcional que es incompatible con el desempeño interino de una determinada vacante, pues es la limitación a ese concreto puesto de trabajo la que justifica precisamente la existencia de la relación de interinidad, de manera que la promoción a otro puesto o categoría priva de objeto al contrato y apunta a su extinción, al menos en su configuración inicial de cobertura interina de una concreta plaza sin cubrir».

De mucho interés es la **SAN de 11 de febrero de 2010**, IL J 104. Se plantea en ella la cuestión de si un acuerdo de empresa puede establecer un seguro médico colectivo sólo en favor de los fijos de plantilla, con exclusión por tanto de los trabajadores con contratos temporales. Tras un recordatorio sobre la diferente naturaleza y alcance de las exigencias de igualdad y de no discriminación, y el sometimiento o no a éstas —según qué casos— de los convenios colectivos estatutarios y la autonomía de la voluntad en las relaciones privadas, la sentencia se pronuncia sobre la incidencia de tales principios en los acuerdos de empresa.

«Es cierto y no escapa a la Sala —dice la sentencia— que la aplicación del principio de igualdad a los acuerdos de empresa, a diferencia de los convenios colectivos, cuya naturaleza normativa obliga a respetar escrupulosamente el principio de igualdad, ha sido negada por la jurisprudencia», pero «no es menos cierto que la igualdad entre trabajadores fijos y temporales deriva en este caso de una norma legal, que es el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, que impone de forma general la exclusión de diferencias de trato en función del carácter temporal del contrato, como recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2003 y es aplicable tanto a los convenios colectivos, regulados en el Título III ET, cuanto a los acuerdos de empresa, en función de los principios de legalidad y jerarquía normativa, consagrados en el artículo 9.3 CE», habiéndose subrayado por la jurisprudencia, por todas, STS de 27 de marzo de 2007, que el artículo 15.6 ET contiene un «inequívoco mandato de igualdad». Al margen de esto, en este caso específico podría defenderse la vinculación del acuerdo de empresa de referencia por el principio de igualdad, en la medida en que estamos ante «un acuerdo de empresa de eficacia general», puesto que se suscribió con las secciones sindicales de empresa, que ostentan la mayoría de los representantes unitarios, «de modo que la exclusión de los trabajadores con contratos temporales vulneró el principio de igualdad del artículo 14 CE».

No hay ninguna razón objetiva que justifique la no aplicación del referido seguro médico a los trabajadores temporales, pues la «naturaleza de la mejora voluntaria de la Seguridad Social pactada por las partes no impide de ningún modo, su extensión a los contratados temporales, sea cual fuere la duración de sus contratos, ya que no se probó que el mercado rechace generalizadamente la inclusión de estos trabajadores en dichas pólizas,

no probándose siquiera que la póliza suscrita contuviera impedimentos al respecto, ni que existan períodos de carencia que, unidos al tiempo de superación del período de prueba, impidan, en la práctica, el disfrute del derecho al colectivo de trabajadores con contratos de carácter temporal».

La exigencia de igualdad y no discriminación, legalizada en relación a los contratos a tiempo parcial en el artículo 12.4.d) ET, lleva a la **SAN de 12 de febrero de 2010**, IL J 279, a considerar nulos los preceptos de un convenio colectivo en que «restringe los derechos de los trabajadores a tiempo parcial a aquellos que realicen una jornada igual o superior al 80% de la misma prevista en el Convenio». Según la sentencia, no ha quedado probado que el trato diferenciado a los trabajadores con contrato a tiempo parcial con jornadas inferiores al 80% obedezca a ninguna «causa razonable», por lo que ha de acogerse la nulidad de la citada regla. Por la misma razón, tampoco puede el convenio hacer depender el derecho de los trabajadores a tiempo parcial —en este caso todos los trabajadores a tiempo parcial— a ser compensados en concepto de «prendas de trabajo» de la cuantía de la jornada, pues el derecho a las referidas prendas es una ventaja indivisible que no admite graduación, y que, so pena de discriminación, debe ser disfrutada por los trabajadores a tiempo parcial en las mismas condiciones en las que la disfrutan los trabajadores con contratos a tiempo completo.

Según la **STS de 8 de marzo de 2010**, IL J 425, el Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Junta de Andalucía no vulnera el principio constitucional de igualdad cuando excluye de su ámbito de aplicación al personal laboral que presta servicios en las Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, privándole de una mejora de acción protectora en los casos de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Sucede así (1) porque las partes negociadoras del convenio deben disponer de determinado margen de discrecionalidad para definir el ámbito de aplicación del convenio que suscriben; (2) porque el derecho afectado constituye «una mejora voluntaria de prestaciones» que no resulta legalmente debida sino que es fruto de una decisión libre y voluntaria de la empresa; (3) porque los trabajadores excluidos del ámbito de aplicación del convenio realizan «actividades distintas» y están sujetos a «organismos distintos» sometidos también a «presupuestos distintos»; (4) porque la exigencia constitucional de igualdad es compatible con el establecimiento por convenio colectivo de regímenes jurídicos diferenciados cuando se trate de situaciones distintas.

3. JERARQUÍA NORMATIVA

Los acuerdos colectivos concertados al margen de las exigencias de los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores —convenios extraestatutarios— no pueden contradecir lo dispuesto en las normas de superior rango, trátese de la ley, un convenio estatutario o la misma Constitución. Así se pronuncia concretamente la **STS de 18 de enero de 2010**, IL J 52, en la que no se admite que una trabajadora que ha adquirido la condición de indefinida en la empresa en virtud de unos acuerdos colectivos —no publicados— entre ésta y los representantes de los trabajadores se vea privada del cómputo del tiempo de servicio como temporal a efectos de calcular y determinar sus derechos de antigüedad en la empresa. El hecho de que la trabajadora haya adquirido la condición de fija en virtud

de los referidos acuerdos no implica que los criterios de cómputo de antigüedad que éstos incorporan deban regir por encima de lo que dispone el convenio estatutario de aplicación, el artículo 15.6 ET y la misma Constitución.

Dice la sentencia que los criterios de cálculo de la antigüedad de los trabajadores están sometidos no sólo a la exigencia constitucional de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), sino también, específicamente por lo que respecta al caso de los contratos temporales, al artículo 15.6 ET, según el cual, «cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualesquiera que sea la modalidad de contratación», lo que ha llevado a la jurisprudencia a entender reiteradamente que «el carácter temporal de la relación no es causa que pueda justificar un trato diferente a efectos de la remuneración por antigüedad» (por todas STS, Sala General, de 7 de octubre de 2002). Igualmente, dice la sentencia que el convenio de aplicación establece el complemento personal de antigüedad para retribuir «la vinculación y dedicación personal ininterrumpida del trabajador a la empresa evidenciada por el tiempo de servicio», especificando que «al personal interino, eventual o temporal que durante el período de su contratación deviniera personal fijo por alguno de los procedimientos que se establezcan en el mismo le será computado el tiempo de servicios en su anterior situación» (de temporal).

Los Acuerdos suscritos entre la empresa y la representación de los trabajadores en virtud de los cuales la actora logró la fijeza en plantilla, al menos en lo que al cómputo de la antigüedad se refiere, por no tener en cuenta todo el tiempo de servicios prestado en contratos temporales previos, operaron al margen de lo establecido en el ET y el Convenio Colectivo aplicable. De este modo, estos pactos, de los que ni siquiera consta su publicación en periódico oficial alguno, vulneran, según la sentencia, el sistema de fuentes de la relación laboral (artículo 3.1 ET) al estar claramente en contra, tanto de lo que al respecto prevé el artículo 15.6 de la norma estatutaria con relación a cualquier trabajador por cuenta ajena, como de lo que contempla la norma convencional para quienes se encuentren dentro de su ámbito personal de aplicación.

Según la **STS de 4 de febrero de 2010**, IL J 127, no es posible dentro del ámbito de la Administración que el convenio colectivo establezca procedimientos de transformación de personal temporal en personal fijo al margen de los criterios constitucional y legalmente exigidos de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público indefinido.

En el caso de acuerdo colectivo suscrito por el Ayuntamiento de Madrid y los sindicatos y por el que se excluían del proceso de consolidación de empleo temporal, y eran automáticamente reconocidos como trabajadores laborales fijos, a efectos de Convenio, los funcionarios interinos de la Administración Especial que hubieran tenido en la misma categoría profesional un contrato laboral temporal antes del 7 de octubre de 1996, dice la sentencia que ello no es posible «porque el acceso al empleo público está sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como se desprende de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y estos principios son aplicables tanto en el marco del acceso a los puestos de funcionarios, como en el que corresponde al empleo laboral estable, como muestra la regulación contenida en la actualidad en el artículo 55.1 del Estatuto Básico

del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, y a tenor del cual «todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico».

Ello es así —precisa la sentencia— «sin que la remisión que el artículo 83 EBEP realiza a los convenios colectivos lleve a conclusión contraria, pues lo que se autoriza a éstos es a concretar los procedimientos de selección que garanticen la aplicación de esos principios en el ámbito del empleo público laboral, pero no a establecer formas de reclutamiento de personal que contraríen las exigencias constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, pues tanto el número 1 del artículo 55 como su número 2, sobre los principios de los procesos de selección, son aplicables a todo el empleo público, como por lo demás puede verse en la regulación de la selección del personal laboral en los artículos 28 a 33 del Real Decreto 364/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado. El mismo criterio regía con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pues, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, «las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad». A estos principios se remite también el artículo 91.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, a tenor del cual la selección de todo el personal de las Corporaciones Locales «sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad».

Dice la sentencia que esta solución responde al mismo criterio que alienta la jurisprudencia sobre el contrato «indefinido no fijo» elaborada a propósito de los efectos de la contratación temporal irregular al servicio de las Administraciones Públicas, caso en que, como es sabido, el Tribunal Supremo ha evitado decretar la fijeza de estos trabajadores —que parece obligada según lo dispuesto en la legislación laboral— debido a la necesidad de salvaguardar las exigencias administrativas y constitucionales de acceso al empleo público indefinido conforme a criterios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Es por esto por lo que la sentencia termina concluyendo que «es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado período de tiempo o por tener reconocida, a partir de octubre de 1996, la condición de trabajador indefinido, se está vulnerando el ordenamiento, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y las exigencias de mérito y capacidad».

Según la **STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2009**, IL J 373, la regulación legal de la jornada de trabajo, y particularmente las previsiones que establecen los topes máximos de la misma, constituyen derecho necesario, de modo que no cabe que el convenio colectivo —y mucho menos el contrato— puedan establecer criterios de cómputo de la jornada que subviertan los referidos límites máximos. La cláusula del convenio en que se haga posible un cómputo del tiempo de trabajo distinto al que se desprende de las previsiones de rango legal que establecen los topes de jornada máxima será nula por vulnerar la jerarquía normativa.

4. *LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALI*

Se plantea en la **STS de 15 de enero de 2010**, IL J 47, el tratamiento —y retribución— que debe darse al exceso de jornada de un Médico del Servicio de Salud del Principado de Asturias contratado en virtud de una relación laboral indefinida, si el de «horas extraordinarias» del artículo 35 ET o el de «jornada complementaria» establecido en la Ley 55/2003, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

Según la sentencia, «no se controvierte que el Convenio aplicable remite (artículos 8 y 11) el régimen retributivo y la jornada laboral de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación a lo dispuesto en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 17 de diciembre de 2003», por lo que la cuestión «queda reducida a determinar si el Convenio Colectivo y la Ley que aprobó el citado Estatuto Marco pueden establecer un sistema retributivo de las guardias de presencia (horas extras) del personal médico laboral distinto al que inicialmente se deriva de lo establecido por el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores». La sentencia resuelve que el régimen jurídico aplicable no es el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, sino el establecido en el artículo 48 del Estatuto Marco, y ello por cuanto éste fue aprobado por una ley que especialmente contempla el supuesto examinado, lo que hace aplicable el principio «*lex specialis derogat legi generali*».

Así pues, se desprende de lo dicho que el referido Estatuto Marco es de aplicación «al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud», de manera que el referido personal viene obligado a realizar la jornada complementaria (guardias) establecida en la programación funcional de cada centro, así como que la jornada ordinaria y la complementaria de ese personal no podrá exceder de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral y que «la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias».

5. TRANSVERSALIDAD DE LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY DE IGUALDAD

Se plantea en la **STS de 21 de diciembre de 2009**, IL J 5, la cuestión de si la regla que incorpora la Disposición Adicional 44.ª LGSS, según redacción dada a la misma por la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad, que comporta la necesidad de entender como cotizados un total de 112 días en supuestos de parto, debe o no aplicarse a la hora del cálculo de una pensión de vejez del SOVI. Se trataba concretamente en el caso de una trabajadora que tenía acreditados 1.744 días de cotización y que pretendía que se adicionaran a éstos los 112 que la referida Disposición Adicional 44.ª reconoce en supuestos de parto para así completar los 1.800 días que en el ámbito del SOVI se exigen para acceder a la pensión de vejez solicitada.

La cuestión se plantea porque como es sabido las pensiones del SOVI constituyen un régimen residual y excepcional de protección en el que no resultan de aplicación las normas del sistema de Seguridad Social, y respecto de las que podría dudarse que fuera aplicable la aludida Disposición Adicional 44.ª LGSS, referida a «cualquier régimen de la Seguridad

Social», no a mecanismos de protección excepcionales y al margen del sistema de Seguridad Social. Tras referirse la sentencia a la especialidad del SOVI como mecanismo de protección en nuestro sistema de Seguridad Social, y reconocer expresamente que a éste no le son de aplicación los preceptos del actual sistema de Seguridad Social, la misma se mostrará partidaria sin embargo de entender aplicable la Disposición Adicional 44.ª LGSS a las pensiones del SOVI.

Dice la sentencia que «sin que ello suponga alterar la anterior doctrina hasta ahora reseñada, la cual continúa plenamente vigente, a la hora de interpretar la nueva previsión normativa contenida en la vigente Disposición Adicional 44.ª de la LGSS, no puede obviarse que la misma ha sido introducida por la Disposición Adicional 18.ª23 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (...), lo que obliga a abordar la cuestión suscitada en el litigo desde la perspectiva marcada por dicha Ley». Y la perspectiva de esta ley es la de «hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres ... sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 CE», razón por la que la misma se presenta con una «naturaleza transversal que impide la catalogación de las normas a las que afecta en el sentido limitado que se derivaría de una interpretación como la que extrae el SOVI del sistema de Seguridad Social».

El «principio de transversalidad» que se recoge en el artículo 4 de la ley de igualdad, consagrado también en la normativa europea (*gender mainstreaming*, definido en el artículo 29 de la Directiva 2006/54 /CE), se plasma aquí —dice la sentencia— de modo expreso y con vocación de generalidad, como ya hizo, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género —con afectación en varias ramas del Derecho—, superando los tímidos intentos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación familiar y laboral de las personas trabajadoras, y de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. En tal sentido, la Exposición de Motivos de la ley señala: «la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, es principio fundamental del presente texto. Todos los ámbitos de actuación están afectados por la Ley de igualdad y sin duda lo está la normativa laboral y de Seguridad Social, pues no es baladí el hecho de que cuantitativamente el grueso de sus normas pertenecen a dichos campos».

Por consiguiente, concluye la sentencia, una norma como la analizada —Disposición Adicional 44.ª LGSS— exige un canon de interpretación amplio que permita la consecución de su objetivo (la efectiva igualdad) y sirva para combatir el efecto negativo del embarazo y la maternidad, por más que se trate de una norma de Seguridad Social, pues su justificación hace precisa una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional. La Disposición Adicional 44.ª LGSS, introducida por la Disposición Adicional 18.ª23 de la Ley de igualdad, se refiere a «cualquier régimen de Seguridad Social», lo que no puede ser interpretado en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de seguridad social que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967. Y ello porque la finalidad del precepto no es mejorar

la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la seguridad social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, pues esa actividad laboral es la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo. Las trabajadoras ya acreditan de modo efectivo la cotización por 112 días (16 semanas), mientras disfrutan del descanso de maternidad —y así lo contempla el precepto, al excluir de su aplicación a quienes hubieren cotizado por las 16 semanas—. Lo que la ley pretende es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección. Precisamente por ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina, el juicio sobre el valor de la norma encaminada a paliar la discriminatoria se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese período obedece exclusivamente a aquella circunstancia».

> «Los cánones interpretativos que venimos indicando —continúa la sentencia— hacen que el beneficio otorgado por la Disposición Adicional 44.ª LGSS sea aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección de futuro. La Ley que sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es en este sentido una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad». Por lo demás, «las pensiones SOVI tienen un carácter que puede calificarse de contributivo (precisaban de prestación de servicios, inscripción, afiliación y cotización), diferenciadas de las que hoy no requieren ningún tipo de aportación al sistema, y es éste el de la contributividad el requisito que la Disposición Adicional 44.ª LGSS impone, cumplido el cual no se excepciona ninguna de tales pensiones».

Lo mismo dicen las **SSTS de 19 de enero de 2010**, IL J 35, y **18 de febrero de 2010**, IL. J 235.

6. LEYES INAPLICABLES SIN NORMATIVA DE DESARROLLO

De acuerdo con una doctrina ya reiterada, manifestada, por ejemplo, en SSTS de 22 de junio, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 2009, no es posible la jubilación parcial del personal estatutario del servicio público de salud mientras la regulación legal no sea objeto de desarrollo reglamentario, no juzgándose suficiente al efecto la regulación que ofrecen la LGSS (artículo 166.2), la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [artículos 17.1.i) y 26.4] o la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (Disposición Adicional 6.ª). La **STS de 26 de enero de 2010**, IL J 19, confirma esta doctrina desestimando, por falta de contenido casacional, un recurso en que un trabajador contratado en régimen estatutario por el SAS solicitaba una jubilación parcial.

7. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

Trata la **STS de 16 de febrero de 2010**, IL J 244, de un problema de concurrencia de dos convenios de sector de ámbito distinto —el Convenio Colectivo Nacional de Empresas Consultora de Planificación, Organización y Contable y el, posterior en el tiempo, de Oficinas y Despachos para la provincia de Vizcaya— que por la definición de su campo material resultan igualmente aplicables a la empresa, cuya actividad principal es la prestación de servicios informáticos. Aplicando las reglas generales de concurrencia del artículo 83 ET parece que el convenio de aplicación debería ser el anterior en el tiempo, convenio que por ser estatal dispondría además del privilegio de regular las condiciones en las que un convenio de ámbito inferior dispondría de capacidad para afectar a las materia reguladas por aquél, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 83.2 ET, que confiere a los convenios sectoriales de ámbito estatal la capacidad de «establecer la estructura de la negociación colectiva» y «fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación».

Ello no obstante, la sentencia declarará que el convenio de aplicación es el convenio posterior de ámbito inferior, por establecerlo así la regla especial de articulación de convenios del artículo 84 ET, y en la medida en la que este convenio —el Convenio de Oficinas y Despachos de la provincia de Vizcaya— es un convenio de ámbito superior a la empresa y no está implicada una materia no susceptible de negociación en ámbitos inferiores al sectorial estatal. Es más la sentencia aclara que la preferencia aplicativa a favor del convenio posterior de ámbito inferior descrita en el artículo 83 ET es norma imperativa y no supletoria, de modo que el convenio de sector estatal no puede establecer reglas contrarias a las de la referida previsión estatutaria.

Dice concretamente la sentencia que nos ocupa que, tras lo dispuesto en el artículo 83, el ET establece en el artículo 84 que «en todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los Sindicatos y las Asociaciones Empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán en un ámbito determinado que sea superior al de empresa negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente unidad de negociación». Es verdad que esa posibilidad de negociación no es absoluta, puesto que el tercer y último párrafo del mismo precepto restringe esas facultades en relación con una serie de materias, pues se dice que «en el supuesto previsto en el párrafo anterior se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica».

En cualquier caso, lo que según la sentencia está claro es que, frente al artículo 83, «el párrafo segundo del artículo 84 ET concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este artículo 84. Siendo claro además que el mandato del artículo 84 ET "no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus

ámbitos territorial y funcional". La redacción y expresiones de este párrafo segundo del artículo 84, sobre todo las frases "en todo caso" y "a pesar de lo establecido en el artículo anterior", dejan patente —según la sentencia— "que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el artículo 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales"».

Aplicando la doctrina referente a la prioridad aplicativa del convenio posterior (supraempresarial) de ámbito inferior al sectorial estatal (o de Comunidad Autónoma), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 ET, la **SAN de 12 de febrero de 2010**, IL J 279, anula las reglas de articulación convencional que incorpora el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes «en cuanto reserva a su propia unidad de negociación determinadas materias que considera propias y exclusivas del ámbito estatal para el sector», contraviniendo la exigencia de descentralización, de carácter imperativo e indisponible, a la que se refiere el artículo 84 ET.

8. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

Se refiere a los convenios colectivos extraestatutarios la **STS de 16 de diciembre de 2009**, IL J 18. La cuestión planteada es la de decidir si atenta contra la libertad sindical una negociación colectiva, llevada a cabo al margen de las previsiones que sobre la negociación colectiva se contienen en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, en la que la empresa, tras recibir determinadas propuestas en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral formuladas por determinado sindicato, suscribe un pacto extraestatutario con otros sindicatos y en el que no participa el que había formulado las referidas propuestas. Se trata en definitiva de decidir si en un proceso de negociación colectiva extraestatutaria puede la empresa excluir la participación de un sindicato, o, desde la perspectiva inversa, si el derecho a la negociación colectiva que el artículo 28 de la Constitución reconoce a todo sindicato implica su derecho a participar en negociaciones extraestatutarias y, por ende, la exclusión de un sindicato de tales negociaciones constituye un atentado a la libertad sindical.

Dice la sentencia que no. Básicamente porque los convenios colectivos extraestatutarios —respecto de los que el Tribunal Constitucional ha señalado que «se encuentran amparados por el artículo 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios» y «carecen de eficacia *erga omnes,* teniendo sólo una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido de circunscribir su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias», valiendo como meros contratos— presentan como singularidad más relevante la de «la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor». De este modo, concluye la sentencia que «si bien es cierto que el sindicato accionante fue excluido por la empresa de la negociación de un pacto sobre conciliación de la vida laboral, familiar y personal» con otras centrales sindicales a pesar de que aquél había formulado a la empresa propuestas concretas en relación con dicha materia, no es menos cierto que, en la medida en la que el pacto suscrito tiene naturaleza extraestatutaria, «no se rige por los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores,

reguladores de la negociación colectiva estatutaria, sino por los correspondientes preceptos del Código Civil que regulan los contratos, por lo que la autonomía de la voluntad es la que rige los mismos y, en consecuencia, la exclusión del Pacto de un determinado sindicato no vulnera dichos preceptos ni, por ende, el derecho de libertad sindical».

Un interesante repaso de la doctrina general sobre los acuerdos extraestatutarios se contiene en la **STS de 9 de febrero de 2010**, IL J 282. Dice la sentencia que además de los convenios estatutarios, la doctrina y la jurisprudencia (constitucional y ordinaria), viene admitiendo la realidad de la existencia y eficacia de otros acuerdos adoptados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, llamados pactos, acuerdos o convenios extraestatutarios o de eficacia limitada. Se trata de convenios negociados al margen de las exigencias legales —especialmente de representatividad— de los artículos 82 y siguientes ET (de ahí el nombre de «extraestatutarios»), pero que no por ello son ilegales, sino simplemente «alegales», pues son expresión, junto con los estatutarios, del derecho de negociación colectiva del artículo 37 CE.

Al no aplicárseles las reglas específicas del ET en materia de negociación colectiva, se rigen por las reglas generales de la contratación privada; de hecho, los referidos convenios valen como meros contratos, de modo que sólo obligan a los trabajadores y empresarios representados por los agentes que han participado en su negociación (eficacia limitada). Como consecuencia de ello se da la singularidad de que en estos convenios la empresa goza de «absoluta libertad» a la hora de «proceder a la selección de sus interlocutores», de modo que no puede considerarse contrario a la libertad sindical —al contrario de lo que acontece en el caso de los convenios estatutarios— la exclusión de su negociación de determinados sindicatos.

Rasgo también muy importante de los referidos convenios, y que resalta la sentencia que reseñamos, es su vigencia limitada en el tiempo, que produce dos efectos de la mayor importancia. El primero es que, a diferencia de lo que acontece en el caso de los convenios de eficacia general, no rige la regla de ultraactividad, de modo que llegado el convenio a su término de vigencia no es posible la prórroga de las reglas que el mismo incorpora. El segundo efecto es que, pese a tener la naturaleza de verdaderos contratos, las condiciones o derechos que ellos recogen no se convierten nunca en condiciones más beneficiosas, precisamente porque el carácter temporal de las cláusulas o compromisos que incorporan está poniendo de manifiesto que la voluntad de los contratantes es que la ventaja o el derecho que se está concediendo valga sólo durante el tiempo de vigencia del acuerdo extaestatutario.

9. ACUERDOS DE LA COMISIÓN PARITARIA DEL CONVENIO

A propósito de un acuerdo de la Comisión Paritaria que aprobaba unas reglas de jornada distintas a las dispuestas en el Convenio de aplicación, reglas a las que se oponía la empresa, resuelve la **STS de 18 de febrero de 2010**, IL J 247, que si bien es verdad que la Comisión Paritaria carece de facultades normativas y de negociación colectiva en sentido estricto, sí puede sin embargo servir de plataforma para alcanzar acuerdos entre los representantes de los trabajadores y la empresa de los que puedan derivarse algún tipo de compromisos.

Señala concretamente la sentencia que la base de la que debe partirse es que «las Comisiones Paritarias designadas al amparo del artículo 85.3.e) ET e integradas por representantes de los sindicatos firmantes del Convenio tienen atribuidas exclusivamente funciones de interpretación, gestión y administración del Convenio y sus decisiones no tienen valor de convenio colectivo ni, por ende, eficacia normativa», pues su competencia no se extiende a funciones de naturaleza negociadora cuyo ejercicio implica una acción normativa típica en la medida en que suponen una modificación de lo pactado», de modo que «cualquier acto emanado de aquellas modificando el contenido del Convenio habría de ser declarado nulo».

Siendo esto cierto, la sentencia precisa que «no estamos en el caso ante una decisión adoptada por la Comisión paritaria en interpretación del convenio, sino frente al establecimiento de un compromiso, de alcance colectivo, cuya ratificación y constancia aparece plasmada con ocasión de la reunión de la comisión paritaria. Mediante él se introduce una mejora en el convenio que no altera la condición sustancial relativa a la duración de la jornada anual y que, a su vez, es confirmada por la conducta empresarial consistente en ejecutar lo acordado en los dos años sucesivos a la firma del propio convenio». Según la sentencia, este acuerdo es válido, pues constituye una especie de pacto extraestatutario concertado con ocasión o por mediación de la Comisión Paritaria, de modo que «el hecho de que la cuestión del compromiso relativo a esos horarios aparezca en el acta de la reunión de la comisión paritaria es sólo una cuestión de coincidencia temporal y de constatación documental que sirven para afirmar la existencia del acuerdo y, por ende, el reconocimiento del derecho por parte de la empresa».

10. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

En relación a la supresión unilateral por la empresa de determinada ventaja retributiva y de conciliación familiar de los trabajadores, la **STS de 11 de febrero de 2010**, IL J 143, nos recuerda la doctrina de la condición más beneficiosa. Dice la sentencia que «para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo». Todos estos requisitos, por cierto, los entiende cumplidos en el caso la sentencia debido a «la permanencia y generalidad de la conducta empresarial» reconociendo la referida ventaja, en aplicación desde 2003 y cuya efectividad se quiere suprimir, cuatro años después, en 2007.

Por lo que respecta a la posibilidad de su supresión de la condición más beneficiosa, la sentencia nos recuerda que su incorporación al vínculo contractual «impide poder extraer la ventaja del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito —artículo 3.1.c) ET— y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada

o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación en el caso las previsiones del artículo 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el artículo 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar de forma unilateral». Así pues, «no habiendose acreditado un acuerdo entre las partes o bien que la condición existente resulte compensada o neutralizada por otra en virtud de norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, no cabe reconocer la existencia de causas que pongan término a la condición más beneficiosa que se reclama».

No permite tampoco la **STSJ de Castilla y León de 26 de noviembre de 2009**, IL J 195, que una empresa suprima unilateralmente determinadas ventajas de horario y jornada que, por encima de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, han venido disfrutando los trabajadores durante años sucesivos. Según la sentencia, un régimen horario y de jornada así, por ser respetado por la empresa durante muchos años, constituye una condición más beneficiosa que no cabe suprimir unilateralmente «sin seguir el cauce adecuado para ello del 41.3 ET», precisión esta última, por cierto, que confirma que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es un cauce adecuado para suprimir las condiciones más beneficiosas.

La **SAN de 17 de marzo de 2010**, IL J 368, resuelve que constituye condición más beneficiosa una práctica empresarial consistente en la entrega a los trabajadores de un ejemplar encuadernado del convenio colectivo que les resulta de aplicación tras su entrada en vigor. Aunque se trate de una conducta que deriva originalmente de una exigencia establecida en convenio colectivo, el hecho de que la entrega del libro del convenio siguiera haciéndose posteriormente durante muchos años (veinticinco), cuando la referida exigencia ya no figuraba en los convenios colectivos de aplicación, pone de relieve que nos encontramos ante una verdadera condición más beneficiosa. Dice la sentencia que se ha acreditado cumplidamente que la empresa, pese a no estar obligada legal o convencionalmente, «ha venido entregando a todos sus trabajadores desde 1982 a 2007 un ejemplar personalizado de cada convenio vigente en formato libro, siendo más que evidente que dicha actuación no constituía mera liberalidad, puesto que su cumplimiento exigía ordenar a la imprenta correspondiente, cada vez que se firmaba un convenio, la confección de tantos libros como trabajadores de la empresa, con los costes correspondientes, acreditando, de este modo, una voluntad inequívoca de la empresa de incorporar dicho derecho a los contratos individuales de cada uno de sus trabajadores, mediante la concesión unilateral de una condición más beneficiosa de efectos colectivos».

De este modo, acreditada la existencia de condición más beneficiosa, debe señalarse que «la supresión unilateral de la entrega de un ejemplar del convenio en formato libro a cada trabajador vulneró lo dispuesto en el artículo 3.1.c) ET, en relación con el artículo 41.2 ET, puesto que las empresas no pueden suprimir unilateralmente condiciones más beneficiosas de efectos colectivos, debiendo compensarlas o neutralizarlas, como recuerda la jurisprudencia, mediante norma posterior o a través del procedimiento de modificación de condiciones colectivas, regulado en el artículo 41 ET». A lo que añade que la referida conclusión no puede enervarse porque la empresa sustituyera unilateralmente el derecho controvertido por procedimientos telemáticos (el «Portal del Empleado», al que podría acceder el trabajador en virtud de una clave personal que se le suministró, cierto en que con muchas dificultades), pues incluso aunque admitamos, a efectos dialécticos, que los mis-

mos aseguren esencialmente el derecho de información de sus trabajadores a los convenios colectivos aplicables, ello no justifica la supresión de la condición más beneficiosa, puesto que —y esto es una afirmación muy relevante— ésta «constituye una obligación positiva de dar o entregar una cosa determinada, concretamente un ejemplar personalizado de cada convenio en formato libro, que no puede sustituirse por otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida».

Según la **STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2009**, IL J 372, no constituye condición más beneficiosa una práctica empresarial consistente en la entrega a los trabajadores de dos décimos de lotería (para los sorteos de «Navidad» y del «Niño») durante las fiestas navideñas. Dice la sentencia que la entrega de los referidos obsequios es fruto de la mera liberalidad del empresario y que, a diferencia de lo que sucede en las condiciones más beneficiosas, el mismo no queda vinculado pro futuro, puesto que la voluntad que se expresa con tales actos es la de conceder tales beneficios sólo en ese momento pero no de manera reiterativa o recurrente. Según la sentencia, «no debe confundirse lo que constituye una condición más beneficiosa provocadora de derechos y lo que no pasa de ser una mera liberalidad, que no los instaura», radicando la nota diferenciadora entre ambas en la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo, siempre que esa persistencia sea indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio. A lo que añade que «el beneficio consistente en regalar dos décimos de lotería en fechas navideñas, no obedece a abono salarial alguno dado que no comporta una contraprestación empresarial económica o de otra especie al desempeño de las funciones de los trabajadores. La realidad social evidencia que resulta una costumbre, más o menos extendida, la de compartir, regalar, intercambiar o participar en apuestas de lotería, lo que se acentúa enormemente en fechas navideñas, y con ocasión del sorteo extraordinario que se celebra cada 22 de diciembre. En tal contexto resulta verosímil la explicación de la empresa cuando indica que el regalo obedece a su decisión de querer hacerlo en tales fechas, como podría haber obsequiado o halagado a los trabajadores con cualquier otro presente o beneficio, tal como una comida o una invitación». La repetición de la conducta en el tiempo, por sí sola, no provoca el nacimiento de la condición más beneficiosa pretendida.

11. FINIQUITO

Según la **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2009**, IL J 210, no es válido un finiquito firmado por un trabajador tras un despido en el que la empresa reconoce automáticamente la improcedencia y en el que la indemnización consignada a favor del trabajador está calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio y no de 45, como es legalmente preceptivo, máxime cuando el documento de finiquito, elaborado por la empresa y firmado por el trabajador, presenta una redacción oscura y confusa de la que no puede inferirse con claridad que la voluntad del trabajador sea lo que se expresa en el referido documento de finiquito.

Después de un repaso de la jurisprudencia del finiquito, distinguiendo su efecto de liquidación de las deudas pendientes de pago y —el más trascendente— de extinción del contrato, y de recordarnos que éste es válido como expresión de la autonomía privada, siempre que no haya vicios del consentimiento y exprese la verdadera voluntad del trabajador, y a

condición de que no haya renuncia de derechos indisponibles de los trabajadores, la referida sentencia declara que la presunción de validez de lo acordado y firmado en el finiquito no debe operar en un caso en el que la redacción del referido documento es oscura y confusa. Dice concretamente la sentencia que «en el supuesto enjuiciado el contenido del documento suscrito no permite extraer la consecuencia postulada por la empresa, por lo que el finiquito firmado carece de valor liberatorio», toda vez que su contenido —redactado por la empresa y firmado por el trabajador— «es confuso e induce a error», por lo que «dicha oscuridad, propiciada por la empresa, en modo alguno puede perjudicar al trabajador».

En relación a un caso de reclamación de diferencias en la liquidación de las pagas extraordinarias de una trabajadora cuyo contrato se había extinguido a través de un ERE, vuelve a reproducir la doctrina sobre el finiquito la **STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2009**, IL J 258. Considerando que el documento expresa claramente la voluntad de la trabajadora y que no hay vicios del consentimiento ni se incurre en renuncia de derechos indisponibles, la sentencia admite el efecto liberatorio del finiquito. Dice además la sentencia que el hecho de que la empresa incumpliera «la garantía jurídica que tiene el trabajador de que previamente (a la firma del finiquito) le sea entregada la propuesta de liquidación de la cantidad adeudada, tal y como exige el artículo 49.2 ET, no determina la "nulidad o ineficacia" del contenido del documento en lo afectante a la inequívoca de liquidación de derechos que el mismo incorpora».

No admite en cambio la **STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009**, IL J 320, la validez de un finiquito firmado por la trabajadora cuando concurre la circunstancia de que la causa de extinción propuesta por la empresa y firmada por aquélla —fin de obra— no concurre efectivamente —de modo que cabe presumir que la trabajadora ha adquirido la condición de indefinida—, como pone de manifiesto el hecho de que la empresa haya admitido la improcedencia del cese. Según la sentencia, en el caso enjuiciado concurren circunstancias relevantes «para privar al documento de los pretendidos efectos liberatorios o extintivos del vínculo laboral, en concreto, la existencia de una carta de extinción contractual, la dudosa veracidad del recibí firmado el mismo día en que se comunica aquella extinción y, por último, el supuesto reconocimiento de improcedencia del despido con el que la empresa pretende evitar el pago de los salarios de tramitación». La empresa reconoció, según la sentencia, «las causas de impugnación esgrimidas por la trabajadora, esto es, no constar la causa de la temporalidad del contrato y haberse extinguido con anterioridad a la fecha pactada», por lo tanto, pretender ahora una extinción por mutuo acuerdo de las partes resulta incoherente y falto de crédito.

En relación a un finiquito en el que se firmaba por un trabajador la recepción de determinadas cantidades económicas de la empresa al término de una relación de trabajo, dice la **STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009**, IL J 321, que el referido finiquito sólo tiene eficacia liberatoria respecto de los conceptos y por las cantidades expresamente reflejados en el referido documento, sin liberar genéricamente al empresario de todas y cada una de las deudas salariales contraídas con el trabajador durante la vigencia de la relación de trabajo.

La **STSJ de Canarias de 30 de noviembre de 2009**, IL J 382, no reconoce valor liberatorio a un finiquito en un supuesto en el que se ha incumplido la exigencia —dispuesta en el convenio colectivo aplicable— de entregarlo al trabajador con una antelación mínima de 5 días.

Hay en el caso —dice la sentencia— una razón de «carácter formal para negar la eficacia del finiquito» y es que la empresa ha incumplido el artículo 9.1 del Convenio Colectivo, según el cual «para poder revisar suficientemente su contenido, los trabajadores tendrán derecho a que por la empresa les sea entregado el documento de finiquito, que eventualmente vayan a firmar, con una antelación mínima de cinco días naturales respecto al de la fecha de su percepción o de quince días naturales si el contrato tuviera una duración igual o superior a un año». Según la sentencia esta disposición «trata sin duda de proteger al trabajador de adoptar decisiones precipitadas, agobiado por las circunstancias o por apremios de la propia empresa, dándole la oportunidad de reflexionar, consultar o asesorarse sobre los derechos que le asisten y las consecuencias de cada una de las posibilidades que se le ofrecen ante o tras el cese en el contrato de trabajo». De este modo, como la referida «posibilidad de estudiar la propuesta de finiquito constituye en el convenio un trámite necesario para la plena eficacia y valor del documento de finiquito», parece obvio que como no se dio a la trabajadora ese plazo de al menos cinco días para estudiar el finiquito propuesto por la empresa éste no es válido.

12. EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA

En un caso en que se planteaba la cuestión de determinar si el trabajo prestado para una Administración Pública constituía una relación laboral o un contrato administrativo de prestación de servicios, pero con la particularidad de que existía una previa sentencia firme del orden social en la que la referida relación de servicio ya había sido calificada como laboral, dice la **STS de 18 de diciembre de 2009**, IL J 4, que estamos efectivamente ante un contrato de trabajo, pues así lo impone la necesidad de respetar el principio de cosa juzgada en su efecto positivo. «En el trance de decidir sobre la jurisdicción de este orden social para resolver la cuestión planteada —dice la sentencia— no cabe en este momento desconocer el carácter firme del pronunciamiento de esta Sala en el recurso de casación 614/2007, que determinó la naturaleza laboral de la relación que nos ocupa, y la vinculación que dicho pronunciamiento produce a la hora de resolver en el presente caso, por efecto de la cosa juzgada, en sentido positivo tal como ordena el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin al proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal"».

Del efecto positivo y negativo de la cosa juzgada trata la **STS de 20 de enero de 2010**, IL J 55, dictada en relación a una reclamación de diferencias en unas prejubilaciones en el sector de la Banca. Tiene interés la sentencia por establecer claramente la diferencia entre la cosa juzgada negativa y la positiva, reguladas como es sabido en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Distingue en efecto la sentencia entre lo que la doctrina ha llamado «efecto negativo» de la cosa juzgada, la exclusión de un proceso posterior con idéntico objeto, y el «efecto positivo», la vinculación del tribunal que conozca de un proceso posterior a lo resuelto ya por sentencia firme. Para el juego del efecto negativo, para la exclusión de un nuevo proceso, «es necesario que el objeto de los mismos sea idéntico, que la pretensión sea la misma, lo que no se requiere para la aplicación del llamado efecto

positivo, pues la vinculación a lo antes resuelto la impone el precedente que constituye un antecedente lógico del objeto del nuevo proceso, que ya fue examinado y resuelto en otro anterior de forma prejudicial, motivo por el que la seguridad jurídica obliga a respetarlo». El efecto positivo de la cosa juzgada «requiere, aparte de la identidad de sujetos, una conexión entre los pronunciamientos, sin que sea necesaria una completa identidad de objetos, que excluiría el segundo proceso de darse». Dicho de otro modo, «para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido —lo juzgado— en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona vinculándolo a lo ya fallado». Por ello, «no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial que ha de dictarse en el nuevo juicio», lo que no significa que lo resuelto en pleito anterior sea inmodificable indefinidamente pues, si cambian las circunstancias, no opera la presunción legal, pero sí en caso de no producirse esta alteración».

En relación al efecto negativo de la cosa juzgada, que es lo que en el caso está planteado, dice la sentencia que puesto que la causa de pedir, entendida como el hecho al que van anudadas las consecuencias jurídicas cuya efectividad se reclama, es en este pleito idéntica a la que rigió en los procesos anteriores, el hecho de que simplemente varíe el período por el que se presenta la misma reclamación no desvirtúa el efecto negativo de cosa juzgada, pues realmente «no existen acaecimientos posteriores que integren una causa de pedir distinta». El hecho de que «se añada un nuevo pedimento, que se reclame un período de tiempo distinto, no impide la identidad de la *causa petendi*, ya que la misma no cambia porque se modifique la petición, pues lo decisivo es que los hechos y los fundamentos de la pretensión son los mismos: la prejubilación que conlleva el reconocimiento del deber de pagar cierta cantidad, cuya cuantificación se debía hacer con arreglo a ciertos parámetros. Por ello, resuelta por sentencia firme la forma de cuantificar el complemento dicho no era viable volver a plantear un nuevo proceso sobre esa cuestión, pues lo relevante no es que se reclame el pago de un período distinto, sino que la existencia y la extensión del deber de pagar ya estaban juzgadas».

13. EFECTOS *EX TUNC* DE SENTENCIA ANULATORIA DE CONVENIO COLECTIVO

Dictada sentencia declarativa en que se decreta la nulidad de determinados artículos de un convenio colectivo cuando éste lleva ya produciendo efectos durante cierto tiempo, dice la **STS de 15 de marzo de 2010**, IL J 580, reiterando doctrina anterior, que la anulación de los preceptos de referencia produce efectos retroactivos o *ex tunc*, pues lo que la sentencia hace simplemente es revelar la ilegalidad que aquejaba al convenio desde su mismo nacimiento.

«Las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo, o parte de él como es el caso enjuiciado —se dice—, no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión,

por oponerse a una norma de superior rango jerárquico —en este caso la ley, a la que nunca pueden contradecir los convenios, pues el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores previene que los convenios se mantendrán "dentro del respeto a las leyes"—, de tal suerte que la pretensión que postula la anulación de una norma paccionada es una de las denominadas por la doctrina procesalista "declarativas negativas", y sus efectos son los que se contemplan en el artículo 6.3 del Código Civil, siéndoles aplicable el aforismo *quod nullum est, nullum producit efectum*, de lo que se deriva la consecuencia de que el efecto de la sentencia anulatoria se producirá *ex tunc*». A salvo de esta regla «queda 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»; o también «aquellas situaciones, producidas con anterioridad a la anulación del precepto convencional, que ya hubieran sido refrendadas y fijadas mediante sentencia firme».

Óscar Fernández Márquez

II. TRABAJADOR

SUMARIO(*)

1. *PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.*

   A) ***Presupuestos sustantivos.***

      a) Actividad voluntaria.
      b) Actividad retribuida.
      c) Actividad dependiente.
      d) Actividad por cuenta ajena.

   B) ***Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.***

2. SUPUESTOS INCLUIDOS.

   A) Trabajadores a domicilio.
   B) Contratos de grupo.
   C) Relaciones laborales de carácter especial.

      a) Alta dirección.
      b) Servicio del hogar familiar.
      c) Penados en instituciones penitenciarias.
      d) Deportistas profesionales.
      e) Artistas en espectáculos públicos.
      f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo.
      g) Minusválidos.
      h) Estibadores portuarios.

   D) Otros: Abogados en despachos profesionales.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS.

   A) Relaciones funcionariales y estatutarias.
   B) Prestaciones personales obligatorias.
   C) Administradores sociales.
   D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.

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

E) Trabajos familiares.
F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.
G) Trabajos de colaboración social.

4. *ZONAS GRISES.*

A) Transportistas.
B) *Personal contratado en Administraciones Públicas.*
C) Autónomos.
D) Profesiones liberales.
E) Socios empleados.
F) Arrendatarios y aparceros.
G) Toreros.
H) Religiosos.
I) Trabajadores extranjeros.
J) Otros.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

A) Trabajador por cuenta ajena.

a) Familiares.
b) Extranjeros.

B) Inclusiones por asimilación.

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.
b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado.
d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.
e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas.
f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.
g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.
h) Funcionarios en prácticas.
i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA.
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

STS de 9 de marzo de 2010 (Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 1443/2009), IL J 529.

1. La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda de oficio interpuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, declarando la existencia de relación laboral entre la entidad empleadora y quienes en ella prestaban sus servicios, inadmitiendo las alegaciones de contrario a favor de la existencia de relaciones civiles de arrendamiento de servicio. Recurrida la sentencia, la Sala de suplicación la desestima e igualmente la Sala casacional al resolver el recurso en unificación de doctrina, adquiriendo firmeza de tal modo la sentencia originaria del Juzgado.

En dicha sentencia se declaró probado que los demandados suscribieron con una sociedad mercantil, contratos civiles de arrendamientos de obras, para prestar servicios como odontólogos, en las instalaciones de dicha empresa. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó actas de infracción y de liquidación de cuotas, por entender que la relaciones entre las partes eran de naturaleza laboral. La sociedad tenía como objeto social «la explotación, por profesionales debidamente titulados, de clínicas dentales» y ejercía la actividad de clínica odontológica, como CVD, en virtud de contrato de franquicia celebrado con la empresa franquiciadora Laboratorios LN, S.L.

El personal laboral de CVD, incluido en el régimen general de la Seguridad Social, se limitaba a quienes llevaban a cabo funciones de recepción, atención telefónica, atención a los clientes, gestión administrativa y auxiliar de clínica, etc. En cambio los demandados estaban dados de alta en el RETA y en el IAE y tenían concertado un seguro de responsabilidad civil. Prestando algunos de ellos servicios propios de su titulación en otras clínicas distintas de la demandada CVD. En esta clínica, y dentro de los criterios establecidos por ésta, tenían libertad de fijación de sus horarios en atención a las citas que conciertan los pacientes, facilitados o no por CVD, decidiendo asimismo por ellos mismos las fechas de las vacaciones, pudiendo en estos casos, y en otras ausencias, hacerse sustituir por otros odontólogos. Cuando acudía a la clínica algún paciente de urgencia, la auxiliar que lo atendía se lo asignaba al odontólogo que creía conveniente.

Por otro lado, los demandados pagaban una cantidad anual de 1.200 euros en concepto de uso de instalaciones, material y personal auxiliar y administrativo que le proporcionaba la clínica, aunque a veces utilizaban instrumental propio. En cuanto a las prótesis, la mayor parte de las veces los odontólogos las adquirían en laboratorios designados por la clínica. La retribución de estos odontólogos consistía en un porcentaje de los ingresos efectivos realizados cada mes por sus propios pacientes, deduciendo una cantidad en concepto de los trabajos de laboratorio realizados. La empresa gestionaba con sus medios personales y materiales los ingresos de los pacientes de los odontólogos, quienes aplicaban los honorarios fijados por su Colegio Profesional, con amplia libertad para decidir los precios de los tratamientos aplicados en cada caso, emitiendo periódicamente las facturas correspondientes a los ingresos obtenidos. En cuanto al impago de los servicios por parte de los pacientes, los asumían los profesionales respectivos.

2. La argumentación de la Sala casacional se inicia recordando que en sentencias anteriores ya se ha pronunciado sobre la relación entre odontólogos y diversas empresas que actúan como franquiciadas de CVD, cuyos fundamentos reitera, por lo que, procesalmente, se resuelve que el recurso carece de contenido casacional. En efecto, el razonamiento contenido en la Sentencia de 10 de julio de 2007 (recurso 1412/2008) se dividía en las siguientes consideraciones:

a) La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto (SSTS, entre otras muchas, de 11 de diciembre de 1989 y 29 de diciembre de 1999).

b) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho «al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente» (STS 7 de junio de 1986): en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un «precio» o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

c) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación; de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra; estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

d) Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (SSTS de 8 de octubre de 1992 y de 22 de abril de 1996), y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

e) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997), la adopción por parte del empresario

—y no del trabajador— de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (SSTS de 15 de abril de 1990 y de 29 de diciembre de 1999), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989).

f) En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas (SSTS de 15 de abril de 1990 y de 3 de abril de 1992) o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes (STS de 22 de enero de 2001); en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados (STS de 7 de junio de 1986) o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena (STS de 20 de septiembre de 1995).

g) No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de éstas (STS de 11 de diciembre de 1989).

Se entiende, pues, a la postre, que vistos los hechos probados y los razonamientos antes expuestos, en el supuesto enjuiciado concurren: a) voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae;* b) ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios; c) los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica; d) la retribución que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de ella, en su caso, el importe de los materiales, en sistema retributivo similar al salario a comisión. Partiendo de todo ello, y operando en el caso la presunción de laboralidad del artículo 8 ET, se acredita la calificación de laboralidad de las relaciones enjuiciadas, sin que esta conclusión quede desvirtuada por las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del odontólogo en ciertos casos, porque esa ausencia de prestación personal constituye la excepción y no la regla general en la relación de servicios concertada entre los médicos demandantes y la entidad de asistencia sanitaria demandada.

3. La conclusión a que llega la Sala no podía ser otra tras el dictado de su anterior Sentencia de 10 de julio de 2007, doctrina que seguramente seguirá repitiéndose en el tiempo respecto de las relaciones entre las clínicas dentales y los odontólogos o estomatólogos que

en ellas trabajen, en un régimen similar al que recogen los hechos probados de la sentencia comentada. No es ésta, por tanto, una sentencia que fije doctrina desconocida o novedosa, aunque desde luego reafirma la interpretación jurisprudencial del supuesto y sirve de nuevo para diferenciar —muy pedagógicamente, por cierto—, el contrato de trabajo del arrendamiento de servicios civiles, y los trabajadores de régimen común o especial, respecto de los profesionales liberales en el ejercicio de su profesión corporativa.

Las dos sentencias cuyo comentario se presenta a continuación destacan por ir referidas a un tipo de actuaciones que han de ser expuestas y tratadas con la mayor contundencia.

STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2009 (Recurso de Suplicación núm. 5552/2008) IL J 206.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia dictada en instancia que estimaba parcialmente la demanda de oficio interpuesta por el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y declaraba la naturaleza laboral de la relación que vinculaba a varios trabajadores con la empresa COLL DE CONDREU S.A. Los hechos de los que se parte son los siguientes: la inspección de trabajo realiza una visita a dos restaurantes explotados por la citada empresa; como consecuencia de esta visita se levanta acta de infracción, en la que se hace constar la identificación de hasta siete trabajadores, todos ellos con uniforme de camarero, que realizan las funciones que les son características. Ninguno de ellos tenía contrato. Las condiciones de trabajo de cada uno de ellos varía desde la prestación de servicios sólo los fines de semana, hasta la prestación de servicios continuada desde el año 2001 de una trabajadora que reconocía que estaba sometida a jornada semanal, con un día de libranza y horario fijo; que disfrutaba de vacaciones remuneradas y que seguía las instrucciones de los dueños del restaurante. La inspección de trabajo concluye que la empresa no solicitó el alta en el Régimen General de la Seguridad Social de la trabajadora que prestaba servicios desde el año 2001, ni la afiliación y/o alta de los restantes trabajadores en dicho régimen con carácter previo al inicio de su prestación de servicios, hechos que se califican como infracciones graves ante las que se propone la imposición de las sanciones correspondientes y se extiende, de forma simultánea, el acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social. La empresa formula escrito de alegaciones contra el acta de infracción, indicando que las personas citadas no son trabajadores sino amigos y vecinos que acudieron a ayudar ante una situación excepcional cual fue la llegada imprevista de dos autocares turísticos a sus restaurantes, precisamente el día de la visita de la inspección. Además, la empresa señala que a ese acto de buena vecindad se respondió con una compensación económica no calificable en ningún caso como salario. Con base en estas alegaciones la parte demandada interpone recurso de suplicación, afirmando que no existe relación laboral, sino trabajos prestados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

2. La Sala de lo Social del TSJ ratifica la sentencia de instancia, apoyando los fundamentos de derecho con los que, contundentemente, la magistrada *a quo* desvirtuó los argumentos esgrimidos por la parte recurrente. Asimismo, recuerda que es jurisprudencia consolidada la que afirma que aparte de la presunción de laboralidad de la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe contenida en el artículo 8.1

ET, el artículo 1.1 delimita positivamente la relación laboral a través de la presencia de las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución, con independencia de la calificación que las partes otorguen al contrato. Este argumento se refuerza recogiendo la jurisprudencia que aconseja que en los casos en que se abrigue sospecha de simulación se acuda, bien a la prueba de presunciones, bien a las reglas de interpretación de los contratos que permitan aclarar la verdadera naturaleza de determinados pactos. Por otro lado, se reiteran los argumentos plasmados en la sentencia de instancia en cuanto a la presunción de certeza de los hechos recogidos por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de su competencia. Junto a estos fundamentos se indica la falta de solidez de las pruebas presentadas por la parte recurrente para respaldar sus alegaciones. Todo ello conduce a la Sala no sólo a confirmar la sentencia recurrida, sino a entender que existe una finalidad por parte del recurrente de propiciar la dilación de la actuación administrativa por lo que se impone a la empresa una multa de 300 euros.

3. Se trata de un caso llamativo por los hechos que dan lugar a la resolución en instancia, y, más aún, por los argumentos presentados por la parte demandada para oponerse a dicha solución. En efecto, llama la atención que se ponga en duda no sólo la veracidad del acta de infracción levantada por los funcionarios de la Inspección, sino el propio ejercicio de sus funciones, al alegar que los trabajadores declararon que estaban prestando sus servicios sin contrato bajo la presión de los inspectores. Resulta igualmente llamativo que se oponga la existencia de un hecho excepcional que propició la necesidad de que amigos y vecinos se apresuraran a ayudar a los dueños de la empresa sin aportar prueba alguna que demuestre la excepcionalidad del hecho o el hecho en sí mismo. Todo ello, unido a la existencia de datos aportados por los propios trabajadores y por los inspectores de trabajo que evidenciaban la existencia de relaciones laborales entre las personas que ejercían como camareros y camareras en el restaurante y la empresa demandada, nos lleva a afirmar, sin ningún género de dudas, que este tipo de actuaciones han de ser expuestas y tratadas con la mayor contundencia, tal y como lo hace la sentencia objeto de comentario.

STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2010 (Recurso de Suplicación 3785/2008) IL J 190.

1. La Subinspectora de Trabajo y Seguridad Social, en visita de inspección, llamó a la puerta del local en que se sitúa el centro de trabajo, el 13 de agosto de 2006, siendo atendida por una persona, en ese momento estaba al cuidado de alrededor de unos ocho o doce niños pequeños. Se le preguntó por el dueño o encargado del centro de trabajo, y seguidamente dicha persona procedió a cerrar la puerta de la sala manifestando «que se le escapan los niños». En el control de empleo de los trabajadores presentes en el centro se identificó a la persona que había atendido primeramente a la Subinspectora como Carolina. La propietaria de la guardería doña Loreto reconoció la prestación de servicios de Carolina dos días por semana, con inicio el 19 de abril de 2006, habiendo finalizado al día siguiente de la visita de inspección.

2. Para determinar la naturaleza jurídica de una relación hay que estar a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución. De ello resulta que se ha de partir de que la Subinspectora de Trabajo y Seguridad Social fue atendida por una persona, en ese momento estaba al cuidado de alrededor de unos ocho o doce niños pequeños. Se le preguntó por el dueño o encargado del centro de trabajo, y seguidamente dicha persona

procedió a cerrar la puerta de la sala manifestando «que se le escapan los niños». En el control de empleo de los trabajadores presentes en el centro se identificó a la persona que había atendido primeramente a la Subinspectora como Carolina. La propietaria de la guardería doña Loreto reconoció la prestación de servicios de Carolina dos días por semana, con inicio el 19 de abril de 2006, habiendo finalizado al día siguiente de la visita de inspección.

El artículo 53.2 LISOS otorga una presunción de certeza a «los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación y a los hechos reseñados en informes emitidos consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de la posibilidad de aportar pruebas en contrario». Según la jurisprudencia las actas levantadas por la Inspección de Trabajo por lo que se refiere a los hechos recogidos en las mismas, tienen una presunción de veracidad *iuris tantum* cuyo fundamento se encuentra en la imparcialidad y especialización que en principio debe reconocerse al Inspector actuante (SSTS de 31 de mayo de 1985, 2 de abril de 1984, 16 de abril de 1984, 29 de octubre de 1987, 28 de octubre de 1997, 24 de enero de 1989, 28 de marzo de 1989, 6 de abril de 1989, 4 de mayo de 1989, 18 de enero de 1991, 18 de marzo de 1991, 17 de abril de 2002), compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia en lo que respecta a las actas de infracción, ya que el artículo 52.2 de la Ley 8/1988 se limita a atribuir a tales actas por la propia naturaleza de la actuación inspectora el carácter de prueba de cargo dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario.

De ello se deduce que tal presunción puede ser claramente desvirtuada, mediante prueba en contrario, por parte de quien discrepe de tal conclusión fáctica del funcionario actuante, y a ésta le corresponde la carga de la prueba de su desvirtuación. Pero, si no se ha conseguido ello, no se ha destruido la presunción *iuris tantum* de veracidad de las afirmaciones contenidas en el acta de la Inspección.

Se afirma la existencia de ajenidad. Y de la dependencia se estima que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne; por tanto, en supuestos similares al de los presentes autos, el hecho de que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad.

Partiendo de lo expuesto, no puede caber la menor duda del carácter laboral de la relación jurídica existente entre las partes y que, en definitiva, concurren en el presente caso «los requisitos de: a) prestación voluntaria de servicios, b) realizado por cuenta ajena, c) percepción de una retribución cualquiera que sea su forma y d) realización de la prestación bajo la dependencia de otra persona, por lo que no (*sic*) siendo incuestionable la naturaleza laboral de su relación», que debe estar plenamente sometida a las normas del derecho del trabajo.

3. Es impropio de una resolución administrativa, recurrida, que se acepten sus hechos como indubitados, con el valor de presunción *iuris tantum*. Hubiera sido preferible acudir

al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y basar la presunción fáctica, no en la LISOS, sino en la Ley 42/1997 de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo, en su DA 4.ª, apartado 2, donde, si bien es cierto que se viene a decir lo mismo, tiene una *ratio* y fundamento completamente distintos y carece de la puesta en duda que todo recurso, *per se,* aporta a la resolución que se impugna, por lo que de ella no puede partir la presunción de certeza que se acoge y fundamenta la decisión judicial, ya que —precisamente sobre ella— va a apoyarse la decisión sobre el recurso frente a la propia resolución administrativa.

Por otra parte, el tema que se debate nada tiene que ver con los supuestos de alterne y por más que se relativice la dependencia, es imposible aceptar que existe por el mero reconocimiento de la empleadora de que la persona encontrada en su establecimiento prestaba allí servicios, pues no se acredita ni en el documento de Inspección, ni de ningún otro modo, cómo se prestaban esos servicios, con qué condiciones, en qué grado de autonomía, a qué personas atendía, si llevaba ella misma a personas a las que atender, es decir, no se concreta ningún aspecto de la dependencia jurídica.

Mucho más censurable es la ausencia de toda referencia a la retribución. Sencillamente no consta que exista. No se puede presumir que la recibía la persona que prestaba servicios.

No es frecuente encontrar pronunciamientos del TJCE sobre el concepto de trabajador, por ello es oportuno destacar en esta crónica la siguiente sentencia en donde puede verse cómo configura en el presente supuesto el concepto de trabajador el Tribunal.

STJUE de 4 de febrero de 2010 (Cuestión prejudicial núm. C-14/09) IL J 274.

1. La necesidad de una interpretación previa de la normativa europea surge a consecuencia de la denegación del permiso de residencia a una trabajadora turca residente en Alemania y su posterior reclamación ante los tribunales. Específicamente el tribunal alemán requiere la interpretación del artículo 6 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación CEE-Turquía.

Los hechos que inician el proceso se remontan al año 2000 cuando la trabajadora accedió al Estado Alemán para reunirse con su esposo. A lo largo de los siguientes años obtuvo un permiso de residencia, y un permiso de trabajo de duración ilimitada. Por su parte, su marido trabajó por cuenta ajena hasta 2003 momento en el que comenzó una actividad profesional por cuenta propia.

Desde principios de 2004 la demandante presta sus servicios como limpiadora 5,5 horas a la semana para una empresa alemana. Percibe por su actividad 7,87 euros por hora de servicio, el salario medio mensual es por tanto de 175 euros. En el marco de esta relación tiene derecho a 28 días de vacaciones remuneradas y al mantenimiento de su salario en caso de enfermedad. Asimismo, dicha relación está sujeta al Convenio colectivo aplicable.

En el año 2005 la demandante obtuvo por última vez la renovación por dos años del permiso de residencia en el marco de la reagrupación familiar producida en el año 2000.

En agosto de 2007 solicitó nuevamente la prórroga de su permiso de residencia. Entre la última renovación y esta petición de renovación la actora había cesado la convivencia con su pareja sin que haya sido posible concretar la fecha en procedimiento judicial. Coetáneamente a la solicitud y su actividad profesional como limpiadora, la trabajadora recibía

de la Seguridad Social alemana un complemento de su salario. Estas prestaciones cesaron en mayo de 2008 a petición de la propia interesada.

En febrero de 2008 le fue denegada la prórroga de su permiso de residencia y fue apercibida para que abandonará el país. La resolución desestimatoria fue fundada en que debido al reducido número de horas realizadas por la trabajadora, que incluso impedía su correcta subsistencia sin la ayuda de prestaciones sociales estatales, no podía ser considerada como una trabajadora en sentido legal. Señala igualmente la autoridad laboral alemana que no es posible tampoco justificar la prórroga en la actividad del marido ya que había abandonado el mercado por cuenta ajena para comenzar una actividad por cuenta propia, y que ya que tampoco ha sido posible identificar ningún otro interés digno de protección diferente nada justifica su permanencia en el país de acogida.

Frente a la denegación se interpuso por la trabajadora una demanda que dio origen a la cuestión prejudicial aquí analizada. Posteriormente, en abril de 2008, la actora presentó un contrato de trabajo como auxiliar de oficina por 25 horas de trabajo y un salario mensual de 422 euros.

2. La situación planteada al Tribunal alemán requiere de la aplicación de la normativa europea, en concreto de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación, que fija un régimen transitorio para la integración de los nacionales turcos en los Estados miembros de la Unión.

En este contexto, y tal y como prevé el Tratado para permitir conocer a los órganos judiciales nacionales la correcta interpretación de la normativa europea con carácter previo a emitir su fallo, el Tribunal alemán pregunta al TJUE si un nacional turco que desarrolle una actividad profesional para un tercero bajo la dirección de éste es un trabajador conforme a la Decisión 1/80 aunque el tiempo de la actividad sólo equivalga al 14% de la jornada laboral de un empleado a tiempo completo conforme al Convenio colectivo aplicable, y los medios de subsistencia sólo supongan el 25% del salario mínimo. En caso de ser afirmativa la respuesta pregunta al Tribunal si puede el trabajador turco en el sentido de la Decisión invocar el derecho a la libre circulación aunque haya desaparecido la finalidad de la residencia existente en el momento de la entrada en el país (la reagrupación familiar) y no existan otros intereses que justifiquen la permanencia del extranjero no comunitario, especialmente cuando no haya un esfuerzo serio por lograr una integración económica que garantice la subsistencia del nacional extranjero sin recurrir a prestaciones sociales.

Respecto de la primera cuestión prejudicial el Tribunal señala que el nacional turco, según la normativa europea, debe cumplir tres requisitos: la condición de trabajador, la pertenencia al mercado legal de trabajo y la existencia de un empleo legal.

Según la jurisprudencia del TJUE, el concepto de trabajador en la UE posee un alcance autónomo y debe interpretarse de manera no restrictiva, de tal suerte que el concepto de trabajador engloba a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Así pues, en principio, ni el nivel limitado de la retribución, ni el origen de los recursos, ni la necesidad de complementar los ingresos salariales con prestaciones sociales pueden tener ninguna relevancia para la concreción del concepto de trabajador para el derecho europeo. En el caso que nos ocupa el Tribunal remitente pudo comprobar que la actora efectuaba prestaciones a favor y bajo la dirección de un empleador

a cambio de una retribución. La duda provenía de si el exiguo montante de las percepciones salariales podría excluir a la actora del concepto de trabajadora por cuenta ajena al poder ser identificada como una actividad meramente marginal y accesoria.

El Tribunal recuerda que ya ha manifestado en otras ocasiones que el bajo nivel de ingresos no constituye un argumento autónomo suficiente para excluir a parte de la población activa de la categoría de trabajador por cuenta ajena, si bien es cierto que el reducido número de horas puede servir como indicio de que las actividades realizadas son meramente marginales y accesorias. Pero en ningún caso cabe excluir que tras una apreciación global de la relación examinada pueda considerarse la actividad profesional enjuiciada como real y efectiva, permitiendo así atribuir a su titular la condición de trabajador.

Por tanto, el análisis en conjunto de la relación en el presente caso debe hacernos valorar tanto el salario y horario reducido como el reconocimiento del derecho a 28 días de vacaciones remuneradas, el mantenimiento del salario en caso de enfermedad así como la antigüedad de 4 años de un contrato sujeto a la aplicación del Convenio colectivo aplicable.

El Tribunal remitente señala para justificar su duda sobre la laboralidad de la actividad de la demandante que la jurisprudencia del TJUE no ha señalado un límite específico que delimite la frontera entre actividades de meramente marginales y actividades laborales. Es cierto. Ello es así porque la cuestión prejudicial del TJUE no está configurada para aportar al tribunal nacional la solución sino para facilitarle la interpretación adecuada del derecho europeo con la que el tribunal remitente, conocedor directo de los hechos del litigio principal, pueda practicar las comprobaciones necesarias y decidir en cada caso la solución adecuada.

En segundo lugar, el TJUE debe analizar si un trabajador turco puede invocar el derecho a la libre circulación aun cuando hayan desaparecido los motivos por los que se le permitió la entrada la primera vez, y no haya otros motivos que justifiquen la permanencia del trabajador en el país de acogida. Ha sido advertido en ocasiones anteriores por el TJUE que un Estado miembro no puede alterar de manera unilateral el régimen de integración progresiva de los nacionales turcos. Ello implica que cuando un trabajador reúne los requisitos impuestos por las normas comunitarias un Estado miembro no puede incrementar las exigencias haciendo más dificultoso el acceso a los derechos reconocidos por la legislación europea. A este respecto, el TJUE pone de manifiesto que las limitaciones a los derechos reconocidos por la decisión sólo son posibles si el emigrante turco constituye por su comportamiento personal un peligro real y grave para el orden público, la seguridad o la salud públicas o bien el interesado hubiera abandonado el país durante un período de tiempo significativo y sin motivos legítimos. Sin embargo, en ningún caso se requiere que permanezcan vigentes durante todo el tiempo los motivos por los que se autorizó la primera vez el acceso al país o que existan otros motivos que justifiquen la residencia del nacional turco. Por tanto, el TJUE aclara al órgano jurisdiccional alemán que no se pueden imponer requisitos adicionales a los impuestos por la decisión 1/80. Debe ser el órgano nacional alemán el que evalúe si la trabajadora continúa cumpliendo los requisitos exigidos por la decisión.

3. Aunque la cuestión prejudicial no sea un recurso de casación ante un superior jerárquico sino un instrumento interpretativo y por tanto no haya un fallo que determine el resultado final del litigio, es posible diseccionar el concepto de trabajador en la Unión gracias a la solución de las dudas planteadas por el Tribunal alemán.

El TJUE configura un concepto de trabajador basado en los mismos requisitos exigidos por la normativa española: dependencia, ajenidad y retribución. Por tanto, es difícil que en este aspecto puedan surgir discrepancias entre la legislación española y la europea, siendo muy difícil que un ordenamiento reconozca a un ciudadano su condición de trabajador y el otro no. No obstante, la relación derecho nacional-derecho europeo no está exenta de dificultades. Ello es así debido al gran margen de discrecionalidad con que el TJUE ha dotado los límites del concepto de trabajador.

Los problemas pueden provenir por tanto de la interpretación que los tribunales nacionales den de «las actividades meramente marginales y accesorias» que no han sido suficientemente caracterizadas por el TJUE. Particularmente estas actividades que por su poca importancia son excluidas del concepto de trabajador manejado por el TJUE no son fácilmente identificables en nuestra legislación que no requiere de ningún tipo de entidad en la actividad profesional del trabajador para reconocerle su carácter de trabajador por cuenta ajena. El ordenamiento español reconoce a los trabajadores su condición sea cual sea su carga de trabajo, su horario, su retribución, etc. Basta con cumplir los requisitos del artículo 1 ET para que los tribunales reconozcan la laboralidad. Es por tanto sumamente distorsionador la exigencia de un mínimo cuantitativo para el reconocimiento de aquélla. No obstante, como quiera que el concepto nacional es más garantista que el europeo nuestros tribunales deberían seguir aplicando el nacional, impidiendo con ello que surjan grandes problemas.

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones

La falta de diligencia en la presentación de prueba en el caso del que se ocupa la siguiente sentencia justifica la declaración final de incompetencia, pero la no consideración de otros elementos como la dependencia económica de muchos trabajadores del transporte respecto a las empresas para las que desempeñan sus servicios de manera exclusiva o casi exclusiva, deja a éstos en la total desprotección por parte de los jueces.

STSJ de Extremadura de 14 de diciembre de 2009 (Recurso de Suplicación núm. 545/2009), IL J 296.

1. En esta ocasión, la parte actora recurre en suplicación frente a la resolución dictada por el Juzgado de lo Social que desestimaba la demanda por despido interpuesta al considerar que no existe relación laboral entre el accionante y la empresa demandada. Entre los hechos probados que conducen a tal solución se encuentran la existencia de alta del demandante en el IAE indicando como actividad desempeñada «mercancías por carretera»; asimismo, el trabajador se encuentra dado de alta en RETA; de otra parte, el actor ha prestado servicios para la empresa demandada Ediciones Saber Vivir S.L. con funciones de comercial repartidor, que ejercía primero con una furgoneta alquilada, quedando a su cargo el pago del alquiler y después con vehículo de su propiedad. Además consta como hecho probado que en las facturas aparece una retención en concepto de autónomo.

2. En primer término, la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura debe resolver el primer motivo de recurso que exige la revisión fáctica de los hechos considerados en instancia. Por este motivo, se procede a examinar la jurisprudencia consolidada (SSTS de 11 de junio de 1993, 26 de julio y 26 de noviembre de 1995; 2 y 11 de noviembre de 1998; 2 de febrero de 2000; 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003) referida a las condiciones que deben concurrir para que tal revisión sea procedente. Una vez expuesta la doctrina y evaluado el

cumplimiento de esos requisitos por el recurrente se desestima la revisión fáctica solicitada. Seguidamente, el Tribunal entra a valorar si se produce la infracción por la resolución de instancia del artículo 1.3.g) ET en relación con el artículo 8.1 ET y en relación con Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre y su Reglamento de 3 de febrero de 1993, en su artículo 2. Con este fin, se examina la prueba practicada para concluir si existe o no relación laboral entre las partes implicadas, presupuesto de la existencia de acción de despido cuestionada. Se señala la falta de consistencia de la demanda y del recurso para alcanzar su objetivo, pues ni en la primera ni, ulteriormente, en el juicio se alega la concurrencia en el demandante de los requisitos que le encuadrarían en la categoría de trabajador por cuenta ajena con vehículo propio incluido en el ámbito de aplicación del ET. En consecuencia, todas las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso han de considerarse como nuevas y, con ello, no pueden ser valoradas. A pesar de ello, el Tribunal recuerda que cuando el medio utilizado para el desarrollo de la actividad de transporte exige para su realización la obligatoria previa obtención de una autorización administrativa para el transporte que habilite para su desempeño en función del peso máximo autorizado, la relación no puede considerarse como laboral. La relación será laboral cuando no concurra tal circunstancia —no demostrada por el actor en la fase procesal correspondiente— y cuando, además, se den todas y cada una de las notas de laboralidad. En el caso concreto, el Tribunal entiende que la nota de dependencia, íntimamente vinculada a la de ajenidad, queda desvirtuada, en la medida en que es el trabajador el que organiza su propia actividad, recurriendo en ocasiones a la ayuda de su hermano; no consta que esté sometido a disciplina de la empresa, ni percibe cantidad alguna en caso de vacaciones, asumiendo el riesgo y ventura de su trabajo, reconociendo que sólo cobraba si el cliente pagaba. Por todo ello se confirma la sentencia que se recurre, señalando la falta de competencia de jurisdicción del orden social.

3. El caso que se examina se encuentra claramente en los límites del Derecho del Trabajo y convierte a la prueba en el elemento básico para determinar si se está ante una relación de naturaleza laboral o extralaboral. Hay que recordar que desde el año 2007 se legaliza una tercera categoría —la del trabajador autónomo económicamente dependiente— que ha de ser tomada en consideración, pues, en muchos casos, la falta de claridad en la concurrencia de los presupuestos de laboralidad en una determinada situación, no debe llevar a la más absoluta de las desprotecciones del trabajador al dejarle fuera del ámbito laboral y también de la limitada protección ofrecida por la Ley 20/2007, 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo. En efecto, la falta de diligencia en la presentación de prueba en el caso que nos ocupa justifica la declaración final de incompetencia del TSJ, pero, además, la no consideración de otros elementos como la dependencia económica de muchos trabajadores del transporte respecto a las empresas para las que desempeñan sus servicios de manera exclusiva o casi exclusiva deja a estos trabajadores, cada vez más abundantes, en la situación económica en que nos encontramos, en la total desprotección por parte de los jueces.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

Una vez más, como es habitual en estas crónicas, encontramos sentencias que resuelven los conflictos derivados de la existencia de relaciones laborales encubiertas bajo sucesivos

contratos administrativos, o al amparo del nombramiento como «personal de confianza», de quien desarrolla funciones netamente laborales.

STSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2009 (Recurso de Suplicación 4090/2009), IL J 316.

1. El demandante presta sus servicios en el servicio de administración de sistemas del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela desde 1996 hasta el año 2000 como responsable del área de sistemas y supervisión. Desde 1996 celebró con dicho complejo, dependiente del SERGAS, tres contratos administrativos de servicios. El primero tenía como objeto la asistencia técnica para definir mediante los correspondientes estudios el plan de actuación en el ámbito informático para la posterior puesta en funcionamiento de la aplicación informática del servicio de contabilidad del hospital. El segundo, en marzo de 1999, suscrito después de que el actor hubiera resultado adjudicatario del expediente de contratación, establecía el compromiso de efectuar el servicio de ingeniería de sistemas y programación informática para el complejo hospitalario por un plazo de un año desde la fecha de firma del contrato, si bien antes de su vencimiento por mutuo acuerdo de las partes se pactó que podría ser prorrogado en los términos del artículo 199 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, decidiéndose prorrogar sucesivamente hasta 2005. Año en el que se realizó un tercer contrato, también tras resultar el actor adjudicatario en un expediente administrativo, en el que el actor se obligaba a realizar el contrato de servicios de acuerdo con las condiciones establecidas en los pliegos de las cláusulas administrativas particulares, con un plazo de ejecución de 24 meses siendo susceptible de prórroga. Las prórrogas se sucedieron hasta que, tras interponer demanda el actor para que se calificara la relación como laboral indefinida, se le notificó el 2 de marzo de 2009 que se daba por finalizado el contrato con fecha 28 de febrero.

El actor para el cobro de su remuneración giraba facturas mensualmente y estaba dado de alta en el régimen especial de la Seguridad Social de autónomos. Todos los medios materiales utilizados por el actor son proporcionados por el complejo hospitalario, compartiendo el actor el mismo espacio físico que los demás empleados de dicho complejo y teniendo el mismo horario de entrada y salida que ellos, debiendo pedir sus vacaciones y días libres al jefe de dicho complejo, turnándose con los demás empleados. No consta que hubiera trabajado para ninguna de las empresas codemandadas, de las que sólo consta que el actor pasó unas facturas por encargo del SERGAS. Tampoco que estas empresas impartieran órdenes al actor o dirigieran su actuación, siendo los jefes de los distintos departamentos del complejo hospitalario quienes dirigían su trabajo.

La Sentencia de instancia estimó la demanda declarando la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad al resultar dicha extinción una represalia a su reclamación solicitando el carácter laboral indefinido de su relación.

2. Recurrida por el SESGA en suplicación, el TSJ de Galicia confirma la sentencia (salvo en una cuestión relativa a la inexistencia de cesión ilegal que ahora no interesa) en lo que se refiere a la naturaleza laboral de la relación y la nulidad del despido.

El SERGAS mantenía que había respetado las prevenciones para la válida consideración de la relación jurídica como administrativa habida cuenta de que el artículo 196.3.c) y f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los distingue como «aquellos

cuyo objeto sea el mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones», así como «la gestión de sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, la reparación y actualización de los equipos físicos y programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas». Asimismo alegaba que también cumplía el requisito de prevalencia del carácter material del servicio que ha sido establecido por la jurisprudencia para ponderar el carácter administrativo y no laboral de la relación contractual.

El TSJ comienza examinando los dos primeros contratos suscritos bajo la vigencia de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, poniendo de manifiesto que la distinción entre los contratos laborales y los «trabajos específicos y concretos no habituales» que excepcionalmente podía llevar a cabo la Administración en virtud de la Ley 30/1984 cuando se contrataban con personas individuales, constituía un problema frecuente bajo dicha normativa. Pero para distinguirlos la doctrina de la STS de 2 de febrero de 1998, dictada en Sala General, declaraba que lo que la normativa administrativa preveía era una contratación con carácter administrativo para llevar a cabo un trabajo de tipo excepcional cuyo objeto específico no podía ser una actividad en sí misma considerada, independiente del resultado final, es decir, que el contrato administrativo pertenecería al contrato de obra, entendiendo la obra como resultado de una actividad intelectual, y tal tipo de contrato no concurre cuando lo que se contrata no es un producto específico que pueda ser individualizado de la prestación de trabajo —un estudio, un proyecto, un dictamen profesional—, sino una actividad en sí misma. En el caso examinado por el TSJ considera que es precisamente esto último lo ocurrido pues lo contratado no ha sido ninguna obra o resultado que pudiera objetivarse, sino la actividad del demandante, primero como responsable de la aplicación informática del servicio de contabilidad del hospital y después como responsable del servicio en ingeniería de sistemas gestión y programación informática para el complejo hospitalario habiéndose prestado, ambos, bajo la dirección y control de los órganos competentes del SERGAS. Lo realizado a lo largo de la relación laboral por el demandante, en definitiva, no consistía en la obtención de un resultado acorde con los conocimientos o con su posible titulación o preparación, sino que se trató de realizar actividades normales y propias del contenido de la función a desarrollar por el complejo hospitalario dependiente del SERGAS como lo pone de manifiesto el hecho de que el actor compartiera desde el principio cometidos con el personal laboral y funcionario, desarrollando en equipo funciones de gestión y mantenimiento del sistema informático hospitalario, funciones que además ha llevado a cabo durante un prolongado lapso temporal.

Naturaleza laboral de la relación que el TSJ entiende igualmente predicable respecto del tercero de los contratos administrativos celebrados, suscrito al amparo del RD legislativo 2/2000 porque, a pesar de no exigirse ya que se trate de un «trabajo específico, concreto y no habitual» y de que el hecho de contratar una actividad y no la realización de un producto, con dicha normativa no aboque a considerar la relación como laboral, considera no obstante que, cuando existe una fragrante desviación del cauce legal previsto en las normas administrativas, juega la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET.

Desviación del cauce legal que en el contrato examinado considera nítida al haberse prestado el servicio retribuido por el demandante, desde su inicio y al igual que los demás trabajadores, en régimen de dependencia y subordinación habida cuenta de la forma en que se desarrolló la prestación de servicios, imponiendo en el propio contrato administrativo

una jornada de trabajo en horario a determinar por la dirección hasta completar un total de 1.800 horas al año en las dependencias del complejo hospitalario universitario, imponiendo además la plena disponibilidad física del personal para toda clase de consultas, prestaciones y servicios y aunque se señala que el adjudicatario pondrá los medios necesarios a disposición del centro se ha acreditado que toda la organización y medios era facilitada por el complejo hospitalario dependiente del servicio gallego de salud, constando igualmente en el pliego que toda la dirección de las actividades estaría a cargo de la dirección de organización y sistemas y que la propiedad intelectual de todos los trabajos realizados correspondería al complejo hospitalario. Realidad de un trabajo por cuenta ajena y dependiente que se refuerza, a decir del TSJ, por el hecho de que una vez cesado en su contrato administrativo suscribiera un posterior contrato laboral para obra o servicio determinado a tiempo completo con una nueva entidad que sería después la adjudicataria de la nueva contrata con la que el complejo hospitalario obtiene el mismo servicio tras la finalización de los contratos administrativos concertados con el actor y que permitió al actor de nuevo seguir desempeñando sus servicios en el mismo centro laboral, con las mismas personas, y realizando las mismas actividades que antes del cese.

3. A la vista del concreto supuesto examinado y las condiciones en que se desarrollaba el trabajo, la sentencia probablemente es acertada en cuanto al fondo, aunque falte algo de precisión en su razonamiento jurídico. Su mayor virtualidad reside en considerar subsistente una parte de la doctrina que en esta materia elaborara el Tribunal Supremo bajo un contexto normativo distinto. El razonamiento que sobre la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET mantiene la Sentencia comentada debe, no obstante, explicarse en el contexto de la doctrina que elaborara el Tribunal Supremo en la sentencia de Sala General que el propio TSJ cita.

Sabido es que, aun prestando una actividad de modo voluntario, retribuido, por cuenta ajena y de modo dependiente —dentro del círculo de organización y dirección de una persona que se considera empleador o empresario—, es decir, aun reuniendo el trabajo prestado las notas para la que el artículo 8.1 ET prevé la existencia de una presunción de laboralidad, existe una voluntad del legislador de no considerar laboral (exclusión constitutiva) aquella actividad en la que a pesar de darse las notas del artículo 1.1 ET, la relación «se regule por normas administrativas o estatutarias» tal como se declara en el artículo 1.3.a) ET. El problema de deslinde estaba servido. Con la normativa anterior al RDLegislativo 2/2000 el TS llegó a la conclusión unificada de que la distinción entre los trabajos laborales y administrativos debía buscarse en el objeto del contrato permitido por la norma, de modo que el contrato administrativo perseguiría la obtención de un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final. La naturaleza laboral, en consecuencia, de la prestación de servicios realizada con las típicas notas de ajenidad y dependencia y de modo retribuido, no podría desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo en virtud del artículo 1.3.a) ET cuando se excede de lo que la norma le habilita (un trabajo específico, concreto y no habitual) y se presta una actividad en sí misma considerada y el contrato no es de funcionario interino (STS de 20 de octubre de 1998, RJ 991 dictada en Sala General para diferenciar estos supuestos y negar la laboralidad de los mismos). Quedaba por ver cuál era la respuesta jurídica cuando la delimitación de la habilitación legal para realizar contratos administrativos no fuera tan clara en cuanto al objeto único permitido (trabajos específicos).

Tras la supresión de la posibilidad de celebración de «contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales» por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y el mantenimiento de dicha supresión en el Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la duda era si podía o no mantenerse la misma doctrina. Lo que, en unificación de doctrina y antes incluso de la sentencia que ahora se comenta, el Tribunal Supremo declaró que no sólo era válida sino, incluso, que su doctrina había quedado reforzada «en tanto en cuanto puede afirmarse que la contratación administrativa ya no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí misma consideradas, sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido» [STS u.d. de 19 de mayo de 2005, RJ 5444, seguida de otras más recientes como la STS de 30 de abril de 2007 (recurso 1804/2006) y la STS 25 de octubre de 2007 (recurso 3377/2006), dictadas para resolver la naturaleza de contratos administrativos suscritos al amparo del RDLeg. 2/2000 y el orden de la jurisdicción competente (ATS, Sala de Conflictos, de 22 de marzo de 2000, JUR 2009\12725).

STSJ de Extremadura de 28 de enero de 2010 (Recurso de Suplicación 642/2009), IL J 390.

1. El caso que analiza la sentencia comentada se refiere a la calificación jurídica de la relación profesional establecida mediante contrato aparentemente administrativo de personal de confianza y/o asesoramiento entre el actor y la Administración Pública (Ayuntamiento).

El actor fue nombrado por el Ayuntamiento en sesión plenaria y a propuesta del Grupo de Gobierno como personal eventual de confianza para el puesto de Encargado de Obras. Posteriormente, el actor suscribe un contrato temporal laboral por obra o servicio determinado para trabajar como Encargado de Obras.

El caso se plantea una vez que el contratado es cesado como personal eventual. Ante esa extinción, el actor presenta demanda por despido ante el Juzgado de lo Social, centrándose el debate en la naturaleza jurídica de la relación extinguida (laboral o administrativa).

2. Inicialmente, la sentencia del Juzgado de lo Social estima la demanda declarando la existencia de una relación de naturaleza laboral y la improcedencia del despido.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia ratifica la sentencia de instancia considerando que el contrato que el actor concluyó con el Ayuntamiento fue un contrato de naturaleza laboral, de duración determinada, en la modalidad de obra o servicio determinado para prestar servicios como Encargado de Obra, considerando lo siguiente:

Ante la dificultad práctica de distinguir la relación administrativa de la laboral cuando no se trata de los denominados funcionarios de carrera, recuerda el Tribunal la jurisprudencia que entiende que lo que fundamentalmente determina la adscripción al área de contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a ella.

En el supuesto examinado, entiende el Tribunal que pese a lo que el Pleno del Ayuntamiento acordara, lo cierto es que las partes, posteriormente, lo que formalizaron fue un contrato laboral. Así mismo, considera que la naturaleza laboral de la relación queda confirmada por los actos posteriores, en los que se confeccionan los correspondientes recibos de salario.

Por otra parte, aunque las retribuciones del actor fueron satisfechas con cargo a la dotación presupuestaria prevista para los cargos administrativos de confianza, el Tribunal estima que no por ello existe una relación administrativa, pues el consentimiento que las partes finalmente otorgaron lo fue para un contrato de trabajo de naturaleza temporal para obra o servicio determinado, lo que se contrapone al tenor literal de los artículos 89 y 104 de la Ley de Bases de Régimen Local.

En todo caso, recuerda el Tribunal los pronunciamientos del Tribunal Supremo que determinan que la presunción de laboralidad, si bien se excluye en el caso de las relaciones del personal de las Administraciones Públicas que se regulan por normas de Derecho administrativo al amparo de una Ley, recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado con flagrante desviación del cauce legal previsto, lo que sucede en supuestos en los que el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia.

Finalmente, el Tribunal estudia la alegación del recurrente de la existencia de nulidad por error del contrato de obra y servicio.

Dicha parte consideró que el contrato fue firmado en la creencia de que se concertaba una relación de servicios administrativa, teniendo en cuenta que tenía como antecedente directo el acuerdo del Pleno Municipal.

El Tribunal, por su parte, establece que no existe error de clase alguna, sino un fraude de ley en la contratación del actor, que en principio se pretendió amparar en un nombramiento de personal de confianza, cuando las funciones a desarrollar eran netamente laborales, como Oficial de Obra. Así mismo, declara la sentencia que no se puede invocar el error por parte de quien lo ha ocasionado, pues el trabajador se limitó a cumplir con lo que se le obligó.

3. La sentencia comentada sigue los criterios utilizados por reiterada jurisprudencia que en supuestos similares en el que se utilizan contratos por obra o servicio combinados con otros contratos administrativos, se llega a la conclusión de que la relación que une a las partes es una relación laboral.

En dichos pronunciamientos, se determina que el criterio fundamental para decidir si existe una adscripción al área administrativa, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a ella.

Coincidimos con dicha conclusión, pues a la vista de los hechos probados, aunque en un principio el Ayuntamiento, en sesión plenaria, nombró al actor personal eventual de confianza, posteriormente, las partes se adscriben libremente a la contratación laboral.

No obstante, pensamos que la sentencia, y la jurisprudencia en general, es un tanto contradictoria. Si bien en un principio se señala que la naturaleza del servicio no es determinante para concluir la existencia de una relación laboral o administrativa, posteriormente se dice que se aplica la presunción de laboralidad para aquellos casos en los que se hayan adscrito las partes a la contratación administrativa en virtud de la Ley, pero se haya hecho con flagrante desviación del cauce legal previsto, puesto que los trabajos realizados son genéricos y no tienen sustantividad propia.

Así mismo, en lo que atañe al error, entiende el Tribunal que existe fraude de ley, ya que en un principio la contratación del actor se pretendió amparar en un nombramiento de personal de confianza cuando las funciones a desarrollar eran netamente laborales. Así pues, el Tribunal atiende a la naturaleza de la prestación, en contradicción con lo señalado previamente en la sentencia.

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 (COORDINADORA)
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
LUIS GORDO GONZÁLEZ
MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

III. EMPRESARIO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATAS.
   - **A) Diferencias con la cesión ilegal.**
   - **B) Concepto de «propia actividad».**
   - **C) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
   - **D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa.**
3. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.
   - **A) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad.**
4. CESIÓN ILEGAL.
   - **A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata.**
   - **B) Ejercicio del derecho de opción: mientras subsista la cesión.**
5. SUCESIÓN DE EMPRESA.
   - **A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho.**
   - **B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa.**
   - **C) Subrogación convencional: cómputo de la antigüedad.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 3 y 4 de 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 307 a J 619) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y

grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura «u.d.»

2. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 4.A).

B) Concepto de «propia actividad»

A la hora de pronunciarse acerca de la responsabilidad de la empresa principal de las consecuencias derivadas de un despido, la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010,** IL J 436, a la que nos referiremos con más detenimiento en el apartado 4.A) de esta crónica, reitera la tesis jurisprudencial que entiende que la actividad de construcción no puede considerarse «propia actividad» de una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria.

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

Ya hemos aludido en crónicas precedentes (véanse, por ejemplo, crónicas núms. 37, 39, 42 y 43), la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de ellas. En el caso específico del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, el artículo 123.2 LGSS hace recaer esa responsabilidad en el «empresario infractor», expresión genérica pero precisa que, para el supuesto de las contratas de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. A uno de estos supuestos se refiere la **STSJ de Extremadura de 28 de enero de 2010,** IL J 387, en la que la empresa subcontratista y empleadora del trabajador accidentado recurre en suplicación frente a la sentencia de instancia. En ella el Juzgado de lo Social desestimaba la demanda interpuesta por la empresa subcontratista frente a la resolución de la Dirección Provincial del INSS que confirmaba el recargo de prestaciones impuesto a las empresas contratistas y subcontratistas. Dado que los motivos del recurso se centran en cuestiones de carácter formal o conectadas con materias que no corresponden a esta crónica, simplemente dejamos apuntada la existencia del pronunciamiento en el que se viene a confirmar la existencia de responsabilidad solidaria de contratista y subcontratista por el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 5.B).

3. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

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

La **STSJ de Castilla y León de 10 de marzo de 2010,** IL J 601, resuelve el recurso de suplicación de Tuconsa frente a la sentencia de instancia que desestima su demanda y confirma la resolución del INSS por la que se le imponía un recargo del 30% en las prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por don Justiniano. El trabajador, contratado por la entidad Nortempo ETT S.L. con la categoría de peón, sufrió un accidente cuando prestaba servicios para la empresa usuaria Tuconsa, dedicada a la actividad de construcción. Los motivos alegados en el recurso en relación a la infracción del artículo 123 LGSS no se basan en aspectos ligados a la determinación del sujeto responsable del recargo, que es el que corresponde analizar en este apartado de la crónica, por lo que nos limitamos a dejar constancia de la existencia del pronunciamiento judicial y de su alcance en lo que a la concreción de «empresario infractor» en el supuesto de hecho respecta.

4. CESIÓN ILEGAL

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

Como ya presagiamos en su momento y hemos indicado en anteriores crónicas, la modificación del artículo 43 ET y la inclusión de un nuevo apartado 2 en el que, recogiendo criterios jurisprudenciales previos, se tratan de perfilar las circunstancias determinantes de la existencia de la conducta interpositoria prohibida, no han servido para disminuir la litigiosidad en relación a esta cuestión. Buena prueba de ello es que en el período examinado la mayor parte de los pronunciamientos judiciales recaídos en nuestra temática aluden a cuestiones ligadas a la delimitación de cuándo estamos ante un supuesto de cesión ilegal de mano de obra y cuándo ante una lícita figura de descentralización productiva (**STS de 15 de marzo de 2010,** u.d., IL J 537; **STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398; **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010,** IL J 436; **STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010,** IL J477). La cuestión principal es que, más allá de la existencia de criterios teóricos precisos y unificados, hoy incluso consagrados normativamente, que indican la presencia de la figura prohibida, la dificultad reside en su proyección al caso concreto. La decisión sobre el particular debe venir presidida por un análisis preciso de las circunstancias que rodean la prestación de servicios del trabajador, de las relaciones efectivamente establecidas entre él y las empresas que figuran como comitente y contratista y de los derechos y obligaciones derivados del nexo contractual existente entre estas últimas (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398).

Como la argumentación y razonamiento jurídicos de las diversas sentencias es muy similar, recogiendo la ya muy consolidada doctrina jurisprudencial, en parte hoy criterio

legal, sobre el particular, pasamos a exponerlos y resumirlos de forma conjunta. Así, se recuerda que:

— La premisa general es que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398).

— Lo que contempla la prohibición legal es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo (artículo 43 ET). La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1.º) Un acuerdo entre los dos empresarios, el real y el formal, para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial. 2.º) Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3.º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398).

— No basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita, pues, rectificando criterios anteriores, el Tribunal Supremo ha señalado que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación del contratista en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398).

— Como en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio se dificulta notablemente diferenciarla de la cesión ilegal. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, que llevan a determinar el «empresario efectivo»: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios; el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva etc. (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398).

— La finalidad del artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le correspondan, evitando que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398).

— Únicamente se considerará que existe cesión ilegal cuando una empresa limite su actividad a ceder mano de obra a otra empresa, creando una apariencia de relación laboral con el trabajador sin ejercer los poderes de organización y dirección que le corresponden (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398; **STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010,** IL J 477).

La proyección de los anteriores criterios al caso de autos lleva a tres de los pronunciamientos analizados a estimar la inexistencia de cesión ilegal (**STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398; **STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010,** IL J 477; **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010,** IL J 436). Por su parte la **STS de 15 de marzo de 2010, u.d.,** IL J 537, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por inexistencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, si bien podría apuntarse que en el caso de autos tanto la sentencia de instancia como la de suplicación apreciaron la existencia de cesión ilegal entre la empresa Atlas Servicios Empresariales, S.A. y Castellana Wagen, S.A. Entre los hechos probados destacan los siguientes: las dos empresas habían suscrito un contrato por el que Atlas se comprometía a realizar las actividades de lanzadera, azafatas de recepción y telefonistas de cita previa para Castellana, pactándose que la titularidad de los medios correspondía a la contratista que cedía su uso a la comitente. La supervisión y control del trabajo así como la impartición de órdenes a los operarios de los distintos servicios correspondía a Castellana Wagen, S.A.; ninguno de los trabajadores de Atlas llevaba nunca ropa distintiva de dicha empresa sino que vestían un uniforme proporcionado por Castellana, de cuya propiedad eran también todos los medios materiales precisos para el desarrollo del trabajo.

La **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2010,** IL J 436, no aprecia la existencia de cesión ilegal en el caso enjuiciado, en el que los trabajadores despedidos habían sido contratados por don Abelardo, constructor autónomo que era el contratista de albañilería de una obra propiedad de la empresa dedicada a la actividad de promoción inmobiliaria Starpol; Family, S.L. No se recogen en el pronunciamiento mayores detalles ni consideraciones dignas de reseñar sobre la cuestión aquí comentada.

Las circunstancias de hecho que llevan a la **STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010,** IL J 398, a declarar la inexistencia de cesión entre la empresa Eulen, S.A. y Renault España, S.A. y la presencia de una contrata real entre ellas en virtud de la cual la primera se comprometía a realizar las labores de limpieza y logística de la factoría de la segunda son las siguientes: la dirección y supervisión del trabajo del actor en la empresa Renault España, S.A. era realizada por jefes de equipo de Eulen, S.A. que acudía diariamente a la fábrica; Eulen, S.A. fijaba el horario y el período de vacaciones; los cursos de prevención de riesgos y formación los impartía Eulen, S.A. que, además, también proporcionaba la ropa y útiles de trabajo; Eulen, S.A. era la que organizaba el servicio de suministro de los elementos necesarios para la cadena de producción y la que remuneraba el trabajo. A todas estas circunstancias que evidencian la inexistencia de cesión ilegal, no obsta que la empresa Renault España, S.A. indique el material necesario para la cadena de montaje, «pues estas facultades organizativas y directivas son inherentes a la existencia de una contrata», ya que es «evidente que las directrices básicas para el desarrollo de la contrata es una competencia que corresponde a la empresa principal, resultando contrario a la lógica que para evitar una cesión ilegal de trabajadores la empresa contratista fuera la que organizara el trabajo de la empresa principal».

Tampoco aprecia la presencia del fenómeno interpositorio la **STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010,** IL J 477. Los hechos probados son los siguientes: la trabajadora demandante prestaba servicios para la empresa Open European Fleet S.A., estando destinada en la actividad de almacenaje del producto fabricado por Dupont, en virtud del

contrato por el que esta última empresa había encargado tal cometido a Open European Fleet S.A. Como consecuencia de la reducción de los servicios de almacenaje encargados a Open European Fleet S.A., la empresa extingue el contrato de la trabajadora por causas organizativas y productivas. Impugna la trabajadora la decisión extintiva, que es declarada procedente por el Juzgado de lo Social que niega, asimismo, la existencia de cesión ilegal a favor de Dupont alegada por la actora. Recurre en suplicación la trabajadora y el TSJ desestima el recurso, argumentando, por lo que la pretendida existencia de cesión ilegal concierne, que los trabajadores de Open no se confundían con los de la empresa principal, ni su prestación de servicios se efectuaba sin necesidad del ejercicio por Open de facultades directivas u organizativas. Por el contrario, razona el pronunciamiento, era Open la que ponía el programa propio de gestión, dirigía y daba instrucciones a los trabajadores destinados en la contrata y organizaba el servicio objeto de contratación, para lo cual se coordinaba con un representante de Dupont. Tampoco queda demostrado, concluye la Sala, que la reducción del personal de la contrata y su selección hubieran sido impuestos unilateralmente por Dupont.

B) Ejercicio del derecho de opción: mientras subsista la cesión

El artículo 43.4 ET reconoce al trabajador sometido a cesión ilegal el derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Ahora bien, las condiciones y requisitos en que tal derecho debe ejercitarse han sido perfilados por la jurisprudencia, cuya doctrina nos recuerda la **STSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2010,** IL J 316, señalando que la facultad que la norma reconoce al trabajador «ha de ejercitarse mientras subsista la cesión. Su aplicación requiere, pues, como requisito *sine qua non* que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra».

5. SUCESIÓN DE EMPRESA

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho del artículo 44 ET y, más concretamente, la determinación de su presencia en el caso de autos, sigue siendo el principal foco de litigiosidad en materia de sucesión de empresa. Dos pronunciamientos recaídos en el período examinado aluden a esta cuestión, amén de los que comentaremos en el apartado siguiente. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2009,** IL J 322, analiza la eventual presencia del fenómeno subrogatorio en los supuestos de toma de posesión sucesiva de diversos notarios. En esta ocasión la demandante pretende que la antigüedad a tener en cuenta en relación a su despido sea la que se inicia con la prestación de la actividad laboral para el primer notario, y no con el último que adopta la decisión extintiva. La Sala, reiterando la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular, señala que, sin poner en duda la condición de los notarios como empleadores sometidos al régimen laboral,

> «ello no permite desconocer las especiales características y circunstancias que concurren en la Notaría, empresa *sui generis,* dado que, en razón de la función pública que tiene

encomendada su titular, no es susceptible de transmisión por negocio jurídico *inter vivos* ni *mortis causa*. Cada Notaría se crea o se suprime por decisión del poder público y se accede a ella sólo por nombramiento, también de la Autoridad del Estado, de acuerdo con las normas que regulan las oposiciones, concursos y traslados que no es necesario analizar. No existe un sustrato, material ni económicamente objetivable, que permanezca, ni mucho menos que se transmita, no ya por negocio jurídico entre el Notario cesante y el posteriormente nombrado, sino tampoco por ministerio de la ley, pues el protocolo no es un fondo propiedad de la Notaría ni del Notario, sino del Estado, bajo la custodia del fedatario, pero que, obviamente, como depositario, no puede ceder ni traspasar ni siquiera al nuevo titular de la Notaría, que se limita a asumir su custodia pudiendo, incluso, optar por solicitar de la Junta Directiva del Colegio que sea depositado en el archivo del Distrito».

Ahora bien, como recuerda el pronunciamiento en examen, lo anterior no impide que, si el convenio colectivo aplicable así lo dispone, el notario entrante deba suceder al anterior en la titularidad de los contratos laborales vigentes en el momento de producirse la vacante, en cuyo caso «es, pues, la voluntad colectiva reguladora de la relación laboral existente entre los Notarios y los Empleados de Notarías de toda la Andalucía Occidental la que establece una particular sucesión en la titularidad de las relaciones laboras laborales existentes en cada una de las Oficinas Notariales de la Zona y es esta especial normativa y no la admisión de un fenómeno de sucesión empresarial, inexistente en todo caso, la que legitima ... el reconocimiento de la antigüedad laboral postulada...». En el caso enjuiciado, no obstante, no existía norma convencional que impusiera tal sucesión al notario, por lo que la Sala concluye que, al no existir sucesión empresarial en los términos del artículo 44 ET, el cálculo de la indemnización por despido sólo debía operarse con la antigüedad causada con el último notario que adoptó la decisión extintiva, y no la total generada desde el comienzo de prestación de servicios en la notaría.

La **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2010,** IL J 443, examina un supuesto de externalización del servicio de limpieza que el Colegio Mayor Juan XXIII realiza en favor de la empresa Gastronomic S.A. En tal situación, la trabajadora demandante que, con la categoría de limpiadora prestaba servicios para el Colegio, se opone a la subrogación operada por la última de las empresas mencionadas, alegando que no se ha producido la transmisión de una entidad económica formada por un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica y que si no existen tales medios no puede calificarse de sucesión de empresa la mera cesión de la actividad o la mera sucesión de plantilla. Frente a la sentencia de instancia que consideró la externalización del servicio realizada un supuesto lícito de sucesión empresarial, el pronunciamiento judicial que comentamos estimará el recurso de suplicación de la trabajadora, llegando a la conclusión de que la demandante mantiene el vínculo laboral con el Colegio Mayor Juan XXIII. La Sala, tras recordar la doctrina y hechos analizados en la jurisprudencia unificadora recaída en los supuestos de traspasos de trabajadores desde la empresa Iberia LAE a una segunda operadora como consecuencia de la liberalización del servicio de *handling,* señalará que en el caso enjuiciado no consta transmisión patrimonial alguna a favor de la nueva empresa; «lo único que se aprecia es la externalización de la actividad de limpieza y la subrogación de la plantilla de limpiadoras de modo que según la doctrina expuesta no es posible considerar que el supuesto enjuiciado se incardina en el artículo 44 ET».

Los razonamientos que llevan a la Sala a la anterior conclusión son los siguientes:

— Entiende que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa «es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una entidad económica» formada o estructurada por «un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica»». Dado que en el caso enjuiciado sólo se ha producido una cesión de la actividad de limpieza, «esta cesión, sin ir acompañada de la transmisión de otros elementos, no constituye ningún traspaso o sucesión de empresa».

— Y sobre la eventual aplicación al supuesto examinado de la doctrina sobre la sucesión de plantilla, se rechazará tal posibilidad habida cuenta de que «la asunción de la plantilla de limpiadoras por la empresa no es pacífica, pues de las tres trabajadoras subrogadas, dos de ellas han presentado demanda en la que han solicitado la nulidad de la cesión ... La subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo. Si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de "sucesión de plantilla", es obvio que no existe una sucesión de empresa, y el cambio de empleador no es posible sin el consentimiento de la trabajadora».

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véase el apartados 4.B).

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

La **STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2009,** IL J 433, aborda un supuesto de sucesión en la condición de recaudador de zona de diversos titulares. Los trabajadores iniciaron la prestación de servicios con don Virgilio, recaudador de la zona de La Coruña y, tras su jubilación, lo hacen para don Isaac, en calidad de recaudador interino, y finalmente para don Modesto tras su nombramiento como recaudador de la zona. Este último requiere a los trabajadores para firmar nuevos contratos de trabajo en los que se alteran las condiciones de trabajo que venían disfrutando. Se da la circunstancia de que el nuevo titular de la recaudación alquiló para ello un local distinto y nuevo material de oficina y equipos informáticos. Demanda los trabajadores afectados exigiendo que se declare su derecho a continuar la prestación laboral con don Modesto en las mismas condiciones laborales que venían disfrutando con el anterior recaudador y la sentencia de instancia, incluyendo el supuesto de autos dentro de lo que denomina «sucesión de concesiones administrativas», estima su demanda. Recurre en suplicación don Modesto, considerando el Tribunal Superior de Justicia ajustada a derecho la resolución impugnada. El recurrente alega infracción de la normativa reguladora de la organización recaudatoria de la Xunta de Galicia y el Estatuto de los recaudadores de zona, así como de la Orden de convocatoria del proceso de selección para el nombramiento de recaudador de la zona de La Coruña y del artículo 44 ET. La Sala rechazará tales censuras jurídicas partiendo de las siguientes premisas: de la interpretación conjunta de la Orden de convocatoria de la plaza y del Decreto regulador de la organización recaudatoria de la Xunta se desprende que el nuevo recaudador debe «asumir» al personal que prestaba servicios para el anterior titular de la plaza; asunción

que, a juicio de la Sala, «ha de comprender no sólo el mantenimiento del puesto de trabajo, sino que esa "asunción" dentro de la continuidad (de la función recaudatoria) se entiende que ha de serlo en las mismas condiciones que las que venían disfrutando»; en virtud de lo anterior, procede el pronunciamiento en examen a analizar si concurren los requisitos exigidos por el artículo 44 ET para que exista una sucesión de empresa. Tras repasar la jurisprudencia comunitaria sobre el particular, se llegará a la conclusión de que

> «en el presente supuesto existe transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, pues tratándose de una actividad relativa a la recaudación, la actividad desarrollada por los empleadores sucedido y sucesor es la misma, al igual que los mismos métodos de organización y procedimiento pues si bien es cierto que el nuevo recaudador adquiere nuevo material mobiliario e informático, manteniendo los expedientes y aplicación informática titularidad de la Xunta, son precisamente los expedientes (el que sucede continúa con los expedientes iniciados por el que cesa) y tal aplicación informática, la que permite desarrollar la actividad en la que se basa la recaudación, actividad que descansa fundamentalmente en el trabajo desempeñado por el personal colaborador de recaudación asumido en su totalidad, por el nuevo recaudador, por lo cual hemos de concluir necesariamente que se produce la situación prevista en el artículo 44 ET».

Diversa es la conclusión a la que llega la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de febrero de 2010,** IL J 523, en un caso de sucesión de contratas de limpieza. En esta ocasión la sentencia de instancia estima parcialmente la demanda del trabajador, declara improcedente su despido y condena a la empresa saliente a estar y pasar por tal declaración. Recurre en suplicación la citada empresa alegando dos motivos diversos. Uno inicial, ligado al eventual incumplimiento por la sentencia de instancia de lo previsto en la norma convencional aplicable en materia de subrogación por la nueva adjudicataria en las relaciones laborales de la anterior contratista. Rechaza este motivo la Sala y, manteniendo la misma tesis de la resolución impugnada, afirmará que al no haber cumplido la empresa saliente los requisitos formales de comunicación a la nueva adjudicataria previstos en la normativa convencional y ser la relación del trabajador de carácter indefinido, existe un despido del que debe responder en exclusiva la empresa saliente. De conformidad con el segundo motivo alegado, lo que se habría producido en el caso de autos es una auténtica sucesión empresarial del artículo 44 ET, en virtud de la cual la empresa entrante debía asumir de manera obligada al personal de la saliente, al margen de lo establecido en convenio colectivo. Y es aquí donde la Sala, tras recordar lo establecido en la STJCE de 11 de marzo de 1997, Süzen, llega a la conclusión de que la doctrina que sienta el mencionado pronunciamiento del TJCE «es la de incluir en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de "entidad económica"». Así las cosas, la proyección de tal criterio al caso de autos, conduce a la sentencia en examen a desestimar el recurso de suplicación al entender que ni la sentencia de instancia ni la parte recurrente recogen ni aportan datos suficientes relativos al servicio rescindido con una empresa y contratado con otra, a cuántos trabajadores de la empresa saliente ha contratado la entrante, o a qué elementos materiales se precisan para el desarrollo del servicio en cuestión, por lo que «no puede determinarse si se produce aquella transmisión de activos materiales significativos o de una parte importante de la plantilla

que conforme a la jurisprudencia en la materia podrían fundar la existencia de una sucesión empresarial del artículo 44 ET, que a su vez suscitaría el problema relativo a la conexión de tal circunstancia con la vigencia del convenio aplicable. Y en consecuencia debe concluirse la aplicación de los preceptos convencionales en cuya virtud y como ya se ha expuesto, no puede imponer la subrogación a la empresa entrante, quedando sólo obligada a responder de las consecuencias del despido producido la empresa recurrente».

C) Subrogación convencional: cómputo de la antigüedad

Ya nos hemos referido en bastantes ocasiones a la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, planteó el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La doctrina unificada del Tribunal Supremo ya dejó sentado que el traspaso de funciones operado entre Iberia e Ineuropa como consecuencia de aquella operación liberalizadora no constituía un supuesto de transmisión de empresa de los previstos en el artículo 44 ET, dado que no hubo entrega de infraestructura empresarial de un concesionario a otro, sino una subrogación impuesta por el pliego de condiciones de la concesión administrativa. Y es en este marco y contexto donde se sitúa la **STS de 9 de febrero de 2010,** u.d., IL J 344, en la que la trabajadora demandante solicita que tras su cese en la empresa Ineuropa Handling UTE y posterior pase por subrogación a Acciona Airport Services SAU Pasarela Barajas UTE se le respete a efectos de antigüedad el tiempo de prestación de servicios para la primera. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación estiman la demanda e interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina por la empresa Acciona, el Tribunal Supremo lo desestimará. El debate se centrará en determinar si de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable cabe deducir tal derecho, pues previamente el Alto Tribunal dejará claro que «el régimen de la subrogación no es aquí el que deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a partir de una transmisión de empresa, que tampoco se ha alegado, ni puede en principio apreciarse ni en su delimitación legal en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni en la modalidad de sucesión en la actividad con asunción de plantilla, que esta Sala ha aceptado en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como puede verse en nuestras Sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004». En estos términos, y tras un análisis detallado del complejo régimen que en materia de derechos económicos fija el convenio colectivo aplicable (I Convenio Colectivo General del sector de servicio de asistencia en tierra en aeropuertos), la sentencia en examen llegará a la conclusión de que «la limitación del cómputo de la antigüedad real sólo podría surgir de un pronunciamiento del convenio en ese sentido; pronunciamiento que no se contiene en la regulación convencional examinada».

JESÚS CRUZ VILLALÓN
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. CONTRATACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

   A) Período de prueba.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL.

   3.1. Supuestos.

   A) Contrato para obra o servicio determinado.
   B) Contrato eventual.
   C) Contrato de interinidad.
   D) Contrato de inserción.

   3.2. Reglas generales.

   A) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.
   B) Extinción del contrato.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS.

   A) Contrato a tiempo parcial.
   B) Contrato fijo discontinuo.
   C) Contrato de relevo y jubilación parcial.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se ha de destacar en el período analizado la **STS de 3 de febrero de 2010,** IL J 231, que se pronuncia sobre la inclusión de cláusulas resolutorias en contratos por tiempo indefinido que condicionen su extinción a las posibles resoluciones anticipadas de los contratos mercantiles que la empresa suscribe con sus clientes. Asimismo, deben remarcarse en este período varios pronunciamientos referidos a la jubilación parcial y al contrato de relevo. En primer lugar, la **STS de 9 de febrero de 2010, (**recurso 2334/2009) y **STS de 15 de marzo de 2010,** IL

J 412, sobre las posibles sanciones a las empresas que no contratan a nuevos relevistas en el plazo de quince días. En segundo lugar, las relativas al derecho a la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) del ET en los contratos de relevo (**STS de 11 de marzo de 2010,** IL J 577). Y, finalmente, la que unifica la doctrina relativa a que el fallecimiento del trabajador relevado no incide en la duración del contrato de relevo (**STS de 25 de febrero de 2010,** IL J 342).

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

En relación con el pacto de prueba, la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2009,** IL J 189, aborda la cuestión relacionada con la resolución del contrato durante el mismo impugnada por la trabajadora embarazada con el argumento de que se trata de una decisión discriminatoria. La sentencia considera que la trabajadora debiera haber presentado algún indicio de la discriminación que no presenta:

> «El despido que se produce durante tal plazo no requiere justificación alguna. Únicamente en el caso de que se hubiera alegado por la trabajadora el concurso de alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o bien violación de derechos fundamentales y libertades públicas, y hubiera acreditado que concurrían indicios de ello —como podría ser el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo de la demandante (que no se ha probado en el caso de autos)— podríamos pasar a valorar la causa última de la decisión extintiva (artículos 179 y 181 de la LPL y 55.5 del ET)».

Por otra parte, la **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009,** IL J 87, viene, al contrario de la anterior, a considerar improcedente el despido de un trabajador cuyo contrato se extingue durante el período de prueba, sin que se cumplan los requisitos de forma previstos en el convenio para ello:

> «Ahora bien, que la ley no imponga requisito formal alguno no impide a la voluntad de las partes ni a los convenios colectivos incorporar aquellos u otros requisitos procedimentales distintos, en cuyo caso los contratantes deberán ajustarse a ellos. La fijación, por una u otra vía, de ciertos requisitos obliga al empresario a tener en cuenta los mismos, pues su finalidad es completar el precepto legal, de modo que la decisión extintiva con preterición de aquéllos no se ajustará a Derecho».

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

3.1. Supuestos

A) Contrato para obra o servicio determinado

Respecto de esta modalidad de contrato temporal, lo primero que ha de reseñarse, siquiera someramente, es que, como es sabido, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha modificado su régimen jurídico de modo

que el contrato por obra, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15.1.a) del ET pasa a tener una duración máxima de tres años, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial estatal o inferior en su defecto; añadiéndose que, transcurridos estos plazos el trabajador adquirirá la condición de fijo en la empresa. Así pues, el fin del contrato se hace depender de la finalización de la obra sólo cuando ésta tenga una duración que no supere los plazos señalados; dado que, si se extiende en el tiempo más allá, el contrato a concertar será indefinido.

Puntualizado lo anterior, en el período analizado, cabe destacar en relación con este contrato, la **STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2009,** IL J 177, declara que no se ajusta a derecho la extinción del contrato de obra cuando se alega la finalización de una de sus fases cuando el trabajador no fue contratado para la ejecución de una fase de la obra:

> «En el presente caso no es objeto de discusión que el proyecto de empleo Escuela Taller "Oficios Agroalimentarios V" del Ayuntamiento de Gozón tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la Corporación demandada y por ello resultaría justificado el recurso a la contratación temporal por obra o servicio determinado que sirvió de base a la contratación de la trabajadora recurrente. El problema se suscita en determinar si cabe considerar válida la extinción acordada por el Ayuntamiento al llegar el término que fue fijado en el contrato tal y como concluyó el Magistrado de instancia. Es cierto que resulta posible que los contratos para obra o servicio de quienes, como la recurrente, prestan servicios en proyectos de escuela-taller, puedan circunscribirse a fases concretas del proyecto [...]. Pero difícilmente puede admitirse en el presente supuesto que la demandante estuviera contratada para la primera fase del proyecto [...]. Por lo tanto y resultando de los hechos probados que la actividad para la que se contrató a la demandante —desarrollo del programa de la Escuela Taller "Oficios Agroalimentarios V"— se prolonga hasta 31 de julio de 2010, y por lo tanto no estaba concluida a la fecha del cese comunicado».

En distinto sentido, la **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009,** IL J 88, declara que no es posible admitir como expresión mediante la cual se especifica con precisión y claridad la obra o servicio a cubrir la formulada a través de la referencia «la temporada de verano de 2008», extendiéndose en el tiempo el contrato más allá de ella, puesto que ésta «adolece de falta de concreción y sustantividad exigida por la jurisprudencia, en cuanto que no se acredita por la empresa que la llamada "temporada de verano" se pueda extender, en la actividad a la que se dedica de comercio textil detallista, hasta la fecha en que se acordó la extinción de la relación laboral, finales de octubre, y tampoco que hasta esas fechas se produjera una mayor actividad que justificara acudir a la contratación temporal en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, pues es notorio que ésta puede estar presente en el período de rebajas tanto de verano como de invierno, pero el primer período acaba a finales de agosto, por lo que no se justificaría la extensión del contrato hasta el 24 de octubre del ejercicio. Por tanto, no alcanzamos a entender qué autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa presenta el objeto definido».

Por otro lado, la **STSJ de Asturias de 12 de febrero de 2010,** IL J 478, determina que se ajusta a derecho el contrato de obra que se extingue cuando lo hace la contrata en el marco de la cual se había suscrito, dado que ésta opera como límite temporal previsible. En el mismo sentido, la **STSJ de La Rioja de 4 de febrero de 2010,** IL J 605, entiende

que la terminación total de la obra y su entrega es el momento adecuado para el fin del contrato de obra:

> «Como es sabido, superada la fase álgida de la contratación la empresa puede ir progresivamente acordando la extinción contractual por fin de obra, sin que se exija para ello la total terminación de la misma, pues si es cierto que el criterio general es el de mantener la pervivencia de la relación laboral mientras no finalice íntegramente la obra o servicio, también se viene admitiendo como causa lícita la extinción, cuando la misma no coincide exactamente con la total finalización de la obra, sino con la paulatina necesidad de mayor actividad (por categorías o parcelas de la obra) que se produce hasta la clausura definitiva de la misma o bien la que se produce cuando terminaron las tareas propias de la especialidad para la que fue contratado el trabajador, aunque se mantenga la ejecución o realización de otras fases de la misma obra total. Los servicios del demandante pudieron ser demandados hasta el momento en el que los receptores mostraran su conformidad respecto de las obras, período que nada tiene que ver con el período de garantía que comienza una vez entregada adecuadamente la obra, y por ello, pese a la emisión de los certificados el 25 de febrero de 2009, la prestación de servicios del demandante pudo ser requerida en momentos posteriores y al no constar discrepancia alguna respecto de la recepción de la obra, la extinción contractual operada, coincidente con la fecha límite de la contrata es del todo punto ajustada a derecho (...)».

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2010,** IL J 618, aborda el error en la Administración cuando se concierta el contrato de obra en lugar del de interinidad por vacante en un supuesto de cobertura temporal de plaza en tanto se desarrolla el proceso de selección.

B) Contrato eventual

Dos resoluciones se refieren al contrato eventual en el período analizado. De un lado, la **STS de 9 de marzo de 2010,** IL J 424, en relación con la causa del mismo, y tras recordar la jurisprudencia consolidad en la materia, viene a resolver que no se ajusta a incremento de tareas alguno en una empresa de transporte la causa delimitada como «la ampliación de transporte de contenedores a las Islas Baleares, pasando de la frecuencia alterna a la diaria en el transporte de buques contenedores» porque:

> «no puede ser calificado como un exceso anormal en las necesidades habituales, ni supone un incremento de trabajo contingente y transitorio, sino que integra una previsión empresarial de actividad permanente, siquiera el adverso resultado hubiese determinado volver al transporte en días alternos».

De otro lado, la **STS de 3 de marzo de 2010,** IL J 359, entra a resolver la cuestión de la delimitación del contrato eventual —e incluso del contrato de obra— y el contrato fijo-discontinuo en relación con los trabajos referidos a las «campañas de prevención y extinción de incendios», llegando a la conclusión de que el contrato adecuado en este caso es:

> «... el contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, a tenor de lo previsto en el artículo 15.8 ET, y ello en atención a haberse constatado una necesidad de trabajo de carác-

> ter intermitente o cíclico, que se reitera en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados. Ello es así, porque la necesidad de prevención y extinción de incendios forestales responde a las necesidades normales y permanentes de la entidad empleadora y, en consecuencia, las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos. Esa necesidad de trabajo no puede cubrirse a través del contrato eventual, porque la misma no responde a necesidades extraordinarias por circunstancias de producción temporalmente limitadas; tampoco puede atenderse mediante contratos de obra o servicio determinado, porque no hay limitación temporal de la obra o servicio sino reiteración en el tiempo de forma permanente de las tareas en determinados períodos que se repiten todos los años. Frente a ello no cabe objetar ni las eventuales limitaciones presupuestarias de los organismos competentes, ni las posibles divergencias en las planificaciones anuales en función de las características naturales de cada temporada. Las primeras son un factor externo a las características del trabajo, que podrán tenerse en cuenta a otros efectos —como muestra el artículo 52.e) del Estatuto Trabajadores—, pero que no pueden alterar el tipo de contrato procedente. Las segundas podrán determinar en su caso la aplicación de formas de contratación de trabajo temporal extraordinario en función de las particularidades de determinadas temporadas, pero no justifican ese recurso al trabajo temporal cuando se trata, como en el presente caso, de una necesidad reiterada que se pone de relieve en las sucesivas contrataciones de los actores».

C) Contrato de interinidad

En punto 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».

Por lo demás, reseñar 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). O bien, también ha de mencionarse alguna sentencia que reputa improcedente el despido al basarse la extinción en la cobertura de la plaza, pero 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 relación con los contratos temporales 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 nom-

bres 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».

Finalmente, en relación también con los contratos de interinidad por sustitución, ha de señalarse la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de noviembre de 2009,** IL J 377, que aplica la doctrina unificada sobre la validez del cese del interino cuando la trabajadora sustituida causa alta médica, aunque seguidamente inicie una nueva baja por maternidad. Menor interés tiene la **STSJ de Murcia de 25 de enero de 2010,** IL J 563, que declara la inexistencia de despido por el cese de la interina ante la reincorporación de la trabajadora sustituida.

D) Contrato de inserción

La **STS de 15 de febrero de 2010,** IL J 351, 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 contratos ligados a un programa de interés social. Por tanto, la conclusión del contrato dependía no de la finalización de esa obra o servicio sino de la conclusión del programa subvencionado y su financiación.

3.2. Reglas generales

A) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Las resoluciones en esta materia se refieren a los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos. Concretamente al cómputo de los trienios de los mismos mediante la aplicación de la teoría de la «unidad del vínculo contractual» en supuestos de sucesión de contratos temporales. Se trata de las **SSTSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2010,** IL J 614 y 615, que reiteran la jurisprudencia en la materia considerando que

> «En el caso de autos, existió una interrupción superior a 20 días entre distintos contratos, a través de varios contratos, todos ellos para la realización de una misma actividad, al servicio de la entidad demandada y en un tracto de 23 años habiendo trabajado, prácticamente, 18 años. La interrupción de servicios en la forma indicada, no resulta en modo alguno significativa, y es evidente que en el caso de autos nos encontraríamos ante una "unidad de vínculo contractual". Por lo que, en consecuencia, la interrupción de servicios —en la forma que ha sido expuesta— no será óbice para el reconocimiento a favor de la parte demandante del complemento de antigüedad (trienios), reclamado, por lo que el recurso de suplicación ha de ser estimado, revocándose en su integridad la resolución recurrida. No siendo preciso, como señala con reiteración nuestro Tribunal Supremo, que para el devengo de "trienios", sea preciso formalizar un contrato de naturaleza indefinida».

B) Extinción del contrato

Ha de destacarse de forma especial la **STS de 3 de febrero de 2010,** IL J 231, en relación con un supuesto en que se incorpora a los contratos concertados por tiempo indefinido una cláusula resolutoria en los siguientes términos: «El contrato se extinguirá automáticamente en el momento de finalización o resolución anticipada del acuerdo alcanzado con el cliente para la fabricación de los productos encargados por éste». Cuestionada la licitud de tal cláusula el TS resuelve, por una parte, respecto de la cuestión relacionada con el ajuste a derecho de ésta, que

> «Son, por tanto, contratos de trabajo de duración indefinida sometidos a condición resolutoria, consistente ésta en el mantenimiento mismo de una actividad concreta de la empresa. Y es en la circunstancia que ha de actuar como causa para la resolución del contrato en donde se da una clara incongruencia con la naturaleza indefinida pactada y querida por las partes, pues si de lo que se trataba era de contratar trabajadores por tiempo indefinido —aun cuando la motivación por la que la empresa amplía, en su caso, la plantilla, se hallara en la obtención de más pedidos— la afectación que la eventual pérdida de algún cliente o pedido pudiera tener sobre el vínculo contractual no podía ser sino la que, para supuestos de dicha etiología, prescribe el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que concurran en su momento los requisitos legales allí establecidos. La previsión en el contrato indefinido de un descenso del volumen de actividad de la empresa, además de estar mal expresada por ceñirla a un determinado producto en cuya elaboración no se conoce si tiene incidencia la concreta función del trabajador contratado, se hace en la cláusula en cuestión con la finalidad de eludir los efectos económicos previstos en la ley, sustituyendo aquéllos por una indemnización de parámetros cuantificadores completamente distintos y notoriamente inferiores. Se desnaturaliza así el contrato de trabajo de duración indeterminada y, por ello, la cláusula resulta abusiva, como declara la sentencia de instancia».

Por otra parte, entra el Tribunal incluso a valorar si la inclusión de esta cláusula podría llevar a concluir que se trata no de un contrato indefinido sino de un contrato de obra o servicio. En relación con ello, determina que

> «Ahora bien, en el presente caso resulta que ni lo contratos de trabajo se acogían a la modalidad temporal analizada, ni se vinculaba la contratación a una determinada obra o servicio, destacando el dato de que los trabajadores contratados no quedaban específicamente asignados a los pedidos de los productos de cuya perduración en la elaboración se hacía depender, no obstante, la finalización del contrato. La empresa parece atribuir al azar los pedidos, clientes y productos a los contratos de trabajo que ha venido celebrando, constando, no obstante, que los pedidos se realizan de forma verbal, sin plasmación documental que permita delimitar la obra o servicio. En suma, la cláusula controvertida tampoco sería válida como causa de extinción del contrato de trabajo temporal por carecer de virtualidad suficiente para delimitar la causa del contrato y, por ende, su duración».

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

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 comu-

nitario 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 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 la antigüedad 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 segundo lugar, la **STS de 22 de abril de 2010,** IL J 765, resuelve la cuestión de la determinación de los períodos de cotización exigibles para la prestación por desempleo. La sentencia 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 disfrutan 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 corresponden 365 cotizaciones».

En tercer lugar, la **STS de 3 de marzo de 2010,** IL J 359, abunda en la doctrina de que los contratos eventuales reiterados en el tiempo para la prevención de incendios al ser una

actividad permanente de carácter discontinuo debía cubrirse por contratos fijos periódicos discontinuos.

C) Contrato de relevo y jubilación parcial

Cabe destacar en este período, las **SSTS de 9 de febrero de 2010** (recurso 2334/2009) y **de 15 de marzo de 2010,** IL J 412, que declara la responsabilidad empresarial frente a la administración de la Seguridad Social cuando se supera el plazo de 15 días legalmente establecido para la contratación de un trabajador relevista. Lo relevante del pronunciamiento es que se interpreta que el abono por el empresario a la Entidad gestora del reintegro del importe de la pensión de jubilación no es un acto de sanción —como anteriormente se sostuviera en algún pronunciamiento del mismo Tribunal Supremo—, lo que podría abrir la puerta a entender que se pudiera interpretar que la previsión contenida en el apartado cuarto de la Disposición Adicional Segunda del RD 1131/2002 incurría en vicio *ultra vires*. En su lugar, se considera un acto de gestión consistente en la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión por la Entidad Gestora cuando no se ha cumplido por parte de la empresa la exigencia de contratar un relevista en los términos legalmente previstos. Además, también tiene interés la declaración de que no obsta a este incumplimiento el hecho de que la empresa intentase cubrir la nueva contratación a través de la Oficina Pública de Empleo, al interpretarse que no se trata de una obligación de medios, sino de resultado.

Respecto a esta misma responsabilidad empresarial por falta de contratación 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), descontando el plazo de quince días previsto legalmente para poder realizar la contratación (**STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2010,** IL J 608).

El Alto Tribunal también ha unificado doctrina sobre el hecho de que al contrato de relevo le es aplicable la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET (**STS de 11 de marzo de 2010,** IL J 577). Y, en segundo lugar, la **STS de 25 de febrero de 2010,** IL J 342, establece que el fallecimiento del trabajador relevado no incide en la duración del contrato de relevo.

En otro orden de cosas, 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%.

Por otra parte, 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 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 las prestaciones del plan hasta su jubilación total, salvo disposición expresa en contrario contenida en el propio plan, que en ese caso no existía.

En otro orden de cosas, la **STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2009,** IL J 447, desestima la pretensión de un trabajador de acceder a una jubilación parcial al no aceptarse por la Administración empleadora ni preverse este acceso como un derecho del trabajador en el convenio. Asimismo, la **STSJ de La Rioja de 21 de enero de 2010,** IL J 542, aplica la doctrina unificada que no admite el acceso a la jubilación parcial del personal estatutario en tanto no se desarrolle reglamentariamente para este colectivo el artículo 166 de la LGSS.

Finalmente, cabe reseñar la sentencia ya referida **STS de 25 de enero de 2010** (recurso 1245/2009), examina la posible responsabilidad empresarial por cese de un trabajador relevista derivado de la transmisión parcial de una empresa de transporte manteniendo su relación laboral en la nueva empresa, sin que la empresa originaria contrate a un nuevo relevista. El Tribunal Supremo señala que no existía una conducta fraudulenta por parte de la empresa originaria que justificase la aplicación de la responsabilidad empresarial de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002. Se establece concretamente que

> «Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora no se resuelve».

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En esta materia, la **STS de 10 de marzo de 2010,** IL J 357, se declara que no cabe adquirir la condición de fijo en una Administración pública por el hecho de haber prestado servicios antes de una determinada fecha por cuanto ello vulneraría las reglas de selección en función del mérito y la capacidad.

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) Reclamación de cantidad por diferencias salariales. Valor liberatorio del finiquito. Relación laboral extinguida con RTVE. Cómputo de las pagas extraordinarias para su devengo, dos de ellas semestrales, y otras dos anuales.

b) Reclamación de comisiones. Plan individual de comisiones pactado con la trabajadora. No incongruencia de la sentencia ni indefensión.

c) Diferencias salariales, plus de transporte, condición más beneficiosa susceptible de absorción y compensación en cómputo anual.

d) Valor liberatorio del documento denominado «saldo y finiquito»: hay que atender a su total contenido y a las circunstancias que rodean su confección y firma.

B) Fondo de Garantía Salarial.

a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Despido por causas objetivas. Se refiere exclusivamente a las indemnizaciones reparadoras de la pérdida del empleo, pero no a la compensación económica por falta de preaviso.

2. JORNADA DE TRABAJO.

A) Horas extras. Viajes al centro de trabajo. Sólo se computan como tales aquellas empleadas por el trabajador para desplazarse desde su lugar de residencia al centro de trabajo.

B) Jornadas especiales de trabajo: Impugnación del Decreto 902/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

C) Modificación de jornada. No cabe imponer la conversión de contrato a tiempo completo en dos contratos a tiempo parcial alegando subrogación parcial de una contrata.

3. MOVILIDAD FUNCIONAL.

A) Movilidad vertical ascendente: delimitación del supuesto de hecho. Realización prevalente de funciones superiores y distintas a las propias de su encuadramiento profesional.

B) Movilidad ascendente, garantía retributiva y categoría superior no existente *ex* convenio para el subsector de actividad en que el trabajador presta sus servicios: centros educativos de enseñanza no reglada.

4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA.

A) Inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo. Desestimación.

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO.

A) Conflicto colectivo. Inadecuación de procedimiento. Desestimación. Grupo homogéneo de trabajadores e interés general. Existencia de modificación sustancial de condiciones laborales. Modificación del sistema de rotatividad y de distribución de días de trabajo y descanso.

B) Modificación de jornada y horarios. Condiciones más beneficiosas.

C) Propina. Modificación de las condiciones de trabajo.

D) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2010 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 619).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Reclamación de cantidad por diferencias salariales. Valor liberatorio del finiquito. Relación laboral extinguida con RTVE. Cómputo de las pagas extraordinarias para su devengo, dos de ellas semestrales, y otras dos anuales

STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2009 (recurso 3563/2009), IL J 74, **STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2009** (recurso 3978/2009), IL J 258 y **STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 17 de diciembre de 2009** (recurso 330/2009), IL J 335.

1. En todas las sentencias reseñadas, 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. También algunos de los demandantes se les pone a la firma, sin presencia de representante y sin previa proposición, un documento de finiquito que indica las cantidades por saldo y finiquito, y al que se acompaña el desglose de las cantidades percibidas, coincidentes con las que los trabajadores recogen en sus demandas como cobradas, y excepto dos de los actores todos firman sin salvedad alguna.

Reclamación de cantidad por las diferencias en la liquidación de las pagas extras hechas por discrepancias en su cálculo, aduciendo la irregularidad en cuanto a que dos de ellas les han sido abonadas como generadas anualmente y otras dos semestralmente; ne-

gando por otro lado el valor liberatorio del recibo de saldo y finiquito, frente al cálculo de las semestrales, paga de junio y paga de Navidad.

2. Dos cuestiones se dilucidan en el presente caso, infracción del artículo 66 del XVII convenio colectivo de RTVE en relación con el artículo 31 del ET y artículo 37.1 de la CE, por la forma de pago y cálculo del devengo de las pagas extraordinarias según, y en segundo lugar, valora de forma concluyente que ha de tenerse en cuenta el sistema histórico de la empresa en el pago de las mismas, 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 ciñe la sombra de la Jurisprudencia de la Sala en su criterio mayoritario, 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 de ET, ni la doctrina del TS, «que son salario diferido devengado día a día cuyo vencimiento tiene lugar salvo pacto en contrario en festividades o épocas señaladas,...».

No es incongruente ni contradictorio la afirmación recogida en la sentencia que no hay obstáculo formal en una u otra interpretación de las normas del convenio colectivo, la aplicación desde siempre en la empresa y la que se postula *ex novo* a raíz de la extinción del contrato por la adhesión al ERE. Sobre la liquidación de las pagas extras, y su abono mismas, se considera un dato fundamental como prueba, el incuestionado sistema histórico de abono llevado a cabo por la empresa, pues si el cálculo utilizado hubiera perjudicado a la plantilla dada su magnitud y amplitud hubiera generado sin duda algún conflicto. Y ello porque el conflicto planteado al admitirse como válido y no contrario a los preceptos del ET y al artículo 37.1 de la CE, que en caso que el cese del trabajador se produzca antes del vencimiento del tiempo en que han de ser abonadas las pagas, el cálculo para el devengo de las pagas de septiembre y productividad sea anual y para julio y Navidad sea semestral.

En aplicación de la doctrina general en esta materia del TS de 26 de junio de 2007 y 18 de noviembre de 2004, reconoce el valor liberatorio del finiquito en función de la declaración de voluntad que incorpore, exigiéndose una voluntad clara e inequívoca, y siempre sobre derechos que no sean indisponibles. De otro lado, los vicios de la voluntad, o expresión de causa falsa, pacto contrario a una norma imperativa, de orden público o que perjudique a terceros. En el caso de autos se advierte que el documento suscrito por los recurrentes adolece de vicio, irregularidad que lo invalide y prive de eficacia, pues el documento recogía una cantidad total íntegra y neta a percibir, y añadía el desglose de todas las cantidades y complementos, recogidas en las demandas como percibidas, coincidentes, conociendo el interesado de todos y cada uno de los conceptos y las diferentes partidas en el momento previo a la firma del documento, sin que tampoco pueda determinar la nulidad o ineficacia del contenido del documento, ya que la aceptación de la cantidad se hizo sin mediar engaño, error o coacción, que pudiera haber cuestionado la validez de la firma del documento. Se salvan del finiquito las cantidades pendientes de acreditación como consecuencia de complementos variables de nóminas, así como las diferencias salariales de mejoras derivadas de convenio colectivo.

3. La Sala reitera su criterio mayoritario en la interpretación del ET, y artículo 37.1 de la 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, aun cuando desestima el primer motivo del recurso, y por lo tanto otorga valor liberatorio al finiquito firmado, afirma nuevamente que el sistema utilizado por la empresa no altera el sistema concebido por la norma imperativa del artículo 31 del ET, y aun recogiendo expresamente la doctrina del TS, puesto que la particular forma de aplicación del incuestionado sistema regular e histórico seguido por la empresa respecto a las pagas extraordinarias y de productividad, ha venido siendo admitida pacíficamente por los trabajadores, y no se ha probado el perjuicio económico para los trabajadores ni cuando la relación estaba viva ni en el momento de practicar la liquidación final de haberes, pues de otro modo, con alteración del sistema seguido, se daría un resultado eventualmente beneficioso injustificado y desprovisto de razón para los demandantes. Es difícilmente concebible pensar que si realmente se hubiera dado una situación perjudicial año tras año en el devengo de estas pagas extraordinarias no se hubieran desplegado acciones judiciales para exigir el devengo ahora solicitado.

Por último y en aplicación de la doctrina pacífica del TS, la firma del finiquito, que en este caso estaba detallado por partidas, conceptos y complementos en un documento adjunto, por quien libremente la estampa supone una elusión voluntaria de la referida propuesta de liquidación, que refleja una aceptación de la situación y conformidad acerca de la cantidad saldada, siendo insuficiente la mera manifestación por parte de quien lo firma de que era la única cuantía posible en la recta interpretación del convenio colectivo.

b) Reclamación de comisiones. Plan individual de comisiones. No incongruencia de la sentencia ni indefensión

STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2009 (recurso 3471/2009), IL J 79.

1. La actora al tiempo que se le asigna un nuevo puesto, se le hace entrega de las nuevas condiciones retributivas, con efectividad el 1 de julio de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007, distribuidas en dos conceptos, una fija y otra variable en función de la consecución de una serie de objetivos, que se establecen en un plan en un documento independiente, que la actora suscribió el 30 de noviembre de 2007, fechado el 30 de octubre de 2007. Con fecha 5 de noviembre de 2008, la actora comunicó a la empresa su intención de causar baja voluntaria con efectos de 21 de enero de 2008. Todos los parámetros de cálculo son fijados por la empresa quien se lo entrega al trabajador mediante un plan individual de compensación quien lo firma y acepta. El plan de comisiones de la actora es aplicable a partir de 1 de julio de 2007 y fue remitido directamente desde Estados Unidos al representante de la empresa en España, para que tras revisarlo se lo entregara a la trabajadora. Los planes de comisiones son individuales y confidenciales, que pueden ser diferentes incluso entre trabajadores con la misma categoría y el mismo puesto.

2. Se interpone recurso por parte de la empresa tras ser estimada la reclamación de comisiones de la trabajadora sobre la base fáctica del plan individual de comisiones. Los motivos de la empresa tienen el mismo objetivo, poner de manifiesto tras la comparación del plan individual de comisiones con otros compañeros con idéntico boletín individual y producto, que la empresa cometió un error en la redacción del documento. La incongruencia de la sentencia por la valoración arbitraria de la prueba es desestimada porque

en ningún caso crea indefensión que el juzgador no haya hecho una referencia expresa a cada uno de los documentos aportados por ambas partes en los hechos probados, e incluso si la sentencia hubiera incurrido en un error relevante en uno de los documentos, la parte recurrente podría haber solicitado su revisión sobre el documento en cuestión, a través del cauce procesal del apartado b) del artículo 191 de la LPL. El último de los motivos consistente en poner de manifiesto el error que se cometió en el documento por lo que está inflado un parte de la comisión que aplicado a las ventas realizadas supone un importe de comisiones desorbitado. Desestima la Sala este último motivo, aun admitiendo el error sufrido por la empresa por la teoría de la asunción de los actos propios en la negociación, pues ha de producir los mismos efectos si quien declara el error es la parte que no ha actuado con la diligencia debida, más aún cuando el error lo invoca la parte que ha redactado el documento por una persona experta y conocedora de las comisiones debatidas (STS de 23 de mayo de 1935).

3. Hace suya la Sala de lo Social la argumentación jurídica que viene emitiendo en este sentido el Tribunal Supremo, y no duda a la hora de proteger la validez de un negocio jurídico que debe ser interpretado siempre bajo los principios de seguridad jurídica, responsabilidad y buena fe contractual, frente a los cuales no puede ser admitido, la solicitud de ineficacia de un acuerdo sobre la base de un error cometido por la parte que redactó de forma unilateral el documento, y que para mayor abundamiento fue redactado y revisado por personas expertas en la materia antes de su firma y aceptación por la otra parte.

c) Diferencias salariales, plus de transporte, condición más beneficiosa susceptible de absorción y compensación en cómputo anual

STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, Sentencia de 2 de diciembre de 2009 (recurso 1707/2009), IL J 273.

1. El demandante presta sus servicios en la empresa demandada desde el día 1 de febrero de 1983, ostentando la categoría de jefe de taller, y percibiendo una salario mensual de 2.764,3 euros, sin inclusión de pagas extraordinarias, ha estado en situación de IT desde el 11 de octubre de 2007 hasta el 11 de marzo de 2008, en el año 2007 el demandante percibió una salario anual superior al establecido en el Convenio Colectivo, hasta septiembre de 2007 venía percibiendo en concepto de plus de transporte (cotizable) la cantidad de 152,74 euros mensuales y 99,84 euros en concepto de plus de transporte no cotizable, desde abril de 2008 se le suprime el plus de transporte, y se le abona un plus de distancia cotizable en cuantía de 149,20 euros mensuales y 103,38 euros mensuales en concepto de plus de distancia no cotizable. El convenio establece un plus de transporte para el año 2007 en cuantía de 95,21 euros mensuales, este plus lo perciben los trabajadores que realizan jornada partida y el personal del vertedero. El trabajador no tiene ninguna de las dos características. El actor presentó conciliación y la empresa formuló reconvención por cuantía de 4.041,28 euros. Ambas fueron desestimadas en instancia.

2. El objeto central que dilucida la presente sentencia del TSJ, es si procede abonar al actor la cantidad solicitada en concepto de diferencias salariales como consecuencia del incremento salarial fijado en el Convenio Colectivo de Empresa, o si, por la absorción y compensación recogida en el artículo 26.5 del ET, no le corresponde percibir cantidad

alguna, porque se le ha abonado una cantidad superior a la fijada convencionalmente. El demandante alega que existe un derecho adquirido y una condición más beneficiosa (pues ha cobrado el plus de transporte incluso en situación de IT), y que son conceptos diferentes por lo que no cabe aplicar el artículo 26.5 del ET. La empresa demandada propone detraer los incrementos salariales previstos en el nuevo convenio, el plus voluntario de transporte que venía percibiendo mes a mes, por lo que absorbe y compensa en cómputo anual un concepto salarial con otro. Desestima la pretensión del actor haciéndose eco la sentencia de la doctrina del Tribunal Supremo, que afirma que el hecho de que existan condiciones más beneficiosas no impide que se aplique la absorción y compensación, pues el respeto a la condición más beneficiosa no siempre fuerza una acumulación de las mejoras, pues cabe una actuación neutralizadora por esta vía, sin que sea preciso para ello la autorización expresa en la normativa posterior por la habilitación que crea el artículo 26.5 del ET (STS 19 de diciembre de 1998). Y ello porque la absorción y compensación siempre han tenido su objeto en evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran origen en diversas fuentes reguladoras, figuras que juegan siempre que se establezca un nuevo cuadro de retribuciones en virtud de un acto normativo o convencional (STS de 20 de febrero de 2000). En consecuencia, a la condición más beneficiosa no le está vetada la absorción y compensación por sí misma. Fundamenta la Sala, asimismo, que la parte actora no ha acreditado que el plus de transporte no fuera de carácter salarial sino indemnizatorio y, en su virtud, no pudiera aplicarse la absorción y compensación, pues de contrario es el propio trabajador quien parte en su demanda del carácter salarial del plus de transporte que venía percibiendo pues lo percibe tanto en situación activa como en situación de incapacidad temporal.

3. Ratifica la Sala una sentencia de instancia que, desestimando previamente la reconvención de la empresa que no recurre en suplicación, no estima la pretensión del actor por entender que es de aplicación el artículo 26.5 del ET, y que las cantidades que el trabajador venía percibiendo en concepto de plus de transporte, quedan absorbidas y compensadas en virtud de un marco convencional posterior al plus voluntario de transporte establecido previamente entre las partes. Para ello hace suya la doctrina al respecto del TS, citada en el párrafo anterior, que porque el plus que se viene percibiendo sea un derecho adquirido o condición más beneficiosa, no excluye la aplicación de la figura recogida en el artículo 26.5 del ET, declarando aplicable en este caso la absorción y compensación de las nuevas tablas salariales establecidas en el convenio con lo percibido por el trabajador por encima de lo que debería percibir.

d) Valor liberatorio del documento denominado «saldo y finiquito»: hay que atender a su total contenido y a las circunstancias que rodean su confección y firma

STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009 (recurso 1528/2009), IL J 321.

1. El actor presentó la baja voluntaria en la empresa, y quince días después cuando cesó en su relación laboral firmó el finiquito percibiendo la cantidad en él señalada. En el documento se hizo constar: «con el percibo de la referida cuantía queda totalmente saldado y finiquitado por toda clase de conceptos con la citada empresa, comprometiéndose a no reclamar por concepto alguno que pudiera derivarse de la expresada relación laboral que queda expresamente concluida».

2. Se solicita por el actor recurrente la modificación de hechos probados, que es admitida en parte. La primera porque hace constar que la cantidad del importe que figura en el finiquito corresponde al importe líquido de las nóminas de la empresa correspondiente al mes de septiembre de 2007 y parte proporcional de Navidad, siendo esta coincidencia la que permite admitir la modificación solicitada, que posibilita concluir que lo que se percibe con la cantidad que recoge el finiquito no se corresponde a las cantidades solicitadas en el presente procedimiento. Se admite también otra de las modificaciones solicitadas que interesa un nuevo hecho probado en el que se haga constar que: «el actor no percibió cantidad alguna en concepto de "plus de convenio" en el período reclamado». El resto de las modificaciones no son admitidas porque el juzgador de instancia basa su convicción sobre prueba testifical, lo que supone que la libre valoración de la prueba por su parte impida a la Sala modificar los hechos probados, para lo que necesariamente ha de evidenciarse un error patente en las pruebas documentales.

Fundamenta la parte actora su pretensión en que la firma del documento denominado «saldo y finiquito», con carácter general no es medio suficiente para proclamar su validez al afectar a derechos fundamentales (artículo 3.5 del ET), por ello sobre la base del artículo 1281 del CC se hace necesario a fin de proteger estos derechos atender al contenido total y a las circunstancias que rodean su confección, para determinar si su contenido coincide con la intención de las partes y así evitar que se convierta en una disposición unilateral y precipitada del trabajador, sobre aspectos de la relación laboral que son indisponibles.

La representación de la empresa mantiene la argumentación contraria, que fue asimismo la admitida en la sentencia de instancia, cual es atribuir al documento del finiquito un valor liberatorio absoluto por el mero hecho de ser firmado por el trabajador.

La Sala de lo Social, tras el examen del finiquito concluye que el documento firmado por el trabajador no es el resultado de una negociación y que las partes no hacen concesiones mutuas, más o menos recíprocas, sino que el trabajador, tras preavisar su cese, percibe la cantidad correspondiente exclusivamente a tres de los conceptos retributivos a los que la empresa está obligada por convenio colectivo, y sin más observaciones se da por saldada y finiquitada la relación laboral, y haciendo suyo el razonamiento jurídico de la parte actora, entiende que no pueden ser comprendidos en dicho documento las diferencias salariales del salario base del convenio colectivo, y el importe del plus de convenio no percibido nunca, si bien no puede extenderse este razonamiento a los conceptos reclamados en concepto de vacaciones y dietas, y ello porque el juez de instancia llega a la convicción de denegar estos conceptos por prueba testifical. Por ello entiende la sentencia de suplicación que el abono de los tres conceptos que figuran en el documento evidencian una clara vulneración de los derechos otorgados por la norma colectiva a todos los trabajadores del sector, sin que exista ninguna causa de exclusión para este trabajador en concreto, de ahí que se estime el recurso en los conceptos señalados.

Aplica la Sala la fundamentación del TS, en Sentencias de 13 de mayo de 2008, 18 de noviembre de 2004, con cita de las de 11 de noviembre de 2003 y 28 de febrero de 2000, donde se establece que «por regla general debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que declaran», si bien añaden «que esa eficacia jurídica no supone en modo alguno que la fórmula de

saldo y finiquito tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción», obligan a estar al superior valor que el artículo 1281 del CC atribuye a la intención de las partes sobre las palabras, y la prevención del artículo 1289 del CC de que no deberán entenderse comprendidos casos diferentes de los que las partes se propusieron contratar.

3. Nuevamente se entra a dilucidar el contenido y eficacia del documento de «saldo y finiquito», documento reiteradamente interpretado y sobre el que la doctrina general establece y reconoce en esta materia del TS de 26 de junio de 2007 y 18 de noviembre de 2004, el valor liberatorio en función de la declaración de voluntad que incorpore, exigiéndose una voluntad clara e inequívoca, y siempre sobre derechos que no sean indisponibles. De otro lado, los vicios de la voluntad, o expresión de causa falsa, pacto contrario a una norma imperativa, de orden público o que perjudique a terceros. En el caso de autos se advierte que el documento suscrito por la parte recurrente, recoge una cantidad neta a percibir, que corresponde a unos conceptos concretos, versando la demanda sobre otros conceptos salariales reconocidos en convenio colectivo e indisponibles según el artículo 3.5 del ET, sin especificar nada en referencia a su exclusión, causa esta de la estimación del recurso que aplica esta doctrina pacífica del TS.

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Despido por causas objetivas. Se refiere exclusivamente a las indemnizaciones reparadoras de la pérdida del empleo, pero no a la compensación económica por falta de preaviso

SSTS de 2 y de 10 de febrero de 2010 (recursos de casación para la unificación de doctrina 1587/2009 y 1908/2009, respectivamente), IL J 162 y 165.

1. Los trabajadores, despedidos por causas objetivas, obtuvieron sentencia en la que se reconoció una determinada cantidad por indemnización y otra por falta de preaviso. Iniciado expediente ante el FOGASA en reclamación de dichas cantidades, se deniega el importe correspondiente a la cantidad reconocida por falta de preaviso. Se plantea en ambas SSTS la determinación de si el artículo 33.2 del ET opera o no sin limitación alguna, es decir, si cuando dicho precepto establece la responsabilidad del FOGASA por las indemnizaciones fijadas en sentencia conforme a los artículos 50, 51 y 52 del ET, se debe incluir o no la compensación por falta de preaviso.

2. El TS, en las dos Sentencias comentadas (la SSTS de 10 de febrero de 2010 con cita de la anterior STS de 2 de febrero de 2010), analiza la evolución histórica de las normas aplicables al FOGASA, caracterizada por una mayor precisión en su contenido garantizador, y concluye que de la normativa aplicable al caso no se deduce, en modo alguno, que la garantía pública aseguradora se extienda también al preaviso litigioso. Se indica, en síntesis, que «el artículo 53 del ET, bajo la rúbrica "Forma y efecto de la extinción por causas objetivas" ... distingue ... claramente, lo que es la indemnización y lo que es un concepto diferenciado de preaviso, cuya naturaleza no se define pero que en todo caso

tendría un carácter más próximo al salarial, y prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva de la relación laboral el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad que hubiera podido percibir por el preaviso, según establece el artículo123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral». A ello se añade, con referencia a lo dispuesto en el artículo 33.8 del ET, que «resulta claro, también en este precepto, que la referencia a la garantía aseguradora se hace en relación a la indemnización legal, a la que se refiere el artículo 33.2 del ET, que no comprende, como antes se ha dicho..., cantidad alguna por el concepto de preaviso».

3. Tal como se señala por parte del TS, se trata de dos conceptos distintos claramente identificables. De un lado, la indemnización reparadora de la pérdida del empleo, de la que responde el FOGASA en los términos y con los límites previstos en el artículo 33 del ET, y, de otro lado, la cuantía económica prevista para compensar al trabajador por el incumplimiento de uno de los requisitos formales exigidos para la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas —artículo 53.1, letra c), del ET—.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Horas extras. Viajes al centro de trabajo. Sólo se computan como tales aquellas empleadas por el trabajador para desplazarse desde su lugar de residencia al centro de trabajo

STSJ de Extremadura de 4 de febrero de 2010 (recurso 593/2009), IL J 498.

1. Parte citada Sentencia de la reclamación que realiza una trabajadora en concepto de horas extraordinarias por el tiempo empleado en cinco desplazamientos desde Badajoz a la localidad de Montijo.

Interesa destacar que el contrato de trabajo no indica la localidad del centro de trabajo, señalando tan sólo la provincia de Badajoz.

La Sentencia de Instancia había desestimado la demanda interpuesta por entender que el centro de trabajo se encontraba precisamente en Montijo; de esta manera lo que la trabajadora reclama como horas extras constituiría, en realidad, meros desplazamientos a su centro de trabajo habitual.

2. La Sala de lo Social del TSJ de Extremadura analiza la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el particular. Recuerda que los desplazamientos ordinarios desde la residencia del trabajador a su centro de trabajo no computa como jornada efectiva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de Estatuto de los Trabajadores, conforme el cual, el tiempo de trabajo se computará de forma que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria, el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

Ello no obstante, como quiera que el contrato de trabajo no expresaba la localidad en que residía el centro de trabajo, sino sólo la provincia, la Sala revoca la Sentencia de Instancia y estima el recurso interpuesto.

3. La doctrina aplicada en esta Sentencia puede encontrarse también en la STS de 18 de septiembre de 2000 (recurso 1696/1999).

B) Jornadas especiales de trabajo: Impugnación del Decreto 902/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de febrero de 2010 (recurso 157/2007); **STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de febrero de 2010** (recurso 160/2007); **STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de febrero de 2010** (recurso 175/2007), IL J 105, 106 y 107.

1. Las tres sentencias citadas analizan la legalidad del Decreto 902/2007 a la vista de la Directiva 2002/15/CE de 11 de marzo, traspuesta en el anterior Decreto.

La STS de 10 de febrero de 2010 analiza las impugnaciones formuladas por la Confederación Empresarial de Transportes por Carretera de Cataluña (CETCAT); la STS de 11 de febrero de 2010 analiza la impugnación formalizada por la Asociación del Transporte Internacional por carretera (ASTIC), de la Asociación Empresarial Española de Carga Fraccionada (AECAF), de la Organización Empresarial de Operadores Logísticos (LOGICA), de la Asociación Nacional de Empresarios de Transporte en Autocar (ANETRA), y de la Federación Valenciana de Empresarios Transportistas de Servicio Público (FVET); Finalmente, la STS de 12 de febrero de 2010 analiza el recurso interpuesto por la representación de la Federación Nacional de Transporte en Autobús (FENEBUS).

2. Las tres sentencias del Tribunal Supremo desestiman las impugnaciones realizadas por la totalidad de las Organizaciones Empresariales, en gran medida coincidentes en sus motivos de recurso.

La totalidad de las impugnaciones realizadas discuten la redacción de los artículos 10 y 10 bis del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, en la redacción dada por el RD 902/2007, de 6 de julio, en lo que al concepto de tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia se refiere; así como a los límites del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles.

También es objeto de común crítica en los tres recursos la no inclusión de los trabajadores autónomos en la trasposición de la Directiva, cuando ésta preveía en su artículo 2.1 que la misma se aplicaría a los Trabajadores Autónomos a partir del 23 de marzo de 2009, aduciendo además el Reglamento CE 561/2006 por el que se armonizan determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera que no distingue entre trabajadores autónomos y trabajadores por cuenta ajena.

Los profusos argumentos vertidos por el TS en cada uno de los tres recursos aconseja su consulta pormenorizada en las Sentencias citadas, toda vez que la réplica de unos y otros excede del contenido de esta crónica e implicaría una reiteración inútil.

C) Modificación de jornada. No cabe imponer la conversión de contrato a tiempo completo en dos contratos a tiempo parcial alegando subrogación parcial de una contrata

STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2009 (recurso 2392/2009), IL J 67.

1. La Sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora que impugnaba en esencia la conversión de un contrato indefinido a tiempo completo celebrado

con una sola empresa, en dos contratos indefinidos a tiempo parcial con dos empleadores diferentes.

La empresa EC S.A. tenía suscritos dos contratos mercantiles de limpieza con un colegio; uno de los contratos venía referido a la limpieza de las aulas, mientras que el otro venía referido a la limpieza de comedores y restauración alimentaria.

En fecha 23 de mayo de 2008, la empresa EC S.A. pierde la contrata referida a la limpieza de las aulas a favor de otra concesionaria, D y W S.A. En consecuencia, remite una carta a la trabajadora entendiendo que opera la subrogación parcial prevista en el Convenio Colectivo de Limpiezas de Madrid.

Supone esta subrogación, en esencia, que, a partir de citada fecha, la actora pasaría a prestar servicios en régimen de contrato a tiempo parcial para ambas empresas: 12,5 horas semanales para la nueva concesionaria adjudicataria del servicio de limpieza de aulas, y el resto de su jornada para la antigua concesionaria adjudicataria del servicio de limpieza del comedor.

La Sentencia de Instancia desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora; formalizado recurso de suplicación frente a esa Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revoca la Sentencia de Instancia estimando la demanda por los argumentos que se exponen a continuación.

2. La Sentencia de Instancia aplicó el Convenio Colectivo de Limpieza de la Comunidad de Madrid el cual regula en su artículo 24 la subrogación parcial.

Por el contrario, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid entiende inaplicable citado precepto por vulnerar lo dispuesto en el artículo 12.4.e) del Estatuto de los Trabajadores. Dispone este precepto que la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Para la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, la modificación de un contrato a tiempo completo en dos a tiempo parcial constituye en definitiva una novación extintiva que exige, en cualquier caso, consentimiento del trabajador afectado, que no concurre en el caso que nos ocupa, lo que justifica la estimación del recurso y de la demanda en su día interpuesta.

3. Como antecedente de esta Sentencia, y en el mismo sentido, pueden verse la STS de 14 de mayo de 2007, RJ 2007/5084; STSJ de Canarias 31 de enero de 2007, JUR 155674; STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005, AS 545; STSJ de Baleares de 20 de diciembre de 2004, AS 362/2005.

3. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad vertical ascendente: delimitación del supuesto de hecho. Realización prevalente de funciones superiores y distintas a las propias de su encuadramiento profesional

STS de 2 de noviembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1344/2009), IL J 1735.

1. La STS de 2 de noviembre de 2009 (recurso u.d. 1344/2009), IL J 1735, conoce de la pretensión de reclamación de diferencias retributivas de un técnico de la administración que realiza habitualmente funciones superiores a su encuadramiento profesional, en particular las relativas a la tramitación y resolución de expedientes del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social correspondientes al grupo superior 2.

2. La Sentencia objeto de recurso reconoce que la mayor parte del tiempo de trabajo del actor se invierte en estas tareas pero desestima la pretensión por no cumplirse «el requisito de plenitud en el desarrollo del trabajo de superior categoría». La Sala advierte el requisito de la contradicción respecto de una Sentencia anterior para diverso período de idéntico trabajador y sobre el mismo objeto.

3. Estima la Sala que la realización con habitualidad de la anterior tarea y otras propias del grupo superior 2, no controvertidas por la contraparte, Servicio Público de Empleo Estatal, es suficiente para estimar la pretensión del actor a la luz del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores al reconocer el derecho del trabajador «a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice». Y ello por considerar que tal precepto no demanda la exclusividad del actor en el desempeño de las funciones superiores sino atender a la «configuración funcional predominante del puesto desempeñado a través de una valoración empírica de las tareas realizadas».

Pronunciamiento que sintoniza, por un lado, con la jurisprudencia que nuestro Alto Tribunal sienta, desde sus Sentencias, de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970, advirtiendo que «para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, pero sí que ha de realizar cuanto menos *las funciones básicas y esenciales* de la misma» (fundamento de derecho segundo). Es decir, que ni se exige realizar exclusivamente tareas o funciones correspondientes al encuadramiento superior ni, realizando también funciones propias de su encuadramiento, agotar el abanico de aquellas correspondientes al superior.

Sintoniza también el anterior pronunciamiento con la jurisprudencia advertida en las SSTS de 10 de diciembre de 2009 y de 14 de enero de 2010 (recursos u.d. 2557/2008 y 32/2009), IL J 2131 y 48, que conocen de sendas reclamaciones de cantidad sustentadas en movilidad funcional por la realización de funciones como perito judicial. Funciones propias no sólo de la categoría de los actores sino de otra superior diferenciada en el convenio de aquélla únicamente por la exigencia convencional, para esta última, de la correspondiente titulación, que los actores no acreditan. En ambos supuestos los Juzgados estiman la pretensión e igualmente la Sala del TSJ de Andalucía confirma aquel inicial pronunciamiento judicial. Revoca sin embargo nuestro Alto Tribunal ambas resoluciones judiciales de suplicación trayendo a colación su doctrina relativa a las consecuencias sobre el encuadramiento profesional, reclamación de diferencias salariales y exigencia de titulación, que no obstante entiende inaplicable en estas circunstancias, dada la identidad de funciones asignadas a ambas categorías.

Sí resulta, por el contrario, aplicable la doctrina contenida en las SSTS de 17 de junio de 1998 (recurso u.d., 3370/1997) y de 26 de enero de 2009 (recurso u.d., 1629/2008). Comenzando por esta última, señala que «no procede la reclamación de diferencias retributivas por desempeño de categoría superior aunque los trabajos asignados en el contrato sean

los mismos que los establecidos a los titulados superiores, ya que los trabajos contratados y realizados son los propios de la categoría asignada». Manifiesta aquella primera que «en el contrato se atiende a la titulación para conferir la categoría, y las funciones o tareas se realizarán con arreglo a esa misma categoría atendida para la contratación, porque lo que no cabe pretender es que las tareas se valoren por la titulación personal de quien las realiza, sino que han de serlo por la categoría a la que están encomendadas». Por ello, por tratarse de sus propias funciones, no cabe estimar la pretensión del actor.

B) Movilidad ascendente, garantía retributiva y categoría superior no existente *ex* convenio para el subsector de actividad en que el trabajador presta sus servicios: centros educativos de enseñanza no reglada

STSJ del País Vasco de 24 de noviembre de 2009 (recurso 2042/2009), IL J 596.

1. La trabajadora de un centro educativo de enseñanza no reglada, que ostenta la categoría profesional de «Instructor», pretende el reconocimiento de la categoría superior de, valga la redundancia, «Titulado Superior». También el abono de las consiguientes diferencias salariales. Al trabajador se le aplica el Convenio Colectivo de Enseñanza de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2006-2007. Este convenio diferencia tres grupos profesionales: personal docente, no docente y personal de educación infantil primer ciclo. Y en el segundo de ellos incluye la categoría de titulados superiores.

2. La Sentencia de instancia estima la demanda recociendo tanto categoría pretendida como accesoria petición de diferencias salariales.

3. La STSJ del País Vasco de 24 de noviembre de 2009 (recurso 2042/2009), IL J 596, revoca la sentencia de instancia por considerar que «con independencia de que la actora desarrolle funciones que guarden cierta identidad con las previstas en el Anexo II del Convenio para los titulados superiores del personal no docente, no puede prosperar su petición de reconocimiento de unas diferencias retributivas asociadas al desempeño de las funciones propias de una categoría no contemplada en el Convenio para el centro de enseñanza en el que trabaja».

4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo. Desestimación

SAN, Sala de lo Social, de 17 de marzo 2010 (conflicto colectivo 40/2010), IL J 364.

1. Por la empresa dedicada a establecimientos financieros de crédito, con centros de trabajo en diversas ciudades y poblaciones de España, ante la grave situación de la empresa, alcanzó un preacuerdo con la representación de las secciones sindicales de los sindicatos y en ella se establecía: «Los trabajadores que como consecuencia del cierre de sus oficinas no puedan seguir desempeñando su puesto de trabajo en el mismo centro, tendrán derecho a incorporarse a otro centro de trabajo de la empresa, salvo que opten por otras medidas extintivas o suspensivas. Todos los traslados derivados de cierre de centros de trabajo se realizarán

con las condiciones establecidas en el Convenio Colectivo de Entidades Financieras. En el caso en que el trabajador opte por ocupar una plaza en la empresa que implique cambio de su actual residencia, percibirán una compensación por traslado equivalente a la prevista para el traslado en el Convenio Colectivo de Entidades Financieras...». Dicho acuerdo se sometió a consulta siendo rechazado mayoritariamente por los trabajadores. Por la empresa se remitió circulares, una sobre la ejecución de las medidas de reorganización y cierre de sucursales y otra sobre bajas incentivadas. La empresa procedió al cierre de varias oficinas en España. No obstante, mayoritariamente los trabajadores optaron por bajas incentivadas y prejubilaciones. La empresa remitió cartas de traslado a siete trabajadores, de los cuales dos prestaban servicio en Baracaldo; uno en Santander; tres en Valladolid y uno en Alicante, así como a cinco en La Coruña. Asimismo el Convenio Colectivo dispone respecto a los traslados, que «Sólo podrán ser trasladados los trabajadores con una antigüedad inferior a diez años y por una sola vez, salvo caso de traslado colectivo del centro de trabajo o cierre del mismo».

2. El debate que se plantea la Sala es si nos encontramos ante un traslado colectivo, como defiende el sindicato impugnante, o por el contrario no concurre ello. La doctrina autonómica (STSJ de Cantabria de 9 de noviembre de 2006, AS 2006/3187), después de transcribir el precepto señala que son tres los parámetros para identificar el traslado colectivo, y así señala: «uno de índole cualitativo, otro de acuerdo con el número de trabajadores afectados y un tercero tomando en consideración el tramo temporal en que se producen los traslados» y continúa, «De acuerdo con estas coordenadas, tendrá la consideración de traslado colectivo aquel que afecta a la totalidad de un centro de trabajo, con independencia del número de trabajadores afectados, siempre que dicha unidad productiva ocupe a más de cinco trabajadores. En este caso, cuando la movilidad geográfica afecta al centro como tal, no cabe duda que el precepto se refiere no a la empresa en su conjunto, sino a aquella escala organizativa específica dada de alta como tal ante la autoridad laboral (artículo 1.5 del ET). En el segundo de los supuestos, esto es, aquel en que no se encuentra afectada la totalidad del centro de trabajo, el parámetro utilizado por el legislador para identificar el supuesto de traslado colectivo es de orden cuantitativo, con un doble baremo numérico y porcentual; y es aquí donde se suscitan valoraciones dispares acerca de lo que se entiende técnicamente como un traslado colectivo, cuestionándose si el factor dimensional que debe ser tomado en cuenta es el del centro de trabajo concernido por la medida empresarial o, por el contrario, el factor numérico debe venir referido a la totalidad de la plantilla con la que cuenta la empresa en la que los traslados tienen lugar. Por último, el apartado 2.º en relación con el 1.6.º del artículo 40 del ET, establece un tercer criterio temporal de 90 días de duración, de índole garantista con el fin de evitar posibles conductas fraudulentas fraccionando los traslados para así eludir las exigencias de precepto» y continúa, «Pese a que todos ellos constituyen un trasunto de la Directiva 75/129CE (derogada y sustituida por la Directiva 98/59CE), a diferencia de lo que acontece en el artículo 41.2 del ET, relativo al carácter individual, plural o colectivo de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo cuando éstas atañen a cambios funcionales o al horario, y en el artículo 51, sobre despido colectivo, preceptos que en ningún momento aluden a la figura del centro de trabajo, el artículo 40.2 del ET habla en primer término de "centro de trabajo" y ello tanto para referirse al traslado cuando a la totalidad de su platilla se refiere, como cuando la medida no alcanza a todos los trabajadores de un mismo centro, y esta circunstancia impide que pueda llevarse a cabo una interpretación uniforme del criterio numérico empleado en los mismos y permi-

te afirmar que la remisión debe entenderse hecha siempre al centro de trabajo en el caso del artículo 40, en el supuesto de que éste exista como tal unidad productiva autónoma dentro de la empresa. Esta solución, no sólo resulta coherente con una interpretación sistemática del precepto, así el artículo 64.1.4.b) del ET, el otro precepto destinado por el ET a regular los traslados, también distingue entre el traslado de la totalidad o de una parte de las instalaciones de un centro de trabajo para exigir, en ambos supuestos, la emisión de un informe previo por los representantes de los trabajadores, sino que es la que mejor se compadece con el propio concepto de traslado, que comporta un cambio de residencia del trabajador al encomendarle la empresa la prestación de servicios en un centro de trabajo distinto del suyo habitual y, por ende, se excluye la noción de traslado cuando el contrato se concierta directamente para prestar servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes» y concluye señalando que la consideración del centro de trabajo y no la empresa en su totalidad obtiene mejores garantías para los trabajadores afectados sobre el total de la empresa.

Por tanto, en el supuesto concreto la Sala entiende que no estamos ante un traslado colectivo, porque no se ha acreditado por el sindicato, quien cargaba con la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión (artículo 217.2 de la LEC), un traslado masivo de trabajadores de la empresa del que sobrepasara los umbrales establecidos en el artículo 40.2 ET, que deben computarse en el centro de trabajo y no en la empresa, habiéndose probado únicamente que la empresa notificó doce cartas de traslado, aunque solamente se ejecutaron siete de ellas, puesto que los otros cinco trabajadores alcanzaron acuerdos extintivos, probándose, así mismo, que los trabajadores, afectados efectivamente por el traslado, prestaban servicios en centros de trabajo que, aunque se hayan cerrado, no proporcionaban trabajo a más de cinco trabajadores, no concurriendo, por tanto, los requisitos, exigidos por el artículo antes dicho, para considerar colectivos a dichos traslados. Por último y respecto al Convenio Colectivo de Establecimientos Financieros de Crédito, no afecta en absoluto las conclusiones expuestas, puesto que se ha probado que los traslados, producidos efectivamente, han afectado a trabajadores cuyos centros se han cerrado, que es la alternativa al traslado colectivo contemplada en el propio precepto convencional.

3. La sala de lo Social de la AN reflexiona sobre lo que es un traslado colectivo y por tal la adecuación al procedimiento de conflicto colectivo, situando el conflicto en el cómputo, bien global de la empresa o del centro de trabajo, y, recogiendo la doctrina autonómica, señala que el traslado colectivo debe ser examinado en relación con el centro de trabajo y no en el cómputo de la empresa.

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Conflicto colectivo. Inadecuación de procedimiento. Desestimación. Grupo homogéneo de trabajadores e interés general. Existencia de modificación sustancial de condiciones laborales. Modificación del sistema de rotatividad y de distribución de días de trabajo y descanso

STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de noviembre 2009 (recurso 4441/2009), IL J 78.

1. Los inspectores de puesto de mando del Metro llevaban desde el año 1991 un sistema de rotatividad de 4/2 (es decir, semanas de seis días, con cuatro días de trabajo y dos de des-

canso, rotando los descansos). La empresa en septiembre de 2008 publicó una circular para petición de servicio en el año 2009. El colectivo de inspectores convocó referéndum sobre tal petición de servicio, siendo rechazada por los mismos. La empresa publicó los cuadros de servicio para el año 2009; en ellos figuran siete Inspectores de puesto de mando asignados a una rotación 5/2 (bien S-D-F, bien V-S-F) en vez de la rotación 4/2 de todos los demás. Por el Juzgado de lo Social se declaró la nulidad de la modificación de la rotatividad.

2. Diversas son las cuestiones que platea la empresa recurrente, en primer lugar, la referida a la inadecuación de procedimiento lo que es rechazado pues se trata de «un grupo homogéneo de trabajadores, todos los incluidos en la categoría de Inspectores de Puesto de Mando, ya sean los 70 que menciona el hecho séptimo de la demanda, o los 68 incluidos en el cuadro de servicio del año 2009, a que se refiere el hecho noveno» pero además ampara un interés general, pues el reconocimiento del derecho interesado se postula no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino en cuanto colectivo. Asimismo examina si estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo lo que entiende la sentencia de la Sala y ello por cuanto la decisión de la empresa de modificar el sistema de rotatividad y el régimen de distribución (4/2) de días de trabajo y de descanso, de forma unilateral, rebasa claramente las facultades que le otorga su poder de dirección y organización, pues afecta, sin duda, a los hábitos de vida de los trabajadores, por lo que no se trata de una modificación insustancial que pueda ser adoptada por la empresa sin sujetarse a los cauces establecidos por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

3. La conclusión de la Sala, de forma correcta, es que una modificación como ésta afectante no sólo al horario, pese a lo que refiera la recurrente, sino también al descanso, supone el requisito de la sustancialidad que exige el artículo 41 del ET y por ello debe estar sujeta a los cauces procedimentales de tal norma.

B) Modificación de jornada y horarios. Condiciones más beneficiosas

STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, de 26 de noviembre 2009 (recurso 649/2009), IL J 195.

1. La trabajadora viene prestando servicios como titulado de grado medio (logopeda) y titulado de grado superior (psicóloga). Ésta venía disfrutando de una jornada y horario conforme al Convenio Colectivo además del respeto a las condiciones anteriores. En junio de 2009 la empresa hizo entrega a los trabajadores de una propuesta de calendario para dicha anualidad que se ha fijado con efectos de 1 de enero incidiendo en tales condiciones, pasando a ser laborables los días de carnavales, 7 de enero y lunes de Pascua según calendario escolar, y de trabajarse a jornada completa los días 25 y 26 de junio y la primera semana de septiembre excepto el día 1, así como incrementar la jornada semanal, pasando de 35,5 a 36,5 horas, debiendo prestarse dicha hora adicional los viernes de 17,30 a 18,30 horas. Ésta percibió una suma económica por incremento de la jornada semanal.

2. Debate sobre el que incide la sentencia es la existencia de una condición más beneficiosa y así lo recoge la doctrina jurisprudencial (TS) en cuanto que «Como se dice en la Sentencia de ese Tribunal de 11 de marzo de 1998 (RJ 1998\2562) la jurisprudencia de esta

Sala ha declarado que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión [Sentencias de 16 de septiembre de 1992 (RJ 1992789), 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993974), 21 de febrero de 1994 (RJ 1994216), 31 de mayo de 1995 (RJ 1995012) y 8 de julio de 1996 (RJ 1996758)], de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" [Sentencias de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994216), 31 de mayo de 1995 (RJ 1995012) y 8 de julio de 1996 (RJ 1996758)] y se pruebe, en fin, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo" [Sentencias de 25 de enero (RJ 199510), 31 de mayo y 8 de julio de 1995]. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (Sentencia de 11 de septiembre de 1992). Añadiendo también la doctrina de esta Sala que la condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior —legal o pactada colectivamente— más favorable que modifique el *status* anterior en materia homogénea». Pues bien en base a tal doctrina proyectada sobre una realidad temporal de muchos años de prestación de servicios respetando una jornada laboral y unas condiciones laborales éstas se encuentran incorporadas al patrimonio de la trabajadora y por tal deben ser respetadas y para modificarlas ha de seguirse el trámite del artículo 41.3, lo que incumplió el empresario.

3. Pocos datos nos aportan los hechos probados, pero, lo cierto es que desde la perspectiva de la temporalidad en la continuidad de una prestación de servicios en jornada y horario, lo cual fue respetado por la empresa, supone que tales condiciones son incorporadas al contrato de trabajo de la trabajadora y para alterarlas, en este caso elementos de sustancialidad, exige acudir a las formalidades del artículo 41.3 del ET.

C) Propina. Modificación de las condiciones de trabajo

STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de diciembre 2009 (recurso 5308/2008), IL J 213.

1. El trabajador además del salario en sus diversos conceptos conforme al convenio colectivo percibía los conceptos de propinas —«tronco de propina» y «PETP» (participación extraordinaria en el tronco de propina), así como, junto con otros trabajadores, otra propina denominada «propina de caja», propina esta que daban los clientes y que no estaba gestionada por la empresa, siendo los propios empleados quienes la gestionaban y repartían—. En febrero del año 2007 la «otra propina» pasa a estar incluida en el tronco común de propinas (la suma de las procedentes de las distintas modalidades de juegos autorizados y practicados en las mesas, máquinas de azar y las de recepción y caja —artículo 36 del CC—), dejándola de percibir los trabajadores, entre ellos el actor. Los propios empleados fueron quienes solicitaron a la empresa la inclusión de la «otra propina» dentro del tronco

común de propinas para que participara de ella todo el personal de juego, lo que se acordó mediante negociación colectiva. Se acordó, asimismo, la compensación de la integración de la «otra propina» en el tronco común de propina a través de un cambio de fracción [antes era el 60% para el personal del grupo profesional 1 (Juego) y el 40% para el resto] y a partir del nuevo Convenio Colectivo de 2007 el 65% de la fracción de propinas va directamente a los empleados de los tres casinos del grupo profesional I (juego) y el 35% para el resto de funciones previstas en el artículo 36.1 del CC, entre las que se encuentran, para los empleados de caja, el quebranto de moneda y un plus incorporación de las propinas de caja al tronco común (Disposición Transitoria 3.ª del CC). También se acordó un aumento de puntos, que repercutiría en la cuantía a percibir del tronco de propinas.

2. La sentencia del Juzgado *a quo* desestimó la pretensión del trabajador, lo que es conocido por la Sala de lo Social, y respecto a la fundamentación jurídica sobre la naturaleza de la «otra propina» ésta entiende que no se trata de ninguna condición más beneficiosa y es que obedece a la omnímoda voluntad del cliente, con lo que no cabe integrarla en el concepto de condición más beneficiosa. Por otro lado y respecto al cambio operado a partir de febrero de 2007, que entiende el trabajador una modificación sustancial de condiciones de trabajo, las mismas razones anteriores son proyectables al ser un concepto extrasalarial, esto es, no significa contraprestación retributiva a cargo de la empresa, siendo válida la autonomía de los trabajadores incluyéndola en el tronco común de las propinas, por tal no se trata de modificación sustancial de condiciones de trabajo. También es rechazada la desigualdad de trato, en tanto que hay otros trabajadores a los que tampoco se les ha incrementado los puntos y siendo que el trabajador está en el límite máximo de la franja que corresponde con su categoría profesional no aparece desigualdad de trato alguno.

3. Por tanto la Sala de lo Social fija con razonado criterio que siendo las propinas un elemento que depende exclusivamente del cliente, y por tal su consideración es extrasalarial, la alteración de su forma de reparto por los trabajadores, con incidencia en lo percibido por tal concepto por el trabajador, no puede ser considerado como modificación sustancial de condiciones de trabajo.

D) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

STSJ de La Rioja de 28 de enero del 2010 (recurso 11/2010), IL J 543.

1. La Asociación Aspace Rioja comunicó a la Delegada de Personal de la casa residencia la intención de proceder a la modificación colectiva de las condiciones de trabajo en base a causas económicas y técnico-organizativas, indicándoles que la fecha prevista para implantar la modificación sería el día 1 de abril de 2009, consistiendo en la supresión de las partidas o conceptos denominados «Complementos Retributivos» y «Mejoras Voluntarias del Convenio Colectivo», ello ante falta de liquidez para hacer frente a los pagos corrientes (mantenimiento general) necesarios para su funcionamiento, lo que supone continuos ejercicios deficitarios desde 2006, datos económicos que ofrece y que justifica en razón, a la desaparición, en los últimos ejercicios, de la fuente de ingresos provenientes del resultado económico del Centro Especial de Empleo de Aspace Rioja con la que se dotaba, básica-

mente, el Fondo Social de la Asociación, la desaparición del mismo para mejorar la atención de las personas con parálisis cerebral y sus familias y, fundamentalmente, hacer frente al abono de las partidas económicas que, con carácter voluntario y con el fin de mejorar las condiciones establecidas por el Convenio Colectivo que nos rige, viene satisfaciendo Aspace-Rioja a todos sus empleados, así como las condiciones estrictas de la Concertación de Centros de atención a personas con discapacidad establecidas por la Consejería de Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja que fijan los límites económicos. Con anterioridad había existido una reunión para reducir los complementos voluntarios en un 50%. Entre los delegados de personal y la empresa existió una reunión para debatir la presente cuestión, concluyendo y reflejando que «ambas partes convienen en que, habiendo sido muy abundantes los encuentros y reuniones mantenidos en relación con el asunto, se dé por finalizado el período de consultas». Tales reuniones quedan constancia en la revisión de los hechos probado de la sentencia, donde se les expone reiteradamente la situación económica de la empresa. Desde el año 1996 hasta la actualidad se han ido sucediendo anualmente acuerdos internos para el personal laboral, en concreto, mejoras voluntarias salariales que son las que desaparecen. Impugnada la decisión por el trámite del conflicto colectivo la sentencia dictada por el Magistrado Juez *a quo,* declaró la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

2. La sentencia de la Sala destaca un elemento evidente sobre la carga de la prueba, y lo llevado a cabo por la empresa, y así refiere, «para que la modificación de condiciones pueda tener amparo legal es preciso que el empresario pruebe la presencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y en el supuesto analizado, la prueba documental aportada por los litigantes a las actuaciones y el propio comportamiento de éstas en relación con la actuación empresarial, ponen de manifiesto la concurrencia de las causas económicas a las que la empleadora se refiere en las comunicaciones remitidas a los trabajadores como causa de su decisión» y analiza si esta decisión contribuye a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, a lo que responde la sentencia recogiendo la doctrina autonómica (STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2000, de JUR 2000/34314). Por tanto «en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no se limita a las empresas en crisis y puede ser adoptada aunque la marcha de la empresa puede ser positiva o no exista peligro sobre su viabilidad. El legislador ha articulado esta facultad que se define por criterios de rentabilidad empresarial como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una optimización de sus recursos productivos, para dar respuesta a las exigencias necesarias para mantener o aumentar los niveles de competitividad». Por tanto el elemento a destacar es el juicio de razonabilidad que el juzgador ha de realizar en el caso de impugnación de la decisión empresarial, limitándose a constatar que aquélla es una de las medidas empresariales posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa a través de una adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición en el mercado, o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, sin que ello signifique que esa facultad empresarial sea ilimitada y discrecional, ni que pueda ser adoptada en cualquier momento y circunstancia, sino que, por el contrario, tratándose de un poder excepcional, únicamente es ejercitable cuando esa adopción pueda contribuir efectivamente a mejorar la competitividad de la empresa. El

examen judicial ha de limitarse por tanto a comprobar la razonabilidad de la decisión empresarial. Como destaca la jurisprudencia (STS de 17 de mayo de 2000, RJ 2005/9696), no es la «crisis» empresarial sino la «mejora» de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Por tanto, la sentencia que examinamos concluye en este apartado que se trata de una medida adecuadamente justificada, máxime cuando ésta no tiende tanto a favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado, cuanto a intentar mantener la actividad empresarial misma, la continuación de la Asociación y los puestos de trabajo de los trabajadores afectados por el conflicto.

Por otro lado, examina si se cumplió el deber de negociar de buena fe, elemento que el Magistrado de instancia entendió inexistente. Así la sentencia nos recuerda reiterada doctrina autonómica señalando que el período de consultas, por lo expuesto, ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta, sin ser excesivamente riguroso pero exigiendo que el período de consultas conlleve una negociación especialmente rigurosa, no puede admitirse que dicho período se limite a una mera comunicación escrita por parte de la empresa, a un mero cambio de pareceres o a una mera propuesta, sino que la misma debe ir acompañada de una precisa, concreta y amplia documentación que posibilite una negociación real. Por tanto el deber de negociar de buena fe que impone el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores obliga a la empresa a cumplimentar adecuadamente el preceptivo período de consultas, facilitando a la representación de los trabajadores la información y documentación necesaria y planteando en abierta y leal negociación la naturaleza, necesidad y justificación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que pretende introducir; incumbiendo a la empresa la carga de probar que efectivamente ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentado este requisito. En el supuesto examinado existieron múltiples reuniones siendo indistinto que el período de consultas finalizara tras una única reunión, lo cual no responde a una decisión empresarial, sino a una decisión conjunta adoptada por los representantes de los trabajadores y los de la empresa, con base y fundamento en el hecho de haber debatido con anterioridad en múltiples reuniones todos los pormenores relativos a la modificación que se pretende introducir. Por tanto, ante el elemento objetivo de la existencia de la negociación de buena fe y la existencia de causas económicas la Sala del TSJ revoca la sentencia declarando justificada la medida sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo.

3. Dos aspectos a destacar en la sentencia, por un lado, cómo debe efectuarse la negociación de buena fe, y, por el otro lado, la existencia de causas económicas y la justificación de la razonabilidad de la decisión extintiva. En lo que se refiere al requisito de forma del deber de negociar de buena fe en el período de consultas y éste como destaca la sentencia se deduce no sólo de un acto de una reunión sino de multitud de reuniones que no se plasman en Actas levantadas sino en la idea de negociar de buena fe. En lo referente a la causa y la necesidad de probar que corresponde a la empresa el artículo 41.1 ET tal obligación supone justificar que la medida tomada contribuye a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, téngase

en cuenta que la modificación del artículo 51.1 del ET en su nueva redacción con el RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dispone «Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda», por tanto, habrá que integrar en la interpretación del mencionado artículo 41 ET con la nueva redacción del artículo 51 ET y buscar lo que la reforma introduce como minima razonabilidad para contribuir a una más adecuada organización de recursos, favoreciendo su posición competitiva y una mejor respuesta a la demanda.

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (COORDINADORA)
FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA
MARTA CIMAS SOTO
MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO
DAVID LANTARÓN BARQUÍN
LOURDES LÓPEZ CUMBRE
MONTSERRAT RUIZ CUESTA
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO.

   A) Causas de extinción contractual.

   B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN.
4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS.

   A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) del ET.

   B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO.

   A) La caducidad de la acción.

   B) El procedimiento por despido.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.
7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA.

   A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.

   B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización.

      a) La indemnización: cuantía y cálculo.
      b) Salarios de tramitación.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD.

   A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

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 1 a 4 del año 2010.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración —con mayor o menor profusión o intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo es el mutuo acuerdo de las partes [artículo 49.1.a) del ET] que se documenta a través del denominado «finiquito». Sobre su eficacia liberatoria se han pronunciado distintas sentencias, como la **STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2009** (recurso 3978/2009), IL J 258, donde no se advierte que tal documento adolezca de vicio o irregularidad que lo invalide y prive de su eficacia propia y obligatoria respecto de obligaciones futuras. El hecho de que la empresa incumpliera la garantía jurídica, que posee el trabajador, consistente en que le sea entregada previamente la propuesta de liquidación de la cantidad adeudada, no determina la nulidad o ineficacia del documento en lo que afecta a la inequívoca declaración extintiva que incorpora. De este modo, la sentencia reconoce pleno valor liberatorio al recibo de finiquito suscrito. Por el contrario, si el convenio colectivo prevé la entrega del documento de finiquito con un plazo previo a su firma, el incumplimiento de éste por la empresa supone la infracción de una norma imperativa y la consiguiente ineficacia liberatoria del mencionado documento [**STSJ de Canarias de 30 de noviembre de 2009** (recurso 720/2009), IL J 382].

A tenor del segundo inciso del artículo 49.1.b) del ET, las causas de extinción, consignadas válidamente en el contrato, no pueden constituir «abuso de derecho manifiesto por parte del empresario». Sobre la validez de la cláusula establecida en los contratos de trabajo indefinidos, por la que dichos contratos, suscritos con al menos cien trabajadores, se podían extinguir automáticamente en el momento de finalización o resolución anticipada del acuerdo alcanzado con un cliente para la fabricación de productos encargados por éste, trata la **STS de 3 de febrero de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1715/2009), IL J 231. En este caso, la cláusula desnaturaliza el contrato de trabajo de duración indeterminada y, por tanto, se entiende que es abusiva. La doctrina ha

sostenido que los contratos deben calificarse con arreglo a su contenido y no por la denominación que las partes le den, por lo que la Sala se plantea el carácter temporal (para obra o servicio determinado) de la contratación. Con apoyo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo (por todas, SSTS de 10 y 17 de junio de 2008) la Sala razona:

> «Ahora bien, en el presente caso resulta que ni los contratos de trabajo se acogían a la modalidad temporal analizada, ni se vinculaba la contratación a una determinada obra o servicio, destacando el dato de que los trabajadores contratados no quedaban específicamente asignados a los pedidos de los productos de cuya perduración en la elaboración se hacía depender, no obstante, la finalización del contrato. La empresa parece atribuir al azar los pedidos, clientes y productos a los contratos de trabajo que ha venido celebrando, constando, no obstante, que los pedidos se realizan de forma verbal, sin plasmación documental que permita delimitar la obra o servicio. En suma, la cláusula controvertida tampoco sería válida como causa de extinción del contrato de trabajo temporal por carecer de virtualidad suficiente para delimitar la causa del contrato y, por ende, su duración».

Muestra de la válida extinción por *expiración del tiempo convenido* a que hace referencia el artículo 49.1.c) del ET es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2009** (recurso 1141/2009), IL J 303, sobre el *contrato de interinidad por vacante*. En este caso se trata del contrato de una educadora-cuidadora de la Casa de Acogida de Mujeres Maltratadas de Albacete, que se resuelve por incorporación del trabajador titular de la plaza en virtud de un *proceso de selección*.

Además, el mencionado artículo 49.1.c) del ET prevé una indemnización al finalizar el contrato temporal, con excepción de los contratos formativos y de interinidad. Pues bien, la **STS de 11 de marzo de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 135/2009), IL J 577, entiende que no cabe efectuar una interpretación extensiva de esta norma restrictiva de derechos («ninguna similitud cabe establecer entre el relevo y la interinidad en cuanto a naturaleza y fines, exceptuando el carácter temporal») por lo que tal indemnización es aplicable al contrato de relevo.

Por último, el artículo 49.1.j) del ET establece la extinción del contrato «por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario». Este precepto, así como el artículo 50 del ET, que tipifica los supuestos en que el trabajador puede solicitar dicha extinción, han sido matizados por la doctrina judicial reciente. En efecto, la **STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2009** (recurso 3835/2009), IL J 431, estima la acción de resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, con la indemnización correspondiente al artículo 50.2 del ET, dada la infracción del artículo 50.1.c) del ET («cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario»), en relación con el artículo 4.2.a) del ET, ya que los trabajadores permanecían en la empresa sin ocupación efectiva. No obsta para ello el hecho de que tal demanda hubiera sido interpuesta antes de haber sido autorizada la extinción colectiva de las relaciones laborales por el juzgado de lo mercantil, ya que la empresa había sido declarada en concurso voluntario. Sin embargo, en el supuesto de la **STSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2010** (recurso 52/2010), IL J 617, no opera el artículo 50.1.b) del ET, en cuanto que no se ha dado la necesaria gravedad exigida en un contexto de situación económica adversa.

La Sala argumenta que «De un lado, los retrasos en los abonos se han venido corrigiendo paulatinamente, demostrando la firme voluntad de la empresa de realizarlos en tiempo y forma. De otro lado, los acuerdos a que han llegado, en forma pacífica, las partes, demuestra que los trabajadores, conscientes de la mala situación económica, han venido aceptando, de hecho, dichos retrasos denunciados».

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

De los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral trata la **STS de 29 de enero de 2009** (recurso de casación para la unificación de doctrina 312/2009), IL J 124. En este caso, una veterinaria pretende el reconocimiento de la laboralidad de su relación con la Consejería de Política Agroalimentaria y Desarrollo Rural de la Junta de Galicia durante los años 1988 a 1999. Conforme a reiterada jurisprudencia, la Sala resuelve que dicha relación ha sido extinguida desde hace años, y que lo que realmente quiere obtenerse es la acreditación de un mérito, por medio de una sentencia laboral, a efectos de un proceso de selección de personal, para lo que no es competente el orden social de la jurisdicción.

Sobre la responsabilidad empresarial por despido, la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009** (recurso 4345/2009), IL J 76, declara la improcedencia de los despidos en un supuesto de sucesión empresarial entre dos empresas contratistas del servicio de telemarketing (Teletech Customer Services Spain S.L. y Eurocen Europea de Contratas S.A.). A tenor del artículo 18 del convenio colectivo de ámbito estatal de las empresas de telemarketing, se obliga a la nueva contratista a incorporar a todo el personal de la plantilla de la empresa anterior al proceso de selección y, como consecuencia de éste, el 90% de los trabajadores son integrados en Eurocen. La Sala razona con apoyo en el criterio fijado en pronunciamientos anteriores [como la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009** (recurso 4100/2009), IL J 75].

Según éstos,

> «Los citados pronunciamientos (...) confirman las resoluciones de instancia que a su vez estimaron las demandas de despido de los entonces actores declarando su improcedencia y condenando a la mercantil EUROCEN EUROPEA DE CONTRATAS a las consecuencias aparejadas, absolviendo a la codemandada TELETECH, todo ello *en virtud de las previsiones del repetido artículo 44 del ET*, tales presupuestos conllevan ahora que deba mantenerse la misma conclusión, por mor de aquel fenómeno subrogatorio y en virtud de las pautas marcadas por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 28 de abril de 2009, que igualmente declaraba la improcedencia del despido del demandante con la condena aparejada de la nueva adjudicataria, para quien había pasado a prestar servicios el actor —si bien en condiciones diferentes—; *se proyecta así la figura del despido sobre el vínculo vigente entre las partes, restaurando las circunstancias que regían en el momento de la subrogación*, y no la de una simple modificación de las condiciones de trabajo concurrente en las relaciones laborales suscritas tras la sucesión».

Finalmente, la **STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2009** (recurso 980/2009), IL J 526, trata de una causa de extinción prevista en el artículo 13.g) del RD 1006/1985, dife-

rente al despido. Y es que el contrato suscrito por las partes (entre un jugador de baloncesto y la empresa «Club amigos del baloncesto Cartagena») prevé en su cláusula octava la posibilidad de rescisión unilateral del contrato, sin causa justificada, por parte de la empresa, con las consecuencias económicas derivadas de este acto extintivo. Por ello, el actor no estaba obligado a accionar por despido, en tanto que aceptó la concurrencia de la causa de extinción esgrimida por la empresa, sino que está legitimado para reclamar la indemnización pactada expresamente que consiste en el abono completo de la retribución por las dos temporadas de duración del contrato.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La **STSJ de Castilla y León de 19 de noviembre de 2009** (recurso 665/2009), IL J 191, analiza la procedencia del despido disciplinario por ausencias injustificadas al trabajo del artículo 54.2.a) del ET. En este caso, el trabajador solicita la revisión de la sentencia, por entender que han sido vulnerados determinados preceptos del convenio colectivo de la empresa. Concretamente, pretende que sus ausencias sean consideradas como «disfrute de cuatro días laborables de licencia al año» (artículo 9) o ausencias para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal, por el tiempo indispensable, previo aviso y justificación a la empresa (artículo 33). Habiendo alegado el recurrente un viaje a Ámsterdam en conmemoración de la muerte de su padre, durante tres días prácticamente consecutivos, se considera falta injustificada en cuanto que el empleador ha acreditado que el trabajador no dio explicaciones a la empresa, ni obtuvo autorización de ella. Por tanto, habiendo incurrido el trabajador en un incumplimiento contractual grave y culpable, el despido es procedente.

Asimismo, la **STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2009 (recurso 983/2009),** IL J 265, estima la procedencia del despido por transgresión de la buena fe contractual. La Sala no apreció la prescripción de la falta alegada por el trabajador al haber transcurrido más de sesenta días desde la comisión de las irregularidades, ya que el cómputo empieza a contar desde la fecha en que el empresario tuvo un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos. El requisito de tal conocimiento, en el supuesto de una falta continuada de lealtad, condujo a la desestimación de la prescripción de la falta en la **STSJ de Extremadura de 4 de febrero de 2010** (recurso 637/2009), IL J 502. Tampoco apreció prescripción la **STSJ de Baleares de 21 de diciembre de 2009** (recurso 488/2009), IL J 338, en tanto que la apertura del expediente disciplinario fue abierto a los cuatro meses de prestación de servicios de la acompañante del autobús escolar, es decir, cuando el director del centro escolar tuvo conocimiento de las quejas de los padres de los alumnos sobre el comportamiento de la trabajadora. La Sala consideró que, al no haber transcurrido los seis meses previstos en el artículo 60 del ET, no se produjo la prescripción alegada.

Las ofensas verbales dirigidas a personas relacionadas con la empresa pueden ser motivo de despido disciplinario. En efecto, la **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2009** (recurso 4297/2009), IL J 375, calificó como procedente el despido efectuado a un trabajador que, con evidentes síntomas de embriaguez, insultó al profesor y a los responsables de un curso de formación.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) del ET

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) del ET] se examina en la **STSJ de Extremadura de 1 de diciembre de 2009** (recurso 536/2009), IL J 298, que declara la improcedencia del despido objetivo, efectuado por una empresa constructora que lleva a cabo varias obras objeto de oferta pública (conocido como «plan E»), pues la mera terminación de la obra en la que el actor prestaba servicios no supone la extinción del contrato como en el caso de los de obra o servicio cuando la obra constituye el objeto del contrato. La Sala razona:

> «En definitiva, lo único aquí acreditado es que la obra en la que últimamente prestaba sus servicios el demandante concluyó unos días después del despido objetivo decidido por la empresa, pero eso podría determinar la extinción del contrato si el que existía entre las partes fuera para obra o servicio determinados, pero, por sí sola, tal circunstancia no justifica la extinción por causas de producción que exige, como determina el artículo 52.c) ET, que exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, lo cual aquí no se ha acreditado y, por ello, no consta en el relato fáctico de la sentencia recurrida. Acudiendo a la doctrina jurisprudencial antes mencionada, no constan problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que despliega la empresa su actividad, problemas que han de ser perceptibles u objetivables en el momento del despido, y no meramente hipotéticos, pues caracteriza el supuesto de hecho del artículo 52.c) del ET que la amortización del puesto de trabajo que justifica el despido es la que responde o reacciona frente a dificultades ya actualizadas y acreditadas, y no la que resulta de otros proyectos, iniciativas o anticipaciones del empresario, que podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión».

Por el contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2009** (recurso 1109/2009), IL J 301, revoca la resolución de instancia y estima la procedencia del despido en tanto que ha sido acreditada la situación económica negativa de la empresa, en parte propiciada por la quiebra de un importante cliente de ésta. Todo ello legitima y justifica la decisión de amortizar el puesto de trabajo del actor. Del mismo modo, la **STSJ de Galicia de 28 de enero de 2010** (recurso 4718/2009), IL J 393, considera procedente el despido objetivo, fundado en causas económicas y organizativas, como consecuencia de importantes pérdidas acumuladas a lo largo de varios años. Esta situación ha dado lugar a un exceso de personal para el desarrollo de la actividad comercial, es decir, ha requerido la amortización de puestos de trabajo.

En el caso de amortización de puestos de trabajo, por causas económicas, en un grupo de empresas debe efectuarse una valoración conjunta y no de cada sociedad por separado. En este sentido, la **STSJ del País Vasco de 24 de noviembre de 2009** (recurso 1804/2009), IL J 594, trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto concreto.

La Sala razona:

> «Como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 23 de enero de 2007 (rec. 641/2005), en los supuestos de amortización de puestos de trabajo por causas económicas cuando media un grupo de empresas, no debe estarse a la situación negativa de unas de las sociedades sino a la valoración de la situación económica conjunta y global del grupo, y ello porque —como ya se dijo en Sentencia de 31 de diciembre de 1991, recurso 688/1990— en los supuestos de prestación de trabajo «indistinta» o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo —extremo que ha demostrado en este caso—, nos encontramos ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores».

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

Por un lado, la **STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2009** (recurso 5512/2009), IL J 209, analiza la inexcusabilidad del error producido en la «puesta a disposición» de la indemnización por despido objetivo. La reclamación del trabajador para la modificación del haber retributivo propone un incremento por realización de horas extraordinarias, así como el cómputo de determinados *bonus* por cumplimiento de objetivos. Con respecto al primer concepto retributivo, debe señalarse que nunca fue satisfecho por el empresario ni reclamado por el trabajador, pero el salario superior percibido al que le correspondía por convenio se debió a la prolongación de jornada (a los sábados por la mañana) previsto asimismo en el convenio. Con respecto al *bonus* que debe integrarse en el haber regulador de la indemnización por despido, con apoyo en jurisprudencia anterior, señala la sentencia que en la liquidación debe incluirse el *bonus* devengado el año anterior, como así se hizo. Finalmente ratifica la procedencia del despido.

Por otro lado, las **SSTS de 2 de febrero de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1587/2009), IL J 162, **y de 10 de febrero de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1908/2009), IL J 165, señalan que la garantía pública aseguradora del Fondo de Garantía Salarial no se extiende al abono del importe por falta de preaviso, en un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas, *ex* artículo 52.c) del ET.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS de 8 de febrero de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2000/2009), IL J 248, resuelve la cuestión de si los días transcurridos desde la notificación del contrato de trabajo, cuando coincide como en este caso con el cese en la actividad, hasta la fecha en que se interpone la reclamación previa administrativa deben tenerse en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido. La Sala consideró que la acción estaba caducada conforme al siguiente razonamiento:

> «Y ello es así, no sólo porque, en contra de lo acordado en la sentencia impugnada, la vía previa sólo suspende (no interrumpe) la caducidad, sino también, y de este modo resolve-

> mos el debate planteado en suplicación, porque el *dies a quo* para el cómputo es el del cese real y efectivo en la prestación de servicios en la empresa (TS 25 de septiembre de 1995, recurso 39/1995), no aquel otro, como erróneamente decidió el Juez de instancia, en el que finaliza el devengo teórico de las vacaciones que, compensadas en metálico, correspondían al trabajador despedido, y cuyo tratamiento legal (...) ninguna relación tiene con el plazo normativamente establecido para impugnar el despido».

Por su parte, la **STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2009** (recurso 875/2009), IL J 263, confirma la excepción de caducidad alegada por las empresas demandadas en un supuesto de despido verbal, corroborado por la ausencia de suscripción de un nuevo contrato y porque no se le facilitó uniforme ni ocupación alguna a la trabajadora. Habiéndose manifestado de forma inequívoca la voluntad extintiva desde tal fecha, constituía el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de veinte días, que la trabajadora dejó transcurrir. Asimismo, la **STSJ de Valencia de 12 de enero de 2010** (recurso 3013/2009), IL J 475, confirmó la caducidad apreciada en la instancia ya que transcurridos treinta días sin celebrarse el acto de conciliación el procedimiento se tenía por terminado, en cuanto que «ni el servicio administrativo asume ninguna obligación legal de advertir al solicitante de la conciliación que la suspensión del plazo de caducidad sólo se produce durante quince días hábiles, ni existe ninguna confusión normativa que pueda amparar la pretensión del demandante».

Cuando la naturaleza de la relación laboral que liga a las partes es de carácter fijo discontinuo, la **STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2009** (recurso 2526/2009), IL J 176, establece que el cómputo del plazo de caducidad de veinte días no se data ni en la fecha en que finalizó la última campaña, ni en el momento en que se produce la extinción del contrato, es decir, desde la ausencia de la llamada del empresario, puesto que en la mayoría de los casos el trabajador no podría reaccionar contra la decisión extintiva del empresario. Por tanto, el inicio del cómputo del plazo o *dies a quo* para el ejercicio de la acción de despido tendrá lugar cuando el trabajador tenga «constancia clara de la falta de convocatoria al trabajo, constancia que en el presente caso habrá que situar a finales del mes de febrero, que es cuando se publica la convocatoria de los cursos de horticultura programados». En otras palabras, cuando se tiene constancia expresa de que la empresa no va a contratar los servicios del trabajador.

B) El procedimiento por despido

La **STSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 2009** (recurso 331/2009), IL J 333, precisa la incompetencia de la jurisdicción laboral en un supuesto de reclamación por despido cuando tal decisión del empresario se basa en un acuerdo, entre la representación de los trabajadores y la representación empresarial, homologado por la Dirección General de Trabajo en un expediente de regulación de empleo.

La Sala razona:

> «Pues bien, como expuso la STS de 3 de febrero de 2009, debe declararse la incompetencia del orden jurisdiccional social, tanto para conocer de la impugnación directa de un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, posteriormente homologado por una re-

> solución administrativa, como para decidir sobre la impugnación por parte de un trabajador de las razones de su inclusión en el listado aprobado igualmente por la Autoridad Laboral en un expediente de esta naturaleza.
>
> Sobre la base de lo expuesto debe afirmarse, como así hace el Juez de instancia, que la pretensión del demandante en la que solicita la declaración de nulidad o improcedencia de la decisión empresarial, debe sustanciarse ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, pues a diferencia de lo que establece la parte recurrente en el escrito de recurso, no nos encontramos ante la impugnación de un acto de estricto carácter laboral, sino ante la impugnación de una decisión adoptada conforme al contenido de una autorización administrativa que homologa un acuerdo legítimamente adoptado, la cual puede ser impugnada, por vulnerar derechos o libertades, ante la jurisdicción contenciosa».

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia del despido disciplinario por faltas reiteradas al trabajo y no justificadas, como la **STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2009** (recurso 2424/2009), IL J 179, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2009** (recurso 1087/2009), IL J 302. En este último caso, el trabajador faltó cinco días al trabajo sin causa justificada, bastando para constituir falta muy grave, a tenor del IV Convenio General de la Construcción, «la falta al trabajo más de dos días al mes, sin causa o motivo que lo justifique». En este sentido, la adopción del despido como sanción fue plenamente ajustada a derecho.

En determinados supuestos, no deja de constituir un incumplimiento grave y culpable del artículo 54.2.d) del ET la pretendida merma de facultades en el marco de un proceso depresivo del actor, derivado de su separación matrimonial. En este sentido, la **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009** (recurso 1451/2009), IL J 92, confirmó la procedencia del despido al haberse prevalecido el actor de su puesto de trabajo para apropiarse del importe de billetes de transporte en perjuicio de la empresa. En otros supuestos, los cargos de especial confianza incrementan la gravedad de la falta. Así, la **STSJ de Navarra de 5 de noviembre de 2009** (recurso 267/2009), IL J 201, razona:

> «En definitiva, si cualquiera de estas conductas es suficiente para motivar la extinción de la relación laboral, el reproche se hace aun mayor a través de la valoración conjunta de las mismas. Se trata ya no sólo de una *trasgresión de la buena fe*, sino, y sobre todo, de un *abuso de confianza* porque es necesario enfatizar la gravedad de la conducta del trabajador ya que desempeñaba precisamente un cargo de especial confianza y que era pilar de su funcionamiento, de forma que el crédito y el escrúpulo en su actuación debía ser todavía mayor que en el caso de otra persona, como en supuestos semejantes ha resuelto el Tribunal Supremo (STS de 15 de octubre de 1985). En definitiva la *conducta desleal adquiere especial gravedad* cuando el trabajador realiza sus funciones sin dicha lealtad aprovechándose de su autonomía».

Y es que la pérdida de confianza no admite grados de valoración e impide su restablecimiento posterior, lo que con independencia del perjuicio a la empresa justifica la procedencia del despido [**STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2009** (recurso 984/2009),

IL J 527]. Además, es indiferente la frecuencia de la conducta, o la cuantía de los bienes que el trabajador se hubiera apropiado en beneficio propio o de terceros [**STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2010** (recurso 1184/2009), IL J 462].

En determinados supuestos, la transgresión de la buena fe contractual que determina la procedencia del despido no se apoya en un único motivo. Tal es caso de la **STSJ de Extremadura de 4 de febrero de 2010** (recurso 694/2009), IL J 505, que confirma el fallo de la instancia en el que una trabajadora que se encontraba en situación de incapacidad temporal desarrollaba trabajos para una empresa de la que era titular de la mitad de las acciones y que estaba dedicada a la misma actividad de la que era empleada. La falta se consideró sancionada con el despido por un doble motivo: porque no sólo suponía concurrencia desleal con la empresa, sino también un fraude para ésta y para la Seguridad Social.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

De la improcedencia de la sanción de despido por falta de gravedad y culpabilidad de la conducta del trabajador tratan distintos supuestos. En primer lugar, la **STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2009** (recurso 4388/2009), IL J 253, confirma que la conducta del trabajador resulta incardinable en el artículo 50.2.g) de la normativa convencional, que «tipifica como faltas graves las riñas o discusiones graves durante el tiempo de trabajo entre compañeros, siempre que repercutan gravemente en el normal desarrollo de la actividad laboral» pero no resulta sancionada con el despido. En segundo lugar, la **STSJ de Extremadura de 4 de febrero de 2010** (recurso 674/2009), IL J 504, estima que el error en la lectura de los contadores constituyó una falta grave, es decir, una negligencia o desidia en el trabajo que afecta a su buena marcha, regulada en el artículo 50 del convenio colectivo sobre graduación de las faltas, pero no sancionable con el despido, que el convenio reserva para las faltas muy graves. En tercer lugar, también con arreglo a la teoría gradualista y a la ausencia de tipificación como falta muy grave dentro del convenio, determina la improcedencia del despido la **STSJ de Castilla y León de 28 de enero de 2010** (recurso 807/2009), IL J 405, en un supuesto de conducción de un transportista bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no habiéndose acreditado los requisitos exigidos por la jurisprudencia para entender que se trate de una transgresión de la buena fe contractual.

La importancia de probar el incumplimiento alegado se señala en la **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2009** (recurso 6170/2009), IL J 204. En este caso, la premeditada agresión a una compañera de trabajo no quedó acreditada, como tampoco la imputada apropiación de unas comisiones, que sin embargo eran consentidas por la empleadora dentro del propio programa de incentivos. Todo ello determinó la declaración de improcedencia del despido. Incluso, la **STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2010** (recurso 5807/2009), IL J 609, calificó de improcedente el despido en ausencia de una conducta transgresora de la buena fe contractual, pese al desarrollo del trabajo como abogada durante la baja, habiendo atendido además a la detective que la investigaba, en la medida que no se probó la realización de actividades incompatibles con el proceso de IT que afectaba a la trabajadora.

De la extinción del contrato, una vez superado el período de prueba por voluntad del empresario y sin cumplimiento de los requisitos previstos por convenio, que puede calificarse como un despido improcedente, trata la **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009** (recurso 1368/2009), IL J 87.

La Sala argumenta:

> «Ahora bien, que la ley no imponga requisito formal alguno no impide a la voluntad de las partes ni a los convenios colectivos incorporar aquellos u otros requisitos procedimentales distintos, en cuyo caso los contratantes deberán ajustarse a ellos. (...) Y, en el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de Sevilla (BOP núm. 278 de 30 de noviembre de 2007) se exige que el resultado del período de prueba conste por escrito, con la finalidad de eliminar del ejercicio de la facultad resolutoria típica del período de prueba su carácter omnímodo, suprimiendo la discrecionalidad. (...) En el caso de autos no hay documento en el que el empleador manifieste su voluntad de desistir en el período de prueba, cuando el Convenio confiere al empleador esa facultad pero reglada, y actuar sin tal elemento de juicio comporta una arbitrariedad, cuya interdicción deviene de la recta interpretación de la norma contenida en el Convenio Colectivo, con la consecuencia de que lo acaecido fue una resolución del contrato, sin causa, que se debe calificar de despido improcedente».

Por último, la **STS de 9 de marzo de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 955/2009), IL J 424, calificó como despido improcedente el cese de un contrato eventual por circunstancias de la producción, en la medida que atendía a una necesidad permanente de la empresa.

El Alto Tribunal se basó en el siguiente razonamiento:

> «la ampliación del transporte de contenedores a las Islas Baleares por parte de "Transmediterránea Cargo, S.A.", pasando de la frecuencia alterna a la diaria en el transporte de buques contenedores, no puede ser calificado como un exceso anormal en las necesidades habituales, ni supone un incremento de trabajo contingente y transitorio, sino que integra una previsión empresarial de actividad permanente, siquiera el adverso resultado hubiese determinado volver al transporte en días alternos. Aparte de que esa ampliación se produjo —conforme al relato de hechos— con relevante posterioridad a la contratación del actor [el contrato se suscribe en 16 de enero de 2007 y la ampliación de la línea en verano del propio año], con lo que incluso el componente causal —imprescindible en todo tipo de contratación limitada en el tiempo— también estaría ausente. Por ello ha de afirmarse que la referida contratación se había producido en fraude de ley, persiguiendo —como con acierto observa el Ministerio Fiscal— un resultado de temporalidad prohibido por el ordenamiento jurídico, con la obligada consecuencia de resultar indefinida la relación laboral contratada y de que el cese acordado haya de calificarse como despido improcedente, tal como en instancia se había resuelto».

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

a) La indemnización: cuantía y cálculo

Del cómputo de la totalidad de la contratación, habiendo mediado sucesivos contratos temporales, para el cálculo de la indemnización por despido improcedente trata la **STSJ**

de Asturias de 18 de diciembre de 2009 (recurso 2548/2009), IL J 317. Ésta se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 8 de marzo de 2007) que además señala que «tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos». En consecuencia, no habiendo fijado la empresa la indemnización atendiendo a todo el tiempo de servicio, incumplió el artículo 56.1.a) del ET e hizo ineficaz la consignación para detener el devengo de los salarios de trámite conforme al artículo 56.2 del ET.

Esta continuidad de la relación laboral, a efectos del cálculo de la indemnización de despido improcedente, que no se rompe por la suscripción de recibos de finiquito entre los diferentes contratos sucesivos, es de aplicación cuando el trabajador presta servicios para un grupo de empresas a efectos laborales [**STSJ del País Vasco de 24 de noviembre de 2009** (recurso 2584/2009), IL J 599].

b) Salarios de tramitación

De un lado, la **STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2009** (recurso 4373/2009), IL J 254, trata de la falta de simultaneidad entre los actos de comunicación de la fecha de readmisión y el abono de los salarios de tramitación devengados. En este caso los salarios se abonaron pasado un mes desde la notificación de la sentencia, lo que no puede considerarse una readmisión irregular, puesto que «la readmisión realizada habrá de considerarse regular (...) cuando se hubiera establecido el vínculo laboral en iguales condiciones que las que regían antes del despido, sin que afecte a tal realidad fáctica el que no se hubieran satisfecho los salarios de tramitación».

De otro lado, la **STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2009** (recurso 3695/2009), IL J 70, admitió la exención o limitación de los salarios de tramitación del artículo 56.2 del ET al no hallar una conducta fraudulenta por parte de la empresa, que consignó una indemnización errónea por escasa cuantía. En sentido análogo, la **STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2009** (recurso 2230/2009), IL J 448, tampoco apreció «ninguna intención maliciosa o torticera (...) al consignar la cantidad», que obedecía a un simple error excusable.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Sobre la desestimación de la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas, que obedece más bien a la no superación del período de prueba, razona la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2009** (recurso 5057/2009), IL J 189, que

> «El despido que se produce durante tal plazo no requiere justificación alguna. Únicamente en el caso de que se hubiera alegado por la trabajadora el concurso de alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o bien violación de derechos funda-

> mentales y libertades públicas, y hubiera acreditado que concurrían indicios de ello —como podría ser el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo de la demandante (que no se ha probado en el caso de autos)— podríamos pasar a valorar la causa última de la decisión extintiva (...). Por el contrario, en este caso no existen indicios de que se hubiera producido discriminación o violado derechos fundamentales de la trabajadora».

Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León de 9 de diciembre de 2009** (recurso 1843/2009), IL J 330, confirmó el criterio de la sentencia de instancia, que declaraba la nulidad del despido, al apreciar un panorama indiciario de discriminación a partir de la reacción empresarial por conocimiento del embarazo de la trabajadora. Ahora bien, la Sala precisa:

> «Hay que recalcar que dicho panorama indiciario no constituye por sí mismo una prueba completa, sino que simplemente obliga a la empresa a acreditar que el despido estaba motivado por otra causa distinta ajena a la vulneración del derecho fundamental. *Y es la manifiesta acausalidad del despido practicado, insostenible ante cualquier órgano judicial social en base a la deficiente carta de despido disciplinario entregada a la trabajadora y reconocido como improcedente por la propia empresa, la que determina finalmente la declaración de nulidad, por carecer de toda fuerza de convicción en relación con el panorama indiciario señalado*».

En otro supuesto, se desestimó como despido nulo por falta de indicios de vulneración de la garantía de indemnidad, pues no se puede colegir que de la mera conversación de un arquitecto con dos compañeros empleados sobre el ambiente de trabajo o de sus expectativas profesionales se desprenda que el demandante quisiera plantear acción alguna de reclamación. Por ello, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de noviembre de 2009** (recurso 988/2009), IL J 199, confirmó la improcedencia del despido reconocida por la empresa demandada.

En último término, determina la nulidad del despido el hecho de que la decisión extintiva se haya producido con violación del derecho fundamental de libertad sindical. Tal es el fallo de la **STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2009** (recurso 4003/2009), IL J 430, en cuanto que la extinción contractual tuvo como única causa que el trabajador hiciera pública su candidatura como representante de los trabajadores por el sindicato CCOO.

M.ª CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. LIBERTAD SINDICAL.

A) Contenido y alcance.

a) Elección de los compromisarios que han de asistir a un congreso provincial del sindicato.
b) Legitimación activa para impugnar convenios colectivos extraestaturarios.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho.

a) Controladores aéreos: libertad sindical, negociación colectiva e imperio de la Ley.
b) Despido de un trabajador por sus actos presindicales.

C) Garantías de los delegados sindicales.

a) Miembro de la ejecutiva sindical que no es delegado sindical ni miembro del Comité de Empresa.

2. CONFLICTO COLECTIVO.

A) El proceso de conflicto colectivo: Prescripción de acciones.
B) El proceso de conflicto colectivo: Inadecuación de procedimiento.
C) El proceso de conflicto colectivo: Competencia objetiva: Criterio de territorialidad.

3. HUELGA.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2010 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) 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 del 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 17 de febrero de 2010,** 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 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».

b) 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 2010**, 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 (artículos 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 RD-L 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. A este respecto, el Tribunal recuerda que, según una asentada jurisprudencia, «aunque la negociación colectiva descanse 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 de 18 de enero de 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 repercuta 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 de 22 de diciembre de 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 de 16 de enero de 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 geométricamente 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 disfrutan 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) Despido de un trabajador por sus actos presindicales

La cuestión a resolver versa sobre el despido de un trabajador cuya candidatura como representante de los trabajadores por el sindicato CCOO se había hecho pública. La empresa alega razones disciplinarias para argumentar la decisión extintiva, en concreto, la existencia de una plantilla innecesaria para su poca producción.

Conviene recordar en este punto que constituye doctrina constitucional en relación a los actos «presindicales» (en los cuales se desarrollan actos preparatorios y previos de una acción propiamente sindical) que éstos no pueden coartarse ni sufrir represalias los participantes en ellos, sin que deban permanecer extramuros de la protección y de las garantías del derecho fundamental de libertad sindical, pues, por el contrario, se trata de una etapa y de unos actos preparatorios del pleno ejercicio de los derechos sindicales en los que la exposición al riesgo y a eventuales represalias es superior que cuando existe ya afiliación a sindicatos, cuando éstos han convocado y participado en las elecciones a órganos de representación electiva de los trabajadores, y ejercitan su acción libremente en la empresa (STC 197/1990, de 29 noviembre).

La **STSJ de Galicia de 2 diciembre de 2009,** IL J 430, considera que la extinción contractual sometida a debate es merecedora del calificativo de despido nulo ya que la decisión extintiva acordada por la empleadora ha tenido como única causa el hecho de que el trabajador hiciera pública su candidatura como representante de los trabajadores por el sindicato CCOO. El relato fáctico es bastante concluyente: 1.º) al trabajador le es notificado por la empresa sin previo aviso el disfrute de vacaciones, presentando aquél denuncia ante la Inspección de Trabajo por amenaza de despido; 2.º) tras manifestar el trabajador su decisión de presentarse como candidato a las elecciones sindicales (y siendo este hecho conocido por la empresa), el gerente de la empresa convoca a los trabajadores y les comunica que se presente otra persona como candidato para evitar despedir al trabajador; 3.º) la empresa no ha logrado acreditar que la extinción del contrato de trabajo responda a causa

justa, siendo la carta de despido excesivamente genérica, no concretando suficientemente los hechos que imputa al trabajador; 4.º) no existe evidencia alguna de que exista exceso de producción y, por tanto, exceso de plantilla, que pudieran, en su caso, justificar la extinción contractual, más allá de las dificultades con las que se encontró la empresa meses antes de ser despedido el trabajador.

Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que la razón determinante de la decisión de la empresa de extinguir el contrato no es más que una reacción frente al legítimo derecho del trabajador de presentarse como candidato en las elecciones sindicales o, lo que es igual, que la decisión de la empleadora de despedir, como respuesta a la candidatura sindical del trabajador, contraviene lo preceptuado en los artículos 28.1 CE y 55.5 ET.

C) Garantías de los delegados sindicales

a) Miembro de la ejecutiva sindical que no es delegado sindical ni miembro del Comité de Empresa

En el supuesto analizado por la **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2010**, IL J 456, el trabajador había sido nombrado como miembro de la comisión ejecutiva de la sección sindical de Comisiones Obreras. Habiéndose procedido a su despido, el trabajador impugnó la decisión extintiva de la empresa alegando, entre otros motivos, el incumplimiento de la obligación de darle trámite de audiencia previo, según lo impuesto en el artículo 68.a) ET, en relación con el artículo 10.3 LOLS.

En opinión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, esta garantía no resulta de aplicación al caso. Aun cuando de conformidad con el convenio colectivo aplicable, la ejecutiva de la sección sindical es el órgano de representación e interlocución de los trabajadores y tiene las competencias reconocidas por ley al comité de empresa, ello no supone en modo alguno que el trabajador, por el hecho de pertenecer a esa ejecutiva, goce de la condición de delegado sindical del artículo 10.3 LOLS, en el que se reconoce a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa las mismas garantías que las establecidas en el artículo 68 ET para los miembros de dichos comités, cuando las empresas sean de más de 250 trabajadores.

2. CONFLICTO COLECTIVO

A) El proceso de conflicto colectivo: Prescripción de acciones

La doctrina unificada sobre la materia es pacífica toda vez encuentra sólido fundamento en el artículo 1973 del Código Civil cuya directa aplicación 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 la **STS de 18 de febrero de 2010,** IL J 356, 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 even-

tual 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 en base a 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. 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.

Idéntica cuestión se suscita en la **STS de 16 de febrero de 2010,** IL J 572. que con igual fundamento y considerando la nula interconexión entre los dos conflictos planteados, concluye que nada impedía al actor reclamar a la empleadora los conceptos salariales no afectados por los mismos 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.

B) El proceso de conflicto colectivo: Inadecuación de procedimiento

Por el sindicato CGT se solicita la nulidad de traslado de centro de trabajo por cuanto no se procedió conforme al artículo 40.2 ET, dada su naturaleza colectiva. Éste es el objeto del litigio analizado por la **SAN de 17 de marzo de 2010,** IL J 364, que toma como presupuesto fáctico los hechos que siguen:

1. Existe un preacuerdo entre empresa y parte de la representación de los trabajadores, no suscrito finalmente, para el cierre de oficinas que implicaba como consecuencia bien el traslado a otros centros de trabajo bien la resolución indemnizada de contratos.
2. Ante la falta de acuerdo la empresa decide acometer una reorganización cerrando sucursales y centralizando las actividades en el centro de La Moraleja (Madrid), dando como resultado la rescisión de numerosos puestos de trabajo por bajas incentivadas y cartas de traslado a quienes prestaban servicios en distintos centros que en ningún caso superaban los cinco trabajadores.
3. Es determinante partir de la regulación sobre traslados contenida en el convenio colectivo: «sólo podrán ser trasladados los trabajadores con una antigüedad inferior a diez años y por una sola vez, salvo caso de traslado colectivo del centro de trabajo o cierre del mismo».

Queda establecido el debate en la consideración de si el traslado es de naturaleza colectiva como sostiene el sindicato actor o si por el contrario no lo reúne como postula la

demandada, dando por hecho que la excepción de incompetencia planteada pivota sobre la referida cuestión al disponer el artículo 40.2 ET que es procedente esa vía procesal cuando las empresas incumplen el procedimiento previsto en la norma estatutaria.

Tras analizar detenidamente el precepto entiende la Sala que en la identificación del traslado colectivo existen tres parámetros: uno cualitativo, otro según el número de trabajadores afectados y un tercero referido al tramo temporal en que los distintos traslados pueden producirse, pero que en todo caso el factor decisivo viene constituido por el centro de trabajo, como unidad productiva autónoma de la empresa, por estas dos razones básicas:

a) la primera, por razón de una interpretación sistemática del artículo 64 ET, al disponer entre las competencias del comité de empresa la emisión de informe en materia de *traslado total o parcial de instalaciones,* circunstancia que también implica el cambio de residencia del trabajador al encomendarle la empresa la prestación de servicios en un centro de trabajo distinto del suyo habitual;
b) y la segunda, porque el período de consultas con los representantes de los trabajadores impone asumir como referencia también el ámbito representativo que el centro de trabajo comporta, como referencia básica de esa concreta garantía del procedimiento.

En el supuesto estudiado no concurren tales notas por lo que debe entenderse que no hay traslado colectivo, sino una reordenación de recursos humanos instrumentalizada mediante bajas incentivadas y la centralización de la actividad en un solo centro, incapaz de asumir la totalidad de la plantilla que venía prestando servicios en las distintas sucursales de la empresa distribuidas a lo largo y ancho de la geografía nacional. De ahí que no estemos en presencia ni de un traslado masivo ni tampoco de uno de carácter colectivo, al no rebasar los umbrales del artículo 40.2 ET *que deben computarse en el centro de trabajo y no en la empresa,* toda vez resulta acreditado que de las doce cartas de traslado sólo se ejecutaron siete de ellas y —lo que es dato decisivo— que en ningún caso la dimensión de sus respectivos centros de trabajo contaba con más de cinco empleados.

Siguiendo el planteamiento que precede se rechaza la pretensión actora al estimarse por la resolución judicial la excepción de inadecuación del procedimiento formulada de contrario: no hay traslado colectivo luego no puede haber modalidad especial de conflicto colectivo.

Se postula en demanda por vía también de conflicto colectivo la reducción proporcional de las ampliaciones de jornada en relación con la duración de procesos de incapacidad y ello en base al régimen de jornada y horario flexible establecido en el IX Convenio Colectivo de Red Eléctrica de España, S.A., de carácter extraestatutario al no ser ratificado por la representación del sindicato demandante. Es el supuesto que estudia la **SAN de 16 de marzo de 2010,** IL J 365, que viene también a estimar igual excepción de inadecuación de procedimiento articulado por la empresa en base a las tres siguientes premisas:

a) En principio no puede haber reparo alguno en tramitar la demanda del sindicato actuante por vía de conflicto, toda vez se insta la interpretación de un pacto convencional sobre el que existe discrepancia.

b) Se invoca la distinción entre conflicto jurídico y conflicto de intereses, siendo la pretensión ejercitada a juicio de la empresa de esta última clase por cuanto se trata de sustituir un acuerdo ya existente por otra cláusula de redacción diametralmente opuesta a la letra de lo pactado.

c) Se aprecia que no existe homogeneidad en el colectivo afectado dado que el objeto discutido impide su generalidad a un grupo determinado de personas al estar basado en una hipotética prolongación de jornada hasta alcanzar el máximo anual en concurrencia con eventuales períodos de incapacidad temporal.

La consideración conjunta de las precedentes alegaciones determina la inadecuación de procedimiento, que estima la Sala básicamente con apoyo en la propia literalidad del pacto que faculta a la empresa la determinación de los días concretos de prolongación de jornada e impide pueda alterarse por el órgano judicial. Fijado pues como conflicto de intereses, no existe impedimento para abordar una nueva negociación colectiva que venga a modificarlo y ello sin perjuicio de que por parte de los trabajadores afectados se pueda abrir la vía del procedimiento ordinaria al amparo del artículo 7.2 del Código Civil en caso de darse una situación de abuso de derecho.

C) El proceso de conflicto colectivo: Competencia objetiva: Criterio de territorialidad

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. Tal es el caso, de la **STS de 22 de enero de 2010,** IL J 33, en la que el sindicato demanda a AENA por externalizar el servicio de asistencia técnica de coordinación de actividades de los Aeropuertos del Grupo Canarias, contraviniendo con ello lo pactado colectivamente.

La empresa recurre ante el TS en base a varios motivos. El primero de ellos, que es el que interesa a nuestros efectos, la falta de competencia del Juzgado de lo Social a favor de la Audiencia Nacional. Respecto a este motivo el TS trae a colación su Sentencia de 21 de julio de 2009 en la que se establece el principio de territorialidad, conforme el cual, la territorialidad se haya vinculada a la afectación del conflicto. Según tal principio:

1. La competencia se determina por los límites reales e inherentes a la cuestión debatida.
2. La afectación del conflicto no es necesariamente coincidente con el área de la norma aplicable.
3. Abunda en esta tesis el que el artículo 152 de la Ley de Procedimiento Laboral atribuya la legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo en función del alcance de la representación de sindicatos, asociaciones o representantes legales o sindicales de los trabajadores.

Por todo ello, la competencia para conocer de una demanda de conflicto colectivo no deriva del alcance de la norma o decisión, sino del alcance o área a la que se contrae el conflicto.

3. HUELGA

En materia de vulneración de derechos fundamentales, concretamente, los de huelga y libertad sindical, podemos encontrar una **STS de 25 de enero de 2010**, IL J 27, en la que se plantea si los servicios mínimos cubiertos por los trabajadores en huelga y los servicios cubiertos por trabajadores de otros centros y contratos de refuerzo suponen una vulneración de tales derechos.

Se trata de un recurso de casación por ambas partes, por cuanto la empresa solicita que se desestime la demanda que declara vulnerados tales derechos y el sindicato que se eleve la cuantía de la indemnización por tal vulneración. El Tribunal Supremo desestima el recurso por ambas partes. Respecto de la empresa, establece que no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas (por cuanto se demostró que la empresa obligó a trabajar a huelguistas cuando tales servicios pudieron ser atendidos por trabajadores que no hacían tal huelga) o a otras personas del resto de servicios de los centros de trabajo, y mucho menos contratar a empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se puedan atender como consecuencia de la huelga. Una actuación de este tipo, dice el TS, viola el derecho de huelga y de libertad sindical.

Por lo que se refiere a la alegación del sindicato, el Tribunal Supremo establece que es doctrina jurisprudencial reiterada el hecho de que el órgano jurisdiccional, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda fijar el importe de la indemnización a su libre arbitrio, salvo que sea desproporcionada o irrazonable.

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ (COORDINADORA)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
JOSÉ DELGADO RUIZ
AMANDA MORENO SOLANA
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.
2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN.
3. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO.
4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS.
5. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO.
6. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO POR LOS TRIBUNALES LABORALES.

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova, números 1 a 4, ambos incluidos, de 2010. Prácticamente todas resuelven supuestos de hecho sobre cuestiones que ya han tenido oportunidad de ser enjuiciadas en el pasado por los Tribunales laborales; los criterios seguidos entonces no varían. Merece ser destacada, por el resumen que hace de la posición jurisprudencial sobre el alcance del deber de negociar de buena fe, la STS de 9 de febrero de 2010. También, en este caso por la novedad del asunto tratado, la STS de 16 de diciembre de 2009, tajante a la hora de rechazar que el comité de empresa europeo tenga capacidad para negociar condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Inexistencia. Negociación de un acuerdo interprofesional o convenio colectivo sobre estructura de la negociación colectiva. La legitimación para negociar este tipo de convenios se rige por la regla especial del artículo 83.2 ET, no por las reglas generales del artículo 87.2 de igual texto legal. Aquella legitimación corresponde, exclusivamente, a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma. Carecen de ella los sindicatos que sólo son más representativos en el sector de que se trate (los que cuentan en él con al menos el diez por ciento de los representantes unitarios). Lo apunta la **SAN de 12 de febrero de 2010,** IL J 279, a propósito de la suscripción del convenio colectivo de grandes almacenes de 2009

por la Federación Independiente de Trabajadores de Comercio (FETICO) y la Federación de asociaciones sindicales FASGA.

Inexistencia. Comité de empresa europeo. No cabe apreciar que la exclusión del comité de empresa europeo suponga una lesión del derecho a la negociación colectiva del sindicato afectado. A tales efectos, dicho comité no resulta asimilable al comité de empresa regulado en el Estatuto de los Trabajadores; «no es un órgano de negociación de condiciones de trabajo ni, por tanto, implica un ejercicio de actividad sindical vinculada a la negociación colectiva. En efecto, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 10/1997, de 24 de abril, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 94/45/CE, y establece su artículo 1, dicha Ley "tiene por objeto regular los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria". En su consecuencia, el comité de empresa europeo (...) no es un comité para negociar un convenio colectivo europeo, sino un órgano representativo para la participación, información y consulta de los trabajadores; de ahí que el esquema jurídico del comité de empresa previsto en el título II del Estatuto de los Trabajadores, con capacidad para la negociación colectiva de condiciones de trabajo y productividad en el ámbito de la empresa, no resulta aplicable al comité de empresa europeo» (**STS de 16 de diciembre de 2009,** IL J 3).

Momento al que debe ir referida la apreciación de la representatividad de la que depende la legitimación inicial. Tal momento es el de la constitución de la comisión negociadora, de modo que ha de rechazarse la expresada legitimación del sindicato que en aquél cuenta con un número de representantes unitarios inferior al diez por ciento que exige, como mínimo, el artículo 87.2.c) del Estatuto de los Trabajadores. Así, **STS de 21 de enero de 2010,** IL J 61:

> «Como recuerda la sentencia recurrida (...) el momento para determinar la legitimación debatida ha de venir referido a la fecha de constitución de la mesa negociadora, pues si se atendiera al resultado de elecciones posteriores a la constitución de dicha mesa se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad y ello sería incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación».

Cálculo de la representatividad de los sindicatos a efectos de formar parte de la mesa general de negociación constituida en el seno de una Comunidad Autónoma y de determinar el número de representantes que corresponde designar a cada uno de aquéllos. Según señala la **STS de 3 de febrero de 2010,** IL J 137, dicho cálculo no puede prescindir de los representantes obtenidos a través de los votos del profesorado de religión, que tienen la consideración de trabajadores en régimen laboral de la Administración y quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público:

> «1. Alegan los recurrentes (...) la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007, reguladora del Estatuto básico del empleado público, en relación con el artículo 1.3 de la misma, el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, así como el artículo 103.3.º de la Constitución y el contenido de una Sentencia de esta Sala de fecha 7 de mayo de 2004, recurso 123/2003.

2. El argumento en el que basan toda la pretendida falta de acomodación a derecho de la sentencia recurrida se concreta en sostener que los profesores de religión no son empleados públicos, por entender que no son contratados de acuerdo con las exigencias del artículo 103.3 de la Constitución dado que necesitan la previa "declaración de idoneidad" del ordinario eclesiástico (...) ni quedan dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.3 de aquel Estatuto básico, razones por las que consideran los recurrentes que no tienen derecho a participar en negociación alguna para regular las condiciones de trabajo y productividad que es para lo que el artículo 82.1 del Estatuto de los Trabajadores tiene prevista y establecida la negociación colectiva.

3. El recurso y la correspondiente pretensión de los recurrentes no puede prosperar porque todos los argumentos utilizados en su recurso se hallan fuera de la realidad jurídica relacionada con la naturaleza jurídica de este colectivo de trabajadores.

En primer lugar, no cabe duda alguna de que los profesores de religión católica son trabajadores por cuenta ajena al servicio de la Administración Pública, en este caso de la Generalidad Valenciana, cual sin lugar a alguna duda se desprende del mero tenor literal en cuyo apartado 2 (*sic*) de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (...).

En desarrollo de dicha disposición legal se dictó el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, y en su artículo 2, en congruencia con la antedicha previsión legal, no sólo se establece con toda claridad su condición de contratados laborales, sino que en el artículo 3 del mismo se contienen los requisitos de idoneidad necesarios para su contratación por la respectiva Administración, y se prevé expresamente la necesidad de que la contratación y remoción de los mismos se atenga a los criterios de mérito y capacidad previstos con carácter general en el artículo 103.3 de la Constitución (...).

Con dichos trabajadores lo único que ocurre es que en su régimen jurídico laboral rigen determinadas especialidades, como la de que para poder ser contratados por la Administración necesitan la "declaración eclesiástica de idoneidad" exigida por lo previsto en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede (...).

Es cierto que son trabajadores por cuenta ajena con especialidades derivadas de aquellos Acuerdos pero tales especialidades no son suficientes para excluirlos (...) del régimen general del Estatuto básico del empleado público, pues, a pesar de tales especialidades (...) se hallan ubicados dentro del objeto y su relación jurídica se acomoda a los fundamentos, uno y otros recogidos en el artículo 1 del referido Estatuto.

4. En definitiva, los profesores de religión (...) son también empleados públicos y se hallan comprendidos por lo tanto dentro del campo de aplicación [del Estatuto básico del empleado público] (...) y les es de aplicación la previsión contenida en el artículo 36 de dicha norma básica (...).

No cabe duda, en consecuencia, que (...) tienen derecho a participar en las elecciones a organismos unitarios dentro de sus respectivos centros de trabajo (...) y si tienen derecho a participar no existe razón alguna por la que su voto no pueda ser computado para la elección de los delegados o miembros del respectivo comité, y éstos para el cómputo de representatividad que se exige para integrar o formar parte de aquella mesa general en cuanto que la participación en la misma se halla exclusivamente condicionada por "los resultados obtenidos" en aquellas elecciones».

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Deber de negociar. No lo conculca la negativa a negociar un convenio de igual ámbito que el denunciado cuando ya se ha iniciado un procedimiento de negociación tendente a la conclusión de otro convenio de ámbito más amplio como consecuencia de un acuerdo o pacto colectivo anterior optando por la integración de la unidad de negociación inferior (constituida por el servicio de salud mental de una Comunidad Autónoma) en la superior (correspondiente al personal de los distintos servicios de salud de la aludida Comunidad Autónoma). Así, con un buen resumen de la jurisprudencia sobre el alcance del deber de negociar, **STS de 9 de febrero de 2010,** IL J 349:

> «El núcleo de la controversia se halla en la delimitación del deber de negociar, plasmado en el artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor la parte receptora de la comunicación del inicio de la negociación (...) "sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido (...)".
>
> Las conclusiones que se extraen de la interpretación jurisprudencial del precepto son:
>
> a) El precepto impone, como regla general, el mantenimiento de la unidad de negociación originaria, dentro de la cual las partes estarán obligadas a negociar y a hacerlo de buena fe (...).
>
> b) Ello sucede aun cuando esa obligación negociadora no implique el deber de alcanzar un acuerdo. En palabras de la STS de 17 de noviembre de 1998 —recurso 1760/1998— (...): "el deber de negociar ha de entenderse legalmente satisfecho, cuando la parte requerida ya ha accedido a negociar, y lo está haciendo, con quien está legitimado para concertar el convenio". Asimismo, recordaba la STS de 22 de mayo de 2006 —recurso 79/2005— la doctrina reiterada de esta Sala según la cual "el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos". Este criterio se plasmaba también en las SSTS de 1 de marzo de 2001 —rec. 2019/2001— y 24 de junio de 2008 —recurso u.d., 2927/2007—.
>
> c) El deber de negociar nace a partir del momento de la denuncia del convenio.
>
> (...)
>
> No obstante, aun cuando la regla general es la descrita, el propio artículo 89.1 ET prevé la excepción a la obligación de negociar cuando concurran causas legal o convencionalmente establecidas. Es ésta la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida que afirma que concurría en el caso resuelto una causa convencional justificativa de la negativa a conservar la originaria unidad de negociación, centrada en los acuerdos suscritos en 2005, consignados en los hechos probados.
>
> (...)
>
> Será causa justificativa válida, a los efectos del artículo 89.1 ET aquella que: a) surja de la existencia de negociación ya en marcha; b) [se sustente en que] la negociación emprendida en un ámbito distinto por la parte que no acepta la propuesta de negociación permita la prelación del convenio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 84 ET (...).
>
> Llevada la doctrina anterior al supuesto aquí enjuiciado, hemos de declarar que el criterio adoptado por la sentencia recurrida resulta ajustado a derecho, puesto que: a) el convenio colectivo del servicio de salud mental, cuya renovación se pretende, había sido ya denun-

> ciado; b) la parte demandada contestó en todos los casos a las propuestas negociadoras del comité, expresando las razones que impedían llevar adelante la negociación; c) la voluntad de cambio de unidad negociadora, para ampliar el ámbito de afectación del convenio resultante, no obedecía exclusivamente a la decisión de la parte empresarial, sino que se hallaba amparada en pactos colectivos anteriores que tenían por finalidad negociar un convenio colectivo único para la empresa —servicios de salud en su integridad—; y d) las negociaciones del convenio único ya se habían iniciado cuando se producen las propuestas de la parte demandante».

Mayoría requerida para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. Cuando el convenio aparece firmado por una única asociación empresarial (en el caso de autos, las demás asociaciones que también habían formado parte de la comisión negociadora no suscribieron el convenio), la referida mayoría no puede apreciarse tomando como referencia sólo los vocales designados por dicha asociación; la válida adopción de acuerdos precisa entonces que la asociación empresarial en cuyo nombre actúen aquéllos represente a empresas que den ocupación, como mínimo, a la mayoría de los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio. Ni siquiera bastaría, pues, con que esa asociación empresarial contase con la mayoría de los vocales de la comisión. En este sentido, **STS de 1 de marzo de 2010**, IL J 250:

La única asociación empresarial firmante del convenio «es indudable que contaba con el 10% de los empresarios en su ámbito geográfico y funcional, y éstos daban ocupación al menos a ese mismo porcentaje (10%) de los trabajadores del sector»; también «gozaba de legitimación plena para conformar válidamente la comisión negociadora, pues es igualmente indudable que, en unión de las restantes asociaciones empresariales que constituyeron dicho órgano, ocupaba a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio (...). A pesar de ello, «lo cierto y relevante es que, sin embargo, por sí sola, no alcanzaba el grado o nivel decisorio de representación necesario para alcanzar acuerdos dentro de la propia comisión negociadora en los términos que exige el artículo 89.3 del ET, según la interpretación que de este último precepto tiene establecida la jurisprudencia».

> «(...) la asociación empresarial (...), al margen del número de integrantes del banco empresarial (...), de ningún modo disponía de la mayoría de la representación empresarial prevista en el artículo 89 del ET (...).
>
> «Por ello, no siendo mayoritaria en la representación empresarial la asociación patronal recurrente, su sola conformidad y única firma del convenio (...) no era suficiente para que el acuerdo ostentara la condición de convenio estatutario».

3. CONTENIDO «NORMATIVO» DEL CONVENIO COLECTIVO

Premio de jubilación y condiciones para su disfrute. Apareciendo vinculada su percepción al hecho de que el trabajador se encuentre en activo en la empresa en el momento de su jubilación (ordinaria o anticipada), no confiere derecho a él la extinción en virtud de una prejubilación adoptada en el marco de un plan acordado con los representantes legales de los trabajadores dentro de un expediente de regulación de empleo. Con la prejubilación se produce la extinción del contrato y, por lo tanto, resulta imposible apreciar que el afectado

mantenga viva su relación laboral en el momento de acceder a la jubilación. Tal es el criterio que mantiene la **STSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 2009,** IL J 332:

> «La figura de la prejubilación no tiene encaje en el conjunto de supuestos que, para ser acreedor del premio de jubilación, menciona el artículo 26 del convenio colectivo de aplicación. El precepto establece de forma clara los supuestos que dan lugar al cobro del referido premio, incluyendo la situación de jubilación desde la situación de activo en la empresa, y la declaración de invalidez permanente absoluta a consecuencia de enfermedad o accidente, situaciones que no concurren en los demandantes.
>
> (...)
>
> Ninguna vulneración se ha producido del artículo 1281 CC, ya que no sólo los términos del acuerdo son claros, sino que no dejan duda sobre la intención de los contratantes. El contenido del artículo es preciso y concreto, no desprendiéndose de la prueba practicada dato alguno determinante de que la intención de las partes fuera contraria a lo expresamente determinado en el artículo. Esta falta de dudas sobre la intención y voluntad de las partes que suscribieron el acuerdo permite aseverar que en modo alguno se ha infringido el contenido del artículo 1282 CC, máxime cuando este precepto ha sido adecuadamente aplicado y valorado en la sentencia que se combate y tampoco se aprecia infracción del artículo 1284 CC, pues es sabido que la aplicación de este precepto sólo debe efectuarse cuando la intención de las partes contratantes no haya podido ser precisada a través de las reglas contenidas en los artículos 1281 y 1282 CC.
>
> Por último y en relación con la alegación de falta de voluntariedad en el cese del demandante debe afirmarse la necesidad de rechazar también esta alegación como causa de estimación del recurso, toda vez que la Magistrada de instancia acomete con acierto este problema en el fundamento de derecho tercero de la sentencia cuando afirma que "(...) la anterior conclusión no se altera por el hecho de que su cese en la empresa no pueda considerarse como voluntario al haber estado originada su inclusión en el plan de prejubilación pactado con los representantes de los trabajadores en el marco del correspondiente ERE, por cuanto la extinción no ha sido fruto de una decisión unilateral de la empresa adoptada de manera arbitraria con el fin de impedir el cumplimiento de los requisitos precisos para ser perceptor del premio de jubilación (...) sino consecuencia de un pacto colectivo en el que no se acordó que los trabajadores afectados por la prejubilación tuviesen derecho al percibo del premio de jubilación (...)". Es decir, aunque considerásemos el cese como no voluntario en el marco de un ERE, ello no determina el reconocimiento del derecho al reconocimiento del derecho al percibo de un premio que requiere de la concurrencia de determinados requisitos establecidos convencionalmente y que en el caso enjuiciado no concurren».

4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

Ha de resolverse concediendo preferencia aplicativa al convenio sectorial de ámbito inferior cuando se den las circunstancias que definen el supuesto de hecho del artículo 84, párrafo segundo, ET. La previsión de este precepto es de derecho necesario y, por lo tanto, el convenio sectorial de ámbito superior no puede impedir que el posterior de ámbito inferior regule materias no comprendidas entre las listadas en el párrafo tercero de igual artículo. Ese convenio de ámbito superior, como es el caso de un convenio estatal, no puede hacer nada para evitar la apuntada concurrencia que consiente la norma estatal. Lo recuerda, en

casación para la unificación de doctrina y en relación con la discusión sobre si prevalece o no el convenio estatal de «empresas consultoras de planificación, organización y contable» sobre un convenio provincial de «oficinas y despachos», la **STS de 16 de febrero de 2010,** IL J 244:

> «El citado párrafo segundo del artículo 84 ET concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que nos sean las que se exponen en el párrafo tercero de este artículo 84. Siendo claro que el mandato establecido en la referida disposición "no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren los ámbitos territorial y funcional". La redacción y expresiones de este párrafo segundo del artículo 84, sobre todo las frases "en todo caso" y "a pesar de lo establecido en el artículo anterior", dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del artículo 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales.
>
> Aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala procede la desestimación del recurso formulado, ya que el convenio colectivo de oficinas y despachos de Vizcaya es posterior al convenio estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable, es de ámbito inferior al mismo, pero superior al de empresa, por lo que ha de ser aplicado».

Siguiendo el criterio expuesto, la **SAN de 12 de febrero de 2010,** IL J 279, procede a declarar la nulidad de la cláusula 4.2 del convenio estatal de grandes almacenes, suscrito en 2009, por reservar al ámbito estatal la negociación sobre materias (aspectos generales de la promoción profesional y régimen de ascensos, estructura salarial, salarios base sectoriales y su incremento, jornada máxima y su regulación básica, formación profesional, régimen de la representación colectiva) que exceden, claramente, de las que establece el párrafo tercero del artículo 84 ET. Semejante reserva «conlleva una vulneración de los principios esenciales de la negociación colectiva».

5. IMPUGNACIÓN «DIRECTA» DEL CONVENIO COLECTIVO

Ámbito de la modalidad procesal regulada en los artículos 161 y siguientes de la LPL. Dicha modalidad procesal es la adecuada para la impugnación de los convenios colectivos «extraestatutarios»; en este sentido, con cita de otras sentencias anteriores de la misma Sala, **STS de 26 de enero de 2010,** IL J 25, en casación para la unificación de doctrina:

> «1. Lo expuesto en relación con la sentencia de contraste dictada por esta Sala apunta ya a la estimación del recurso. En efecto no sólo en dicha sentencia sino también en otras que forman ya un cuerpo de doctrina la Sala ha señalado que la modalidad procesal de impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, a la que hace referencia el Capítulo IX —artículos 161 a 164— de la Ley de Procedimiento Laboral, se extiende también a los convenios colectivos extraestatutarios, pactos colectivos y acuerdos de empresa.

2. En este sentido, la Sentencia de 29 de enero de 2004 (recurso de casación 8/2003), en su fundamento jurídico tercero, razonaba que:

"El motivo no puede prosperar porque con independencia de la naturaleza jurídica que realmente tengan los acuerdos de referencia, lo que no es aceptable es que el proceso de impugnación regulado en los artículos 161 y siguientes esté reservado para la impugnación de los convenios colectivos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, puesto que el artículo 163.1 de la propia LPL, situado dentro de la regulación de esta modalidad procesal prevé la posibilidad de utilizarlo por los legitimados para ello 'para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia' y, por lo tanto, también para impugnar los demás acuerdos colectivos como convenios extraestatutarios o pactos de empresa del estilo del aquí impugnado; constituyendo esta posibilidad doctrina de esta Sala apreciable en numerosas sentencias de las que pueden señalarse, entre otras las SSTS de 16 de mayo de 2002 (recurso 1191/2001) y 18 de febrero de 2003 (recurso 1/2002) por citar sólo algunas de las más recientes".

3. La Sentencia de esta Sala de fecha 12 de diciembre de 2007 (recurso 148/2005), en la que se apoya la fundamentación de la sentencia recurrida, no es aplicable al presente caso, en cuanto que, con cita de la de 4 de diciembre de 2000 (recurso 3867/1999) hacía referencia a supuesto de impugnación de pacto o convenio extraestatutario por la autoridad laboral, negando que tuviera acción para impugnarlo puesto que el artículo l61 de la Ley de Procedimiento Laboral sólo se la atribuye para depurar los convenios colectivos estatutarios. Lo cierto es, en cualquier caso, que dicha sentencia no ha supuesto ningún cambio en la doctrina de esta Sala, como lo pone de manifiesto la Sentencia más reciente de 2 de enero de 2009 (recurso de casación 95/2007), cuando en el apartado primero de su fundamento jurídico tercero señala que:

"la modalidad procesal de impugnación de convenios [artículos 161 a 164 LPL] se extiende tanto a los convenios colectivos —estatutarios y extraestatutarios— como a los acuerdos colectivos pactos de empresa (SSTS de 16 de mayo de 2001 —recurso 1191/2001—; 18 de febrero de 2003 —recurso 1/2002—; 29 de enero de 2004 —recurso 8/2003—; y 14 de octubre de 2008 —recurso l29/2007—), porque la remisión que los artículos 161.3 y 163.1 LPL hacen al proceso de conflicto colectivo lo es exclusivamente a efectos de la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la singularidad de la modalidad procesal en sí misma con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia (SSTS de 10 de mayo de 1995 —recurso 994/1993—; 12 de febrero de 1996 —rec. 3489/1993—; y 25 de marzo de 1997 —rec. 1749/1996—)"».

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. Confirma la corrección del criterio expuesto, en casación para la unificación de doctrina y reproduciendo el razonamiento hecho en la sentencia de 19 de febrero de 2010 (recurso 1734/2009), la **STS de 15 de marzo de 2010,** IL J 580:

> «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 (*sic*) es una de las denominadas por la doctrina procesalista «declarativas negativas», y sus efectos son los que se contemplan en el artículo 6.3 del Código Civil, siéndoles aplicable el aforismo *quod nullum est, nullum producit efectum,* 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 artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio —reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa—, pero nunca los actos de gestión empresarial, para los que el efecto *ex tunc* de la declaración de nulidad únicamente podrá verse afectado por la prescripción o por la caducidad».

6. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO POR LOS TRIBUNALES LABORALES

Criterios de interpretación. La interpretación del convenio colectivo ha de atender tanto a las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos, así como, dentro de estas últimas, a la prioridad de las reglas de interpretación «subjetiva» sobre las de interpretación «objetiva», a las que habrá que estar «cuando no sea posible averiguar la intención común [de las partes] o ésta no se haya producido verdaderamente». Cuando las palabras empleadas son claras y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes se estará a su sentido literal (**SSTSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 2009 y 21 de enero de 2010,** IL J 332 y 585).

General primacía de la interpretación llevada a cabo por el juzgador *a quo*. Insisten en ello, con cita de un abundante número de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, las sentencias **TSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 2009,** IL J 332, **y 21 de enero de 2010,** IL J 585. El criterio de aquél debe prevalecer, por más objetivo, sobre el del recurrente, salvo que no sea racional ni lógico, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. La apuntada primacía se explica por el hecho de haberse desarrollado ante órgano de instancia «la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes».

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) Indemnización por daños y perjuicios.**
   - **C) Enfermedad profesional.**
9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES.
10. ASISTENCIA SANITARIA.
11. INCAPACIDAD TEMPORAL.
12. MATERNIDAD.
13. REGÍMENES ESPECIALES.
    - **A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.**
14. INFRACCIONES Y SANCIONES.
15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL.

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

Cómputo de período de carencia de la pensión del SOVI. Aplicación de la Disposición Adicional 44.ª de la LGSS según redacción de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. El Tribunal Supremo en las **SSTS de 18 de febrero de 2010 y de 2 de marzo de 2010,** IL J 235 y 249, respectivamente, aplica la doctrina prevista en los dos pronunciamientos del Tribunal Supremo con fecha de 21 de diciembre de 2009. En ellas se considera aplicable a las pensiones del SOVI lo previsto en la Disposición Adicional 44.ª de la LGSS en la redacción dada por la Ley Orgánica de Igualdad por la cual se reconoce a «cualquier régimen de Seguridad Social» como cotizados 112 días por cada parto de un solo hijo. El Tribunal Supremo repasa toda su anterior jurisprudencia en la que reitera el carácter residual del SOVI y la no aplicación a este régimen de carácter transitorio las normas que regulan el otorgamiento de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. No obstante la doctrina anterior, entiende que la Disposición Adicional 44.ª de la LGSS debe ser aplicada también al régimen del SOVI. Sólo dicha interpretación resulta conforme con el derecho a la no discriminación e igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, tal como señala el artículo 4 de la Ley Orgánica de Igualdad.

El Tribunal Supremo realiza una interpretación no restrictiva de la norma y acorde con la normativa de igualdad según la cual «el beneficio otorgado por la Disposición Adicional 44.ª LGSS ha de ser aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por no haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección del futuro. La Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es en este sentido una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas del SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres...».

El Tribunal Supremo concluye, pues, a favor de integrar este beneficio de cotización ficticia por razón de maternidad a las mujeres que soliciten las pensiones previstas en el SOVI.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

Entra dentro también de la contingencia profesional las lesiones de rodilla sufridas por un enfermero en un hospital, ya que estamos ante una patología profesional al haberse caído por hallarse el suelo mojado (**STS de 23 de febrero de 2010,** IL J 242).

También para la **STSJ de Extremadura de 14 de diciembre de 2009,** IL J 293, en la que se produce el suicidio de un trabajador derivado de estrés laboral, sí se produce un accidente laboral.

La **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009,** IL J 94, analiza un supuesto de accidente de trabajo por ictus cerebral, en el que se recuerda que el término «lesión» también incluye las enfermedades de súbita aparición.

En un supuesto en el que se analiza la existencia o no de accidente *in itinere* debida a un ictus padecido por la trabajadora tras visitar a un cliente, la **STSJ de Murcia de 25 de enero de 2010,** IL J 522, llega a la conclusión de su inexistencia, en virtud de que la trabajadora sufrió el accidente de tráfico por un ictus que le hizo chocar contra un vehículo aparcado.

Respecto al estrés manifestado por el trabajador, que había alegado venir motivado por desavenencias con el empresario en relación a su derecho al descanso para tomar el bocadillo, la **STSJ del País Vasco de 24 de noviembre de 2009,** IL J 595, señala que no se ha acreditado lesión de carácter psíquico, por lo que no se trata de una enfermedad contraída con motivo de la realización de un trabajo.

B) Indemnización por daños y perjuicios

La **STS de 14 de diciembre de 2009,** IL J 95, recuerda la doctrina de la determinación del importe indemnizatorio por lucro cesante y daños morales, según la cual la Sala entiende que la indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo correspondiente al período en que el trabajador accidentado ha estado en situación de incapacidad temporal, cuando se insta su fijación analógica de acuerdo con el baremo establecido reglamentariamente para los accidentes de circulación debe fijarse: a) como lucro cesante, a través de la cuantía equivalente al 100% del salario dejado de percibir en ese período; b) la indemnización resarcitoria de los daños morales sufridos. *Vid.,* asimismo, la **STS de 15 de diciembre de 2009,** IL J 96.

Para la **STS de 26 de enero de 2010,** IL J 218, la viuda del trabajador fallecido a causa de enfermedad profesional es acreedora de la indemnización por accidente de trabajo derivada de accidente de trabajo. La sentencia concluye que sí, dado que se reflejan importantes deficiencias que revelan que la empresa conocía la peligrosidad del producto manipulado por el trabajador, ante lo que no se adoptaron las medidas de prevención exigibles.

La **STSJ de Galicia de 4 de diciembre de 2009,** IL J 312, aplica el artículo 28.8 de la Ley de Contrato de Seguro, según la cual «no habrá indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable», por lo que llega a la

conclusión que, al aplicar la doctrina expuesta, no pueden imponerse los intereses de los que se trata.

La doctrina contenida en la **STSJ de Valencia de 17 de noviembre de 2009**, IL J 376, recuerda que la fecha que ha de tomarse como referente a la hora del cálculo de la cuantía de la indemnización es la del accidente —prevista en el Convenio Colectivo aplicable—, y no la fecha de la declaración del grado de incapacidad.

C) Enfermedad profesional

En la **STSJ de Galicia de 27 de enero de 2010,** IL J 391, se analiza un supuesto en el que el Tribunal destaca que el mecanismo leional del accidente —torsión o elongación de la muñeca derecha— puede ser debido a enfermedad profesional, ya que la trabajadora —carnicera de profesión— atendía a una prensa de embutidos que debía cargar con las dos manos cada 20 minutos. Ello implica gestos repetitivos con la muñeca, que puede dar lugar al síndrome del canal carpiano. En relación al trabajo de albañil, en un supuesto parecido, *vid.* la **STSJ de Asturias de 15 de enero de 2010,** IL J 408, en la que se analiza un supuesto de osteofito subacromial bilateral que ha ido erosionando el tendón.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La concurrencia de culpas entre empresario y trabajador no exonera automáticamente la responsabilidad del empresario, ya que han de ponderarse las responsabilidades concurrentes. En el caso analizado, la culpa de la víctima del accidente no rompe el nexo causal que proviene del agente externo —los incumplimientos de la empresa—, ya que se han producido importantes omisiones en materia de prevención de riesgos laborales (**STS de 20 de enero de 2009,** IL J 42).

Según la **STS de 18 de enero de 2010,** IL J 45, en relación al plazo de prescripción para declarar la responsabilidad solidaria de empresas en el recargo de prestaciones, es el plazo contenido en el artículo 43 de la LGSS. Debe tenerse en cuenta que se parte del carácter prestacional del recargo *ex* artículo 123 de la LGSS de las prestaciones económicas de Seguridad Social por haber tenido causa el accidente de trabajo en la infracción de medidas de seguridad.

Sobre la responsabilidad por recargo en el supuesto de falta de medidas de seguridad en el contrato de obra y servicios, según la **STS de 18 de enero de 2010,** IL J 53, no responde solidariamente el empresario principal, ya que las obras no se desarrollaban en su centro de trabajo ni los trabajos encomendados al contratista eran de su propia actividad. *Vid,* asimismo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de noviembre de 2009,** IL J 200.

Para la **STS de 16 de diciembre de 2009,** IL J 17, en la que se plantea un supuesto de responsabilidad empresarial por descubierto en el pago de cotizaciones (25 meses) y posterior pago voluntario, el Tribunal Supremo concluye que no sólo hay que atender a la duración del incumplimiento, sino primordialmente en proporción al período de aseguramiento y a su relación de inmediatez temporal con el accidente, siendo así que los únicos

descubiertos a tener en cuenta son los accidentes, pues la responsabilidad empresarial sólo puede estimarse derivada de la actuación empresarial previa a la producción del accidente, y no de cualquier actuación posterior.

La **STSJ de Castilla y León de 3 de diciembre de 2009**, IL J 327, determina relación de causalidad entre la inexistencia de medidas de seguridad adecuadas y el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, por lo que existe responsabilidad y, por tanto, recargo del empresario establecida en el artículo 123 del TRLGSS. El TSJ observa que existe omisión antijurídica del empresario, pues incumplió la normativa de prevención de riesgos laborales de evitar riesgos en el trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud del trabajador. En este caso, el trabajador no había obtenido información suficiente sobre los riesgos concretos de su puesto de trabajo y, además, unas paletas de baldosas se colocaban de manera deficiente, siguiendo el trabajador para ello las órdenes y previsiones de la propia empresa. Dice la sentencia que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, y que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que éstas fueran. Esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. La concurrencia de la culpa de la víctima sólo puede evitar la imposición del recargo cuando sea de tal entidad y magnitud que se superponga sobre todas las demás causas eventuales del accidente, y las anule, de manera que el curso causal entre estos otros acontecimientos y conductas y el resultado dañoso no sea interrumpido, imponiéndose como una causa un acto totalmente temerario de la víctima.

De forma similar, la **STSJ de Castilla y León de 10 de marzo de 2010**, IL J 601, confirma el fallo de instancia pues consta en los hechos probados que, al no haberse adoptado todas las medidas de protección necesarias y exigibles, la responsabilidad recae únicamente en la empresa, por lo que se entiende justificado el recargo de impuesto. La sentencia recuerda que lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial no radica en analizar si el trabajador accidentado ha contribuido a la producción del resultado dañoso con una actuación imprudente, sino que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o aminorado. En el caso concreto, la protección era insuficiente al no abarcar la plataforma de trabajo la totalidad de la fachada del edificio y la limpieza debía hacerse de toda ella. Y aunque en el momento de accidente el trabajador no hacía uso del cinturón de seguridad, la responsabilidad de la empresa es tanto de facilitar medio de protección individual como comprobar que se utilice efectiva y correctamente.

Igualmente, la **STSJ de Extremadura de 28 de enero de 2010**, IL J 389, confirma la sentencia de instancia en base a 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.

La recurrente denuncia infracción del artículo 123 de la LGSS, de la jurisprudencia que cita en relación a los artículos 14.2, 4.2 y 19.1 de la Ley de Prevención de Riesgos de Laborales, y el Convenio 155 de la OIT, pues afirma que el resultado dañoso se debió a la sola y exclusiva actuación negligente del trabajador, lo que excluye la imposición del

recargo a la prestación de la Seguridad Social. El TSJ desestima el motivo ya que la visión del recurrente sobre los hechos y la aplicación del derecho sustantivo al supuesto examinado no coinciden con la resultancia fáctica: aunque en singulares ocasiones, expone el Tribunal, la conducta del trabajador accidentado puede determinar no sólo la graduación de la responsabilidad del empleado sino también su exoneración, en el caso examinado la conducta de éste no reúne el carácter temerario, que de concurrir afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo y, por lo tanto, al recargo de prestaciones.

Sin embargo, la **STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2010**, IL J 491, observa responsabilidad compartida entre la empresa y el trabajador en orden al accidente de trabajo que sufrió el trabajador con la consecuencia de la amputación del pie derecho. De los autos se extrae que la empresa omitió sus obligaciones de prevención de riesgos laborales, pero este comportamiento resulta atenuado por la conducta imputable al trabajador lesionado ya que «circunstancias como el implícito riesgo de la máquina cortadora, de presencia ordinaria en el ámbito productivo de que se trata, su antigüedad en la empresa o su condición subjetiva laboral (operador de línea-atado-báscula), debieron disuadirle de escoger la vía de regreso que utilizó para incorporarse a su actividad profesional, pues lo hizo —al parecer, como era habitual— desde un área no protegida —hueca con indudable riesgo de caída— para alcanzar una de las zonas de paso paralela y con barandilla, en lugar de acceder directamente por una de éstas». Por ello, tanto empresa como trabajador, éste por falta de diligencia en relación con los deberes que le incumben respecto de las normas de seguridad, resultan deudores del deber de seguridad previsto en la normativa legal y que determina la imposición del 30% en el recargo que tipifica el artículo 123 de la LGSS.

La **STSJ de Madrid de 19 de noviembre 2009**, IL J 337, condena solidariamente a Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIA S.A.) y Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., al abono de indemnización habiéndose calculado la cantidad por lucro cesante mediante la deducción del subsidio recibido por la recurrente durante el tiempo de incapacidad temporal, según el criterio de compensación sobre conceptos homogéneos.

El TSJ no comparte el criterio del Juez de la sentencia de instancia acerca de la suficiencia de las medidas existentes pues van más dirigidas a la constatación y denuncia del hecho o a la protección de la recaudación de la empresa, no habiendo en la empresa una política de prevención propiamente dicha del concreto riesgo. Por esa razón, el Tribunal ve responsabilidad del empresario. Para el cálculo de la indemnización, el TSJ se refiere a la STS de 22 de septiembre de 2008 sobre que el daño debe ser reparado en sus distintos aspectos y, por tanto, si todos ellos «deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real». Así, el Tribunal dice en aquella sentencia que «como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante». De esta forma, el TSJ de Madrid calcula la cantidad total de indemnización (38.300 euros), sumando a la indemnización por secuelas físicas y por perjuicio estético, la cantidad por lucro cesante habiéndole restado el subsidio recibido por los días de incapacidad temporal, y a todo ello aplica el factor de corrección de 10%.

La **STSJ de Extremadura de 28 de enero de 2010**, IL J 387, considera ajustada a derecho la resolución del INSS por obra de la cual se condena solidariamente a la empresa recurrente y a la contratista al recargo del 40% a favor del trabajador accidentado en las prestaciones de la Seguridad Social. El TSJ desestima el motivo sobre la nulidad de la resolución del INSS sustentada en la omisión del traslado del dictamen del equipo de valoración con carácter previo al dictado de la resolución para que la recurrente hubiera podido presentar alegaciones y prueba. El Tribunal señala que no constan los hechos que la sustentan y que, citando la Sentencia del TS de 11 de diciembre de 2008, «la omisión del trámite de audiencia en vía administrativa no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento (...), ni genera lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en supuestos como el presente, en los que la empresa ha podido alegar y defender sus intereses en el proceso judicial subsiguiente».

El Tribunal no entra a valorar la responsabilidad del trabajador ya que como hecho probado, y como única causa del accidente, que aparece en los autos es la declarada por la resolución del INSS basada en la carencia de los mínimos elementos de seguridad de la barandilla de la terraza desde la que se precipitó el trabajador.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

Respecto al pago de las contingencias derivadas de una situación de incapacidad temporal iniciada antes del cese del convenio de colaboración voluntaria entre la empresa y el INSS, la **STS de 20 de enero de 2010**, IL J 54, en recurso de casación para la unificación de doctrina, declara que del pago de las prestaciones por IT iniciadas antes del cese del convenio es responsable principal la empresa autoaseguradora y responsable subsidiario el INSS.

La **STSJ de La Rioja de 17 de diciembre de 2009,** IL J 334 entiende aplicable el artículo 115.2.f) de la LGSS relativo a la consideración de accidente de trabajo a las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva de accidente, respecto a un supuesto de IT que surge en una situación de *conflictividad laboral*, no calificable de acoso laboral, existente en el trabajo por divergencias de la trabajadora con algunos de sus compañeros de trabajo sobre todo en cuanto al modo de realizar el trabajo por actitudes que la trabajadora consideraba pasivas o de inhibición y que le dificultaban el desempeño de su actividad laboral. La aplicación al supuesto del artículo 115.2.f) de la LGSS vienen dada por la situación de conflictividad en el trabajo como circunstancia que justifica la agravación de la enfermedad psíquica diagnosticada a la trabajadora, ocasionando la incapacidad temporal para el desempeño del trabajo sin que haya constancia de la incidencia de otra causa.

En la **STS de 8 de febrero de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1728/2009), IL J 346, en línea con la doctrina ya mantenida por la misma Sala (STS de 24

de junio de 2009, recurso 1542/2008) y en base a los mismos argumentados manifestados en ella, entiende que el trabajador tiene derecho a disfrutar las vacaciones en un período diferente al concedido, cuando dicho período de vacaciones coincide con una situación de incapacidad temporal comenzada antes su inicio.

La **STSJ de Extremadura de 2 de febrero de 2010,** IL J 509, aborda un supuesto en el que lo debatido es la reclamación del abono de las prestación de incapacidad temporal por el período durante el que el trabajador permaneció de baja para el trabajo a causa de enfermedad común (agudización cuadro ansioso depresivo) y que le fueron denegadas por entender la Mutua responsable que dicho trabajador había actuado fraudulentamente para obtener la prestación. A diferencia del criterio mantenido en instancia, la Sala, a la luz de los hechos probados, considera que no consta que la contratación del demandante fuera una ficción porque no existiera prestación de servicios, ni, por tanto, que se hubiera producido con la única finalidad de acceder a las prestaciones que se le deniegan, impidiendo ello considerar la existencia de una situación fraudulenta determinante de la pérdida o suspensión del derecho al subsidio conforme a lo prevenido en el artículo 132.1.a) de la LGSS.

A idéntica conclusión llega la **STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2001,** IL J 547, respecto al caso de una trabajadora que tras desarrollar con normalidad su actividad como peón de obras públicas, sufre un proceso de incapacidad temporal (lumbalgia crónica por hernia y protrusiones discales en tratamiento), siendo denegadas por la Mutua las prestaciones derivadas de dicha situación por considerarla como una enfermedad preexistente a la relación laboral, circunstancia esta que en opinión de la Mutua supondría una actuación fraudulenta de la beneficiaria con el fin de obtener la prestación.

12. MATERNIDAD

La **STS de 16 de diciembre de 2009,** IL J 16, afirma que, para la obtención de las prestaciones por maternidad no rige el principio de automaticidad de las prestaciones y tendrá que solicitarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.1 LGSS.

Según la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2009,** IL J 189, durante el período de prueba no se pide a la empresario ninguna justificación, por tanto, sólo cuando la mujer hubiera alegado discriminación o violación de derechos fundamentales y aporte indicios, como puede ser el conocimiento de la empresa del embarazo de la trabajadora, se puede entrar a analizar la causa última de la extinción.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2010,** IL J 495, se plantea un caso de posible agravación de las dolencias que dieron lugar al reconocimiento de una incapacidad permanente por lo que la persona interesada solicita se revise el grado de incapacidad para pasar a percibir una Incapacidad Permanente Absoluta. La sentencia deniega la pre-

tensión de la pensionista como se adivina desde las primeras líneas de la sentencia, cuando se advierte que la accionante no dispone más que de sus preferencias sobre los informes médicos por ella aportados sobre otros para solicitar la modificación de los hechos que se declaran probados. El interés de la sentencia que aquí se reseña es que en ésta se contiene una indicación de la jurisprudencia actualizada acerca de dos temas: *a)* requisitos para revisar los hechos declarados probados por el juzgador de instancia, como, por ejemplo, «que tales documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables», y *b)* en especial la segunda consideración importante es la de que es preciso «que se produzca un sustantivo y palmario empeoramiento del cuadro patológico que aqueje al trabajador o una decisiva agravación de las iniciales dolencias ... que las mismas sean en la actualidad de una entidad tal que provoquen una efectiva minoración de la residual capacidad laboral del trabajador afectado».

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

En la **STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2010,** IL J 290, se dirime la cuestión si la jurisdicción social es la jurisdicción competente para conocer de la acción indemnizatoria por las fatales consecuencias del accidente de trabajo. La sentencia concluye afirmativamente, ya que el título por el que se atribuye la culpa no modifica el origen del siniestro, que es el que determina la atracción a la jurisdicción laboral de la cuestión litigiosa.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ
IGNASI AREAL CALAMA
CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA
JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ
NURIA PUMAR BELTRÁN
SERGIO CANALDA CRIADO
EUSEBI COLÁS NEILA

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

SUMARIO(*)

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

1. 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.

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

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 1 a 4 de 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. DESEMPLEO

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

En la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de noviembre de 2009,** IL J 86, los hechos enjuiciados son los siguientes:

— La recurrente solicitó un subsidio de desempleo para mayores de 52 años siéndole éste denegado por el INEM por entender que superaba el umbral de rentas del 75% del SMI.
— Frente a dicha denegación, la solicitante presentó reclamación administrativa previa, siendo igualmente desestimada.
— La situación de desempleo de la recurrente tiene su origen en un ERE, como consecuencia del cual firmó un contrato de desvinculación incentivada por el que percibía una renta fija de 2856,22 euros al mes, hasta el mes anterior a que cumpla 61 años.

La recurrente basa su reclamación en lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 45/2002, la cual establece:

> «Indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo.
>
> 1. A efectos del reconocimiento de los subsidios por desempleo y no obstante lo establecido en el artículo 215.3.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se computarán como renta ni el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo derivada de expediente de regulación de empleo autorizado mediante resolución de la autoridad laboral, ni las prestaciones públicas, consecuencia de dicho expediente, cuyo objeto sea reponer la parte de prestación por desempleo contributiva que el trabajador tuviera consumida a la fecha de extinción de su contrato o contribuir a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social o atender situaciones de urgencia y necesidad sociolaboral que permitan facilitar los procesos de reestructuración de empresas que pudieran conllevar el cese total o parcial de las mismas o contribuyan al mantenimiento del empleo, siempre que el expediente se hubiera iniciado con anterioridad al 26 de mayo de 2002, y dicho expediente fuera la causa de acceso a la prestación por desempleo contributiva cuyo agotamiento permite el acceso al subsidio.
>
> Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente de aplicación cuando el expediente, aun iniciado con posterioridad al 26 de mayo de 2002, traiga causa de planes en sectores en reestructuración en el ámbito de la Unión Europea aprobados antes de dicha fecha.
>
> También se aplicarán dichas reglas en los supuestos en que las prestaciones o subsidios que procedan por la extinción de los contratos de trabajo a que se refieren los párrafos anteriores se suspendan o se extingan por realizar el beneficiario un trabajo de duración inferior a la establecida en el artículo 212.1.d), o igual o superior a la establecida en el artículo 213.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuando en este último caso se opte por la reapertura del derecho inicial.
>
> 2. Lo establecido en el apartado anterior será asimismo aplicable cuando, tratándose de expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 26 de mayo de 2002, los trabajadores afectados hubieran percibido prestaciones por desempleo como consecuencia de expedientes de suspensión de contratos por la misma causa iniciados en los veinticuatro meses anteriores a dicha fecha».

El Tribunal entiende que la citada Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 45/2002, no es aplicable, pues el expediente de regulación de empleo se tramitó con posterioridad al 26 de mayo de 2002, además incluso considerando las rentas del trabajador como parte de una indemnización por extinción del contrato pagada a plazos, superaría el límite legal establecido para la concesión del subsidio por desempleo.

Por último, tampoco el sector de telecomunicaciones al que pertenecía la recurrente forma parte de un sector en reestructuración «en el ámbito de la Unión Europea» ni comporta por sí misma la existencia de un plan de reestructuración de una empresa determinada, por lo que no se puede incluir el ERE.

Éstos son los motivos que llevan al Tribunal a desestimar el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia recurrida, la cual es confirmada.

El Tribunal Supremo en **STS de 15 de enero de 2010,** IL J 115, resuelve en unificación de doctrina acerca del derecho a obtener el subsidio por desempleo para mayores de

52 años, por aplicación de la técnica del «paréntesis», de un trabajador, que reuniendo la carencia genérica, presenta en el período de dos años computable exigido para la específica, un lapso de tiempo significativo durante el que no cotizó ni estuvo inscrito como demandante de empleo.

Los criterios jurisprudenciales para la aplicación de la «doctrina del paréntesis», no son aplicables al caso puesto que en la vida laboral y de ausencia de trabajo del demandante no cabe apreciar continuidad de voluntad de permanencia en el mundo laboral.

La ausencia de dicha voluntad impide retrotraer el momento del cómputo de los dos años de carencia específica al último tiempo en que existió la obligación de cotizar, por lo que procede la estimación del recurso planteado por el Servicio Público de Empleo Estatal.

d') Otros subsidios especiales

La **STS de 3 de marzo de 2010,** IL J 358, resuelve, en unificación de doctrina, el recurso planteado por el Servicio Público de Empleo Estatal, frente a la STSJ de Galicia de 6 de abril de 2009, que estimó el recurso de suplicación de la demandante inicial y declaró su derecho a percibir prestación por desempleo, consistente en su inserción en el programa de Renta Activa de Inserción para mayores de 45 años.

La denegación de la prestación en vía administrativa obedecía al argumento de que la demandante estuviera realizando un trabajo y, por ello, no reunía la condición de desempleada.

Para la Sala de Suplicación, los ingresos de la solicitante por el trabajo que realizaba, concretamente 83,74 euros al mes, muy inferiores al 75% del SMI, hacía a la demandante merecedora de su acceso al programa de renta activa de inserción, aunque no fuera desempleada por hallarse prestando servicios mediante contrato de trabajo a tiempo parcial.

Atendiendo al espíritu y finalidad de la Renta Activa de Inserción, el Tribunal Supremo concluye que si bien la trabajadora no es desempleada en sentido estricto, el salario percibido por la actora, en relación con el importe de la ayuda que solicitaba, la sitúa en una posición mucho más cercana de quien nada percibe que de aquellos que tienen cubiertas las necesidades de integración profesional y social y, por ende, están fuera del marco de protección de esta modalidad de prestación.

En definitiva, la condición de desempleado involuntario ha de predicarse también en estas situaciones en donde el único empleo al que tiene acceso la persona solicitante implica una ocupación que ni interrumpiría su condición de demandante de empleo, ni le hace perceptor de rentas superiores a las señaladas en la norma reglamentaria por la que se regula la prestación.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

Jubilación forzosa y objetivos de política de empleo

De nuevo sobre la jubilación forzosa, la **STS, u.d., de 14 de octubre de 2009,** IL J 1650, se pronuncia sobre la determinación de si el artículo 59 del II Convenio Colectivo único

para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE de 14 de octubre de 2006) cumple la exigencia de la justificación que establece el apartado a) de la Disposición Adicional 10.ª del ET. El Tribunal Supremo reitera la doctrina ya establecida en relación con el artículo 61 del I Convenio Colectivo único, en sus Sentencias de 22 de diciembre de 2002, que establecen, en síntesis, que para la validez de las medidas de jubilación forzosa previstas en la negociación colectiva es necesario que: 1.º) se cumplan de forma efectiva los objetivos de política de empleo que establece la Disposición Adicional 10.ª del ET, sin que baste una mera remisión a estos objetivos, sin determinar las medidas concretas que los aplican e instrumentan; y 2.º) las medidas han de adoptarse en el marco de la negociación colectiva e incorporarse al propio convenio colectivo que apruebe la jubilación forzosa, lo que supone un enlace directo entre ambas; enlace que normalmente no puede producirse en el ámbito de las Administraciones Públicas, sometidas al principio de legalidad y de jerarquía, por lo que, al estar vinculadas por las normas presupuestarias y por la oferta pública de empleo, difícilmente pueden negociar en un convenio colectivo las medidas previstas en el apartado a) de la Disposición Adicional 10.ª del ET.

e) Jubilaciones anticipadas

Prejubilación: Empresas de la Industria de la minería del carbón

Cuestión que ha sido objeto de numerosos recursos de casación para la unificación de doctrina es la determinación de la forma en que hayan de operar los topes y garantías previstos en el párrafo 4.º del artículo 9 del RD 808/2006 en el caso de un trabajador prejubilado en el marco de las ayudas establecidas en esa norma para las empresas de la industria de la minería del carbón, y con cargo al Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras. Al respecto, la **STS, u.d., de 21 de septiembre de 2009,** IL J 1574, declara que el artículo 9.4 del RD contiene una cláusula de cierre final, que como tal afecta a todos los párrafos anteriores, en la que se especifica que la cantidad bruta garantizada no podrá desviarse en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración. Lo que supone que una vez fijada la cantidad inicial con arreglo al primer párrafo, se habrán de aplicar no obstante el segundo párrafo y el límite antes dicho. En definitiva, ello comporta que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máxima y/o de la media de las bases normalizadas, conforme al primer párrafo del citado artículo 9.4.º, resultara que así calculada excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el trabajador, entran en juego los topes del párrafo segundo del artículo 9.4.º y debería reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior debería incrementarse. Igual pronunciamiento se contiene en las **STS, u.d., de 14 de octubre de 2009,** IL J 1590; **17 de diciembre de 2009,** IL J 2039, y **17 de diciembre de 2009,** IL J 2028.

Prejubilación voluntaria: no procede la mejora prevista en la Ley 40/2007.

Diversas sentencias se han pronunciado sobre la aplicación de la mejora de la pensión de jubilación establecida en la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en supuestos de jubilación voluntaria

establecida como consecuencia de un acuerdo de prejubilación. Así, la **STSJ de Madrid de 30 de junio de 2009,** IL J 1984, declara, en el caso concreto, que el cese en la empresa del trabajador no es por jubilación sino por prejubilación a solicitud del propio trabajador tres años antes de que cumpliese la edad de 60 años, por lo que no se está en ninguno de los supuestos contemplados en la citada Disposición Adicional 4.ª de la Ley 40/2007. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 9 de junio de 2009,** IL J 2001, que considera igualmente que cuando el demandante pasó a la situación de prejubilación, por acuerdo entre la empresa y el trabajador, extinguió voluntariamente su contrato de trabajo, por lo que no concurren los requisitos exigidos en la disposición adicional 4.ª de la Ley 40/2007. También en el mismo sentido, **STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2009,** IL J 2010; **STS de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 11 de noviembre de 2009,** IL J 1906.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

Premio de prejubilación: naturaleza de mejora voluntaria de Seguridad Social

La cuestión planteada en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de noviembre de 2009,** IL J 2097, es la determinación de la naturaleza salarial o de mejora voluntaria de un premio de prejubilación previsto en el III Convenio Colectivo de las empresas Internacional de Composites, S.A. y Aeronáutica y Automoción, S.A., para los años 2004-2008. De esta cuestión deriva igualmente el plazo de prescripción que deba ser aplicable.

En la citada Sentencia se declara, después de analizado el convenio, que el llamado premio de jubilación no viene configurado como una partida salarial más, sino que, como se deduce de su regulación, dicho premio se devenga por la permanencia del trabajador en la empresa durante determinado tiempo. Su propia ubicación en el convenio se hace en el capítulo dedicado a las «Prestaciones sociales». Según la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, es claro que las fuentes fundamentales reguladoras de tales mejoras, además de los preceptos de la LGSS y disposiciones reglamentarias que los desarrollan, son los pactos o reglas que los hayan creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato unilateral o decisión unilateral del empresario; y a ello se ha de acudir para conocer la estructura y caracteres de una mejora prestacional concreta. Y en relación con el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones encaminadas a reclamar mejoras voluntarias de Seguridad Social, el Tribunal Supremo declara que son materia de seguridad social complementaria, por lo que el plazo de prescripción es el de cinco años fijado en el artículo 43.1 de la LGSS.

Mejora por jubilación prevista en convenio

Aplicando la doctrina unificada, la **STS, u.d., de 21 de septiembre de 2009,** IL J 1867, declara, en relación con el Convenio de la Banca Privada, que en la fecha en que se produjo el cese del actor, el fondo interno constituido para garantizar los derechos, las mejoras previstas en el convenio y garantizadas mediante póliza de seguros, no eran en absoluto un fondo de pensiones ni existían derechos consolidados de clase alguna que fueran reconocibles como tales, sino una mera expectativa de derecho a obtener una mejora, un complemento

de la pensión de jubilación para el caso de que la contingencia se produjese estando viva la relación de trabajo.

b) Planes de pensiones

Externalización de compromisos por pensiones

La cuestión litigiosa planteada en la **STS de 22 de septiembre de 2009,** IL J 1578, se centra en determinar si se ha llevado a cabo la exteriorización o externalización de los compromisos por pensiones de los trabajadores de conformidad con las previsiones convencionales contenidas en el II Convenio Colectivo del Grupo Unión Fenosa, para sustentar en definitiva el derecho al resarcimiento que se postula. La Sentencia declara que las empresas del citado Grupo han exteriorizado los compromisos por pensiones ajustándose a la normativa convencional y la reguladora de estos supuestos, prima inicial y primas de regularización, articulando dos pólizas suscritas con Banco Vitalicio, en función de que el trabajador se jubile voluntariamente, decisión voluntaria, y de la edad en que se produzca la jubilación dentro de la franja de 60 a 64 años, de lo que depende la aportación adicional de la empresa, procedimiento que encaja en los habituales del mercado y que cumple con la finalidad protectora de los derechos de los trabajadores. Por otra parte, declara la sentencia que no hay lugar a declarar el derecho al resarcimiento postulado puesto que se ha producido un cambio legislativo (Ley 35/2006, de 28 de noviembre, sobre el IRPF), que incide sobre los derechos de Seguridad Social, concretamente en materia de mejoras.

Movilización de derechos consolidados

Sobre la naturaleza de la facultad de movilización de derechos consolidados y sobre el plazo de ejercicio de la acción correspondiente se pronuncia la **STS de 21 de octubre de 2009,** IL J 1873. Señala, al respecto, la citada Sentencia que tal facultad de movilización es un derecho limitado, anexo a los derechos consolidados, atribuido al partícipe o ex partícipe en supuestos muy concretos para facilitar el uso o disponibilidad de estos últimos. Esta vinculación funcional de la facultad de movilización con los derechos consolidados permite afirmar que ésta no prescribe mientras se mantengan vivos tales derechos, sin que sean de aplicación por tanto los plazos de prescripción del artículo 59.1 del ET o del artículo 43.1 de la LGSS.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

No impide el reconocimiento de una IP la existencia de reducciones anatómicas o funcionales existentes antes de la afiliación a la Seguridad Social que en fecha posterior se agravan provocando dicha IP. El agravamiento de los padecimientos previamente padecidos por trabajador —o la concurrencia de nuevas lesiones o patologías— es suficiente para

producir un efecto invalidante posterior al alta que anula la capacidad laboral que aquél mantenía y que le permitió realizar los trabajos determinantes de su afiliación a la Seguridad Social (**STS, u.d., de 19 de enero de 2010**, IL J 49).

e') Gran invalidez

A efectos del reconocimiento de este grado de IP, la **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009**, IL J 49, aplica la noción del TS en el sentido de considerar que «acto esencial de la vida es todo aquel que se encamina a la satisfacción de una necesidad permanente e ineludible para poder subsistir fisiológicamente, o sea indispensable en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde al ser humano ... debiendo calificarse la situación de gran invalidez sólo cuando sean de tal naturaleza las dolencias que impidan bastarse por sí mismo, sin que sea suficiente la mera dificultad ... debiendo depender, aunque no sea de forma continuada o constante, de una tercera persona que lo proteja o cuide...».

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

Conforme al artículo 139.2 de la LGSS, el reconocimiento del incremento por IPT cualificada no depende, solamente, de tener cierta edad, sino de que se den, además, otras circunstancias que permitan presumir la dificultad del interesado para obtener un empleo distinto, como son su preparación y su entorno socio-económico. De ahí que el reconocimiento de incremento no es automático, sino que es un complemento prestacional que, aunque «goza de una cierta autonomía en su tratamiento legal pues aunque no se trata de un grado de invalidez ni de una prestación independiente, lo cierto es que en los requisitos de acceso a la protección y en la propia dinámica de ésta tiene caracteres específicos que aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación que por ello hacen posible que en algunos aspectos sean aplicables al mismo las normas aplicables a una auténtica prestación de la Seguridad Social». De ahí que, al ser un complemento de naturaleza prestacional, debe aplicársele la prescripción de prestaciones que establece el artículo 43.1 LGSS, lo que implica que los efectos económicos del reconocimiento del incremento solamente puedan retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud (**STS, u.d., de 2 de febrero de 2010**, IL J 168; en este sentido, **STS, u.d., de 9 de febrero de 2010**, IL J 226).

b') Base reguladora de las prestaciones

La **STS, u.d., de 20 de enero de 2010**, IL J 41, establece que cuando la solicitud de revisión de la base reguladora se plantea con posterioridad al 1 de enero de 2007, resulta de aplicación la Disposición Final 3.ª de la Ley 42/2006, que modifica el artículo 43 de la LGSS, añadiéndole el párrafo según el cual: «Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos

ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45» de la LGSS. Así pues, en tales supuestos —salvo rectificación de errores materiales— no se aplica el plazo de retroactividad de cinco años previsto en el artículo 43 para el reconocimiento de prestaciones. Para que estemos en presencia de errores materiales que excepcionan la regla de los tres meses, debe tratarse exclusivamente de «los apreciables de manera directa o manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno» (en este sentido, **STS, u.d., 21 de enero de 2010**, IL J 220; **STS, u.d., de 15 de febrero de 2010**, IL J 239).

La función de la denominada doctrina del «paréntesis» —en lo que se refiere a la determinación de la base reguladora— no es la de solucionar los problemas planteados por la existencia de lagunas de cotización que pueden producirse por razones ajenas a su voluntad, dado que ello ya ha sido remediado por el legislador con la regla del artículo 140.4 de la LGSS (integración de los vacíos de cotización por la base mínima), sino que su cometido se limita a los supuestos de IPV e IT prorrogada más allá del plazo en que hay que cotizar (la prórroga del artículo 131 bis.2 de la LGSS), pero no a los restantes casos, «porque el mecanismo corrector se articula en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación de un término en sí mismo tan equívoco como es el "hecho causante", sin que pueda "extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario" que son atendidas por la regla general del artículo 140.4 de la LGSS, y no por la doctrina del "paréntesis", que de ser utilizada con generalidad quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas de cotización en la fijación de la base reguladora. Aplicada esta doctrina al supuesto concreto, la determinación de la base reguladora de la prestación por IP en aquellos supuestos en que el trabajador inicia situación de IT —por enfermedad común— durante la vigencia de la relación laboral y persiste en ella tras la extinción de su contrato, pasando a percibir el correspondiente subsidio a través de pago directo del INSS, sin alcanzar la situación real de desempleo, es una situación en la que no se aplica la técnica del paréntesis, siendo la "consecuencia natural" que para el cálculo de la base reguladora se computen las bases mínimas conforme al artículo 140.4 de la LGSS de la (**STS, u.d., de 15 de marzo de 2010**, IL J 540).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

A propósito del deber de encontrarse en alta y del requisito de cómputo del período de cotización anterior al fallecimiento, cuando la muerte deriva de enfermedad común, la **STSJ de Murcia de 17 de mayo de 2010**, IL J 946 (siguiendo la doctrina de la STS de 10 de diciembre de 2001 —y anteriores—), aplica la doctrina del «paréntesis no computable», por la que se excluye de dicho período de cómputo el tiempo en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias ajenas a su voluntad, como lo es la situación de desempleo in-

voluntario, además de considerar esta situación como asimilada al alta (si no se aplicara esta doctrina se consideraría al causante en situación de no alta, por lo que se exigiría 15 años de cotización, y como se puede observar es abultada la diferencia de carencia que se exige entre un supuesto y otro, es decir, estar o no en alta —o en situación asimilada a la de alta— en el momento del hecho causante).

Incluso cuando existe un breve período de ausencia no justificada del mercado de trabajo, la jurisprudencia se ha inclinado por reconocer la prestación a los sobrevivientes si su duración es poco significativa por sí misma o en proporción al tiempo de cotización acreditado; si bien es cierta y acertada esta doctrina, en el caso que juzga y al que termina por reconocer la prestación en base a esa doctrina, se debería haber considerado que tanto el tiempo de no inscripción —ni renovación de demanda— en la oficina de empleo es bastante elevado (13 meses y 27 días), además de que el tiempo de cotización es relativamente escaso (no llega a los 14 años en una persona que al fallecer tenía ya 52 años cumplidos); en lugar de estos argumentos el juzgador debería haber tenido en consideración y valorar por su peso, que el causante tenía un precario estado de salud (tumoración con más de tres años de antelación a la fecha del fallecimiento, a lo que hay que añadir el probado hecho de su hábito enólico), circunstancias que por sí mismas justificarían que descuidara sus obligaciones de mantener y renovar su demanda de empleo. Teniendo presente esta doctrina y respecto del requisito de cotización durante quinientos días dentro de los últimos cinco años (al considerar también al trabajador en situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento), se autoriza, por esta sentencia, la retroacción del cómputo a la fecha del último empleo y se excluye el período de tiempo en que el causante no pudo cotizar por circunstancias ajenas a su voluntad (lo que lleva a retrotraer el inicio del cómputo del período de carencia a los señalados 13 meses y 27 días).

Siguiendo esta línea flexibilizadota y humanizadora, se reconoce el derecho a una pensión de viudedad, en un supuesto en el que la causante fallece dos meses después de su baja voluntaria en Seguridad Social, pero ésta se produce, como queda acreditado, porque deseaba mejorar sus expectativas laborales, de tal manera que cuando falleció en accidente de tráfico, estaba sacándose el título de profesora de autoescuela y antes venía trabajando como administrativa en una autoescuela, lo que evidencia, según la **STS de 19 de enero de 2010**, IL J 57, que su baja en la Seguridad Social no revelaba su voluntad de apartarse del mundo laboral, sino continuar en él con un trabajo más cualificado; abunda en ello, el escaso período entre su baja en la Seguridad Social y la fecha de fallecimiento, dos meses. Concluye el Tribunal Supremo de forma tajante, que «tales datos revelan el cumplimiento riguroso por la causante de la situación de alta y cotización a la Seguridad Social durante el período de actividad laboral, la decidida voluntad de continuar en el mundo laboral, mejorando sus expectativas y, por último, que existía la posibilidad de que la trabajadora hubiera suscrito un convenio especial con la Seguridad Social, cuyos efectos se hubieran retrotraído a la fecha en la que se dio de baja en la misma, a tenor de lo establecido en el artículo 5.2.1 de la Orden 2865/2003, de 13 de octubre».

Esta Orden, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, establece en el precepto citado por el Supremo, que «si la solicitud del convenio especial se hubiere presentado dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha del cese en la actividad o en la situación que determine la baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social con extinción de la obligación de cotizar (....), el convenio especial

surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en que haya producido efectos la baja en el Régimen correspondiente, la cesación de la actividad, la vigencia del contrato de trabajo o situación determinante de la cotización inferior a la que se venía cotizando, la extinción o la denegación del derecho a las prestaciones respectivas»; esta remisión supone en la práctica, que el Tribunal Supremo abre una nueva vía flexibilizadota del requisito de alta: considerar que se podría haber accedido a la situación asimilada al alta dentro de los noventas días naturales siguientes a la fecha de cese de actividad, porque se podría haber suscrito un convenio especial con la Seguridad Social, y éste tendría efectos retroactivos.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La **STC 22/2010, de 27 de abril,** IL J 621, declara acertadamente la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 174.3 de la LGSS (la redacción originaria de 1994), al referirse a la causa de extinción de la pensión de viudedad por la convivencia marital con otra persona: el apartado tercero del citado artículo 174 tenía en su redacción originaria, el siguiente tenor literal (el precepto no se encuentra ya en vigor con el contenido que aquí se va a considerar, al haber sido modificado por el artículo 34 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre):

> «Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil»; por su parte, este último artículo establece textualmente lo siguiente: «El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».

Estos preceptos establecen (a juicio del órgano proponente y aceptado por el Tribunal Constitucional) una diferenciación carente de una justificación objetiva y razonable, entre beneficiarios de la pensión de viudedad: en el caso de aquellos que hubieran accedido a la pensión en los términos previstos en apartado segundo del artículo 174, en los supuestos de separación o divorcio, la pensión se extinguiría por pasar a vivir maritalmente el beneficiario con otra persona; por el contrario, esta causa de extinción no se produce en el caso de quienes hubieran accedido a la pensión de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este precepto.

Como se puede observar, y así lo considerará el Tribunal Constitucional, estamos ante dos situaciones idénticas, tratándose en ambos casos de beneficiarios que cuando lucran la pensión de viudedad no conviven *more uxorio* con otra persona, haciéndolo después del hecho causante, del tal manera que, en el caso de la viuda no separada o divorciada, tal hecho no determinaría la pérdida de la pensión, pero por el contrario ésta sí se produce en el caso contrario —debe tenerse presente para realizar una valoración acertada que la convivencia *more uxorio* no es un hecho ilícito en nuestro ordenamiento y que, además, el hecho y su consecuencia no guarda relación con la finalidad de la ley al acordar el establecimiento de la pensión de viudedad—.

Como argumenta el Tribunal Constitucional (siguiendo los criterios ya expuestos en la STC 125/2003, de 19 de junio) «la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo

conyugal, no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor este de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva en última instancia, una directa vulneración del artículo 14 de la CE, y en particular, de la prohibición de discriminación en función de cualquier otra opción o circunstancia personal o social, a la que aquel precepto se refiere», por tanto, y recordando lo señalado por la STC 177/1993, de 31 de mayo «el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo co criterios o juicios de valor generalmente aceptados». De este modo, y como conclusión, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados, la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el artículo 14 de la CE.

Como ya se ha comentado en estas páginas, la Ley 40/2007 alteró de manera relevante el régimen jurídico de la pensión de viudedad, de tal forma que el artículo 174.1.1 de la LGSS en la actualidad establece tres condiciones para que el separado o divorciado pueda acceder a la pensión: no haber contraído nuevas nupcias ni constituido pareja de hecho, ser acreedor de pensión compensatoria (prevista en el artículo 97 del Código Civil, y fijada por haberle producido la separación o divorcio un desequilibrio económico), y que dicha pensión se extinga por el fallecimiento del causante. De esta manera, la actual pensión de viudedad para separados o divorciados se convierte en una singular renta de sustitución, al quedar la pensión vinculada a la producción de un perjuicio económico derivado del fallecimiento del causante, aunque su importe no guarda relación con la cuantía de la pensión compensatoria. En relación con la exigencia, como requisito para acceder a la pensión de viudedad, de la existencia previa de una pensión compensatoria, la **STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2009,** IL J 630, considera que, *a priori,* quedan excluidos de la consideración de posibles beneficiarios de la pensión, tanto quienes no tienen derecho a percibir esa pensión compensatoria como quienes no la ven extinguida por el fallecimiento del causante (y es que la extinción de la pensión no constituye, según el artículo 101 de Código Civil, efecto propio ni automático del fallecimiento del cónyuge deudor de la misma, sin perjuicio del derecho de los herederos a solicitar su extinción), de tal manera que, según el Tribunal, se debe denegar la pensión en un supuesto en el que la demandante de la pensión no tenía reconocida pensión compensatoria a su favor aunque con posterioridad a la separación el esposo abonaba por propia voluntad determinadas cantidades mensuales (al perder la esposa el empleo); el Tribunal considera que el abono mensual de estas cantidades no tiene la consideración de pensión compensatoria, tanto porque no se acordó así en su momento, como porque no puede exigirse como tal ese pago, que respondía a un acto de liberalidad del fallecido.

Ahora bien, aunque es cierto que el tenor literal del precepto condiciona el derecho a la existencia previa de pensión compensatoria establecida en el convenio regulador o en la sentencia, cabe recordar que, en el supuesto que juzga, las cantidades abonadas tenían la misma finalidad (compensar el desequilibrio económico que se producía y que se hacía

insoportable cuando ella perdió el empleo); además y aunque se produjo dos años después de la separación, el abono de las cantidades se realizaba porque los cónyuges pactaron en un documento privado la entrega de cantidades mensuales por el marido, y esto se hace precisamente, y expresamente así se recoge, «para compensar el desequilibrio económico que la separación producía en la mujer», aunque con la condición de que ésta se abstendría de instar reclamación alguna referida a pensión compensatoria o alimenticia, para sí o para sus hijos.

En relación con la necesidad de que la pareja de hecho acredite la convivencia (artículo 174.3 de la LGSS), el legislador ha querido que esa convivencia se acredite mediante el certificado de empadronamiento, por lo que es el registro del padrón municipal la forma de constatar uno de los requisitos necesarios para considerar a la pareja, como pareja de hecho a estos efectos. Para la **STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2009**, IL J 73, «el hecho de que el legislador haya hecho expresa referencia al certificado de empadronamiento, entendemos que lo es por ser el registro obligatorio para todo ciudadano y por él queda constancia de que el domicilio habitual de la pareja es común y por ello puede hablarse de que están conviviendo y han iniciado una vida en común, dejando de lado otras vías de menor consistencia y alejadas del carácter de notoriedad que aquel registro lleva implícito»; en definitiva, que es reiterada la jurisprudencia, aunque no compartida en todos sus extremos por el que aquí escribe, que niega la posibilidad de invocar una convivencia estable con base en pruebas testificales, documentales —incluso por otros documentos públicos— u otros medios de prueba distintos —admitidos en derecho—, pues esta doctrina considera aquella convivencia como la que se obtiene «únicamente» de la inscripción en el padrón municipal.

b) Orfandad

La **STS de 10 noviembre 2009**, en relación con el beneficiario mayor de 18 años incapacitado para el trabajo, considera que la mera circunstancia de que el huérfano incapaz trabajara tras el fallecimiento del causante no impide el acceso a la prestación, pues es compatible la prestación con las rentas de trabajo. El TS se muestra favorable al reconocimiento de la mencionada pensión, pues consta que el actor en el momento del fallecimiento de su padre padecía, conforme resulta de la sentencia recurrida, secuelas incapacitantes, y poco tiempo después, por sus lesiones congénitas, le fue reconocida por el organismo autonómico competente un grado de discapacidad del 74%, lo que objetivamente comporta imposibilidad para el trabajo; sin que la mera circunstancia de que el demandante hubiera trabajado como auxiliar administrativo en fechas posteriores pueda impedir o enervar tal calificación. Máxime cuando no se ha cuestionado en ningún momento que el posterior trabajo por cuenta ajena del huérfano incapaz fuera incompatible «con el estado del inválido» o que pudiera representar «un cambio de su capacidad de trabajo».

Esta misma sentencia recuerda que la jurisprudencia unificadora ha interpretado que para el reconocimiento de la pensión de orfandad a los huérfanos mayores de 18 años en razón de su incapacidad, no es necesaria la previa declaración de incapacidad en expediente administrativo específico, sino que la apreciación de la incapacidad para el trabajo puede y debe realizarse en el propio expediente que decide sobre la prestación de orfandad (SSTS de 4 de noviembre de 1997 y 10 de febrero de 1998).

D) Dinámica de la protección

El artículo 174.4 de la LGSS establece como causa de extinción de la pensión de viudedad que el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior (sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente), si bien la STS de 28 de julio de 2000 rehabilitó una pensión de viudedad tras declararse la nulidad del segundo matrimonio, pues un matrimonio declarado nulo nunca ha existido, y como consecuencia de su nulidad se ostenta de nuevo la condición de viuda del primer esposo.

Ahora bien, a esos efectos, el supuesto de nulidad es singularmente distinto a un supuesto de fallecimiento de un segundo esposo, que es la situación que resuelve la **STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2010,** IL J 680, en la que se solicita el derecho a opción por la pensión del primer marido, pues se reconoce una segunda pensión de viudedad por fallecimiento del segundo marido que es de menor cuantía; como bien resuelve el Tribunal, la muerte del segundo esposo no implica la nulidad del segundo matrimonio, sino únicamente su disolución (en este sentido se manifiesta el artículo 85 del Código Civil), por lo que la disolución por muerte del segundo matrimonio no puede dar lugar a la rehabilitación de la condición de viuda del primer esposo, pues esa condición se perdió con el segundo matrimonio.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
M.ª NIEVES MORENO VIDA
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA
SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

SUMARIO

1. CUESTIONES PRELIMINARES.
2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) Procedimiento administrativo sancionador.

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones laborales en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En esta crónica damos cuenta de las principales aportaciones, tanto normativas como judiciales, que se han producido en los últimos meses en el ámbito del Derecho Administrativo Laboral.

a) En la primera de estas vertientes es de destacar el abundante material normativo que se ha incorporado a nuestro ordenamiento, en especial, como consecuencia de la aprobación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

   En realidad, muchas de las modificaciones de la LISOS a las que hace referencia esta nueva Ley ya fueron incorporadas por el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, del que trae origen, de ahí que éstas ya fueran objeto de comentario en la crónica inmediatamente anterior a la presente. En concreto, por lo que se refiere a la intermediación laboral, la Ley 35/2010 ha dejado inalterada la redacción dada por el RD-Ley tanto a la rúbrica de la subsección primera de la sección tercera del capítulo segundo, como a los artículos 16.1, 16.2, 17.1.a) y b), 17.2, 24.3.a) y 25.4 LISOS, cuyo nuevo tenor ya fue reproducido en la crónica previa. Con todo, es importante remarcar que, conforme a la Disposición Final 4.ª de la Ley 35/2010, las disposiciones sobre agencias de colocación no serán de aplicación hasta que entre en vigor la normativa de desarrollo prevista en la Disposición Final 3.ª3 de esta misma Ley.

   De entre los preceptos citados, comentario específico merecen los artículos 24.3.a) y 25.4 LISOS. Ello se debe a que en el período intermedio entre la vigencia del

RD-Ley 10/2010 y la Ley 35/2010 se procedió a su vez a la aprobación de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Pues bien, a fin de que muchos de los ilícitos incluidos en las infracciones en materia de Seguridad Social se extiendan también a esta nueva protección por cese de los trabajadores autónomos, y a efectos también de precisar las correspondientes sanciones, la citada Ley 32/2010 ha procedido a la modificación de los artículos 22.5, 24.3, 25.4, 26.2, 28.2, 47.1 y 47.2 LISOS y a la incorporación de los nuevos artículos 28.9, 28.10, 28.11, 29.8, 29.9 y 48.4bis LISOS. Según su Disposición Final 7.ª, la entrada en vigor de esta Ley 32/2010 se producirá a los tres meses de su publicación en el BOE, que en concreto tuvo lugar el 6 de agosto de 2010. Ahora bien, fruto probablemente del descuido o falta de atención y coordinación del legislador resulta que la posterior Ley 35/2010 ha vuelto a dar nueva redacción a los artículos 24.3.a) y 25.4 LISOS, reiterando el tenor introducido por el RD-L 10/2010, pero obviando las referencias que en el ínterin había incorporado la Ley 32/2010 respecto a la protección por cese de los trabajadores autónomos. Y al respecto debe tenerse en cuenta que, conforme a la Disposición Derogatoria Única de la citada Ley 35/2010, «se derogan cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley».

Existen otros preceptos de la LISOS que, aun cuando modificados por el RD-L 10/2010, han sido objeto de nueva revisión por la posterior Ley 35/2010. Es lo que ha ocurrido con los dos ilícitos modificados relativos a las empresas de trabajo temporal. En concreto, dentro de las infracciones muy graves de las ETT y de las empresas usuarias, los artículos 18.3.b) y 19.3.b) LISOS tipifican ahora como ilícito no sólo formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o la salud en el trabajo, sino también «formalizarlos sin haber cumplido los requisitos previstos para ello conforme a lo establecido legal o convencionalmente», manteniéndose en el caso de las empresas usuarias que se entiende cometida una infracción por cada contrato en estas circunstancias.

En otro sentido, la Ley 35/2010 también resulta innovadora por cuanto introduce nuevos ilícitos administrativos, no previstos en el RD-L 10/2010. En concreto, es lo que ocurre con el nuevo artículo 6.4 bis LISOS, en el que, en coherencia con los nuevos derechos del trabajador dirigidos a acreditar su condición de fijo *ex* artículos 15.1.a) y 15.5 ET, se tipifica como infracción leve en materia de relaciones laborales «la falta de entrega al trabajador por parte del empresario del documento justificativo al que se refiere el artículo 15.9 del Estatuto de los Trabajadores». Y asimismo, se efectúan también modificaciones relativas al destino de donaciones y acciones de patrocinio en relación con la reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad: por un lado, en el artículo 2 LISOS —que recordemos es el que delimita los sujetos responsables de las infracciones administrativas—, se incorpora un nuevo apartado 14, en el que pasan a incluirse «las fundaciones y asociaciones de utilidad pública beneficiarias de donaciones y acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción y de creación de empleo de personas con discapacidad, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva

de empleo a favor de las personas con discapacidad»; por otro lado, dentro de las infracciones muy graves en materia de empleo, se adiciona un nuevo apartado 6 al artículo 16 LISOS en el que se tipifica «la aplicación indebida o la no aplicación a los fines previstos legal o reglamentariamente de las donaciones y acciones de patrocinio recibidas de las empresas por fundaciones y asociaciones de utilidad pública, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad».

Por último, la Inspección de Trabajo es también objeto de atención en la Ley 35/2010, concretamente en su Disposición Adicional 16.ª: de un lado, para indicar que «adaptará el número y la conformación de sus efectivos a las funciones legalmente encomendadas, así como a las recomendaciones internacionales y las pautas establecidas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo»; y de otro, para ordenar que la Inspección «incluirá en su Plan Integrado de Actuación con carácter de objetivos de alcance general, los planes específicos siguientes: a) Discriminación salarial entre mujeres y hombres. b) Control de los contratos temporales sin causa e impulso a su transformación en indefinidos. c) Control de la correcta utilización de los contratos formativos y de las prácticas no laborales en las empresas. d) Control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con autorización administrativa».

Al margen de las importantes novedades incorporadas por la Ley 35/2010, dentro del período examinado no han faltado tampoco algunas otras modificaciones de carácter reglamentario y que afectan a la vertiente organizativa y de distribución de competencias de la Administración Laboral. En tal sentido, y a fin de ajustarse a la nueva redacción que la Ley 26/2009 ofreció a los artículos 31 LGSS y 48 LISOS —de cuyo alcance ya se dio cuenta en crónicas pasadas—, se han dictado dos nuevas normas a efectos de concretar la unidad específica dentro de la Tesorería General de Seguridad Social que ha de hacerse cargo de las nuevas funciones asignadas a ésta en relación a la elevación a definitivas de las actas de liquidación de cuotas y de las actas de liquidación conjuntas con las actas de infracción, así como respecto a la imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social que afecten a su ámbito competencial: en concreto, se trata del RD 693/2010, de 20 de mayo —que modifica el RD 1314/1984, sobre estructura y competencias de la Tesorería—, y también, de la Orden TIN/2076/2010, de 27 de julio, que respectivamente determinan el ejercicio de estas funciones de la Tesorería en el ámbito de sus servicios centrales y en el ámbito de sus direcciones provinciales. Por su parte, más recientemente, el RD 1313/2010, de 20 de octubre, ha llevado a cabo una nueva reestructuración del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de los órganos superiores que lo integran.

b) Mucho menos profuso es el material judicial que en materia de Derecho Administrativo Laboral cabe extraer de los números 1 a 4 de 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. En realidad, de los dos primeros números ya se dio cuenta en la crónica anterior, en la que se destacó la **STS de 2 de marzo de 2010,** Sala Contencioso-Administrativo, IL J 109, relativa a los conocidos criterios a seguir en materia sancionadora para calcular la cuantía litigiosa de un asunto a efectos de determinar el acceso al recurso de casación en unificación de doctrina. Ahora, por

lo que se refiere a los números 3 y 4, hay que hacer referencia a la **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2009**, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 371, con afirmaciones de interés tanto en la esfera procedimental como material.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

A nivel procedimental, la mencionada **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2009**, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 371, pone de relieve dos ideas, no novedosas, pero sí importantes en la práctica. De un lado, se aclara que el derecho de audiencia del presunto infractor sólo nace una vez se extiende el acta de infracción y se inicia el procedimiento administrativo sancionador, pero que no se tiene en la fase previa en que se desarrolla la actividad inspectora. De otro lado, la Sentencia niega la caducidad de la actividad previa de la Inspección de Trabajo por transcurso de los plazos previstos en el artículo 14.2 de la Ley 42/1997; y ello porque, aunque existiera una resolución administrativa con origen en una primera acta que inicialmente hubiera declarado caducada la actuación inspectora por interrupción de ésta durante más de tres meses, el párrafo 2.º del artículo 8.2 del RD 928/1998 habilita al órgano inspector a levantar una segunda acta tras haber realizado nuevas actuaciones de comprobación sobre los mismos hechos: en concreto, en el caso, citación a la empresa y examen del expediente administrativo, habiéndose reiniciado esta actividad inspectora el 11 de febrero de 2004 —sin estar prescrita la infracción— y habiéndose extendido la nueva acta de infracción el 10 de marzo de ese mismo año, razón por la que no se aprecia superación de los plazos.

> «Aduce asimismo la actora la caducidad de la actividad previa al procedimiento sancionador en este caso llevada a cabo por la Inspección de Trabajo, en cuanto se han excedido aquellos plazos que el citado Reglamento previene al señalar que las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección y que asimismo no se podrán interrumpir por más de tres meses.
>
> No tiene en cuenta con ello que, como en el acta de infracción 1514/94, objeto de este recurso, y en el informe complementario de la misma se hace expresamente constar por el Inspector de Trabajo actuante "La presente acta es consecuencia de que por resolución del Departament de Treball de 27 de mayo de 2003, relativa al acta de infracción propuesta por esta Inspección núm. 09327/02, se declaró la caducidad de la actuación inspectora por interrupción de las actuaciones inspectoras por tiempo superior a tres meses (circunstancia que la empresa alegó en su momento).
>
> Es por ello que al amparo de lo previsto en el artículo 8.2 párrafo segundo del RD 928/1998, no impidiéndolo la prescripción, se procediera a realizar nuevas actuaciones mediante citación a la empresa en fecha 11 de febrero de 2004 y examen del expediente administrativo de fecha 13 de febrero de 2004, tras lo cual se extiende acta de fecha 10 de marzo de 2004". Por ello en modo alguno cabe apreciar concurra la perención o caducidad de aquella actividad inspectora de comprobación previa iniciada *ex novo* por la Inspección de Trabajo el 11 de febrero de 2004 y que desemboca en la extensión del acta de infracción 1514/04 el 10 de marzo de eses mismo año».

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones laborales en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias

Por lo que se refiere específicamente a infracciones en materia de empresas usuarias, la citada **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2009**, Sala Contencioso-Administrativo, IL J 371, confirma la sanción impuesta a una empresa por entender que la conducta imputada encuentra perfecto encaje en el ilícito descrito en el artículo 19.2.e) LISOS. Recordemos que este precepto tipifica como infracción grave el hecho de formalizar contratos de puesta a disposición para la cobertura de puestos o funciones que, en los doce meses anteriores, hayan sido objeto de amortización por despido improcedente, despido colectivo o por causas objetivas. Y, en este caso, queda acreditado que, transcurridos poco menos de cinco meses después de recibir autorización de un ERE para rescindir 161 contratos de trabajo correspondientes a trabajadores que servían «la cadena de fabricación de tubos catódicos», la empresa realizó contrataciones con una ETT, por las que fueron puestos a disposición 180 trabajadores contratados precisamente para atender «la acumulación de tareas derivadas por la acumulación de pedidos en la cadena de rayos catódicos». Especialmente en este caso, es interesante recordar que el citado artículo 19.2.e) LISOS establece que, en este ilícito, se entiende cometida una infracción por cada trabajador afectado.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA.

   A) Reclamación de cantidad contra la Administración autonómica.
   B) Empresa en concurso.

      a) Despido disciplinario.
      b) Reclamación de salarios.

   C) Accidente laboral. Daños y perjuicios.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA.

   A) Méritos para acceder a procesos de selección de la Administración.
   B) Administradores societarios. Teoría del vínculo.
   C) Expediente de regulación de empleo. Reclamación por despido.

4. ACUMULACIÓN. AUTOS.
5. EXCEPCIONES.

   A) Caducidad.
   B) Cosa juzgada.
   C) Inadecuación de procedimiento.
   D) Prescripción.

6. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA.

   A) No procede la inversión. Tutela de libertad sindical.
   B) La existencia de un despido debe acreditarla el trabajador.

7. SENTENCIA.

   A) Incongruencia.

      a) Inexistencia.
      b) Existencia.

   B) Motivación.

8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

   A) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización.

   B) Exención.

9. RECURSO DE SUPLICACIÓN.

   A) Acceso al recurso.

      a) Afectación general.
      b) Cuantía litigiosa.
      c) Requisito de reposición previa.
      d) Consignación de la condena. Empresa pública.
      e) Impugnación de laudo arbitral.

   B) Legitimación.

   C) Revisión de hechos probados.

   D) Infracción de normas.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

   A) Falta de contenido casacional.

   B) Falta de contradicción.

   C) Cuestión nueva.

   D) Imposibilidad de revisar hechos probados.

11. RECURSO DE CASACIÓN. ERROR DE HECHO.

12. RECURSO DE REVISIÓN.

   A) Documentos recobrados.

   B) Caducidad.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. CONDENA DE FUTURO.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 1, 2, 3 y 4 del año 2010 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Reclamación de cantidad contra la Administración autonómica

La **STS de 29 de enero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 22, considera que el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de la reclamación de cantidad interpuesta contra una

Comunidad Autónoma, en relación a un complemento salarial vinculado al puesto de trabajo. Razona el TS que en este caso la Administración actúa en su condición de empleadora.

B) Empresa en concurso

a) Despido disciplinario

La **STSJ de Galicia de 29 de enero de 2010**, IL J 552, concluye que, de acuerdo con la Ley Concursal, se produce una bicefalia competencial en materia de extinciones contractuales: las de carácter colectivo se atribuyen al juez de lo mercantil del concurso y las individuales [con excepción de la del artículo 50.1.b) ET] a los jueces de lo social. Por tanto, la impugnación de un despido disciplinario es competencia del orden social, sin que la declaración de concurso de la demandada influya en la determinación del juez competente.

b) Reclamación de salarios

La reclamación salarial por atrasos de convenio planteada por un trabajador contra una empresa concursada es materia del orden social de jurisdicción, toda vez que el objeto de la reclamación no versa sobre ninguna de las materias cuyo conocimiento y resolución ha atribuido el legislador al orden mercantil. Así lo ha declarado la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de diciembre de 2009**, IL J 292.

C) Accidente laboral. Daños y perjuicios

Es competente el orden social para conocer de la reclamación por daños y perjuicios que plantean los familiares del trabajador fallecido contra la empresa empleadora, la empresa fabricante de la máquina causante del accidente y las compañías aseguradoras de ambas. A esta conclusión llega la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de diciembre de 2009,** IL J 290, con cita de la doctrina del TS en la materia. Y ello, por cuanto determinar si ha existido un incumplimiento laboral, concretamente, en materia de prevención de riesgos laborales en el trabajo, encaja plenamente en la rama social del derecho y, no así, en el orden civil.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Méritos para acceder a procesos de selección de la Administración

Las **SSTS de 19 y 29 de enero de 2010**, IL J 40 y 124, ambas de la Sala Cuarta, analizan la competencia de la jurisdicción social para conocer sobre una acción declarativa de laboralidad de unas relaciones contractuales ya terminadas; todo ello a fin de que esta declaración se tuviera en consideración para futuros concursos administrativos de selección de personal de la Xunta de Galicia. El TS declara la incompetencia del orden social, ya que lo que pretende el demandante es acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de puntuación de un concurso administrativo, cuestión esta prejudicial laboral ante el orden contencioso-administrativo.

B) Administradores societarios. Teoría del vínculo

Con cita de la doctrina unificada en esta materia, la **STS de 9 de diciembre de 2009,** Sala Cuarta, IL J 10, atribuye al orden civil el conocimiento de la reclamación por despido planteada por quien en un primer momento estuvo vinculado a la empresa a través de un contrato de alta dirección y, posteriormente, fue nombrado miembro de su órgano de administración. El TS llega a esta conclusión en aplicación de la llamada «teoría del vínculo», en virtud de la cual el nacimiento del vínculo societario supone la extinción del vínculo previo laboral.

C) Expediente de regulación de empleo. Reclamación por despido

La **STSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 2009,** IL J 333, declara la incompetencia del orden social para decidir sobre la impugnación por parte de un trabajador de las razones de su inclusión en el listado de trabajadores afectados por un ERE aprobado por la autoridad laboral. Recuerda el TSJ, con fundamento y cita de la doctrina del TS, que sólo las pretensiones que no impliquen impugnación de la resolución administrativa, bien sea en su conjunto, bien en alguno de sus pronunciamientos, se regirán por la regla general de atribución de competencia a la jurisdicción social; por ejemplo, si la autorización del ERE sólo establece los criterios de selección de los trabajadores afectados, y se debate si dichos criterios concurren o no en un trabajador concreto, la jurisdicción social sería competente pues se trataría de una cuestión no abordada por la resolución administrativa en cuestión.

4. ACUMULACIÓN. AUTOS

La **STS de 26 de enero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 451, declara que el artículo 32 LPL obliga, no sólo a la acumulación de la demanda de extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 ET y la de despido, sino también a debatir las dos demandas y a resolverlas en un único procedimiento. Sin embargo, dicho precepto de la LPL no aclara cuál de dichas acciones debe resolverse primero. El TS, aunque reconoce que cada situación concreta debe ser analizada individualmente, concluye que a la hora de determinar qué acción debe resolverse primero ha de seguirse un «(...) criterio cronológico, sustantivo, no excluyente (...)», que dé prioridad al análisis de la resolución de la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de ella, si bien su éxito no impedirá el examen y resolución de la otra acción.

5. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 8 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 248, confirma que, en materia de despido, la reclamación previa administrativa sólo suspende (no interrumpe) la caducidad, y el *dies a quo* para el cómputo de dicha caducidad es el del cese real y efectivo en la prestación de servicios en la empresa, y no cuando finaliza el devengo teórico de las vacaciones que,

compensadas en metálico, correspondían al trabajador despedido. Resulta asimismo de interés la **STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2009**, IL J 264, en la que se aprecia la caducidad de la acción por despido ejercitada por una trabajadora tras haber sido despedida verbalmente, al considerar la fecha de dicha comunicación verbal como *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de 20 días. Así, el TSJ considera que se trató de un despido expreso, aunque verbal, ante el cual la actora pudo haber reaccionado, ya que las manifestaciones del encargado fueron suficientemente claras e inequívocas en cuanto a la voluntad extintiva, y fueron corroboradas por sus actuaciones inmediatamente posteriores. Por otro lado, es de destacar la **STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2009**, IL J 176, dictada en un procedimiento derivado de la acción por despido ejercitada por un trabajador discontinuo en el cual se discutió la caducidad de dicha acción y, de forma específica, el *dies a quo* a efectos del inicio de su cómputo. En este supuesto, el trabajador (docente) tuvo conocimiento de la publicación de la nueva convocatoria de los cursos que venía impartiendo, los cuales se restringían —a partir de entonces— a trabajadores autónomos y empresarios. La sentencia considera que la falta de llamamiento se produjo en dicho momento, y que el trabajador no quedaba obligado a esperar a que dichos cursos comenzaran a ser impartidos para accionar contra lo que cabe considerar como un despido tácito. Finalmente, la **STSJ de Valencia de 12 de enero de 2010**, IL J 475, analiza un supuesto en el que el demandante solicitaba que la suspensión del plazo de caducidad se prolongara hasta la efectiva celebración del acto de conciliación, a pesar de haber transcurrido más de 15 días desde la presentación de la papeleta. Sin embargo, la sentencia recuerda que el artículo 65 LPL establece que el cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días desde la presentación de la reclamación sin que se haya celebrado. Por tanto, ni el órgano administrativo asume ninguna obligación legal de advertir al solicitante de esta circunstancia, ni existe ninguna confusión normativa que pueda amparar la pretensión del demandante.

B) Cosa juzgada

La **SAN de 12 de febrero de 2010**, IL J 279, entiende que concurren los elementos requeridos para apreciar el efecto positivo de cosa juzgada, en un supuesto en el que se analizaba la impugnación de determinados artículos de un convenio colectivo. En concreto, se daba la circunstancia de que esa misma Sala se había pronunciado sobre artículos idénticos de un convenio que, si bien era cronológicamente anterior, era del mismo ámbito que el impugnado en el nuevo procedimiento. Igualmente, la **STSJ de Asturias de 15 de enero de 2010**, IL J 562, rechaza la adición de un hecho probado solicitada por la parte recurrente al tratarse de una cuestión ya resuelta por sentencia firme, cuya decisión debe ser respetada por el órgano judicial cuando aparezca como antecedente lógico del nuevo proceso.

C) Inadecuación de procedimiento

En el supuesto analizado por la **SAN de 16 de marzo de 2010,** IL J 365, el sindicato demandante planteó una demanda de conflicto colectivo contra la aplicación abusiva de un pacto sobre jornada vigente en la empresa. Sin embargo, la SAN estima la excepción de inadecuación del procedimiento planteada; entiende que el sindicato demandante no había

conseguido probar que la supuesta aplicación abusiva del mencionado pacto se realizaba, «(...) con carácter general y homogéneo (...)», respecto de todos los trabajadores afectados. Por el contrario, la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, IL J 78, también en un procedimiento de conflicto colectivo —relativo al sistema de descansos rotatorios—, no estimó la excepción de inadecuación de procedimiento. Según el TSJ el derecho reclamado no lo era para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino en cuanto que colectivo, con independencia del número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo.

D) Prescripción

La interposición de un conflicto colectivo no enerva la prescripción ya producida respecto de mensualidades anteriores. Así, según confirman las **SSTS de 15 y 16 de febrero de 2010**, ambas de la Sala Cuarta, IL J 356 y 572, respectivamente, el conflicto colectivo tiene eficacia para interrumpir la prescripción en curso de una acción viva, pero en modo alguno puede reavivar o reactivar una acción ya extinguida conforme al artículo 59.2 ET.

6. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA

A) No procede la inversión. Tutela de libertad sindical

La **STS de 19 de enero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 37, declara la insuficiencia de indicios de vulneración del derecho de libertad sindical a efectos de invertir la carga de la prueba. Se trataba en este caso de una demanda de tutela planteada por un sindicato contra la empresa, el comité intercentros y otras entidades sindicales. El fundamento de la demanda consistía en que se habían constituido varias comisiones de trabajo —previstas en el convenio colectivo empresarial— sin participación del sindicato demandante (éste no había suscrito el convenio). Considera el TS que por el sindicato demandante no se aportan indicios suficientes (no se apoyaba en ningún dato objetivo) de la lesión del derecho invocado, siendo una mera afirmación de parte decir que la verdadera negociación colectiva se llevaba a cabo en las comisiones de trabajo.

B) La existencia de un despido debe acreditarla el trabajador

La **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2009**, IL J 211, razona sobre la carga de probar hechos negativos en un procedimiento por despido. El TSJ concluye que «(...) no se puede hacer recaer sobre el empresario la demostración de que el contrato de trabajo no se extinguió por despido (...)». El demandante y la empresa discrepaban sobre si el contrato se había extinguido por voluntad de uno u otro, y el TSJ declara que corresponde al trabajador la carga de acreditar que el despido fue la causa de la extinción del contrato, toda vez que el demandante espera de ello obtener determinados efectos jurídicos. Cita la sentencia doctrina jurisprudencial reiterada, actual y uniforme del TS y se refiere también al criterio mantenido por el TC en esta materia. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2010**, IL J 458, también declara que recae en el trabajador la carga de probar el

hecho mismo del despido, aun cuando éste sea verbal. Razona la sentencia que la posición habitual de desventaja probatoria del trabajador no puede imponer a la empresa una prueba diabólica, como lo es la de acreditar un hecho negativo, es decir, que el despido no se ha producido.

7. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Inexistencia

No incurre en incongruencia la sentencia que concede una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, aun cuando ésta se pedía derivada de accidente de trabajo. Así lo declara la **STS de 3 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, IL J 12, al haberse discutido el origen de la incapacidad en el expediente administrativo. Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de noviembre de 2009**, IL J 87, rechaza igualmente la nulidad de la sentencia por presunta incongruencia. Se trataba en este supuesto de una demanda de despido que fue desestimada por declarar el Juzgador que la extinción del contrato se debió a un desistimiento durante el período de prueba. El recurrente fundamenta su pretensión de nulidad en que en la instancia se desestima su demanda en base a una alegación que nadie formuló —la empresa no compareció en el juicio—. Razona el TSJ que el Juez *a quo* conoció y resolvió la pretensión, por lo que el hecho de que el recurrente no esté de acuerdo con el fallo y la argumentación jurídica de la sentencia no es causa para que ésta sea calificada de incongruente. «(...) No existe ni puede existir incongruencia con relevancia constitucional cuando el órgano jurisdiccional ha utilizado argumentos jurídicos distintos de los esgrimidos por las partes, respetando los rasgos esenciales de la pretensión ejercitada (SSTC 215/1989 ó 177/1985, por todas), porque al obrar así, se está limitando a cumplir la función que constitucionalmente tiene asignada, sometido sólo al imperio de la ley (...)». Así lo declara la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2010**, IL J 471, en un supuesto en el que la parte recurrente alegaba incongruencia de la sentencia de instancia al desestimar ésta en su fallo la excepción de litispendencia, cuando dicha excepción no fue alegada por la parte.

b) Existencia

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2009**, IL J 304, declara que las respectivas sentencias de instancia sobrepasan los límites de la pretensión. En el supuesto enjuiciado, los actores solicitaban que se declarara su derecho a incluir como beneficiarios de un contrato de seguro (suscrito como consecuencia del acuerdo de prejubilaciones derivado de un ERE) a determinados beneficiarios (cónyuge e hijos). Pues bien, el fallo de la sentencia de instancia, tras declarar el derecho postulado, incluye un inciso en el que limita el citado derecho «(...) en términos que ninguna de las partes solicitó en su momento (...)». Es por ello que en suplicación se revocan parcialmente las sentencias recurridas, en el sentido de excluir de su parte dispositiva el inciso limitador del derecho postulado. La **STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010**, IL J 468, declara que la sentencia de instan-

cia sobrepasa el límite de la pretensión, pues resuelve un tema no debatido en el proceso. En este caso el actor se limitaba a impugnar el alta por curación expedido por la Mutua demandada, solicitando su anulación. Sin embargo, la sentencia condena a la Mutua a expedir parte de alta con propuesta de incapacidad permanente. En consecuencia, el TSJ declara la existencia de incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida. La **STSJ de Extremadura de 28 de enero de 2010**, IL J 388, declara la existencia de incongruencia omisiva y la nulidad de la sentencia de instancia dictada en un proceso de despido. El Juez *a quo* declaró la caducidad de la acción de despido, guardando absoluto silencio sobre la pretensión del demandante de que se declarase que su relación con la demandada era de naturaleza laboral y de carácter indefinido. Razona el TSJ que previamente a analizar la caducidad de la acción de despido, la sentencia debió analizar previamente la invocada relación de naturaleza laboral «(...) pues mal puede caducar una acción de despido si éste no existe como tal por no haber estado vinculadas las partes por relación laboral de clase alguna (...)». También la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2009**, IL J 536, estima la incongruencia en que incurre la sentencia de instancia, en este caso también omisiva. Razona el Tribunal que, en el caso enjuiciado, la sentencia no da respuesta razonada a los argumentos jurídicos en los que el actor basa su pretensión, argumentos que, lejos de ser secundarios, eran sustanciales y vertebraban su razonamiento, por lo que deberían haber sido tratados de forma expresa o siquiera implícitamente.

B) Motivación

En un procedimiento de conflicto colectivo, la **STS de 16 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, IL J 7, declara la nulidad de la sentencia por motivación defectuosa, al ser sus razonamientos incompatibles. Habiendo rechazado la sentencia recurrida las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento, desestima sin embargo la demanda planteada por el sindicato con el argumento de que era preciso individualizar la situación de cada uno de los establecimientos de la demandada e, incluso, de cada uno de los trabajadores. Esta contradicción produce indefensión en las partes porque, si bien la sentencia declara válida la pretensión en términos procesales, resuelve el fondo con argumentos no asentados en defectos procesales, impidiendo ejercitar un nuevo proceso con el mismo objeto no sólo por la vía de conflicto, sino por cualquier otro cauce. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2010**, IL J 460, desestima la nulidad de la sentencia de instancia que la recurrente fundamenta en la insuficiencia de motivación. Según la recurrente, la sentencia no mencionaba el material probatorio en el que el juez basó el relato fáctico de la sentencia. Si bien razona el TSJ que «(...) en toda resolución judicial debe hacerse mención de los elementos probatorios que han servido para la formación de la convicción judicial, así como el proceso valorativo de los mismos, puesto que es habitual que las partes aporten diverso material que arroja conclusiones contradictorias sobre las distintas cuestiones litigiosas (...)», también argumenta que la recurrente disponía en este caso de información suficiente para conocer con exactitud el proceso de convicción del juzgador, pudiendo por tanto arbitrar su defensa sobradamente. Y en este sentido, el tribunal *ad quem* recuerda que para decretar la nulidad de actuaciones es necesario que la vulneración de las normas del proceso «(...) ha de producir una situación de indefensión, no meramente formal, sino material (...)», lo que no acaece en el supuesto enjuiciado.

8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

La **STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2009**, IL J 70, declara excusable el error de la empresa en el importe indemnizatorio ofrecido y depositado. Se evidenció en este caso que las posturas de las partes no eran pacíficas respecto de la antigüedad y el importe del salario, no concurriendo por tanto la empresa en mala fe. Además, la diferencia que se constató en la indemnización era de muy escasa cuantía. De otro lado, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de enero de 2010**, IL J 448, declara la aplicación de error excusable en un supuesto en el que existió un error mínimo en la cuantía de la indemnización depositada, error que fue subsanado días después de realizar el depósito. No obstante, la sentencia declara que los salarios quedan limitados hasta la fecha en la que se realizó el depósito, al haberse éste efectuado con posterioridad a las 48 horas siguientes al despido.

B) Exención

La **STS de 18 de enero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 122, declara el no devengo de salarios de tramitación y casa la sentencia de suplicación. Según la Sala, en el supuesto analizado la empresa cumplió todos los requisitos exigidos a tal efecto: comunicación del despido, ofrecimiento de la cuantía indemnizatoria relativa a su improcedencia y depósito en las 48 horas siguientes. Razona el TS que el reconocimiento de la improcedencia en ese plazo de 48 horas puede ser expreso o tácito, pues la norma no especifica cómo debe hacerse dicha comunicación, y tratándose de un reconocimiento tácito —como es el caso— habrá de estarse a las circunstancias que hayan concurrido. En el supuesto analizado, «(...) tal reconocimiento tácito podía deducirse sin duda alguna de la conducta de la empleadora que, tras haber comunicado en un primer momento que los despidos tenían naturaleza de "objetivos" (...) en el mismo día amplió tales indemnizaciones, a la vez que participaba a los empleados que "la empresa..., en ánimo conciliatorio, está dispuesta a complementar la indemnización por causa de despido objetivo que se acaba de notificar (...), hasta la máxima indemnización legal de 45 días de salario por año trabajado [señalaba la cantidad correspondiente a cada uno] que se entregan en este mismo acto mediante cheque adjunto" (...)».

9. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

Los requisitos para la apreciación de afectación general son expuestos en la **STS de 4 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 347: (i) es un concepto jurídico y no un mero hecho necesitado de prueba; (ii) la apreciación de su existencia puede deducirse por cualquiera de los Tribunales que han de resolver; (iii) exige una situación de conflicto generalizado que no debe confundirse con el ámbito personal de las normas jurídicas, y (iv) los medios para poder apreciarla son tres: notoriedad, haber sido alegada y probada en juicio o que el asunto

posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. En el caso examinado, la Sala entiende que no es notorio que el objeto del litigio (reclamación de cantidad por realización de funciones de categoría superior) pudiera tener visos de generalidad, aun cuando pendan ante la misma Sala otros diez recursos de casación para la unificación de doctrina. En esta misma materia, la **STS de 28 de enero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 120, manifiesta que, para determinar si existe afectación general, no se debe tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal (lo que sucederá siempre) sino si el conflicto alcanza a un gran número de trabajadores.

b) Cuantía litigiosa

La **STS de 20 de enero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 112, afirma que la cuantía del proceso viene determinada por la solicitud de la demanda y que es esa cuantía la que determina el acceso al recurso de suplicación, por mucho que la reclamación vaya acompañada de una reclamación del derecho a las diferencias con proyección de futuro: «(...) Si se reclama el reconocimiento de un derecho laboral con sus consecuencias económicas la declaración de existencia de aquél no es más que el presupuesto de la acción de condena, de manera que la viabilidad del recurso dependerá de la cantidad efectivamente reclamada (...)». Por su parte, el pronunciamiento del Juzgado de lo Social que es confirmado por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2010**, IL J 548, recogió su firmeza e irrecurribilidad por razón de la cuantía, al no alcanzar lo reclamado el importe de 1.803 euros. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTSJ de Murcia de 1 de febrero de 2010 —dos—,** IL J 588 y 591, al señalar que, cuando la afectación general no ha sido probada —a pesar de que las partes mantengan su existencia—, únicamente podrá tenerse en cuenta la cuantía recogida en el suplico de la demanda. En idénticos términos se pronuncia la **STSJ de Galicia de 29 de enero de 2010**, IL J 553. Por otro lado, a efectos del cálculo de la cuantía en los casos de prestaciones periódicas deberá estarse al importe correspondiente a un año, tal y como lo expresa la **STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2010**, IL J 555.

c) Requisito de reposición previa

El artículo 189 LPL que enumera las resoluciones de los Juzgados de lo Social susceptibles de recurso de suplicación incluye «los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución dicten los Juzgados de lo Social». Las **SSTSJ de Andalucía de 26 de enero y de Valencia de 30 de noviembre de 2009**, IL J 380 y 396, analizan la obligación de interponer recurso de reposición previo contra los dictados en ejecución. La primera de las sentencias inadmite la suplicación por no haberse interpuesto previamente reposición, mientras que la segunda puntualiza que si la propia resolución impugnada, por error del juzgador de instancia, señalaba que el recurso que debía interponerse era el de suplicación, debe entenderse como defecto subsanable la previa falta de interposición del recurso de reposición.

d) Consignación de la condena. Empresa pública

La **STSJ de Valencia de 12 de enero de 2010,** IL J 484, sienta que una sociedad pública, a pesar de estar participada al 100% por la Generalitat Valenciana, no ostenta el carácter

de administración pública y, en consecuencia, está obligada a consignar la condena en el momento de la interposición del recurso de suplicación.

e) Impugnación de laudo arbitral

La **STS de 2 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, IL J 13, manifiesta que las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en procedimiento de impugnación de laudos arbitrales no son recurribles en suplicación, y ello en aplicación de lo previsto en el artículo 132.1.b) LPL. A ello no obsta que en el proceso se haya alegado la vulneración del derecho a la libertad sindical, por cuanto no resultaría de aplicación lo recogido en el artículo 188.1.f) LPL que permite recurrir en suplicación las sentencias dictadas en procedimientos de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas.

B) Legitimación

Niega la legitimación del recurrente la **STSJ de Asturias de 15 de enero de 2010**, IL J 406, al haber sido sus pretensiones acogidas en la sentencia de instancia. Argumenta la sentencia que para poder recurrir es imprescindible que concurran dos requisitos: (i) haber sido parte en el pleito; (ii) y que existan posibles perjuicios derivados de la solución que se recurre. El recurrente, en el presente caso, debió argumentar que determinado hecho probado podría en un futuro serle perjudicial.

C) Revisión de hechos probados

La **STSJ de Galicia de 29 de enero de 2010**, IL J 392, expone los requisitos para que proceda la modificación de hechos probados: (i) que se señale concretamente el hecho y se proponga redacción alternativa; (ii) que la revisión pretendida pueda devenir trascendente a efectos de solución del litigio; (iii) que se identifique documento auténtico o prueba pericial obrante en autos, de los que se deduzca de forma patente el error del juzgador *a quo*; (iv) que la valoración realizada en la instancia no sea sustituida por una valoración de parte. En el supuesto analizado, el TSJ declara que no procede la revisión, ya que la recurrente se limita a señalar un informe obrante en autos —sin indicar folios— y recuerda que no es función de la Sala la búsqueda y concreción de los documentos. Por su parte, la **STSJ de Murcia de 25 de enero de 2010**, IL J 401, señala que no es posible, como pretende la recurrente, sustituir el criterio del juzgador por la valoración personal de una de las partes. Mientras, la **STSJ de Asturias de 15 de enero de 2010,** IL J 562, confirma que la rectificación del relato de instancia sólo es posible cuando sea trascendente para variar el signo del pronunciamiento. Tanto la **STSJ de Baleares de 19 de enero de 2010**, IL J 470, como la **STSJ de Andalucía de 26 de enero de 2010**, IL J 466, ratifican que las pruebas testificales no pueden ser objeto de apreciación o valoración en fase de suplicación. Finalmente, la **STSJ de Baleares de 16 de diciembre de 2009**, IL J 323, desestima el recurso planteado por una trabajadora cuya única pretensión es la revisión de hechos probados, sin la correlativa pretensión de revisión del derecho aplicado en la sentencia que pudiera conllevar la modificación del fallo.

D) Infracción de normas

La **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, IL J 80, afirma que cuando el recurso de suplicación se articula por el cauce del artículo 191.c) LPL ha de alegarse la infracción de normas jurídicas sustantivas pero no procesales y, para ello, ha de partirse de la declaración de hechos probados de la sentencia salvo que se haya intentado su modificación por el cauce del artículo 191.b) LPL. Es decir, si la parte no está de acuerdo con los hechos probados, la estructura del recurso exige que primero intente su modificación y, seguidamente, extraiga las consecuencias jurídicas de la modificación de los hechos, alegando las normas y jurisprudencia infringidas.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La **STS de 17 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 277, señala la inexistencia de interés casacional en procesos sobre reconocimiento de incapacidad permanente. Y ello por la dificultad de determinar el sentido de la norma en una línea interpretativa con vocación de generalidad y, además, por cuanto la sentencia que se pudiera dictar sería ineficaz en orden a su invocación en procedimientos posteriores.

B) Falta de contradicción

A la hora de valorar la existencia de contradicción, la Sala tiene muy en cuenta algunos actos simultáneos y posteriores de quienes son sujetos de la resolución. En el caso resuelto por la **STS de 1 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 350, las sentencias comparadas tenían como sujeto pasivo a la misma entidad y el objeto a examen era la interpretación del valor liberatorio del finiquito; sin embargo, los actos concurrentes en cada uno de los supuestos impedían apreciar la existencia de contradicción entre las sentencias. Por su parte, la **STS de 25 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 348, afirma que el requisito de la contradicción a que se refiere el artículo 217 LPL no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la necesaria identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos en conflictos sustancialmente iguales. En idénticos términos se pronuncian las **SSTS de 10, 12 y 18 de febrero de 2010 y de 4, 9 —dos—, 15 —tres— y 30 de marzo de 2010**, todas de la Sala Cuarta, IL J 141, 151, 222, 575, 423, 535, 537, 539, 578 y 583. Finalmente, la **STS de 15 de marzo de 2010,** Sala Cuarta, IL J 533, específicamente se refiere a que cuando las pretensiones de los correspondientes procesos que dan lugar a las sentencias comparadas se fundamentan en normas distintas, no puede apreciarse la identidad de las controversias porque se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión.

C) Cuestión nueva

Será causa de inadmisión del recurso que las normas citadas no guarden la necesaria relación con las cuestiones debatidas previamente ante el TSJ. Así lo declaran las **SSTS de 5 y**

8 de febrero de 2010, ambas de la Sala Cuarta, IL J 138 y 166, al considerar como cuestión nueva, que debe conllevar la inadmisión del recurso, todo motivo planteado en casación que no coincida con los formulados en suplicación.

D) Imposibilidad de revisar hechos probados

La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba. Así lo confirma la **STS de 2 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 146.

11. RECURSO DE CASACIÓN. ERROR DE HECHO

La **STS de 8 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 142, recoge la doctrina contenida en anteriores sentencias de la Sala y afirma que para que pueda prosperar un error de hecho en casación es preciso: (i) que la equivocación del juez se desprenda de forma clara de un documento obrante en las actuaciones; (ii) se señale por el recurrente el punto específico del documento que pone de relieve el error; (iii) el error se desprenda de forma clara e inequívoca sin necesidad de conjeturas, deducciones o suposiciones, y (iv) que el error sea trascendente para el fallo. Asimismo, en relación con el primero de los requisitos, considera el TS que las declaraciones que el recurrente realizó ante la policía no son propiamente documentos hábiles para fundamentar el recurso de casación, sino meras declaraciones de parte recogidas por escrito o testimonios documentados.

12. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documentos recobrados

La **STS de 25 de marzo de 2010**, Sala Cuarta, IL J 581, sostiene que la resolución de la Agencia Tributaria que se limita a aprobar la rectificación de la autoliquidación de una trabajadora no reúne los requisitos del artículo 510.1 LEC, ya que el documento aportado no era un documento que hubiera sido ocultado o retenido por la otra parte, ni del que el interesado no pudiera haber dispuesto por fuerza mayor.

B) Caducidad

Corresponde al demandante determinar con claridad el *dies a quo* en el que se inicia el cómputo del plazo de tres meses para interponer el recurso de revisión. Así lo dicta la **STS de 1 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, IL J 156. Se razona que no basta manifestar que el recurso se interpone en tiempo hábil, sino que habrá de acreditarse el día en el que se tuvo conocimiento de los documentos o del fraude que se invoca como motivo de revisión.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. CONDENA DE FUTURO

La posibilidad de variar un pronunciamiento en fase de ejecución es examinada por la **STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2010**, IL J 446. Se resuelve así el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora frente al auto que declaraba no haber lugar al recurso de reposición instado frente a la denegación del despacho de ejecución. El TSJ resuelve que, si bien la condena establecía que la Mutua demandada debía asumir el pago de la prestación por IT de la trabajadora hasta una determinada fecha, las condenas de futuro están siempre condicionadas a la subsistencia de las condiciones determinantes de las mismas, y esta subsistencia pueda ser controlada en fase de ejecución «(...) respecto a los hechos futuros que la sentencia no pudo contemplar (...)». Y en el caso enjuiciado, durante un período posterior a dictarse la sentencia, la trabajadora no reunía las condiciones que motivaron la condena.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ISABEL ARTEAGA COLLAR
LEIRE HERNANDO SUÁREZ
SERGIO PONCE RODRÍGUEZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SUMARIO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

   A) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los períodos de incapacidad temporal.

   B) Responsabilidad del fabricante: competencia de la jurisdicción social.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

   A) Relación de causalidad: concurrencia de culpas.

   B) Responsabilidad solidaria: Iniciación de un nuevo procedimiento para exigir la responsabilidad solidaria en los supuestos de externalización a una empresa tercera una vez declarada la responsabilidad del empleador directo del beneficiario del recargo.

   C) Responsabilidad solidaria: Contrata de obras y servicios y propia actividad.

   D) Recargo de prestaciones y deber de vigilancia: Responsabilidad solidaria en contratas de obras y servicios.

3. LÍMITES DE EXPOSICIÓN AL RUIDO Y COMPLEMENTO POR PENOSIDAD

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se compendian en esta crónica las sentencias recaídas sobre la materia preventiva contenidas en los números 1 a 4 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* de 2010.

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los períodos de incapacidad temporal

La complejidad de la valoración de los daños conforme al baremo establecido para los accidentes de circulación y la doctrina jurisprudencial sobre los criterios para el cálculo

de la cuantía indemnizatoria por daños y perjuicios cuando se superpone la incapacidad temporal exigen tomar en consideración la doctrina sobre los criterios de complementariedad y homogeneidad en la aplicación del principio de compatibilidad de indemnizaciones. Cuestión que se plantea en las **SSTS de 14 diciembre 2009,** IL J 95, **y 15 diciembre 2009,** IL J 96, y delimitan la indemnización procedente por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo con fundamento en el citado baremo en relación al período en el que el accidentado ha estado en situación de incapacidad temporal. Las sentencias parten del criterio unificado sobre la reparación íntegra del daño con el límite del enriquecimiento injusto y la compensación o descuento sobre las cantidades percibidas sobre conceptos homogéneos y concluye que en la indemnización procedente por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo correspondientes al período en el que el trabajador accidentado ha estado en situación de incapacidad «debe fijarse: a) la indemnización por lucro cesante, como mínimo y salvo prueba acreditativa de un daño o perjuicio mayor, en cuantía equivalente al 100% del salario dejado de percibir en dicho período por el accidentado y, en el supuesto de haberse percibido durante dicho período cantidades en concepto de prestaciones económicas de IT (las que compensan exclusivamente el lucro cesante) o por otros complementos o mejoras (las que igualmente, como regla, solamente compensan el lucro cesante), la indemnización ascenderá, como mínimo, a las diferencias entre lo percibido por tales conceptos y el importe del 100% del salario dejado de percibir; b) la indemnización resarcitoria de los daños morales sufridos, de instarse la aplicación del referido baremo, —dado que la Tabla V en la indemnización básica incluye los daños morales y, por ende, deben distinguirse los diversos aspectos para posibilitar las compensación entre conceptos homogéneos—, y salvo que se acredite un daño o perjuicio mayor, se fijará partiendo para los días de baja "durante la estancia hospitalaria" de la cuantía íntegra prevista para ellos en el baremo y para los restantes días de baja impeditiva "sin estancia hospitalaria" (a los exclusivos efectos de cuantificar los daños morales) de la cuantía íntegra prevista para los días de baja no impeditivos, y c) sin que proceda aplicar a los accidentes de trabajo los que en el baremo de accidentes de tráfico figuran como "factores de corrección" por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, dado que ya se ha partido para fijar los daños y perjuicios del importe del 100% del salario dejando de percibir». Por lo demás, Se matiza que el salario incluye las pagas extraordinarias y que los daños morales, al no ser la incapacidad temporal o las mejoras por diferencias de IT conceptos homogéneos, se perciben en función de la cuantía del baremo.

B) Responsabilidad del fabricante: competencia de la jurisdicción social

La de **STSJ Castilla y León de 2 diciembre 2009,** IL J 290, da respuesta a la cuestión planteada en suplicación sobre si la jurisdicción social es competente para resolver sobre la responsabilidad que pueda alcanzar al fabricante de la máquina con la que se produjo el accidente laboral y a su aseguradora. La resolución judicial, siguiendo su doctrina contenida en su Sentencia de 18 de noviembre de 2009 que declara su competencia cuando junto al empresario se demandan a terceros (Promotores y Técnicos de obra) por un ilícito laboral, llega a la conclusión de que es competente porque «la responsabilidad se inserta en el campo propio del derecho laboral, aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual

queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo y de la seguridad en el mismo».

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Relación de causalidad: concurrencia de culpas

Se acoge en la **STS de 20 de enero de 2010,** IL J 42, la concurrencia de culpas de la empresa y del trabajador en la causación del accidente que motiva la imposición del recargo y casa la sentencia que resuelve el recurso de suplicación y exoneró de responsabilidad a la empresa imputando el accidente al trabajador por culpa exclusiva de la víctima que, con la intención de reparar el desperfecto, entra en la zona de riesgo y procede por su cuenta a realizar una serie de operaciones bajo el alcance del robo. El TS parte de la relevancia causal de ambas conductas «porque sin las infracciones de la empresa el accidente no hubiera tenido lugar, ya que el trabajador no hubiera entrado en la zona de riesgo o de entrar se hubiera impedido la acción de la máquina. Pero tampoco se habría producido el accidente, si el trabajador no hubiera entrado en la zona de riesgo». Y razona que «la culpa de la víctima no rompe el nexo causal que proviene del agente externo —en este caso los incumplimientos de la empresa—, salvo cuando el daño se ha producido de forma exclusiva por una actuación culposa imputable a la víctima. El daño es imputable también a la empresa, porque si no se hubieran producido las omisiones en materia de prevención que le son imputables el accidente no hubiera tenido lugar». Por ello concluye que no cabe exonerar de responsabilidad al empresario y hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización y reitera la STS de 12 de julio de 2007: «la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene cuando no opera como causa exclusiva del accidente entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia temerarias que pudiera cometer el trabajador».

La **STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2010,** IL J 491, aborda también la concurrencia de culpas a partir de la omisión de la empresa de no colocar rejillas de protección en unos huecos que impidiesen el acceso a una zona peligrosa (que con posterioridad al accidente sí instaló) y la falta de advertencia o aviso de peligro en la máquina cortadora o en sus proximidades. Pero dicho incumplimiento se ve atemperado por la contribución causal del trabajador cuya conducta pone de relieve una falta de diligencia en relación con los deberes que le incumben respecto de las normas de seguridad, puesto que «circunstancias como el implícito riesgo de la máquina cortadora, de presencia ordinaria en el ámbito productivo de que se trata, su antigüedad en la empresa o su condición subjetiva laboral (operador de línea-atado-báscula), debieron disuadirle de escoger la vía de regreso que utilizó para incorporarse a su actividad profesional, pues lo hizo —al parecer, como era habitual— desde un área no protegida —hueca con indudable riesgo de caída— para alcanzar una de las zonas de paso paralela y con barandilla, en lugar de acceder directamente por una de éstas».

B) Responsabilidad solidaria: Iniciación de un nuevo procedimiento para exigir la responsabilidad solidaria en los supuestos de externalización a una empresa tercera una vez declarada la responsabilidad del empleador directo del beneficiario del recargo

La **STS de 18 de enero de 2010,** IL J 45, aborda la cuestión relativa a si la acción ejercitada por primera vez en vía administrativa y judicial exclusivamente frente al empleador directo precluye la posibilidad de exigir una posterior responsabilidad solidaria de una tercera empresa por recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad que no ha sido parte en el expediente previo ni en vía judicial e iniciar un nuevo expediente administrativo. Es decir, si puede o no iniciarse un nuevo expediente administrativo al no haber prescrito la acción correspondiente.

Para resolver esta cuestión el TS parte de considerar la naturaleza del recargo de prestaciones por infracción de medidas seguridad, el plazo de cinco años para ejercitar la acción para exigir su reconocimiento y las causas de interrupción de la prescripción (artículo 43.2 LGSS). Mientras que sobre la naturaleza y su carácter prestacional reitera su doctrina sobre tal carácter, respecto de la interrupción del plazo prescriptivo éste queda interrumpido por expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate e invoca la STS de 7 de julio de 2009 para afirmar que la norma legal no exige que las actuaciones administrativas «tengan que estar dirigidas directamente contra el empresario frente al que ulteriormente se pudieran dirigir sus acciones los posibles afectados para obtener la declaración en vía administrativa o posterior jurisdiccional de existencia de infracción de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo cuestionado y la consecuente responsabilidad empresarial al abono del recargo». Por ello la sentencia concluye que la acción ejercitada por primera vez para exigir la responsabilidad solidaria de una tercera empresa derivada de la posible infracción de normas de prevención de riesgos laborales «no cabe entenderla prescrita, caducada o extinguida por el agotamiento de una anterior vía previa administrativa, y posteriormente la judicial impugnatoria, exclusivamente frente a la directa empleadora a la que se impuso el recargo, sin haber sido parte en la referida tercera empresa ni en el expediente previo ni haberse intentado en el mismo ni en la vía judicial posterior, en su caso, extender la responsabilidad contra la citada empresa tercera; pudiendo iniciarse un nuevo expediente administrativo de no haber prescrito la correspondiente acción».

C) Responsabilidad solidaria: Contrata de obras y servicios y propia actividad

La responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones en los supuestos de descentralización productiva tiene su fundamento en el cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, cuando tratándose de obras y servicios de su propia actividad, la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal, que tiene, además, la obligación específica de vigilar el cumplimiento de las obligaciones del contratista en materia de seguridad en el trabajo. La **STS de 18 de enero de 2010,** IL J 53, casa y anula la sentencia recurrida sobre la base de la no concurrencia del requisito de propia actividad y no realizar la empresa principal actividad

alguna en el centro de trabajo. En efecto, según doctrina unificada considera que la propia actividad la integran «todas aquellas tareas que son inherentes a su proceso productivo, y no cabe duda que, en el supuesto que hoy resolvemos, la demolición de un edificio (supuesto de la contrata) no es actividad inherente a fabricante de vidrio plano laminar y securit». Pero también pone de manifiesto que las obligaciones de vigilancia de las labores encomendadas al contratista ceden puesto que «la empresa principal no realizaba en aquel lugar actividad alguna», la nave cuya demolición se había contratado.

D) Recargo de prestaciones y deber de vigilancia: Responsabilidad solidaria en contratas de obras y servicios

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de noviembre de 2009,** IL J 200, enjuicia el alcance del deber de vigilancia que la empresa principal tiene en el marco de las obligaciones preventivas impuestas en los supuestos de contratas y subcontrata referidos a la propia actividad y que se desarrollan en su centro de trabajo. Según esta sentencia, el deber de vigilancia no alcanza en una obra de envergadura —la construcción de un túnel ferroviario— sobre algo tan elemental como la seguridad de uso de una escalera de mano. Aunque el accidente se produce por una falta de adopción de medidas de seguridad previstas en el Plan, en relación con la ejecución de una tarea en la que se tenía que utilizar una escalera de mano —no estaba bien asentada ni sujetada en su parte superior—, la sentencia considera que la falta de adopción de medidas de seguridad «cuya observancia corresponde a la empresa del trabajador, a la que también incumbe en primer lugar el deber de vigilancia de su cumplimiento, pesando sobre la empresa principal, a su vez, el deber de vigilancia que dispone el *artículo 24.3 de la Ley de Prevención* (el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales), pero esto, puesto en relación con las circunstancias del caso, de la extraordinaria amplitud de la obra o centro de trabajo en este caso e índole de la infracción en la concreta forma de realización de la tarea, se estima con el Juzgador, no permite llevar el deber de vigilancia de la empresa principal al extremo pretendido» de imputar la responsabilidad solidaria a la principal.

3. LÍMITES DE EXPOSICIÓN AL RUIDO Y COMPLEMENTO POR PENOSIDAD

Las **SSTS de 21 de diciembre de 2009,** IL J 6; **22 de diciembre de 2009,** IL J 97, 98 y 99; **23 de diciembre de 2009,** IL J 100 y **3 de febrero de 2010,** IL J 147, vienen a confirmar la doctrina modificada por el TS, a partir de sus Sentencias de 25 de noviembre de 2009, sobre los criterios para que el trabajador pueda devengar los complementos por penosidad a consecuencia de la contaminación acústica soportada en su puesto de trabajo o actividad.

La doctrina anterior establecía que la penosidad en el trabajo se producía a partir de los ochenta decibelios de ruido ambiental, límite a partir del cual la empresa debía adoptar determinadas medidas de protección, y que la puesta a disposición de protectores de los oídos y, en su caso, utilización o no por los trabajadores, no constituía una mejora objetiva de las instalaciones o de los procedimientos tendentes a una reducción objetiva del ruido.

La nueva doctrina contenida en las sentencias objeto de comentario traslada el umbral del ruido ambiental, igual o superior a los ochenta decibelios, al ruido percibido o «ruido

que llega al oído». Es decir, que, conforme a la nueva normativa reguladora del ruido contenida en el RD 1299/2006, la medición ha de efectuarse con el filtro que proporciona el equipo de protección individual y sólo cuando supere los ochenta decibelios tendría derecho a percibir el referido complemento.

Así se mantiene por el TS que «la penosidad por ruido sólo puede considerarse existente cuando "el ruido que llega al oído" del trabajador supera los 80 decibelios de media» y que por encima de dicho nivel de ruido la penosidad debe considerarse «excepcional» a todos los efectos, incluido el derecho a percibir el complemento de penosidad. Se viene a justificar sobre la base de los siguientes argumentos: «Las razones en que se apoya la reseñada doctrina jurisprudencial se pueden resumir en los siguientes puntos: 1.º) en el estado actual de la técnica, la penosidad o sufrimiento del trabajador por la circunstancia ambiental de ruido se puede amortiguar sensiblemente mediante el uso de protectores auditivos adecuados; 2.º) la finalidad de las normas comunitarias y nacionales en la materia, indicada con claridad en la Exposición de Motivos de la *Directiva 2003/10 (punto 12)*, es que "el ruido que llegue al oído del trabajador deb[a] mantenerse por debajo de los valores límites de exposición", y 3.º) el nivel sonoro de 80 dB es el que se tiene en cuenta en el RD 1299/2006 para considerar enfermedad profesional la hipoacusia o sordera provocada por "trabajos que exponen [al trabajador] a ruidos continuos", y parece lógico considerar "excepcional" o anormal penosidad la padecida en un medio de trabajo que, según el estándar oficialmente reconocido, puede producir sordera al trabajador afectado».

En suma, se produce una flexibilización de los criterios por interpretación de la jurisprudencia de la norma comunitaria y su adaptación por la normativa española que prevé la medición con la atenuación que produce el equipo de protección individual, de modo que se objetiva la penosidad en un nivel sonoro igual o superior a ochenta decibelios e inferior a ochenta y cinco decibelios una vez atenuado por el equipo de protección individual, ya que no es obligatoria la utilización de los protectores sonoros. Ahora bien, ello no significa que el trabajador esté protegido frente a la contaminación acústica ya que a la hora de evaluar los efectos sobre la salud del trabajador no sólo han de tomarse el nivel, tipo y duración de la exposición, también las características personales o condiciones especiales que puedan convertir al trabajador en especialmente sensible, como recuerda la Guía Técnica.

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martín
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Despido y extinción del contrato de trabajo en la doctrina judicial

Ortiz Lallana, M.C. (Coord.), Sesma Bastida, B. y Baviera Puig, I.

Lex Nova 1.ª ed., Valladolid, noviembre 2010, 300 pp.

Este libro contiene un minucioso y práctico análisis de las soluciones que la doctrina judicial ha dado a las cuestiones más relevantes y problemáticas planteadas por la regulación del despido y la extinción del contrato de trabajo en nuestro país. Es, por tanto, un instrumento útil para todos los agentes sociales de las relaciones laborales a quienes servirá para desentrañar las lagunas e interrogantes que la legislación social provoca al respecto. Por tanto, el lector tiene en sus manos un libro que no sólo ordena y analiza con criterio científico la jurisprudencia, sino que cobra máxima actualidad tras la reciente reforma del mercado de trabajo. En ella no se otorga a la reforma del despido un estatuto autónomo ni, por tanto, aborda una reforma profunda de la extinción del contrato de trabajo. Antes bien, se modifican los artículos 51, 52 y 53 del ET, y el 122 de la LPL, y se ven afectadas las causas de despido económico y los incumplimientos formales en la calificación, las cantidades de las que se hará cargo el FGS ante la extinción del contrato por las causas previstas en los artículos 51 y 52 o la creación del Fondo de capitalización. La aplicación de tales reformas, todavía pendientes de desarrollo reglamentario, y los conflictos que planteen aún no han llegado a los tribunales, y su solución puede alargarse, hasta contar con doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia y jurisprudencia del Tribunal Supremo. De otra parte, este libro plantea una senda, a propósito de la redefinición llevada a cabo de la «causa económica», la denominada «causa preventiva».

Establecimientos de beneficio y puestos comunes

Morales Manzanero, A., Hermosa Reig, A. y Carretón Moreno, R.

Lex Nova 1.ª ed., Valladolid, noviembre 2010, 120 pp.

La actividad minera es una de las de mayor riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores debido a los peligros específicos a que se encuentran sometidos éstos y la gravedad de las consecuencias en caso de accidentes laborales. Las estadísticas elaboradas por organismos oficiales indican que —a pesar de la normativa básica en materia de seguridad y salud laboral del sector minero— los índices de siniestralidad no se han reducido sustancialmente. Este manual —en cuya elaboración han participado Ingenieros de Minas, Abogados y Pedagogos, todos ellos Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales— pretende servir de base y apoyo para la impartición de la formación definida en la ITC 1316/2008.

Prevención de riesgos laborales para ferrallado

Fundación metal

Lex Nova, 1.ª ed., noviembre 2010, 140 pp.

En palabras del Convenio Colectivo General de la Construcción, «la formación necesaria y adecuada al puesto de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales constituye uno de los instrumentos básicos para combatir la siniestralidad laboral de que adolece el sector». Partiendo de esa idea, el convenio ha previsto dos ciclos formativos: el denominado «Aula permanente» y el orientado a transmitir conocimientos y normas específicas en relación con cada puesto de trabajo u oficio.

Lex Nova ha elaborado el manual «Prevención de riesgos laborales para ferrallado» en desarrollo de los contenidos del programa establecidos en el convenio para este segundo ciclo de formación al nivel específico propio de los trabajos de ferrallado, cuyo módulo obedece al esquema siguiente: - Definición de trabajos. - Técnicas preventivas específicas. - Medios auxiliares, equipos y herramientas. - Verificación, identificación y vigilancia del lugar de trabajo y su entorno. - Interferencias entre actividades. - Derechos y obligaciones.

Para su elaboración, en esta ocasión, se ha contado con la colaboración de la Fundación del Metal de Asturias.

En este manual se sigue una metodología eminentemente práctica, donde se resaltan las ideas principales, con resúmenes recordatorios de cada tema; todo ello, ilustrado con imágenes y fotografías —a todo color— de situaciones reales en obras de construcción, mostrando comportamientos correctos o inadecuados en el desarrollo de los trabajos, que permiten al alumno identificarse con ellos y amenizar el seguimiento y mejorar su aprovechamiento. Adicionalmente, y pensando en la labor del docente, se puede adquirir un CD con documentación gráfica complementaria que servirá de herramienta de apoyo en la exposición y desarrollo de la formación. Además, para valorar los conocimientos del alumnado, se recogen sencillos cuestionarios de autoevaluación, cuyas respuestas correctas se ilustran con imágenes de situaciones reales, que pueden servir de estímulo a la participación del alumno en el seguimiento y aprovechamiento del programa formativo.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. ***Contenido.*** La Revista *Justicia Laboral* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.

2. ***Lengua y formato.*** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.

3. ***Resúmenes en español e inglés.*** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.

4. ***Dirección de envío.*** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Laboral.* También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.

5. ***Evaluación externa.*** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación Externo, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.

6. ***Pruebas de imprenta.*** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.

7. ***Obligación de cumplimiento de las normas.*** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.