

revista

Justicia
Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Laboral

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

CONSEJO ASESOR

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.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED).
DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO LABORAL DE URÍA MENÉNDEZ. ABOGADOS.

DIRECTOR ADJUNTO

Jesús R. Mercader Uguina

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO.
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.

© LEX NOVA 2010

EDICIÓN LEX NOVA, SAU
General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO 983 457 038
FAX 983 457 224
E-MAIL clientes@lexnova.es

INTERNET www.lexnova.es
ISSN 1576-169X
DEPÓSITO LEGAL VA. 157-2000

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase 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 consecuencia 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.

Sumario

EDITORIAL

- [5] Aspectos laborales de la STC 31/2010, de 28 de junio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto de Cataluña

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA

- [13] La reforma laboral de 2010 (el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo)

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
SERGIO PONCE RODRÍGUEZ

- [47] Clarificación del significado de renta o ingreso computable en las pensiones no contributivas de la Seguridad Social

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

- [75] Inspección de trabajo y Comunidades Autónomas

JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

- [93] Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

DANIEL PÉREZ PRADO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

- [123] I. FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [135] II. TRABAJADOR
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

- [157] III. EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

- [183] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [195] V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL
LOURDES LÓPEZ CUMBRE

- [233] VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

- [245] VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS
JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [257] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

- [267] IX. SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

- [279] X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- [289] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [295] XII. EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [311] XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[315] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



Editorial

ASPECTOS LABORALES DE LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNIO, POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA REFORMA DEL ESTATUTO DE CATALUÑA

Por todos es conocido que la STC 31/2010, de 28 de junio, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC), ha sido uno de los pronunciamientos más polémicos y controvertidos de nuestra historia reciente. La resolución, que consta de 881 páginas y cuenta con cinco votos particulares, procede a “estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad” centrando su razonamiento en torno a cuatro núcleos temáticos: en primer lugar, las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”; en segundo término, los preceptos que declara inconstitucionales y, por lo tanto, nulos; en tercer lugar, los preceptos que considera que no son inconstitucionales, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico de la sentencia; y, en fin, los demás preceptos respecto de los cuales se desestima su inconstitucionalidad.

Respecto al primer punto, referido a la definición de Cataluña como “nación” contenida en el preámbulo del Estatuto, la sentencia señala que el preámbulo “carece de eficacia interpretativa”, razón por la cual no es necesario declarar nula la definición de nación, y hace una mención expresa a la “unidad de la nación española”, tal y como se contiene en el texto constitucional.

El segundo bloque es el que contiene los artículos inconstitucionales, un total de catorce, entre los que están los referidos al Consejo de Justicia de Cataluña, al defensor del pueblo catalán y la financiación. Dentro de este bloque, el Alto Tribunal anula, entre otras, las siguientes afirmaciones contempladas en el texto: que el catalán sea la lengua “preferente” de la Administración (artículo 6.1); que el Consejo de Justicia de Cataluña participe en el nombramiento del Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en el de los Presidentes de Sala del mismo Tribunal (artículo 95.5 y 6); que el Consejo de Justicia de Cataluña sea el órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña y actúe “como órgano desconcentrado” del CGPJ (artículo 97); las relativas a las atribuciones del Consejo de Justicia de Cataluña (artículo 98.2 –letras a,

b, c, d y e— y 3); que el Presidente o Presidenta del TSJC presida el Consejo de Justicia de Cataluña (artículo 99.1); que los actos del Consejo de Justicia de Cataluña sean recurribles en alzada ante el CGPJ, “salvo que hayan sido dictados en el ejercicio de competencias de la Comunidad” –(artículo 100.1); que la Generalitat pueda proponer al Consejo de Justicia de Cataluña –además de al Gobierno del Estado y al CGPJ– la convocatoria para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces y Fiscales en Cataluña y que el mismo Consejo pueda convocar los mismos concursos (artículo 101.1 y 2); cualquier excepción a las bases fijadas por el Estado acerca de las competencias compartidas atribuidas a la Generalitat (artículo 111); o, en fin, que sean “principios, reglas y estándares mínimos fijados en las bases estatales”, y no estas mismas, los que regulen la competencia compartida sobre “entidades de crédito que no sean cajas de ahorro, cooperativas de crédito y entidades gestoras de planes y fondos de pensiones y de las entidades físicas y jurídicas que actúan en el mercado asegurador”, excluyendo las “mutualidades de previsión social no integradas en el sistema de Seguridad Social” (artículo 126, apartado 2).

El tercer punto del fallo contiene los artículos que, para ser constitucionales, deben ser declarados conforme a las indicaciones del Tribunal, centrándose la mayoría de las precisiones en los derechos históricos, símbolos nacionales, consultas populares, derecho civil e inmigración.

Ha quedado fuera de cualquier tipo de declaración de inconstitucionalidad el artículo 170 EAC, en el que se establece que corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales y enumera los ámbitos o funciones que dicha competencia incluye, cuyas funciones y servicios ya fueron traspasados. Aunque, efectivamente, la STC 31/2010, admite la plena constitucionalidad del citado precepto, puede resultar de interés conocer las motivaciones que llevaron a su impugnación así como los razonamientos que han servido al Tribunal Constitucional para afirmar su adecuación con el texto constitucional.

El apartado 1.º del citado precepto establece que corresponden a la Generalitat: “a) Las relaciones laborales y condiciones de trabajo. b) Las políticas activas de ocupación, que incluyen la formación de los demandantes de ocupación y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes. La Generalitat participa en los planes o actividades de formación que superen el ámbito territorial de Cataluña. c) Las cualificaciones profesionales en Cataluña. d) La intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña. e) La negociación colectiva y el registro de los convenios colectivos de trabajo. f) Los procedimientos de regulación de ocupación y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo situados en Cataluña. g) La prevención de riesgos laborales y la seguridad y la salud en el trabajo. h) La potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias. i) La determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Cataluña. j) El control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo de las empresas que ejercen su actividad exclusivamente en Cataluña. k) Los instrumentos de

conciliación, mediación y arbitraje laborales. l) La elaboración del calendario de días festivos que debe regir en todo el territorio de Cataluña”.

Asimismo, el artículo 170.2 EAC dispone que corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en este artículo y que, a tal efecto, los funcionarios de los Cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Generalitat, así como que a través de los mecanismos de cooperación previstos en el título V del Estatuto de Autonomía se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social.

Del citado precepto fueron impugnados diversos aspectos. Como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional en su Antecedente 98 del artículo 170 EAC, en primer lugar, sorprendió a los recurrentes que fuera sustituido el concepto materia “laboral” (artículo 149.1.7 CE) por el de “trabajo y relaciones laborales” cuando la jurisprudencia ha ido limitando aquel término a la relación laboral, sin incluir cualquier referencia al mundo del trabajo. Si bien, reconocen los demandantes que, en general, el precepto, aisladamente considerado, parece acomodarse a la Constitución, no obstante, los mismos consideran que tal referencia pudiera plantear problemas de constitucionalidad en relación con el artículo 112 y con el título V, ambos del Estatuto. Al menos en una ocasión, dicen los recurrentes, el precepto reconoce a la Generalitat competencias de “regulación”, lo que supondría una inconstitucionalidad específica; así sucedería con la letra d) del apartado 1 (regulación de las agencias de colocación con sede en Cataluña), contrario por ello al artículo 149.1.7 CE; y también con la letra i) de ese mismo apartado 1 (determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Cataluña), siendo de recordar la doctrina establecida en la STC 233/1997, de 18 de diciembre. Para los recurrentes, el apartado 2 de este artículo 170 que prevé la adscripción orgánica y funcional a la Generalitat de los funcionarios de los cuerpos que lleven a cabo la función pública inspectora puede plantear dudas de constitucionalidad. Al respecto, se alega, en primer lugar, que “las tareas de dichos funcionarios siguen correspondiendo en buena parte al Estado, según lo dispuesto en la legislación laboral”; y, en segundo término, que “la adscripción de, entre otros, los inspectores de trabajo terminaría con la unidad del Cuerpo nacional de inspección, que garantiza la igualdad básica de las condiciones de trabajo. Se reproducen en este punto las razones esgrimidas [antecedente 82.a) de la Sentencia] en defensa de la necesidad de mantener la unidad de los Cuerpos de registradores y notarios al impugnar el artículo 147.1.a) del Estatuto”.

Los anteriores razonamientos fueron contestados por la representación letrada del Gobierno de España. La misma rechaza las alegaciones de los recurrentes en lo que se refiere al uso de los conceptos “relaciones laborales” y “trabajo”, precisando, en relación con el planteamiento dirigido contra la letra d) del apartado 1, que “habría que examinar si corresponde la materia a las relaciones laborales o es, más bien, expresión de una acción política propia en un sector predominantemente administrativo de posible asunción por las Comunidades Autónomas, como parece entender el artículo 1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, del que se podría deducir que las oficinas de empleo, como instrumentos de una política de fomento, rebasan el marco estricto de las relaciones laborales para integrarse en una acción conjunta del Estado y las Comunidades Autónomas, tal como ex-

plica el propio preámbulo de la referida Ley”. Por lo que se refiere a la letra i) del mismo apartado, el representante del Gobierno considera que el significado del precepto debe entenderse respecto de aquellos servicios mínimos que se limiten al territorio de Cataluña, tal como resulta del artículo 115 EAC. Por otro lado, y respecto del caso de servicios estatales, habría de reconocerse que la fijación de servicios mínimos debe corresponder a quien tiene la responsabilidad del servicio, que es quien mejor puede apreciar su carácter esencial y los mínimos que sea necesario atender. Sobre él recae la responsabilidad política del servicio y también la responsabilidad de la privación del derecho de huelga a los trabajadores, y esta conexión específica de responsabilidades a que se refiere la STC 233/1997, de 18 de diciembre, haría pensar que no ha sido propósito del Estatuto el atribuir a la Generalitat la competencia de fijación de servicios mínimos en caso de huelga cuando se trate de servicios estatales. En cuanto al apartado 2, se sostiene que son cosas distintas y no se interfieren la unidad del cuerpo, condiciones de acceso, selección, deberes y derechos, y la dependencia orgánica y funcional concreta de unos puestos de trabajo derivadas de la titularidad de competencias ejecutivas.

Por su parte, el Gobierno de la Generalitat no vio ningún obstáculo para asimilar la expresión “regulación” a “reglamentación”. Amén de ello, la propia significación de las competencias como ejecutivas, que figura en el encabezamiento del artículo 170.1, eliminaría cualquier posible suspicacia al respecto. Por otro lado, los argumentos empleados a partir de las previsiones de leyes ordinarias (concretamente, Ley 56/2003) no serían de recibo para construir el canon de enjuiciamiento del precepto. Finalmente, y sin perjuicio de señalar que no se aportan razones para desvirtuar el punto de conexión fijado por el estatuyente, se indica que, como quiera que la intervención autonómica se proyecta preferentemente sobre la vertiente organizativa de las agencias de colocación, no cabría duda de que la sede es el criterio más adecuado. Tal habría sido el punto de conexión definido en el artículo 120 del Estatuto, no impugnado. Tampoco es cierto, para el Gobierno catalán, que el artículo 170.1.i) permita desconocer el eventual ámbito supraautonómico de las huelgas o que la falta de mención de las competencias estatales sea, de por sí, motivo de inconstitucionalidad. A la vista de lo previsto en el artículo 115 del Estatuto, la actuación de la Generalitat nunca incurrirá en extraterritorialidad, y será en la fase de aplicación cuando deba procederse a las modulaciones que correspondan, sin que ello conlleve por ahora la inconstitucionalidad del precepto, planteada aquí con carácter preventivo. Y, finalmente, la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora atribuida a la Generalitat por el artículo 170.2 no tiene por qué implicar, a juicio del Gobierno catalán, la ruptura de un cuerpo nacional. Bastaría pensar en los cuerpos docentes universitarios, que dependen orgánica y funcionalmente de las distintas Universidades. A ello se añadiría que la atribución al Estado de la legislación laboral no conlleva necesariamente una determinada fórmula organizativo-funcional, y que la apelación a instrumentos de cooperación es adecuada e incluso necesaria cuando se dan situaciones de doble relación, como aquí sucedería.

Por último, el Parlamento catalán considera que en la letra d) del artículo 170.1 la expresión “regulación” es asimilable a “reglamentación”, como demostraría la calificación de la competencia como ejecutiva. En la opción de señalar la sede o domicilio como punto

de conexión no habría ninguna contradicción con las normas constitucionales, y sería el criterio más adecuado, dado que la intervención se proyecta preferentemente sobre la vertiente organizativa de las agencias de colocación. Por otro lado y en relación con la dependencia orgánica y funcional prevista en el apartado 2 del artículo 170, se señala que la atribución al Estado de la legislación laboral no conlleva necesariamente una determinada fórmula organizativo-funcional: “En cualquier caso la apelación a los procedimientos de cooperación sería perfectamente adecuada e incluso necesaria cuando se dan situaciones de doble relación. Sea como sea la solución propuesta en nada contradiría a la Constitución”.

El Fundamento Jurídico 106 de la TC 31/2010, de 28 de junio, se destina a valorar constitucionalmente las posibles tachas de inconstitucionalidad planteadas por los recurrentes. Comienza señalando el citado pronunciamiento que “los demandantes hacen anteceder a la impugnación de los citados apartados una valoración global del precepto en cuestión, afirmando que aisladamente considerado parece acomodarse a la Constitución, si bien les suscita objeciones, por un lado, su relación con el artículo 112 EAC, en cuanto a la definición del alcance de las competencias ejecutivas que se contiene en este precepto, y, por otro lado, por la referencia que en el apartado 2 del artículo 170 EAC se hace a los mecanismos de cooperación previstos en el título V EAC han de ser desestimadas sin un mayor detenimiento estas objeciones, debiendo remitirnos en cuanto al alcance de las competencias ejecutivas a lo ya dicho en relación con el artículo 112 EAC (FJ 61) y en lo relativo a la referencia a aquellos mecanismos de cooperación a lo que se dirá respecto a los mismos al enjuiciar los preceptos recurridos del título V EAC, dado que la propia demanda posterga a tal momento esa impugnación huérfana ahora de la más mínima argumentación”.

En relación con la impugnación de la letra d) del apartado 1 del artículo 170 EAC, que precisa como uno de los contenidos que integra la competencia ejecutiva de la Generalitat en materia de trabajo y relaciones laborales “[l]a intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y control de las agencias de colocación con sede en Cataluña”, los demandantes estiman inconstitucional el precepto estatutario al entender, en primer término, que la competencia de “regulación” excede de la competencia de ejecución que en materia laboral puede asumir la Comunidad Autónoma al estar reservada al Estado ex 149.1.7 CE la legislación laboral. Señala el Tribunal Constitucional que, como sostiene la representación procesal del Gobierno de la Generalitat, “el alcance de la competencia de ‘regulación’ debe cohererarse en este caso, y así debe ser comprendida, con el carácter ejecutivo de la competencia asumida por la Comunidad Autónoma en materia de trabajo y relaciones laborales, como expresamente se establece en el encabezamiento del artículo 170 EAC”. Entendida de este modo, como no puede ser de otra forma, se desvanece el reproche de inconstitucionalidad que aprecian los recurrentes, pues ya hemos tenido ocasión de señalar, al enjuiciar el artículo 112 EAC, que “en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4)”.

Por otra parte, “tampoco puede prosperar el motivo de inconstitucionalidad adicional que aducen los recurrentes referido a las facultades de autorización y control de las agencias de colocación, puesto que el establecimiento de la sede de dichas agencias en el territorio de la Comunidad Autónoma como punto de conexión de la competencia autonómica ni por sí implica, ni tiene por qué derivarse necesariamente de él una proyección extraterritorial de su ejercicio, dado que la competencia asumida puede proyectarse sobre la vertiente organizativa de aquellas agencias, estando supeditado en todo caso el estricto significado de ese punto de conexión a lo que pueda disponer al respecto el legislador estatal en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada ex artículo 149.1.7 CE”. En consecuencia, ha de ser desestimada la impugnación del artículo 170.1.d) EAC.

Un segundo objeto de debate se centra en “la determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Cataluña”, otro de los cometidos que, de acuerdo con el artículo 170.1.i) EAC, incluye en todo caso la competencia ejecutiva de la Generalitat en materia de trabajo y relaciones laborales. La citada inclusión es impugnada por los recurrentes en la medida en que, a su juicio, el precepto no atiende al eventual ámbito supraautonómico de las huelgas ni a la competencia estatal sobre determinados servicios esenciales, contrariando así la doctrina establecida en la STC 233/1997, de 18 de diciembre.

Recuerda el Tribunal Constitucional, a estos efectos, que “es doctrina constitucional reiterada que el establecimiento de garantías en los servicios esenciales con ocasión de una huelga se incluye entre los “actos de ejecución de la legislación del Estado que, sin perjuicio de su carácter normativo, entran en la esfera competencial de las CC.AA.” (STC 86/1991, de 25 de abril, FJ 4), del mismo modo que “la autoridad gubernativa a quien corresponde determinar el mínimo de mantenimiento del servicio, a fin de preservar los derechos o bienes constitucionales comprometidos por la huelga, es aquella autoridad, estatal o autonómica, que tiene competencia y, por consiguiente, la responsabilidad política del servicio en cuestión” (STC 233/1997, de 18 de diciembre FJ 6; con cita de las SSTC 33/1981, de 5 de noviembre, y 27/1989, de 3 de febrero)”. De lo anterior se desprende, concluye el Tribunal, que la Generalitat puede ser competente para la determinación de los servicios mínimos en caso de huelga en servicios esenciales para la comunidad, según quiere el artículo 170.1.i) EAC, si bien sólo en los casos en los que le corresponde “la responsabilidad política del servicio en cuestión”, únicamente en el ámbito territorial en el que la Generalitat es competente. Al margen quedan, por tanto, los supuestos de huelga en servicios esenciales que, radicados o prestados en territorio catalán –y sólo en él o también en otros territorios–, son de la competencia del Estado por corresponderle la responsabilidad política del servicio en cuestión”. Así entendido, ha de desestimarse la impugnación del artículo 170.1.i) EAC.

Finalmente, el artículo 170.2 EAC dispone, como hemos visto, que “[C]orresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en este artículo. A tal efecto, los funcionarios de los Cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Generalitat. A través de los meca-

nismos de cooperación previstos en el Título V se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social”. Los demandantes objetan a la adscripción orgánica y funcional de los funcionarios a que se refiere el precepto que buena parte de las tareas que tienen asignadas dichos funcionarios siguen correspondiendo al Estado de acuerdo con la legislación laboral. Precisa el Tribunal que los recurrentes “olvidan al respecto, sin embargo, que asumida por la Generalitat de Cataluña la competencia de ejecución de la legislación laboral, le corresponde por consecuencia también la autoorganización de los servicios correspondientes, es decir, el establecimiento del sistema de organización y funcionamiento de la acción inspectora y sancionadora orientada al cumplimiento de dicha legislación, lo que incluye la posibilidad de establecer que los funcionarios encargados de tales funciones estén adscritos orgánica y funcionalmente a la Generalitat (STC 249/1988, de 20 de diciembre, FJ 3). Esta regulación estatutaria no impide, pero tampoco implica, que se mantenga la actual dualidad de funciones de los funcionarios del cuerpo nacional de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la medida en que se sigan atribuyendo a los mismos cometidos y funciones correspondientes a materias tanto de competencia autonómica como de competencia estatal. Al mismo tiempo, tampoco implica necesariamente la ruptura de la unidad del cuerpo nacional de funcionarios ni impide su mantenimiento, lo que constituye una opción legal compatible con la regulación estatutaria. A lo que habría que añadir que tal opción no viene exigida por la necesidad de garantizar “la igualdad básica de las condiciones de trabajo de todos los españoles así como el igual tratamiento ante la ley de los empresarios”, pues es a la legislación laboral –competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.7 CE)–, y no a una determinada modalidad de organización de la acción inspectora, a la que corresponde garantizar dicha igualdad. Por lo dicho, ha de ser desestimada la impugnación del artículo 170.2 EAC”.

Es importante precisar, por último, que el traspaso de competencias del Estado a la Generalidad de Cataluña en esta materia se produjo a través del Real Decreto 206/2010 de 26 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspector de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que fue efectivo a partir del 1 de marzo de 2010. Dicho traspaso produjo un cambio muy significativo en la organización y la dependencia de los servicios y del personal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A partir del 1 de mayo de 2010, los servicios territoriales de inspección del Departamento de Trabajo y del Ministerio de Trabajo e Inmigración se integraron en el consorcio de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña, creado por la Generalidad de Cataluña y la Administración General del Estado con el objeto de garantizar la prestación coordinada de ambos servicios públicos en Cataluña, el ejercicio eficaz de la función inspectora y su actuación en todas las materias del orden social.

El modelo organizativo se define por la Ley 11/2010, de 19 de mayo, de la Agencia Catalana de Inspección de Trabajo. A este organismo le corresponde el ejercicio de la potestad pública de inspección en los ámbitos materiales del orden social de competencia de la Generalitat de Cataluña, esto es, la función de vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias y del contenido normativo de los convenios colectivos, asistir técnicamente a empresas, trabajadores y órganos de las administraciones públicas, emitir informes que le soliciten los órganos judiciales, investigar los accidentes de trabajo



y enfermedades profesionales y emitir los informes de dichas actuaciones, llevar a cabo la conciliación y la mediación en los conflictos laborales así como el arbitraje voluntario y poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias que no estén cubiertas por las disposiciones legales existentes.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA



La reforma laboral de 2010 (el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo)

IGNACIO GARCÍA-PERROTE

Catedrático de Derecho del Trabajo (UNED)
y Abogado.

SERGIO PONCE RODRÍGUEZ

Abogado

Resumen

LA REFORMA LABORAL DE 2010 (EL REAL DECRETO-LEY 10/2010, DE 16 DE JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO)

En el presente artículo se realiza una presentación general de la “primera fase” de la reforma laboral de 2010 contenida en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. La “segunda” y definitiva fase de la reforma laboral será el resultado de la aprobación final de la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 10/2010. Con independencia de que la inminente Ley incorporará nuevas materias y de que la Ley “retocará” algunas de sus previsiones, lo cierto es que el Real Decreto-Ley selecciona y acota irreversiblemente los principales contenidos de la reforma laboral de 2010. El Real Decreto-ley modifica de forma importante el Estatuto de los Trabajadores e instituciones centrales y del “día a día” de las relaciones laborales. En efecto, la reforma introduce cambios, en primer lugar, en la contratación laboral y concretamente en el contrato de obra o servicio determinado, en el llamado “encadenamiento” de contratos temporales, en los contratos formativos, y la cuantía—que aumenta progresiva-

mente a lo largo del tiempo— de la indemnización por la finalización de los contratos temporales. Se modifica, en segundo lugar, y en mayor o menor medida, la regulación de la movilidad geográfica, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y del llamado “descuelgue” salarial, así como de los expedientes de regulación de empleo (ERE) de suspensión de los contratos de trabajo y de reducción de jornada (este último es el llamado “contrato alemán”). Se reforman, en tercer lugar, el despido objetivo individual y el despido colectivo (ERE extintivo), redefiniéndose las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y previniéndose que parte de la indemnización sea a cargo del Fogasa y, en el futuro, de un llamado fondo de capitalización (el llamado fondo “austriaco”). Se introducen, finalmente, nuevas bonificaciones para determinadas contrataciones y se reforma la legislación sobre intermediación laboral, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal”.

Abstract

THE LABOR REFORM OF 2010 (ROYAL DECREE-LAW 10/2010 OF 16 JUNE, ON URGENT MEASURES TO REFORM THE LABOR MARKET)

This article provides an overview of the “First phase” of the 2010 labor reform contained in the Real Decree-Law 10/2010 of 16 June, on urgent measures for labor market reform. The “second” and final phase of labor reform will result from the final approval Bill processing as the Royal-Decree-Law 10/2010. With regardless of the impending law and incorporate new materials that the Act “tweaked” some of its forecasts, the fact is that the Royal Decree-Law selects and irreversibly Refine main contents of the labor reform of 2010, The Royal Decree-Law significantly modifies the Status of Workers and central institutions and “every day” of relations. Indeed, the reform introduces changes in First, in hiring and specifically in the contract work or service in the call “Chaining” of temporary contracts, in contracts training, and the amount, which increases progressively over

time-of compensation for termination of contracts temporary. Modified, second, and more or less extent, the regulation of geographical mobility, the change substantial working conditions and so-called “lift” salary, as well as records of employment regulation (ERE) suspension of employment contracts and shorter working hours (The latter is the so-called “contract German). Are reformed, third Instead, the individual objective dismissal and redundancy (ERE discontinuance), redefined the economic, technical, organizational and production and is foreseen that part of the compensation is borne by the Fogasa and in the future, call capitalization fund (the fund called “Austrian”). It introduced, finally, new bonuses for certain procurement reform and legislation on brokering labor, employment agencies and temporary employment”.

Sumario

I. Introducción. II. Reformas en contratación temporal. A). Contrato de obra o servicio determinados [artículo 15.1. a) ET]. a) Duración máxima del contrato. b) Adquisición de la condición de trabajador fijo por encadenamiento de dos o más contratos temporales (artículo 15.5 ET). B) La nueva cuantía de la indemnización por la extinción de algunos contratos temporales. **III. Reformas en el contrato de fomento de la contratación indefinida (disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para el incremento del empleo y la mejora de su calidad).** A) Ampliación de los desempleados a quienes se puede contratar con este contrato. B) Trabajadores empleados en la misma empresa que pueden ser contratados con el contrato de fomento de la contratación indefinida. C) Otros cambios en el contrato de fomento de la contratación indefinida **IV. Reformas en el despido.** A) Reformas en el despido colectivo (artículo 51 ET). a) La nueva definición de la causa económica. b) La nueva definición de las causas técnicas, organizativas y de producción. c) Autorización administrativa. d) Derecho tran-

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

sitorio. B) Reformas en el despido objetivo. a) Remisión del artículo 52.c) ET al artículo 51.1 ET en relación con las causas del despido objetivo. b) El preaviso pasa a ser de 15 días. c) Los incumplimientos de los requisitos formales del despido objetivo supondrán su improcedencia. d) La no concesión del preaviso o el error “excusable” en el cálculo de la indemnización no determinan la improcedencia del despido objetivo. e) Mención a la paternidad. C) El abono directo de parte de la indemnización por el FOGASA. D) El futuro Fondo de Capitalización: a partir de 1 de enero de 2012. **V. Las reformas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas: modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica y “descuelgue” salarial.** A) La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET). B) Los cambios en la regulación de la movilidad geográfica (artículo 40.2 ET). C) El “descuelgue” salarial: las modificaciones de los artículos 82.3 y 85.3. c) ET. a) Aspectos procedimentales. b) Aspectos causales y régimen jurídico. **VI. Reformas sobre suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.** A) El fomento del uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo. B) Las medidas de apoyo a la suspensión del contrato y a la reducción de jornada. C) Derecho transitorio. **VII. Medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas.** A) Modificación en materia de bonificaciones de cuotas por la contratación indefinida (artículo 10 RDL). B) Bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación. C) La posible adaptación de los métodos de cómputo del incremento y mantenimiento del empleo. Derecho transitorio y derogatorio y evaluación de la eficacia de estas medidas. **VIII. Reformas en los contratos formativos.** A) Reformas del contrato de trabajo en prácticas. a) La introducción del certificado de profesionalidad. b) Las demás reformas del contrato de trabajo en prácticas. B) Reformas del contrato para la formación. a) Los destinatarios del contrato para la formación y la ampliación (transitoria) de la edad para ser contratado. b) Los cambios en la formación teórica. c) La acreditación de la cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación. d) La retribución del contrato para la formación [artículo 11.2. h) ET]. e) La acción protectora de la Seguridad Social para el trabajador contratado en prácticas. f) Contratos para la formación en los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo (disposición adicional tercera RDL). g) Derecho transitorio común (disposición transitoria octava RDL). h) Derecho transitorio de los contratos para la formación con trabajadores

con discapacidad (disposición transitoria novena RDL). **IX. Reformas en intermediación laboral, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal.** A) La definición legal de la intermediación laboral y sus principios básicos. B) La legalización (aplazada) de las agencias de colocación con ánimo de lucro. a) El aplazamiento de la legalización de las agencias de colocación. b) Régimen jurídico (artículo 21 bis de la Ley de Empleo). c) Derecho transitorio. C) La reforma de la legislación de las empresas de trabajo temporal. a) Trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo. b) Limitaciones de posible determinación por la negociación colectiva estatal. c) La posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición, a partir de 1 de enero de 2011, en el ámbito de las actividades señaladas en el anterior apartado 9.3.1. d) Control de la siniestralidad. e) Eliminación de las actuales limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal (nueva disposición adicional cuarta LETT). f) Igualdad de trato. g) La ampliación de la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria. h) La ampliación de los derechos de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en la empresa usuaria. D) La adaptación de la LISOS a la regulación del RDL de las agencias de colocación y de las empresas de trabajo temporal. **X. Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo.**

I. INTRODUCCIÓN

La tan esperada reforma laboral fue aprobada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (**RDL**), que entró en vigor el 18 de junio de 2010 y fue posteriormente convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de junio de 2010. En el momento en el que se escriben estas líneas se está en plena tramitación parlamentaria como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Se espera que dicha ley se publique en el BOE y entre en vigor durante el mes de septiembre de 2010.

Como es sabido, tras la constatación del fracaso del diálogo social que los interlocutores sociales mantuvieron durante largos meses, el Gobierno se vio obligado a tomar definitivamente la iniciativa y proceder a la aprobación de la mencionada reforma laboral a través de este RDL.

Con carácter preliminar, conviene hacer una breve referencia a las causas de esta reforma y a los objetivos que persigue, para lo cual es especialmente interesante acudir a la propia Exposición de Motivos del RDL.

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

El RDL parte de un diagnóstico crudo de la realidad al afirmar que nos encontramos ante una situación de “insostenibilidad económica y social de nuestro modelo” de relaciones laborales. En particular, se citan cuatro motivos o causas principales de dicha insostenibilidad: (I) el elevado peso de la contratación temporal; (II) la escasa flexibilidad interna en las empresas para adaptarse a las circunstancias en un contexto desfavorable; (III) la falta de utilidad de los servicios públicos de empleo para la intermediación en la contratación de trabajadores desempleados, y (IV) la existencia de una discriminación por razón de sexo y de edad en el mercado de trabajo.

Detectado el mal y sus causas, de la lectura del propio texto normativo puede concluirse que el RDL intenta poner remedio a esta situación a través de la consecución de los siguientes objetivos: (I) reducir la dualidad entre trabajo temporal y trabajo indefinido; (II) reforzar la flexibilidad interna de las empresas y favorecer la reducción de jornada como medida de ajuste del empleo en detrimento de los despidos; (III) incrementar las oportunidades laborales de los trabajadores desempleados, especialmente los jóvenes, y (IV) la mejora de los sistemas de intermediación laboral.

Analizadas las causas que han motivado la reforma y los objetivos que se persiguen con ella, procede analizar el contenido del RDL.

II. REFORMAS EN CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Contrato de obra o servicio determinados [artículo 15.1.a) ET]

a) Duración máxima del contrato

El RDL introduce una serie de modificaciones en la regulación del contrato de obra o servicio determinados en relación con su duración máxima.

En particular, el RDL modifica el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) a efectos de establecer que estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial (no de empresa). Transcurridos dichos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

Como complemento de esta nueva previsión, se ha añadido (como artículo 15.9 ET) una nueva obligación formal para el

**EXISTE UNA OBLIGACIÓN
FORMAL PARA
EL EMPRESARIO
DE FACILITAR
AL TRABAJADOR
EL DOCUMENTO
JUSTIFICATIVO
DE SU CONDICIÓN
DE FIJO**

empresario consistente en que éste deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento del plazo indicado, un “documento justificativo” sobre su nueva condición de fijo en la empresa. La reforma no ha especificado, sin embargo, cuál debe ser el contenido de dicho “documento justificativo”, ni las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, aunque no debiera existir ninguna duda acerca del carácter meramente formal, no constitutivo, de dicho documento.

No obstante lo anterior, la duración máxima del contrato de obra o servicio determinados se entiende “sin perjuicio de lo establecido actualmente en la negociación colectiva de ámbito estatal para adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores” (disposición adicional primera.1 RDL).

Y se entiende, asimismo, “sin perjuicio de lo que se establezca en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción” (disposición adicional primera.2 RDL). Esta disposición adicional tercera de la Ley 32/2006 tiene el siguiente contenido: “con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinados prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”.

La nueva duración máxima del contrato de obra o servicio determinado se aplica únicamente a los contratos suscritos a partir del 18 de junio de 2010 (disposición transitoria primera RDL).

b) Adquisición de la condición de trabajador fijo por encadenamiento de dos o más contratos temporales (artículo 15.5 ET)

Como se ha mencionado anteriormente, el RDL ha introducido una serie de modificaciones tendentes a endurecer la limitación del encadenamiento de contrato temporales. Hasta la entrada en vigor del RDL, el artículo 15.5 ET establecía que “los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada adquirirán la condición de trabajadores fijos”.

El RDL ha modificado este precepto a efectos de establecer que, para el cómputo del período de 24 meses, se aplicarán las siguientes reglas: (I) los contratos de trabajo pueden haber sido celebrados para el mismo “o diferente” puesto de trabajo; (II) los contratos pueden haber sido celebrados con la misma empresa “o grupo de empresas”, y (III) se

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

tendrán también en cuenta aquellos supuestos en los que se hubiera producido una “sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”.

Se evidencia, por tanto, una ampliación de los supuestos en los que el encadenamiento de contratos temporales dará lugar a la adquisición de la condición de fijo por parte del trabajador.

Como se anunciaba anteriormente, en el supuesto de la adquisición de la condición de fijo en virtud de lo previsto en el apartado 5 del artículo 15 ET también será de aplicación la nueva obligación formal establecida en el apartado 15.9 ET consistente en la entrega de un documento justificativo al trabajador de su condición de fijo en la empresa.

La nueva regulación del encadenamiento de contratos temporales se aplica únicamente a los contratos suscritos a partir del 18 de junio de 2010 (disposición transitoria segunda RDL).

B) La nueva cuantía de la indemnización por la extinción de algunos contratos temporales

El RDL ha aumentado la cuantía de la indemnización por extinción de los contratos temporales, que hasta la entrada en vigor del RDL se encontraba en 8 días de salario por cada año de servicio [artículo 49.1.c) ET], a una cuantía equivalente a 12 días de salario por año de servicio. No obstante, en virtud de lo establecido en la nueva disposición transitoria 13.^a ET introducida por el RDL, la aplicación de esta nueva indemnización se realizará de forma gradual:

- Para los contratos temporales celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011: la indemnización continuará siendo de 8 días de salario por año trabajado.
- Para los contratos celebrados durante el año 2012: la cuantía de la indemnización será de 9 días de salario por año trabajado.
- Para los contratos celebrados durante el año 2013: la cuantía de la indemnización será de 10 días de salario por año trabajado.
- Para los contratos celebrados durante el año 2014: la cuantía de la indemnización será de 11 días de salario por año trabajado.
- Finalmente, para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015, la indemnización será de 12 días de salario por año trabajado.

III. REFORMAS EN EL CONTRATO DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA (DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 12/2001, DE 9 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA EL INCREMENTO DEL EMPLEO Y LA MEJORA DE SU CALIDAD)

A) Ampliación de los desempleados a quienes se puede contratar con este contrato

Con la intención de favorecer y facilitar la aplicación de esta modalidad contractual ya existente (que, como es sabido, tiene como característica principal que, en casos de despidos por causas objetivas declarados improcedentes, da derecho al trabajador a una indem-

nización de 33 días de salario por año de servicio con un límite de 24 mensualidades, frente a los 45 días de salario por año de servicio con un límite de 42 mensualidades de los contratos indefinidos ordinarios), el RDL ha procedido a ampliar los desempleados inscritos en la oficina de empleo a quienes se puede contratar con este contrato. En concreto, además de los desempleados con los que ya se podía celebrar este tipo de contrato, tras la entrada en vigor del RDL también se puede concertar este contrato para:

- Desempleados que lleven, al menos, 3 meses (antes se exigían 6) inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.
- Desempleados que, “durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos”.
- Desempleados a quienes, “durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente”.

B) Trabajadores empleados en la misma empresa que pueden ser contratados con el contrato de fomento de la contratación indefinida

Según la modificación introducida por el RDL, podrán ser contratados mediante un contrato de fomento de la contratación indefinida:

- “Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010”.
- “Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010. Estos contratos podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses. Esta duración máxima no será de aplicación a los contratos formativos”.

C) Otros cambios en el contrato de fomento de la contratación indefinida

Tras el RDL, se ha introducido de manera explícita que cabe el reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido objetivo para que la cuantía de la indemnización sea de 33 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 24 mensualidades (aunque, en realidad, ya era claramente así, especialmente desde que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, añadió el actual segundo párrafo de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001).

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

Igualmente, se ha introducido una novedad consistente en que el despido “disciplinario” improcedente efectuado en los 6 meses anteriores impide concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida, en los términos y con las limitaciones previstos en el apartado 5 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001. Hasta la reforma, sólo el despido “objetivo” improcedente (además del colectivo) limitaba la utilización de esta modalidad contractual. No obstante lo anterior, esta limitación no es de aplicación a las extinciones producidas con anterioridad al 18 de junio de 2010 (fecha de entrada en vigor del RDL). Por ello, sólo los despidos disciplinarios improcedentes realizados a partir de esta fecha limitarán la utilización del contrato de fomento de la contratación indefinida.

Por último, a efectos de conocer la efectividad real de esta serie de modificaciones, el RDL prevé que

“El Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, procederá a la evaluación de la eficacia de esta disposición y sus efectos en la evolución de la contratación indefinida. Esta evaluación se realizará con anterioridad al 31 de diciembre de 2012”.

**SE HA PRETENDIDO
SUAVIZAR LOS REQUISITOS
PARA ENTENDER QUE
CONCURRE UNA CAUSA
ECONÓMICA, PERO SIGUEN
EXISTIENDO DUDAS SOBRE
SU INTERPRETACIÓN**

IV. REFORMAS EN EL DESPIDO

A) Reformas en el despido colectivo (artículo 51 ET)

a) La nueva definición de la causa económica

De acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 51.1 ET, se entenderán que concurren causas económicas “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”. Hasta la entrada en vigor del RDL, el artículo 51.1 afirmaba que se entendería que concurrían causas económicas cuando las extinciones propuestas contribuyeran a “superar una situación económica negativa”. Por ello, cabe resaltar la supresión de esa definición finalista, limitándose ahora a señalar que debe existir una situación económica negativa y que la razonabilidad de la extinción de los contratos de trabajo debe deducirse mínimamente de dicha situación. Parece evidente que se ha pretendido simplificar o suavizar los requisitos para entender que concurre esta causa económica, si bien la terminología

utilizada sigue generando dudas acerca de cuál haya de ser la interpretación exacta que debe darse a esta nueva definición de causas económicas.

b) La nueva definición de las causas técnicas, organizativas y de producción

También se ha modificado la definición de las causas técnicas, organizativas y productivas que queda redactada de la siguiente forma:

“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 pretenda 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 favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

En cuanto a esta nueva definición, cabe destacar que se incluye la posibilidad de que la adopción de la decisión extintiva esté justificada cuando contribuya a “prevenir una evolución negativa” de la empresa, es decir, que puede estar justificada la extinción de contratos de trabajo incluso cuando la situación todavía no sea negativa pero se prevea que, en caso de no adopción de medidas, dicha situación evolucionará negativamente.

Finalmente, también se debe mencionar la aproximación causal del artículo 51 ET al artículo 41.1 ET (que regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo); la nueva definición de las causas técnicas, organizativas y de producción ya no exige que los despidos deban contribuir a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma” (antiguo artículo 51 ET), sino que han de 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” (nuevo artículo 51.1 ET). Puede comprobarse, por tanto, que salvo la nueva expresión de “prevenir una evolución negativa” de la empresa, la definición causal es plenamente coincidente en los artículos 41.1 y 51.1 ET.

No obstante lo anterior, es reseñable que, al contrario de lo que sucede respecto de las causas económicas, cuya nueva definición no exige que las extinciones contribuyan a mejorar la situación de la empresa, respecto de las causas técnicas, organizativas y de producción sí que se sigue exigiendo esa finalidad para entender que las extinciones están justificadas.

c) Autorización administrativa

Finalmente, se ha realizado una última modificación a efectos de introducir expresamente que la autoridad laboral deberá autorizar las extinciones solicitadas “cuando de la documentación obrante en el expediente se desprende que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida en los términos señalados en el apartado 1 de

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

este artículo”. La novedad a este respecto es que se ha introducido expresamente (antes no se decía expresamente) que ha de concurrir la causa alegada para que proceda la autorización de las extinciones.

d) Derecho transitorio

Los expedientes de regulación de empleo para la extinción de los contratos de trabajo que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010) se registrarán por el “viejo” artículo 51 ET (disposición transitoria cuarta.1 RDL).

B) Reformas en el despido objetivo

a) Remisión del artículo 52.c) ET al artículo 51.1 ET en relación con las causas del despido objetivo

Se han eliminado las diferencias en las definiciones de las causas del despido objetivo y del despido colectivo, toda vez que el nuevo artículo 52.c) ET se remite, sin más, al artículo 51.1 ET.

Como consecuencia de lo anterior, deja de hablarse en el nuevo artículo 52.c) ET de “la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”, de “contribuir a la superación de situaciones económicas negativas”, y, en fin, de “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa”.

b) El preaviso pasa a ser de 15 días

El preaviso que debe respetar el empresario a la hora de notificar a un trabajador la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas se reduce a la mitad: pasa a ser de 15 días (en vez de 30 días) [artículo 53.1.c) ET]. Como antes, cabe su sustitución, total o parcial, por el pago de salario correspondiente a dicho preaviso.

c) Los incumplimientos de los requisitos formales del despido objetivo supondrán su improcedencia

Se introduce una modificación de calado a este respecto consistente en que, mediante la reforma de los artículos 53.4 ET y 122.3 y 3 LPL, el incumplimiento de los requisitos formales (entre ellos, la puesta a disposición del trabajador de la indemnización legal) ya no supondrá la nulidad del despido objetivo (con la readmisión obligatoria del trabajador), sino que generarán su calificación como improcedente.

Lo anterior supone una aproximación del despido objetivo a lo que ya sucedía con el despido disciplinario. Esta circunstancia, unida a la posible reducción de la cuantía indemnizatoria (en el caso de contratos de fomento de la contratación indefinida) y la asunción por el FOGASA (en los términos que más adelante se comentarán) de una parte de la indemnización en caso de despidos objetivos, provocan que esta modificación pueda tener una relevancia práctica considerable.

Por último, cabe señalar que, habiéndose modificado el artículo 53.1.c) ET (para reducir el preaviso a 15 días), no se ha aprovechado para corregir que lo que ha de entregarse a los representantes legales de los trabajadores es copia de la “comunicación escrita” del despido y no copia del “escrito del preaviso”, como por error en su redacción (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2007) sigue diciendo el precepto.

d) La no concesión del preaviso o el error “excusable” en el cálculo de la indemnización no determinan la improcedencia del despido objetivo

Las dos circunstancias que se mencionan en el enunciado, si bien generarán la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes al período de preaviso incumplido y la indemnización en la cuantía correcta (artículo 53.4, último párrafo, ET y artículo 122.3, párrafo segundo, LPL), no generarán, por sí solos, la declaración de improcedencia del despido.

e) Mención a la paternidad

Por último, se ha aprovechado la oportunidad para introducir la “paternidad” entre las ausencias que no computan a efectos de las faltas de asistencia del despido objetivo por “absentismo” de la letra d) del artículo 52 ET (disposición final tercera 2 RDL).

C) El abono directo de parte de la indemnización por el FOGASA

Una de las principales novedades de la reforma, o al menos una de las más llamativas, ha sido la asunción por parte del FOGASA de una parte de las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores en caso de despido por causas no disciplinarias (despido objetivo, despido colectivo y una extinción colectiva de contratos de trabajo en el seno de un procedimiento concursal).

Se trata, no obstante, de una medida de carácter transitorio hasta que entre en funcionamiento el denominado Fondo de Capitalización al que seguidamente se hace referencia.

En todo caso, esta previsión requiere necesariamente del oportuno desarrollo reglamentario, tal y como prevé la disposición transitoria tercera RDL).

En concreto, en la mencionada disposición transitoria tercera se afirma que

“1. En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será abonada directamente por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

2. La indemnización se calculará según las cuantías por año de servicio y los límites legalmente establecidos en función de la extinción de que se trate y de su calificación judicial o empresarial. No será de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización previsto en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores.

3. El abono procederá siempre que el contrato haya tenido una duración superior a un año y cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa. En los contratos de duración inferior la indemnización establecida legalmente será abonada totalmente y a su cargo por el empresario.

4. A los efectos previstos en esta disposición, el empresario deberá hacer constar en la comunicación escrita al trabajador el salario diario que haya servido para el cálculo de la indemnización a su cargo, en los términos que se determinen reglamentariamente.

5. El abono del 40% de la indemnización legal en las empresas de menos de 25 trabajadores, para los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, anteriores a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, se seguirán rigiendo por lo dispuesto en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores.

6. El abono de parte de la indemnización a que se refiere esta disposición se financiará con cargo al Fondo de Garantía Salarial.

7. Lo establecido en esta disposición será de aplicación hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de Capitalización a que se refiere la disposición final segunda”.

**EL FOGASA SÓLO
ABONARÁ PARTE
DE LA CUANTÍA
DE LA INDEMNIZACIÓN
HASTA QUE ENTRE
EN FUNCIONAMIENTO
EL FONDO
DE CAPITALIZACIÓN**

De lo anterior cabe destacar que

- La cuantía que abonará el FOGASA será equivalente a 8 días de salario por año de servicio (sin límite de mensualidades).
- Se aplicará tanto a los contratos indefinidos ordinarios como a los de fomento de la contratación indefinida, siempre que se den los siguientes requisitos: (i) el contrato sea posterior a 18 de junio de 2010; (ii) se trate de un despido por causas objetivas, un despido colectivo o una extinción colectiva de contratos de trabajo en el seno de un procedimiento concursal, y (iii) el contrato haya tenido una duración superior al año.
- No son de aplicación los límites del artículo 33.2 ET a la hora de determinar la parte de la indemnización a asumir por el FOGASA.

Como se mencionaba anteriormente, esta fórmula tan sólo estará en vigor hasta que entre en funcionamiento el Fondo de Capitalización (en principio, el 1 de enero de 2012). De la conjunción de estas variables se llega a la conclusión de que, en la medida en que los contratos deberán haberse celebrado con posterioridad al 18 de junio de 2010 y que éstos deberán haber estado en vigor al menos un año para beneficiarse de este especial sistema, el pago directo del FOGASA previsto en el RDL sólo se producirá entre el 18 de junio de 2011 y 31 de diciembre de 2011.

D) El futuro Fondo de Capitalización: a partir de 1 de enero de 2012

Como se ha adelantado en el apartado anterior, la disposición final segunda del RDL regula el futuro establecimiento de un Fondo de Capitalización (a lo que se vino haciendo referencia durante el proceso de negociación como “modelo austríaco”). Este Fondo, cuyas características están todavía por definir, consistiría en la creación de un fondo para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida y que podría ser rescatado, principalmente, en los casos de despido y jubilación.

En concreto, la disposición final segunda del RDL establece que

“El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de Capitalización para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

La regulación reconocerá el derecho al trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de Capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo”.

Este Fondo deberá estar operativo el 1 de enero de 2012.

V. LAS REFORMAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA EN LAS EMPRESAS: MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y “DESCUELGUE” SALARIAL

A) La modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET)

La primera novedad que encontramos a este respecto en el RDL va referida a una de las condiciones cuya modificación, entre otras, puede dar lugar a la aplicación del artículo 41 ET. En concreto, en la letra b) del artículo 41.1 ET se añade, junto con la mención

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

al horario, la referencia a la “distribución del tiempo de trabajo”. Esta nueva referencia puede despertar algunas dudas acerca de su contenido y alcance, sobre todo si se pone en relación con el artículo 37.2 ET que regula la posible distribución irregular de la jornada de trabajo.

No se han modificado, sin embargo, las causas que pueden justificar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por tanto, el último párrafo del artículo 41.1 ET sigue estableciendo que “se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya 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”.

Como se ha mencionado anteriormente, como consecuencia de la modificación del artículo 51.1 ET existe prácticamente una identidad entre la definición de las causas técnicas, organizativas y productivas en relación con el despido colectivo y la del inalterado último párrafo del artículo 41.1 ET que se acaba de reproducir.

Por el contrario, sí que se han modificado determinados aspectos procedimentales para el caso de modificaciones sustanciales de carácter colectivo. En primer lugar, el preceptivo período de consultas pasa a tener una duración máxima de 15 días improrrogables (anteriormente se decía que este período no podía ser inferior a 15 días). Se ha precisado, igualmente, que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo debe ir precedida “en todos los casos” de un período de consultas.

Otra de las novedades introducidas por el RDL consiste en la posibilidad de que, en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores designen a los sindicatos más representativos del sector (artículo 41.4, párrafo tercero, ET). En concreto, se afirma que

“En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta; sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. La designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. En este caso, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales del sector”.

Igualmente, el RDL ha introducido la posibilidad de que las partes acuerden la sustitución del período de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje aplicable en la empresa (artículo 41.4, párrafo cuarto, ET). En concreto, se establece que

“El empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa que deberán desarrollarse dentro del plazo máximo improrrogable señalado para dicho periodo”.

También se ha aprovechado esta reforma laboral para clarificar y reordenar sistemáticamente las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, diferenciando entre, de un lado, la modificación de condiciones de trabajo reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, y, de otro, la modificación de condiciones establecidas en convenios colectivos del título III del ET (nuevos apartados 5 y 6 del artículo 41 ET). En concreto, se establece que

“Cuando la modificación colectiva se refiera a condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo”.

Lo anterior hace pensar que, al menos aparentemente, se ha limitado la posibilidad de impugnar colectiva o individualmente la decisión empresarial y la de extinguir indemnizadamente el contrato por decisión del trabajador, a la modificación de condiciones de trabajo reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (párrafos segundo y tercero del nuevo apartado 5 del artículo 41 ET, antes situados en los dos últimos párrafos del artículo 41.4 ET).

En todo caso, se exige un acuerdo con los representantes legales o sindicales de los trabajadores para poder proceder a la modificación de condiciones establecidas en convenios colectivos del Título III del ET (nuevo apartado 6 del artículo 41 ET). Igualmente, se incluye la obligación de las partes de acudir, en caso de desacuerdo, a los procedimientos de mediación establecidos en convenio colectivo o acuerdo interprofesional. También en este caso se prevé la posibilidad de que se designe a los sindicatos más representativos y representativos del sector en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa. Finalmente, se establece que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET tendrá carácter estrictamente temporal, no pudiendo exceder de la vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretende.

Los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010) se regirán por el “viejo” artículo 41 ET (disposición transitoria cuarta.1 RDL).

B) Los cambios en la regulación de la movilidad geográfica (artículo 40.2 ET)

Como en el caso de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, el preceptivo período de consultas pasa de tener una duración mínima de 15 días a tener una duración máxima de 15 días improrrogables (artículo 40.2, párrafo primero, ET). También en los mismos términos en los que se ha modificado el artículo 41 del ET, en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores pueden designar a los sindicatos más representativos y representativos del sector (artículo

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

40.2, párrafo sexto, ET) para participar en dicho período de consultas.

Los procedimientos de movilidad geográfica que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010) se regirán por el “viejo” artículo 40 ET (disposición transitoria cuarta.1 RDL).

C) El “descuelgue” salarial: las modificaciones de los artículos 82.3 y 85.3.c) ET

a) Aspectos procedimentales

En la nueva regulación del denominado “descuelgue” salarial se establece que, previa realización de un período de consultas, el acuerdo de “descuelgue” salarial se ha de producir por acuerdo entre la empresa y “los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo” conforme al ET; se trata de una remisión implícita al artículo 87.1 ET. Lógicamente, se establece expresamente que el convenio colectivo cuyo régimen salarial se pretende inaplicar ha de ser “de ámbito superior a la empresa” (ya en el caso de los convenios de empresa las partes ya están legitimadas para modificar dicho convenio y, por tanto, pactar las condiciones salariales que estimen oportunas). Se produce una remisión expresa por parte del artículo 82.3 al artículo 41.4 ET, por lo que se ha de entender que el período de consultas para negociar el acuerdo de inaplicación salarial tendrá una duración máxima de 15 días improrrogables.

b) Aspectos causales y régimen jurídico

En la nueva definición de las causas que pueden dar lugar al “descuelgue” salarial se alude, no sólo al daño a la “situación” económica de la empresa, sino también al daño de sus “perspectivas económicas”, exigiéndose en ambos casos que ello afecte a “las posibilidades del mantenimiento del empleo” en la empresa (artículo 82.3, párrafo primero, ET).

Se establece, igualmente, que el acuerdo de “descuelgue” deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de aplicación. En todo caso, la duración del “descuelgue” salarial no puede superar el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años.

**LA DURACIÓN DEL
DESCUELQUE SALARIAL
NO PUEDE SUPERAR
EL PERÍODO DE VIGENCIA
DEL CONVENIO, O,
EN SU CASO, TRES AÑOS**

Asimismo, se establece que en caso de desacuerdo entre las partes para pactar el “descuelgue” salarial, éstas deberán “acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenios o acuerdos interprofesionales. Los convenios o acuerdos interprofesionales podrán establecer el compromiso previo de someterse a un arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y con base en los motivos establecidos en el artículo 91 ET.

Como complemento necesario a la anterior previsión, se introduce como contenido obligatorio de todos los convenios colectivos la exigencia de que establezcan “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3” del ET [artículo 85.3.c) ET].

Por último, como ocurre en los casos de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones, en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores pueden designar a los sindicatos más representativos y representativos del sector.

Los procedimientos dirigidos a la inaplicación del régimen salarial establecido en convenio colectivo que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010) se regirán por el “viejo” artículo 82.3 ET (disposición transitoria cuarta.1 RDL).

VI. REFORMAS SOBRE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

A) El fomento del uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo

El título del Capítulo II del RDL recoge las “medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo”.

Por ello, se ha querido reforzar la reducción de jornada como medida de ajuste del empleo, en detrimento de las extinciones de contratos de trabajo. En este contexto, se ha modificado el título del artículo 47 ET, que con anterioridad tan sólo mencionaba la suspensión del contrato de trabajo. En concreto, ahora dice: “suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Con anterioridad al RDL, sólo había una mención indirecta a la reducción de jornada en el artículo 203.3 de la Ley General de Seguridad Social (“LGSS”).

Se introduce una nueva definición legal de la reducción de jornada (artículo 47.2 ET). Se establece expresamente que la jornada puede reducirse (temporalmente) de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 47.1 ET para la suspensión del contrato de trabajo, siempre que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

En este contexto, se entenderá por reducción de jornada “la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual”.

Siguiendo con las modificaciones en materia de reducción de jornada, pero ahora desde su vertiente de protección por desempleo, se ha modificado el artículo 203 LGSS para adaptarlo a la nueva regulación. Así, se ha introducido una nueva definición de desempleo total como aquel que se produce por “el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente” (artículo 203.2 LGSS).

Por el contrario, se entenderá que se produce una situación de desempleo parcial (artículo 203.3 LGSS) “cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo”.

Por coherencia con la nueva definición legal de la reducción de jornada, se define como situación legal de desempleo la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3 LGSS (artículo 208.1.3 LGSS).

Por último, no puede dejar de señalarse que el RDL ha explicitado [nuevo artículo 47.1.a) ET] que el procedimiento previsto en el mencionado precepto es aplicable con independencia de cual sea el número de trabajadores de la empresa y el número de trabajadores afectados, despejando así cualquier tipo de duda que pudiera existir con anterioridad.

B) Las medidas de apoyo a la suspensión del contrato y a la reducción de jornada

Como complemento de lo anterior, se han introducido una serie de medidas para favorecer las suspensiones de contratos de trabajo y las reducciones de jornada (en detrimento de las extinciones de contratos de trabajo). Para ello, principalmente, se ha modificado la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. En concreto:

- Se ha aumentado al 80% la bonificación de la cotización empresarial a la Seguridad Social cuando la empresa, en los procedimientos de regulación de empleo concluidos con acuerdo, incluya medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo “tales como acciones formativas durante el período de suspensión de contratos o de reducción de jornada cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento de empleo en la empresa” (nuevo apartado 2 bis del artículo 1 de la Ley 27/2009).
- Se ha aumentado de 120 a 180 días el período máximo de la reposición de la duración de la prestación por desempleo. Para favorecerse de esta medida, se han amplia-

do los plazos aplicables: (I) el plazo de la resolución administrativa que autorice la anterior suspensión o reducción de jornada se amplía de 31 de diciembre de 2010 a 31 de diciembre de 2011 y (II) el plazo dentro del cual se debe producir la extinción del contrato de trabajo (que da lugar a la reposición de la duración de la prestación por desempleo) deberá estar comprendido entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.

C) Derecho transitorio

Los expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010), se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente (disposición transitoria cuarta.2, párrafo primero, RDL).

A los expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, en tramitación a la entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010), les podrá ser de aplicación el régimen del RDL, “siempre que se solicite conjuntamente por el empresario y los representantes de los trabajadores y se haga constar esta circunstancia en la resolución de la autoridad laboral” (disposición transitoria cuarta.2, párrafo segundo, RDL).

Las empresas que hayan instado expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010), “podrán beneficiarse de la ampliación del derecho a la bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes a que se refiere el artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en el presente Real Decreto-Ley. En todo caso, el incremento de porcentaje de bonificación únicamente podrá aplicarse respecto de las cotizaciones devengadas con posterioridad a la fecha de entrada en vigor” del RDL.

A los trabajadores a quienes se hubiera extinguido su contrato de trabajo con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del RDL (18 de junio de 2010) “en los supuestos establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, y que previamente hubieran sido afectados por expedientes de regulación temporal de suspensión de contratos o de reducción de jornada en los casos referidos en esa disposición, tendrán derecho, en su caso, a la reposición de las prestaciones por desempleo, en los términos y con los límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción del contrato”.

VII. MEDIDAS PARA FAVORECER EL EMPLEO DE LOS JÓVENES Y DE LAS PERSONAS DESEMPLEADAS

A) Modificación en materia de bonificaciones de cuotas por la contratación indefinida (artículo 10 RDL)

Como se reconoce en la propia Exposición de Motivos del RDL, la práctica generalización de este tipo de bonificaciones había limitado gravemente su eficiencia (sobre todo te-

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

niendo en cuenta su elevado coste). Por ello, se ha establecido una regulación más restrictiva tanto de los colectivos como de los requisitos para poder aplicar este tipo de bonificaciones.

En el siguiente cuadro se resumen las características fundamentales del nuevo sistema:

Trabajadores	Bonificación
Contratación indefinida de desempleados entre 16 y 30 años, con especiales problemas de empleabilidad (inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses y que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional)	General: 800 € durante 3 años o, en su caso, por su equivalente diario
	Mujeres: 1.000 € o su equivalente diario
Contratación indefinida de desempleados mayores de 45 años, inscritos en la Oficina de Empleo durante al menos doce meses	General: 1.200 € durante 3 años o, en su caso, por un equivalente diario
	Mujeres: 1.400 € o su equivalente diario
Transformación en indefinidos de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación suscritos en cualquier fecha	General: 500 € durante 3 años o, en su caso, por su equivalente diario
	Mujeres: 700 € o su equivalente diario

**PARA PODER OPTAR
A LAS BONIFICACIONES,
LAS CONTRATACIONES
DEBEN SUPONER
UN INCREMENTO
DEL NIVEL DE EMPLEO
FIJO EN LA EMPRESA**

Es requisito imprescindible para la aplicación de estas bonificaciones que las nuevas contrataciones o transformaciones, salvo las referidas a contratos de relevo, supongan “un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa”. Para calcular dicho incremento, “se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el período de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación. Se excluirán del cómputo los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho período por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el período de prueba” (artículo 10.4 RDL).

Las empresas que se acojan a las bonificaciones anteriores están “obligadas a mantener, durante el período de duración de la

bonificación, el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada”. Sin embargo, “no se considerará incumplida dicha obligación si se producen extinciones de contratos indefinidos en dicho período por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el período de prueba”.

Si las extinciones no se producen por alguno de los motivos antes mencionados y “cuando ello suponga disminución del empleo fijo, las empresas estarán obligadas a cubrir dichas vacantes en el mes siguiente a que se produzcan mediante la contratación de nuevos trabajadores con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos, con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera el trabajador cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

Si se incumplieran los anteriores requisitos una vez aplicadas, total o parcialmente, las bonificaciones correspondientes, la empresa deberá proceder “al reintegro de las bonificaciones, de acuerdo con lo dispuesto reglamentariamente”.

En lo no previsto en el RDL “será de aplicación lo establecido en la Sección 1.ª del Capítulo I y en la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, salvo lo dispuesto en materia de exclusiones en su artículo 6.2”.

Finalmente se señala que “los trabajadores contratados al amparo de este artículo serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional”.

B) Bonificaciones de cuotas en los contratos para la formación

El artículo 11 RDL recoge una serie de bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para aquellas empresas que celebren contratos para la formación. En concreto:

“1. Las empresas que, a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley y hasta el 31 de diciembre de 2011, celebren contratos para la formación con trabajadores desempleados e inscritos en la oficina de empleo tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una bonificación del cien por cien de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos.

Asimismo, en los contratos para la formación celebrados o prorrogados según lo dispuesto en el párrafo anterior, se bonificará el cien por cien de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas.

Las bonificaciones en este artículo serán aplicables asimismo a los contratos para la formación concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley que sean prorrogados entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 2011, durante la vigencia de dichas prórrogas”.

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

También en el caso de los contratos para la formación, será requisito que se produzca un incremento de la plantilla de la empresa, para cuyo cómputo se aplicará lo establecido en el párrafo segundo del artículo 10.4 RDL.

En lo no previsto en el RDL, será de aplicación lo establecido en la Sección 1.^a del Capítulo I y en la disposición adicional tercera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, salvo lo dispuesto en materia de exclusiones en su artículo 6.2. Igualmente, “los trabajadores contratados al amparo de este artículo serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional”.

C) La posible adaptación de los métodos de cómputo del incremento y mantenimiento del empleo, derecho transitorio y derogatorio y evaluación de la eficacia de estas medidas

Se autoriza al Ministerio de Trabajo e Inmigración a adaptar los métodos de cómputo del incremento y mantenimiento del empleo a que se refieren los artículos 10 y 11 RDL, en función de los requerimientos técnicos de los sistemas informáticos de la Tesorería General de la Seguridad Social y de los servicios públicos de empleo (disposición final séptima.2 RDL).

Las bonificaciones o reducciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación, salvo lo establecido, en su caso, en el párrafo tercero del artículo 11.1 del RDL.

El RDL deroga expresamente: de un lado, los apartados 1 y 6 del artículo 2, el artículo 3 y el párrafo tercero del artículo 7.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; y, de otro, el artículo 5 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

El Gobierno evaluará con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 el funcionamiento de las medidas para favorecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas establecidas en los artículos 10 y 11 del RDL. A la vista de dicha evaluación, y en función de la evolución del empleo durante 2010 y 2011, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adoptará las medidas que correspondan sobre su prórroga o modificación.

VIII. REFORMAS EN LOS CONTRATOS FORMATIVOS

El RDL introduce una serie de modificaciones con el objetivo de mejorar la regulación de los contratos para la formación y para fomentar su utilización a través de medidas de distinta índole. Igualmente, se introduce una habilitación de tal forma que “en la negociación colectiva se podrán fijar criterios y procedimientos tendentes a conseguir la paridad

por razón de género en el número de trabajadores vinculados a la empresa mediante contratos formativos”.

A) Reformas del contrato de trabajo en prácticas

a) La introducción del certificado de profesionalidad

Tras el RDL, también podrá ser contratado en prácticas quien esté en posesión del certificado de profesionalidad, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional (artículo 11.1, párrafo primero, ET). El puesto de trabajo debe permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (“o de formación”, se añade ahora) cursados.

Respecto del título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes se precisa ahora que lo serán “de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente”.

En coherencia con lo anterior, se incorpora la mención a los certificados de profesionalidad en las letras c) y d) (en este último caso, certificados de profesionalidad de nivel 1 o 2 y 3) del artículo 11.1 ET.

b) Las demás reformas del contrato de trabajo en prácticas

A partir del RDL “tampoco se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a dos años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad”. No obstante, a los efectos del artículo 11.1 ET, “los títulos de grado y de máster correspondientes a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación”. Se especifica que, lógicamente, “no se podrá concertar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación celebrado anteriormente con la misma empresa”.

B) Reformas del contrato para la formación

a) Los destinatarios del contrato para la formación y la ampliación (transitoria) de la edad para ser contratado

En coherencia con la nueva regulación del contrato en prácticas, se establece ahora que se puede celebrar con los trabajadores de una determinada edad que carezcan de la titulación o –se añade ahora– del “certificado de profesionalidad” requerido para realizar un contrato en prácticas [artículo 11.2.a) ET].

Hasta el 31 de diciembre de 2011 se podrán realizar contratos para la formación con trabajadores menores de 25 años (disposición transitoria séptima RDL), sin que sea de aplicación el límite máximo de 20 años del artículo 11.2.a), párrafo primero, ET.

b) Los cambios en la formación teórica

Se prevé que tanto la financiación, como la organización e impartición de la formación teórica se regularán en los términos que se establezcan reglamentariamente [último párrafo del artículo 11.2.e) ET].

Sin perjuicio de lo anterior, “en el marco de la normativa que se dicte en aplicación y desarrollo del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de la formación profesional para el empleo, y en particular de su artículo 27, referido a la formación teórica de los contratos para la formación, el Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración, establecerá procedimientos que flexibilicen y faciliten a los empresarios la impartición de la correspondiente formación teórica a los trabajadores contratados para la formación, especialmente en el supuesto de empresas de hasta 50 trabajadores” (disposición adicional segunda.1 RDL).

En todo caso, las empresas podrán financiarse el coste que les suponga la formación teórica en los términos previstos en el artículo 27.5 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, o norma que lo modifique o sustituya. Las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social para la financiación de dicho coste serán compatibles con las que estén contempladas para los contratos para la formación en programas de fomento de empleo (disposición adicional segunda.2 RDL).

Se precisa ahora que la presunción de que el contrato para la formación es un contrato de carácter común u ordinario tiene lugar cuando el empresario incumpla en su totalidad las obligaciones “que le correspondan” —ésta es la precisión— en materia de formación teórica [artículo 11.2.k) ET].

También se precisa ahora que se entiende cumplido el requisito de la formación teórica cuando el trabajador acredite, mediante certificación de la Administración pública competente, que ha realizado un curso de formación profesional “para el empleo” (antes se decía “ocupacional”) [artículo 11.2.g) ET].

c) La acreditación de la cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación

La cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación será objeto de acreditación en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y

**LAS EMPRESAS PODRÁN
FINANCIARSE EL COSTE
QUE LES SUPONGA
LA FORMACIÓN TEÓRICA
DE SUS TRABAJADORES**

en su normativa de desarrollo. Conforme a lo establecido en dicha regulación, el trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, a la finalización del contrato, el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida [artículo 11.2.g) ET].

d) La retribución del contrato para la formación [artículo 11.2.h) ET]

Se establece que la retribución del trabajador contratado para la formación será, durante el primer año del contrato, la fijada en convenio colectivo, sin que (deja de decirse, “en su defecto”) pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Durante el segundo año del contrato para la formación, la retribución será la fijada en convenio colectivo, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional, con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica.

e) La acción protectora de la Seguridad Social para el trabajador contratado en prácticas

La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones de aquélla, incluido el desempleo (disposición adicional sexta LGSS).

La cotización por la contingencia de desempleo en el contrato para la formación se efectuará por la cuota fija resultante de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el mismo tipo de cotización y distribución entre empresario y trabajador establecidos para el contrato en prácticas. Para determinar la base reguladora y la cuantía de la prestación por desempleo se aplicará lo establecido en el artículo 211 LGSS (disposición adicional cuadragésima novena LGSS).

f) Contratos para la formación en los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo (disposición adicional tercera RDL)

La acción protectora de la Seguridad Social en los contratos para la formación suscritos con alumnos trabajadores en los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo, comprenderá las mismas contingencias, situaciones protegibles y prestaciones que para el resto de trabajadores contratados bajo esta modalidad, tal y como establecen el artículo 11.2.i) ET y la disposición adicional sexta LGSS, a excepción del desempleo.

Las bonificaciones previstas en el artículo 11 del RDL no serán de aplicación a los contratos para la formación suscritos con los alumnos trabajadores participantes en los programas de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo.

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

g) Derecho transitorio común (disposición transitoria octava RDL)

Los contratos para la formación vigentes a la fecha de entrada en vigor de este RDL, así como sus prórrogas, se regirán por la normativa a cuyo amparo se concertaron.

No obstante lo anterior, a partir de la entrada en vigor del RDL será aplicable a dichos contratos, cuando sean prorrogados, la cobertura de la contingencia de desempleo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2.i) ET y en las disposiciones adicionales sexta y cuadragésima novena LGSS, así como lo dispuesto, en materia de bonificaciones, en el artículo 11 RDL.

h) Derecho transitorio de los contratos para la formación con trabajadores con discapacidad (disposición transitoria novena RDL)

Mientras resulte de aplicación lo establecido en el artículo 11 RDL, las empresas que celebren contratos para la formación con trabajadores con discapacidad podrán aplicar lo establecido en éste o bien la reducción del 50% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación que celebren, de acuerdo con la disposición adicional segunda ET.

IX. REFORMAS EN INTERMEDIACIÓN LABORAL, AGENCIAS DE COLOCACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En el Capítulo IV del RDL se establecen una serie de medidas dirigidas a la mejora de la intermediación laboral con el objetivo de mejorar las oportunidades de acceso a un empleo por parte de los desempleados. En este sentido, se regula la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro (hasta el RDL sólo se admitían las agencias de colocación sin ánimo de lucro).

Asimismo, se autoriza al Gobierno para que prorrogue, hasta el 31 de diciembre de 2012, la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo (artículo 13 RDL).

Por otro lado, se introducen una serie de medidas en materia de trabajo temporal que se dirigen, entre otras cosas, a la transposición a derecho español de la Directiva 2008/104/CE.

A) La definición legal de la intermediación laboral y sus principios básicos

Se ha modificado la definición legal de intermediación laboral, de tal forma que ahora se incluye en ella la recolocación acordada en los planes sociales o programas de recolocación en los procesos de reestructuración empresarial.

En concreto, tras el RDL también se considera “intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación” (artículo 20.2 de la Ley de Empleo).

Igualmente, se pasa a hablar de “trabajadores que buscan empleo” en vez de “demandantes de empleo” (artículo 20.1 de la Ley de Empleo).

Por lo que se refiere a los principios básicos que han de regir la actividad de intermediación, se establece expresamente que los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación y demás entidades colaboradoras han de respetar en sus actuaciones la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamientos de sus datos, de acuerdo con la normativa reguladora al respecto. Ello se reitera, respecto de las agencias de colocación, en el nuevo segundo párrafo del artículo 16.2 ET.

Se establece, asimismo, que la intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo debe garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiendo exigirse a dichos trabajadores ninguna contraprestación.

Coherentemente con su reconocimiento, aun aplazado en el tiempo, en el artículo 22 y en el artículo 22 bis de la Ley de Empleo (“discriminación en el acceso al empleo”) se habla simplemente ahora de agencias de colocación (y no, como hasta ahora, de agencias de colocación “sin fines lucrativos”).

Se establece expresamente que “a efectos de la intermediación que realicen los servicios públicos de empleo y, en su caso, las entidades colaboradoras de los mismos y de la ejecución de los programas y medidas de políticas activas de empleo, tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo aquellos que se inscriban como tales en dichos servicios públicos de empleo”.

B) La legalización (aplazada) de las agencias de colocación con ánimo de lucro

a) El aplazamiento de la legalización de las agencias de colocación

Se prevé la legalización de las agencias de colocación con ánimo de lucro, pero las previsiones al respecto del RDL se posponen en su aplicación hasta que no entre en vigor la normativa de desarrollo a que se refiere la disposición final séptima.³ RDL (disposición final octava.² RDL).

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del RDL, el Gobierno ha de elaborar, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, las disposiciones necesarias para desarrollar lo establecido en el RDL en materia de agencias de colocación (disposición final séptima.³ RDL).

b) Régimen jurídico (artículo 21 bis de la Ley de Empleo)

Las agencias de colocación pueden ser colaboradoras de los servicios públicos de empleo u operar de forma autónoma, pero coordinada con dichos servicios. También pueden desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal.

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

Las agencias de colocación deben obtener una autorización del servicio público de empleo competente por razón del domicilio social de la agencia. La autorización será única y con validez en todo el territorio español.

Ya se ha anticipado que se establece que la intermediación realizada por las agencias de colocación con independencia de los servicios públicos de empleo debe garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios, no pudiendo exigirse a dichos trabajadores ninguna contraprestación (artículo 22.4, párrafo segundo, de la Ley de Empleo).

Las agencias han de disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo.

No puede dejar de señalarse que en este Capítulo existen múltiples llamadas al desarrollo reglamentario que determinará, en gran medida, el contenido final de la nueva regulación en esta materia.

Finalmente, a efectos de dar coherencia en esta materia al ordenamiento jurídico, se adapta el apartado 2 del artículo 16 ET, se añade un apartado 3 al artículo 16 ET, se adapta el apartado 1 del artículo 231 LGSS y se adapta, en fin, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (“**LISOS**”). En concreto, merece mencionar que el nuevo apartado 3 del artículo 16 ET recuerda que “la actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas se realizará exclusivamente por empresas de trabajo temporal de acuerdo con su legislación específica”.

d) Derecho transitorio

Las agencias de colocación sin ánimo de lucro autorizadas dispondrán de 6 meses, desde la entrada en vigor de las disposiciones de desarrollo del RDL, para adecuarse a la nueva regulación de las agencias de colocación (disposición transitoria décima RDL).

C) La reforma de la legislación de las empresas de trabajo temporal

a) Trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo

La prohibición de celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo lo es, a partir

**SE POSIBILITA
LA CELEBRACIÓN
DE CONTRATOS
DE PUESTA A DISPOSICIÓN
EN SECTORES DE RIESGO
HASTA AHORA EXCLUIDOS**

del RDL, en los términos previstos en la nueva disposición adicional segunda de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal “LETT” [nuevo artículo 8.c) LETT].

En concreto, se considerarán actividades de especial peligrosidad:

- “Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes”.
- “Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico”.
- “Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico”.

b) Limitaciones de posible determinación por la negociación colectiva estatal

Según la nueva redacción de la disposición adicional segunda.2 LETT:

“Con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, mediante los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión podrán determinarse, por razones de seguridad y salud en el trabajo, limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición”.

No obstante, para ello es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- “Deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas”.
- “Habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados”.

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

- “Deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral”.

Lo establecido en los convenios o acuerdos colectivos conforme lo anteriormente mencionado “se entiende sin perjuicio de las reglas sobre vigencia, prórroga, denuncia y renovación de los convenios colectivos en el Título III” ET (disposición adicional segunda.4 LETT).

c) La posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición, a partir de 1 de enero de 2011, en el ámbito de las actividades señaladas en el anterior apartado 9.3.1

De acuerdo con la nueva redacción de la disposición adicional segunda.3 “desde el 1 de enero de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas”. No obstante, para que la celebración de estos contratos sea posible, se deberán respetar los siguientes requisitos:

- “La empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que forme parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención”.
- “El trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica 34 requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal”.

d) Control de la siniestralidad

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo deberá incorporar en sus informes periódicos sobre evolución de la siniestralidad datos específicos que permitan conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal conforme a lo establecido en el artículo 8.b) y en la disposición adicional segunda LETT.

e) Eliminación de las actuales limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal (nueva disposición adicional cuarta LETT)

Según la redacción de la nueva disposición adicional cuarta LETT, a partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la LETT. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por

razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

f) Igualdad de trato

Se ha modificado el artículo 11.1 LETT a efectos de incrementar la igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa de trabajo temporal y los trabajadores de la empresa usuaria. En concreto, se establece que

“Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo.

Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual”.

g) La ampliación de la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria

Se amplía responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria a la indemnización económica derivada de la extinción del contrato (nueva redacción al artículo 16.3 LETT).

h) La ampliación de los derechos de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en la empresa usuaria

Los trabajadores puestos a disposición “tendrán derecho a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria” (nueva redacción del artículo 17.2 LETT).

La reforma laboral con el Real Decreto-Ley 10/2010

Igualmente, según el nuevo artículo 17.3 LETT:

“La empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información”.

D) La adaptación de la LISOS a la regulación del RDL de las agencias de colocación y de las empresas de trabajo temporal

El artículo 18 del RDL modifica la LISOS para adaptarla a la regulación del RDL de las agencias de colocación y de las empresas de trabajo temporal.

Se modifican, concretamente, y entre otros:

- El encabezamiento de la Subsección 1.ª de la Sección 3.ª del Capítulo II únicamente para incluir la expresión “formación profesional para el empleo” en vez de la de “formación profesional ocupacional y continua”.
- El artículo 16.1 básicamente, de un lado, para sustituir la expresión “mediación con fines lucrativos” por la de “intermediación”, y, de otro, para tipificar como infracción muy grave la de “exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”.
- El artículo 16.2 para añadir como infracción muy grave la de “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección”.
- Los artículos 17.1 y 2, 24.3.a) y 25.4 para incluir la expresión “agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración” con los servicios públicos de empleo y –además, en varios casos– “así se recoja en el convenio de colaboración”. En el artículo 25.4.b) se incluye una referencia a las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con los servicios públicos de empleo.

**LOS SISTEMAS
DE PROMOCIÓN
PROFESIONAL
SE ACOMODARÁN
A CRITERIOS QUE
GARANTICEN LA AUSENCIA
DE DISCRIMINACIÓN**

- Los artículos 18.3.b) y 19.3.b), relativos a las infracciones de las empresas de trabajo temporal y de las empresas usuarias, para incluir la referencia a “trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o salud en el trabajo determinados legal o convencionalmente”.

X. IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL TRABAJO

Además de la ya mencionada modificación del artículo 52.d) ET para incluir la palabra “paternidad”, la disposición final tercera del RDL modifica el artículo 23.2 ET (“promoción y formación profesional en el trabajo”), estableciendo que los términos del ejercicio de estos derechos “se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo”.

Clarificación del significado de renta o ingreso computable en las pensiones no contributivas de la Seguridad Social

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Doctor en Derecho
Subinspector de Empleo y Seguridad Social
Profesor de la Universidad Miguel Hernández (Elche)

Resumen

CLARIFICACIÓN DEL SIGNIFICADO DE RENTA O INGRESO COMPUTABLE EN LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Una de las cuestiones que más dificultades ha planteado la aplicación de la regulación jurídica de las pensiones no contributivas desde su creación a finales del año 1990, ha sido la forma en cómo deben computarse las rentas o ingresos que perciben los beneficiarios o solicitantes de aquellas pensiones, ¿los ingresos íntegros o los netos? Ello junto con la determinación de cuáles de tales ingresos deben ser computados a los efectos de cumplir el requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes, ha sido el principal caballo de batalla de los conflictos planteados sobre esta materia en los últimos veinte años.

Con la publicación de la Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se

desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, sobre rentas o ingresos computables y su imputación, parece que se despejan muchas dudas, al concretarse algunos aspectos que anteriormente debían ser interpretados por la doctrina judicial y la jurisprudencia.

El objetivo del presente comentario no es otro que el análisis técnico de la mencionada Orden, a los efectos de clarificar incertidumbres que la normativa anterior no conseguía despejar porque la regulación jurídica existente no concretaba algunos supuestos acerca del cómputo de las rentas o ingresos de los solicitantes o beneficiarios de pensiones no contributivas de la Seguridad Social

Abstract

HOW TO CLARIFY UNCERTAINTIES ABOUT THE CALCULATION OF THE RENTS OR INCOME OF THE APPLICANTS OR BENEFICIARIES OF NONCONTRIBUTING PENSIONS OF THE SOCIAL SECURITY

One of the questions that more difficulties the application of the legal regulation of the noncontributing pensions has raised from its

creation at the end of year 1990, has been the form in how the rents or income must be computed that perceive the beneficiaries or applicants of

those pensions, the complete income or the net ones? It along with the determination of which of such income they must be computed with a view to satisfy the requirement to lack rents or sufficient income, has been the main horse of battle of the conflicts raised on this matter in the last twenty years.

With publication of Order PRE/3113/2009, of 13 of November, by that application to norms of and development of Real Decree 357/1991 are dictated, of 15 of March, by that it is developed, in the matter of noncontributing pensions, the Law 26/1990, of 20 of December, by which noncontributing benefits settle down in the Social

Security, on computable rents or income and their imputation, seems that many doubts are sprightly, when taking shape some aspects that previously had to be interpreted by the judicial doctrine and the jurisprudence. The objective of the present commentary, is not other that the technical analysis of the mentioned Order, with a view to clarify uncertainties that the previous norm was not able to clear because the existing legal regulation did not make specific some assumptions about the calculation of the rents or income of the applicants or beneficiaries of noncontributing pensions of the Social Security.

Sumario

I. Introducción. II. Carencia de rentas o ingresos. A) Carencia personal de rentas o ingresos. B) Carencia de rentas o ingresos de la unidad económica de convivencia.
 a) Concepto y requisitos de la unidad económica de convivencia. b) El límite de acumulación de recursos. a) La convivencia con descendientes o ascendientes en primer grado. **III. El cómputo de las rentas o ingresos.** A) El cómputo de rentas o ingresos: ¿brutos o netos? a) Cómputo de ingresos netos. a) Cómputo de ingresos brutos. B) Rentas de trabajo. a) Trabajo por cuenta ajena. b) Trabajo por cuenta propia. c) Otras rentas equiparables o consideradas como de trabajo. 3. Rentas de capital. 4. Rentas o ingresos excluidos de cómputo. **IV. Síntesis y comentario final.**

I. INTRODUCCIÓN

Durante años —cerca de veinte—, desde la aparición de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, han venido surgiendo diversos problemas de interpretación a la hora de aplicar por las entidades gestoras la normativa en materia de pensiones no contributivas.

Gran parte de la dificultad se encuentra en que la redacción original de la norma ha dejado abierta la posibilidad de interpretar de diferente forma determinados aspectos en la regulación de las pensiones no contributivas.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

Sobre todos ellos destaca la cuestión de cómo deben considerarse los ingresos o rentas que percibe el beneficiario y, en su caso, las personas que con él conviven en una unidad económica de convivencia.

Más en concreto, la determinación de cuándo existen rentas o ingresos insuficientes, y del problema de cómo deben computarse tales ingresos según deriven del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario y de aquellas otras rentas que según la norma se encuentran excluidas de cómputo.

Pues bien, para intentar poner un poco de luz a estas cuestiones, se publicó la Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, sobre rentas o ingresos computables y su imputación (BOE del 20).

El propio preámbulo de este precepto reconoce la necesidad de desarrollar la normativa de las pensiones no contributivas, como consecuencia de “la jurisprudencia emanada de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre el concepto de renta o ingreso computable y su imputación personal”.

La Orden que se dicta “tiene por finalidad –asegura su preámbulo– desarrollar y clarificar las normas de aplicación contenidas en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, respecto al cómputo de rentas o ingresos, su imputación, así como las reglas de cálculo de los límites de acumulación de recursos, a fin de garantizar una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos respecto a la determinación del derecho y la cuantía de las pensiones no contributivas con una regulación más clara y precisa”.

Respecto a la determinación cuantificable de cuándo existe carencia de rentas del interesado, tanto personal como en una unidad económica de convivencia, creo que ha sido innecesario su intento de aclaración, pues las disposiciones vigentes que regulan esta cuestión son nítidas y no precisan de aclaración o desarrollo alguno. Si acaso, se ha intentado clarificar, detallar la forma en que debe determinarse la carencia de rentas o ingresos personales del solicitante y de la unidad económica de convivencia, para evitar posibles interpretaciones erróneas que pudieran producirse pero que a mi modo de ver no han generado problemas reales de interpretación.

**SE HA INTENTADO
ACLARAR LA FORMA
DE DETERMINAR
LA CARENCIA
DE INGRESOS PERSONALES
DEL SOLICITANTE Y
DE LA UNIDAD FAMILIAR**

He de confesar que me hubiera sido de enorme utilidad que se publicara hace ocho años la Orden que será objeto de este comentario cuando, en su día defendí mi tesis doctoral que versaba sobre las pensiones no contributivas, pues en aquellos momentos la doctrina judicial trataba de abrirse paso ante los diferentes conflictos de interpretación de la norma que le planteaban los interesados, en particular, sobre la forma de cómputo de las rentas que el nuevo desarrollo de las pensiones no contributivas intenta clarificar.

Hay algo que a primera vista me sorprende, y es precisamente que la Orden se dicte por un departamento, como es el Ministerio de la Presidencia, que no tiene relación directa con la materia objeto de análisis, como son las pensiones no contributivas que pertenecen al ámbito de la Seguridad Social, si bien, es verdad que se tramitan –salvo en las Ciudades de Ceuta y Melilla– por los Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas.

No obstante, la Orden no olvida de quién procede la iniciativa de desarrollo del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, cuando señala que se dicta a propuesta de la Ministra de Sanidad y Política Social y del Ministro de Trabajo e Inmigración.

II. CARENCIA DE RENTAS O INGRESOS

Si existe un requisito común a las pensiones no contributivas, éste es el de la exigencia de carecer de rentas o ingresos suficientes [artículos 144.1.d) y 167.1 de la LGSS y 1.d) y 8.c) del RD 357/1991]. Lo que significa que el interesado debe acreditar que se encuentra en una situación de necesidad, concretada en la insuficiencia de recursos económicos, para hacerse merecedor de la pensión de invalidez o jubilación no contributiva.

Con objeto de conocer si el solicitante carece de “recursos económicos propios suficientes para su subsistencia”, como decía el Preámbulo de la Ley 26/1990, se debe determinar el denominado “límite de acumulación de recursos”.

No olvidemos que al encontrarnos en el nivel no contributivo de la Seguridad Social, el régimen jurídico aplicable es ajeno a los conceptos comunes del nivel contributivo y por tanto, entraña cierta dificultad para quien no se haya familiarizado con esta modalidad de Seguridad Social, pues se ha escogido un sistema complejo en función de las circunstancias del solicitante, según forme parte o no de una unidad económica de convivencia, y en caso afirmativo, del grado de parentesco que le una con las demás personas de la citada unidad, así como la determinación de qué ingresos deben ser computados y cuáles deben ser excluidos.

La Orden PRE/3113/2009 explica con detalle en qué consiste el requisito de la carencia de rentas o ingresos suficientes, entendiéndose cumplido en dos planos sucesivos:

Primero, el solicitante debe acreditar dicha carencia a nivel personal. Y a continuación, en el caso de que “conviva con otras personas en una misma unidad económica de convivencia, se tendrán en cuenta los ingresos de todos los miembros de la referida unidad para determinar el cumplimiento de dicho requisito” (artículo 1 de la Orden PRE/3113/2009).

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

A) Carencia personal de rentas o ingresos

En este apartado me referiré exclusivamente a situaciones en las que el beneficiario de pensiones no contributivas no convive con otras personas y, por tanto, no se consideran más que sus propias rentas o ingresos personales.

Cuando se dice que el beneficiario no convive con otras personas me refiero, además de las situaciones en que el beneficiario vive en soledad, a aquellas en que conviva con personas que no formen parte de la unidad económica de convivencia en los términos que establece el artículo 13 del RD 357/1991, o en uniones de hecho sin vínculo familiar y sin relevancia hasta el momento en esta materia.

Con respecto a este primer nivel, se reproduce de forma casi idéntica lo que ya preveía el artículo 11.1 del RD 357/1991, al considerar que “existen rentas o ingresos personales insuficientes cuando los que disponga o se prevea va a disponer el solicitante, en cómputo anual, de enero a diciembre, sean inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”¹ (artículo 2 de la Orden PRE/3113/2009).

De tal forma que solamente cuando se alcance el límite de acumulación de recursos se extinguirá el derecho a la pensión no contributiva.

Las únicas diferencias con respecto a la redacción del artículo 11.1 del RD 357/1991² estriban, por un lado, en especificar que este nivel se refiere exclusivamente a rentas e ingresos personales del solicitante. Siendo la otra diferencia la referencia precisamente al solicitante en lugar del interesado, términos que pueden utilizarse sin problemas de forma indistinta, si bien es verdad que referirse al solicitante se ajusta más a la realidad, que la referencia a un mero interesado que podría no ser el solicitante.

Pese a una mayor precisión del alcance en los términos empleados en el nuevo precepto, no parece que hubieran sido necesarias estas aclaraciones pues creo que sobre estas cuestiones no existe conflictividad alguna.

Por lo demás sólo cabe recordar que si se alcanza ese límite de ingresos o rentas materializado en una cuantía económica establecida por los Presupuestos Generales del Estado de cada año, la norma presume que el solicitante posee recursos suficientes y por tanto no tiene derecho a la pensión. En consecuencia, ese límite de rentas es de igual cuantía anual que el importe de la propia pensión.

De lo examinado hasta el momento se desprende que las pensiones no contributivas se reconocen no sólo en el caso de ausencia absoluta de rentas o ingresos personales, sino también cuando los que se acreditan son insuficientes.

(1) “Para el año 2010, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en 4.755,80 euros íntegros anuales” [artículo 42.uno de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (LPGE-2010) y artículo 17.1 del Real Decreto 2007/2009, de 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2010 (BOE del 29)].

(2) En donde se establece que “cuando los que disponga o se prevea vaya a disponer el interesado, en cómputo anual, de enero a diciembre, sean inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado” [artículo 11.1 del RD 357/1991, en relación con el artículo 144.1.d) de la LGSS].

En este caso, si el solicitante acredita ingresos pero no alcanza el denominado “límite de acumulación de recursos” tendrá derecho a la pensión si reúne los demás requisitos exigidos, siendo el importe de la pensión la diferencia entre la determinación de la cuantía anual establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y los ingresos del solicitante que se consideran computables.

B) Carencia de rentas o ingresos de la unidad económica de convivencia

Además de las rentas e ingresos personales del solicitante, lo que supuso una novedad en el establecimiento de las pensiones no contributivas fue que una vez se comprueba que el solicitante carece de recursos suficientes, también se consideran los ingresos de su núcleo familiar denominado “unidad económica de convivencia”.

Como paso previo a la determinación de la insuficiencia de rentas o ingresos, en los supuestos en que el beneficiario convive con otras personas, se debe delimitar el contenido de lo que se ha dado en llamar, *unidad económica de convivencia* por tratarse de un concepto jurídico esencial en tales situaciones de convivencia.

a) Concepto y requisitos de la unidad económica de convivencia

El concepto de la denominada unidad económica de convivencia (UEC) se encuentra en el RD 357/1991, al establecer que “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarios, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado” (artículo 13 del RD 357/1991, en relación con el artículo 144.4 de la LGSS).

De manera que deben entenderse incluidos en la UEC los padres, abuelos, hijos, nietos, hermanos, así como el cónyuge. Está excluido de la UEC el parentesco por afinidad (salvo el cónyuge) así como las uniones de hecho.

La relación de convivencia en primer grado por adopción no fue incluida en la redacción de la LGSS, siendo introducida más tarde en los artículos 11.2 y 13 del RD 357/1991, de desarrollo de la Ley.

De la UEC resulta de interés glosar dos cuestiones, antes de abordar en sentido estricto qué se debe entender por carencia de rentas o ingresos. Me refiero, por un lado, al parentesco y, por otro, a la convivencia como “requisitos”, para formar parte de una UEC.

Con respecto al requisito de parentesco, si bien en el artículo 13 del RD 357/1991 figuran con claridad las personas cuyo grado de parentesco con el solicitante se incluyen en la UEC, la realidad ha obligado a replantear determinados supuestos, a través de la jurisprudencia y la doctrina judicial, sobre lo que significa el parentesco a la luz del concepto de la UEC³, con la consecuencia de que personas que en un principio no forman parte de la

(3) Véanse ampliamente los diversos supuestos en FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Colección Estudios, núm. 129, Madrid, 2002, pp. 167-173.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

UEC, por no figurar entre los parientes previstos en ella, en algunos supuestos se han incluido merced a la labor interpretativa de los tribunales.

De ese modo se incluyeron al hijo privativo del cónyuge solicitante (STS de 19 de noviembre de 2003) o al biznieto (STSJ Andalucía, Sevilla de 19 de enero de 2007).

En relación al requisito de la convivencia para formar parte de la UEC, no se especifica en la LGSS, ni en el RD 357/1991, cómo debe ser la convivencia entre los integrantes de una UEC. De ahí que haya sido la jurisprudencia quien ha venido configurando sus características más sobresalientes.

En principio, la convivencia debe ser real y efectiva, sin que sea suficiente que se trate de una mera presunción de una determinada relación jurídica que presuponga esa convivencia⁴, salvo supuestos “excepcionales en que la falta de esa convivencia física es temporal y justificada”⁵, como, por ejemplo, el ingreso de dos hijos minusválidos en un Centro Especial, pero que durante los fines de semana y vacaciones vuelven al hogar familiar⁶.

b) El límite de acumulación de recursos

En el caso de que el beneficiario conviva con otros familiares en una misma UEC, el límite de acumulación de recursos se refiere no sólo al propio interesado, sino también al de los miembros de su familia que conviven con él. Para ello la LGSS establece diversas reglas que determinan el límite de las rentas en total objeto de cómputo que obtiene la UEC, en atención al número de integrantes de la unidad económica de convivencia y del grado de parentesco.

En realidad, nada esencial incorpora el artículo 3 de la Orden PRE/3113/2009 que no haya establecido el artículo 11.2 del RD 357/1991, para determinar el límite de rentas o ingresos de una UEC en el caso de convivencia del solicitante de una pensión no contributiva, si acaso lo que añade es una fórmula matemática para su cálculo.

Y así, señala el citado artículo 3 que “cuando el solicitante carezca de rentas o ingresos personales suficientes en los términos

(4) En un supuesto de separación de hecho entre cónyuges, la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2001 señala que “ha de existir convivencia efectiva del beneficiario con otras personas para que entren en juego las reglas del cómputo de los ingresos a ellas correspondientes, de modo que, no existiendo tal convivencia, sólo serán computables las rentas propias del solicitante”.

(5) STSJ de Murcia de 10 de julio de 2000, FJ. único.

(6) Cfr. STSJ de Navarra de 20 de septiembre de 1995.

**LA ORDEN AÑADE
UNA FÓRMULA
MATEMÁTICA PARA
DETERMINAR EL LÍMITE
DE RENTAS DE UNA
UNIDAD ECONÓMICA
DE CONVIVENCIA**

establecidos en el artículo 2 de esta orden, si convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido dicho requisito cuando la suma de las rentas o ingresos computables de todos los integrantes de aquélla sea inferior al límite de acumulación de recursos aplicable a la unidad económica. Dicho límite será el equivalente a lo que resulte de la suma de la cuantía de la pensión que, en cómputo anual, es establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, más el 70% de dicha cuantía multiplicado por el número de convivientes menos uno”.

Si acaso, esclarece más aun si cabe por si pudiera darse alguna confusión respecto la cuantía de la pensión en cómputo anual, a partir de la cual se determina el límite, que se refiere a la establecida anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en lugar de la cuantía que correspondería al beneficiario en su caso. Pues en el artículo 11.2 se refiere a la “pensión” sin especificar si se trata de la establecida en la Ley de Presupuestos o la propia del beneficiario o solicitante.

Asimismo, se incorpora una fórmula matemática para mayor facilidad a la hora de determinar el límite de rentas de la UEC (incluido el solicitante), del siguiente modo:

$$L = C + [0,7 \times C \times (m - 1)]$$

siendo:

L = Límite de Acumulación de Recursos.

C= Cuantía anual de la pensión establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

m = Número de convivientes que integran la unidad económica.

Por ejemplo:

Si el beneficiario convive con dos personas formando una unidad económica de convivencia de tres personas, el límite de recursos para el año 2010 será:

$$4.775,80 + 70\% \text{ de } 4.775,80 \times 2 (3-1) = 11.461,92 \text{ €año}$$

Si la UEC es de cuatro personas:

$$4.775,80 + 70\% \text{ de } 4.775,80 \times 3 (4-1) = 14.804,98 \text{ €año}$$

En este caso, si el sujeto beneficiario carece de rentas suficientes pero convive con otras personas que sí disponen de esas rentas desaparece la situación de necesidad. De modo que en el caso de que la suma de todos los ingresos de la UEC sea inferior a 11.461,92 euros al año en el caso de convivir tres personas, o de 14.804,98, en el caso de que sean cuatro las que forman la UEC, tendrá derecho, si bien la pensión en el caso de los ingresos se acerquen al límite se verá muy reducida. A todo ello conviene recordar que para considerar los ingresos de la UEC, antes el solicitante debe carecer de ingresos suficientes propios.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

a) La convivencia con descendientes o ascendientes en primer grado

Tampoco añade la Orden PRE/3113/2009 nada nuevo a lo establecido en el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 11 del RD 357/1991, que desarrolla el artículo 144.3 de la LGSS, tan sólo se recrea un poco más en la descripción de algo que poco misterio tiene, como es el incremento del límite de acumulación de recursos de la pensión no contributiva en dos veces y media cuando existe parentesco en la UEC en primer grado de padres e hijos, cuando uno de ellos sea el solicitante.

Así pues, “cuando la convivencia, dentro de una misma unidad económica, se produzca entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes consanguíneos o por adopción en primer grado, el límite de acumulación de recursos será equivalente a multiplicar por 2,5, lo que resulte de la suma de la cuantía de la pensión que, en cómputo anual, es establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, más el 70% de dicha cuantía multiplicado por el número de convivientes menos uno” (apartado 2 del artículo 3 de la Orden PRE/3113/2009).

La única novedad es la fórmula matemática que, en realidad, es la misma que la anterior cuyo resultado se multiplica por 2,5, del siguiente modo:

$$L = \{C + [0,7 \times C \times (m - 1)]\} \times 2,5$$

siendo:

L = Límite de Acumulación de Recursos.

C = Cuantía anual de la pensión establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

m = Número de convivientes que integran la unidad económica.

Por ejemplo:

Si el beneficiario convive con dos personas formando una unidad económica de convivencia de tres personas, el límite de recursos para el año 2010 será:

$$4.775,80 + 70\% \text{ de } 4.775,80 \times 2 (3-1) = 11.461,92 \text{ €año}$$

En el caso de que entre el solicitante y uno de los integrantes de la UEC exista parentesco de primer grado (ascendiente o descendiente) esa cuantía debe multiplicarse por 2,5: $11.461,92 \text{ €año} \times 2,5 = 28.654,80$ euros al año (límite de recursos).

Si la UEC es de cuatro personas:

$$4.775,80 + 70\% \text{ de } 4.775,80 \times 3 (4-1) = 14.804,98 \text{ €año}$$

En el caso de que entre el solicitante y uno de los integrantes de la UEC exista parentesco de primer grado (ascendiente o descendiente) esa cuantía debe multiplicarse por 2,5: $14.804,98 \text{ €año} \times 2,5 = 37.012,45$ euros al año (límite de recursos).

Una cuestión que se echa en falta y que podría haber aclarado la Orden PRE/3113/2009, es que debe entenderse que existe unidad económica de primer grado, no sólo cuando es integrada *exclusivamente* por el beneficiario y sus ascendientes o descendientes en primer grado, sino también cuando convivan además en aquella unidad otros parientes que no los son en primer grado a los que la norma hace referencia, como son las personas unidas por matrimonio o en segundo grado.

En otras palabras, junto con esa relación en primer grado que incrementa en 2,5 veces el límite de acumulación de recursos, pueden formar parte de la UEC otras personas por matrimonio o con diferente grado de parentesco, según lo establecido por la norma.

III. EL CÓMPUTO DE LAS RENTAS O INGRESOS

Entramos a conocer de lleno a continuación, lo que hasta la publicación de la Orden PRE/3113/2009 ha sido una de las cuestiones que más dificultades de interpretación ha ocasionado en la aplicación de la normativa en materia de pensiones no contributivas. Me refiero a la consideración de qué rentas o ingresos deben computarse a los efectos de reunir el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes exigido para acceder al derecho de la pensión.

Como se acaba de analizar, pese a la diferente forma de cálculo del límite de acumulación de ingresos, según que el interesado se encuentre en una UEC o no, la consideración de lo que son ingresos o rentas computables es la misma en todos los casos⁷.

Sobre el particular, el artículo 12 del RD 357/1991, en relación con el artículo 144.5 de la LGSS, considera “rentas o ingresos computables los bienes y derechos de que disponga anualmente el beneficiario o la unidad económica de convivencia, derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquéllos”. El artículo 144.5 de la LGSS también incluye expresamente como objeto de cómputo los derechos de naturaleza prestacional. Si bien, sobre el particular se abre otra cuestión de importancia como es la compatibilidad del trabajo así como de las prestaciones (sean o no de Seguridad Social) con las pensiones de Seguridad Social no contributivas.

Además, los ingresos a tener en cuenta son los de la anualidad en que se solicita la pensión⁸.

Dos cuestiones de interés se examinarán a continuación en lo que hace referencia al cómputo de las rentas o ingresos, por un lado, si deben considerarse ingresos brutos o netos y, por otro, el tipo de ingreso, ya sea de trabajo, capital, etcétera.

(7) Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Ediciones Laborum, Murcia, 1998, p. 103.

(8) Cfr. STS de 10 de julio de 2000.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

A) El cómputo de rentas o ingresos: ¿brutos o netos?

Un aspecto de trascendencia que conviene precisar en orden al acceso o no del derecho a las pensiones no contributivas, que no contempla la LGSS ni el Reglamento, y que ha motivado el pronunciamiento de la jurisprudencia en multitud de ocasiones, es la de si las rentas computables son las brutas, también llamadas nominales, o las netas⁹. En el caso de que se aplicara este último criterio se tendrían en cuenta las rentas realmente disponibles, obtenidas como resultado de restar a las brutas los gravámenes fiscales, de Seguridad Social o de otra clase que sobre ellos recaigan¹⁰. En cambio, si se consideran rentas brutas, “habría unas cantidades que, sin ser percibidas realmente, se computan a los mencionados efectos”¹¹.

Ambas posiciones han sido defendidas con diversos argumentos hasta la publicación de la Orden PRE/3113/2009 que ha zanjado la cuestión decantándose por la consideración de sus rentas o ingresos brutos (artículo 4.1). Era necesaria una modificación de la normativa, como se pidió en su momento por quien redacta estas líneas, que adoptara uno u otro criterio de forma clara¹². De ahí que puede ser revelador conocer cuál ha sido el itinerario seguido hasta llegar a la consideración definitiva, sobre todo por las numerosas controversias que podrían haberse evitado si se hubiera adoptado el criterio de las rentas brutas desde el inicio hace casi veinte años. Bastaba haberlo incluido en la primitiva redacción del precepto.

Para ello comenzaré con el análisis de las rentas computadas como netas, a continuación como rentas brutas, para finalizar con un breve comentario acerca de la decisión adoptada a través de la Orden PRE/3113/2009.

a) Cómputo de ingresos netos

A favor del cómputo de ingresos netos, se ha pronunciado la doctrina judicial sobre algunos aspectos como la deducción de los ingresos brutos del precio pagado por mercancías, gastos de

**LA ORDEN PRE/3113/2009
SE DECANTA POR
CONSIDERAR LAS RENTAS
O INGRESOS BRUTOS**

(9) El mismo problema se plantea con respecto a la prestación no contributiva de la asignación económica por hijo a cargo. A este respecto, véase MORGADO PANADERO, P. y MORENO DE VEGA y LOMO, F., “Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, núm. 96, diciembre, 1998, pp. 29-30.

(10) Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 48 y 344.

(11) ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1991, cit., p. 934.

(12) Cfr. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*. Consejo Económico Social. Colección Estudios, núm. 129, Madrid. 2002, pp. 206-207.

personal, etcétera¹³. Y es que no es la misma situación la de dos personas o la de dos UEC, en el caso de que el beneficiario se encuentre integrado en ellas, que tienen los mismos ingresos computables, pero que, sin embargo, unos tienen más gastos que otros. Los primeros acusarán una mayor necesidad¹⁴.

Por otro lado, en ocasiones, no se han seguido los mismos criterios a la hora de satisfacer un crédito privado por parte de la Administración que al computarse los ingresos del beneficiario o de su UEC¹⁵.

Con respecto a la inclusión de cotizaciones sociales como ingresos computables, la doctrina ha criticado no sin fundamento que, conforme a la finalidad de las prestaciones no contributivas se deberían considerar sólo los ingresos netos que procedan de rentas de trabajo o de capital¹⁶, y excluir las cotizaciones sociales, pues únicamente deberían ser computables aquellos ingresos que se incorporan al patrimonio del beneficiario¹⁷.

En ese mismo sentido el criterio de actuación de las Entidades Gestoras es que las rentas derivadas del trabajo percibidas “por el interesado o por cualquiera de los demás miembros de la UEC se computarán conforme a la siguiente distinción:

‘a) Trabajadores por cuenta ajena o sin actividades profesionales y artísticas, empresariales y agrarias.

Se computan todos los rendimientos de la actividad, tanto los dinerarios como los obtenidos en especie. De éstos se deducirán:

- Cotizaciones a la Seguridad Social.
- Cantidades abonadas con carácter obligatorio a montepíos laborales y mutualidades.

‘b) Trabajadores por cuenta propia o con actividades profesionales y artísticas, empresariales y agrarias.

Los rendimientos de estas actividades se determinarán por la diferencia entre la totalidad de los ingresos u operaciones globales y los gastos necesarios para su obtención, tales

(13) Entre ellas puede mencionarse la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de diciembre de 1993, FJ 1.º.

(14) La STSJ de Asturias de 10 de marzo de 1995 FJ único *in fine*, sobre cómputo de los ingresos disponibles, estima que “no es razonable que los hechos económicos no gravados –o gravados en menor medida que otros– sirvan en cambio para privar al sujeto de una asistencia, que por muy benéfica que sea, constituye obligación legal del Estado”.

(15) En ese sentido, la STSJ de Murcia de 15 de octubre de 1997 FJ 3.º último párrafo, señala que “resultaría absurdo que, por un lado, el Estado autolimite sus poderes de apremio patrimonial, cuando se trata de hacer efectivos los créditos de un privado (en ocasiones crédito de la Administración Pública; cfr. Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, artículos 114 y 123), mediante el mecanismo del cómputo de cantidades netas que resultan tras el pago de los impuestos, y, por otro lado, a la hora de procurar un mínimo existencial, basado en un requisito de pobreza, no siguiera idéntico criterio”.

(16) Cfr. RON LATAS, R.P., “Puntos críticos de las pensiones no contributivas por incapacidad y jubilación a la luz de la jurisprudencia laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 2, abril, p. 53.

(17) En ese sentido, la STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 1995 FJ 2.º *in fine*, fundó la exclusión de las cotizaciones sociales de los ingresos computables en que “estas cantidades en ningún caso, ni directa ni indirectamente, se incorporan al patrimonio (del beneficiario)”.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

como coste de personal (incluida la Seguridad Social del titular), compras realizadas, gastos de mantenimiento”¹⁸.

Respecto a otros gastos diferentes a cotizaciones sociales, también se admitió en su momento la posibilidad de restar de los ingresos computables el importe del 25% del concepto por coeficiente de gastos (bonificación de impuestos deducible por gastos de difícil justificación)¹⁹. O la consideración de los ingresos efectivos en una explotación agraria, por estar incluida en el sistema de coeficientes, supone la deducción de sus gastos²⁰.

En el mismo sentido se consideraron como netas, las rentas que resultan de las reglas sobre cómputo de rentas coincidentes con la base imponible del IRPF, de modo que se excluirían del cómputo aquellos gastos que sean necesarios para generar ingresos²¹.

Asimismo, en la consideración de los ingresos netos se hizo uso de la aplicación de varias reducciones, de modo que, además de no computarse los ingresos procedentes de cotizaciones sociales, se aplicó la deducción del 5% del importe de los ingresos brutos²², deducción en la actualidad desaparecida²³.

En esta misma línea incluso se llegó a excluir del cómputo “los intereses bancarios extraídos de la declaración de IRPF”²⁴. O la aplicación del artículo 5.2 del Real Decreto 4/1998 y el artículo 5.c) del Real Decreto 5/1999, sobre Revalorización de Pensiones de la Seguridad Social, en donde se establece que cuando se produzcan “ingresos por actividades empresariales, profesionales y agrícolas o ganaderas, los gastos deducibles se calcularán de acuerdo con la normativa fiscal, de donde se desprende que deben tenerse en cuenta a los efectos de determinar los ingresos de la unidad económica de convivencia (...) los ingresos netos de la actividad empresarial”²⁵.

En el supuesto concreto de uno de los componentes de la unidad económica con un hijo que convive con su madre en otro domicilio y que aporta para su mantenimiento una cuantía, se resolvió que “de los ingresos de dicha unidad debe descontarse la cantidad que se destina al menor”²⁶.

(18) IMSERSO, *Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación)*, MTAS, Madrid, 1999, CRITERIOS GENERALES A/1 apartado 1.2. Sobre esta cuestión más específicamente en la misma obra, PNC/RENTAS A/II.2, A/II.1.1, A/II.30, A/II.33.

(19) Véase en este sentido, la STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 1997 FJ 2.º.

(20) En ese sentido, la consideración de los ingresos efectivos de una explotación agraria, “conlleva –como señaló la STSJ de Aragón de 2 de abril de 1997 FJ in fine– la asunción de unos gastos que no se pueden dejar de considerar –estimando que– la reducción del 25% por coeficientes por gastos es correcta”. En la misma dirección apuntaba la STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 1997 FJ 2.º.

(21) Cfr. STSJ de Asturias de 16 de febrero de 1996 FJ único.

(22) SSTSJ de Asturias de 31 de marzo de 1995 FJ 3.º, y de 22 de noviembre de 1996 FJ 3.º Estas Sentencias entran en el fondo del asunto pues critican la expresión del artículo 144.5 de la LGSS y del artículo 12 del RD 357/1991 al no precisar cómo se deben considerar los ingresos computables, y no resolver “si los ingresos se deben tomar en su integridad o brutos o como netos, una vez deducidos los gastos necesarios para su obtención”.

(23) En la actualidad debemos remitirnos a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio.

(24) STSJ de Madrid de 16-4-96 FJ 1.º.

(25) STSJ de Baleares de 13 de diciembre de 1999 FJ 2.º.

(26) STSJ de Madrid de 9 de marzo 1999 FJ único.

En definitiva, la justificación de que las rentas o ingresos debían computarse como rendimientos “netos”, entendido como un término más adecuado que el de rendimiento “efectivo” utilizado por la norma, residió en que se trataba, en general, de restar de los ingresos “brutos” los gastos que se hayan producido²⁷.

Pero es que además, en fin, la propia norma utiliza términos que inducen a pensar que debían considerarse los ingresos netos. Así, al referirse a la consideración de las rentas o ingresos computables, el artículo 12.1 del RD 357/1991 hace referencia a “los bienes y derechos de que *dispongan* anualmente el beneficiario o la unidad económica de convivencia”. El hecho de *disponer* hace referencia a la posibilidad de disfrutar de ellos, posibilidad que no resulta factible si, como sucede en la mayoría de los casos, se ve privado el beneficiario de una porción de la pensión antes de disponer de ellos como sucede con las retenciones de los diferentes impuestos (IRPF, IVA, etcétera) o con el pago de cotizaciones sociales a cargo del trabajador que, como es sabido, se deducen por la empresa en el mismo instante en que se abona el salario.

b) Cómputo de ingresos brutos

Respecto a la consideración del cómputo de los ingresos como brutos, se han dictado más Sentencias en número, contando además con algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo en este sentido²⁸, por lo que, en principio, parece ser este criterio (el de los ingresos brutos) el que mejor se ajusta en su aplicación, al interpretarse literalmente el precepto legal²⁹, porque si fueran netos la legislación lo habría especificado³⁰.

Por otro lado, se han considerado generalmente los ingresos procedentes de las cotizaciones sociales³¹, basándose en la identidad de razón existente entre el artículo 12 del RD 357/1991 y el artículo 7 del Real Decreto 356/1991 (protección familiar por hijo a cargo) en la actualidad derogado, conforme aplicó el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de febrero de 1994, cuando indicó que son los ingresos brutos los que deben computarse³². No obstante, “es criterio adoptado el de que de los rendimientos íntegros derivados

(27) Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ-MENDAÑA, N., *Guía de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social*, EINSA, Alcobendas (Madrid), 1991, p. 49.

(28) STSS de fechas 18 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1996, 13 de noviembre de 1997, y 6 de marzo de 1998.

(29) En ese sentido, la STSJ de Madrid de 7 de febrero de 1996, FJ 2.º *in fine*, indica que “la recurrente pretende equiparar el concepto “rendimientos efectivos” que las citadas normas utilizan con el de “rendimientos netos”. (...) Los rendimientos efectivos o los bienes y derechos a los que la norma se refiere tienen, pues, un claro ámbito omnicomprendido y, por ello, debe rechazarse la forma particular de cómputo que la recurrente pretende”. De forma más directa, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de mayo de 1998, FJ 3.º señala que se deben considerar los ingresos brutos de acuerdo con la “interpretación gramatical; en los preceptos legales y reglamentarios aplicables no se dice nada de rebajar la cuantía de la renta mensual que se adopta como punto de referencia con deducciones de gastos, por lo que debe entenderse, como se suele entender en casos equivalentes, que tal renta es la renta adquirida o bruta”.

(30) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., “Las prestaciones no contributivas”, AA.VV., *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 441.

(31) Cfr. STSJ de Cataluña de fecha 7 de noviembre de 1996, FJ único, segundo párrafo.

(32) La Sentencia fundamenta la consideración de los ingresos brutos sobre la base de que las cotizaciones sociales del trabajador “le pertenecen, naciendo de dicho abono los beneficios que se derivan de su afiliación a la Seguridad Social, cubriendo las contingencias que ésta ampara (artículos 67 y 68 LGSS, hoy 103 y 104 de la LGSS de 1994), en consecuencia, su importe

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

del trabajo se deduzcan las cotizaciones a la Seguridad Social o a Mutualidades Generales obligatorias de funcionarios, derechos pasivos, colegio de huérfanos o instituciones similares, dado su carácter obligatorio, y que en sí mismas consideradas no constituyen propiamente dichos ingresos o rentas de los que se disponga”³³.

Asimismo se consideran como brutos los rendimientos obtenidos en explotaciones agrarias³⁴. Igualmente, la STS de 31 de mayo de 1996, establece el criterio de computar los ingresos brutos respecto al subsidio por desempleo³⁵. Siendo acertado tal criterio a juicio de la doctrina³⁶.

Con respecto a la cuantía percibida en concepto de una indemnización, como consecuencia de un accidente de tráfico, aunque se encuentra exenta de tributación a efectos fiscales, sin embargo, sí que se toma en consideración a los efectos de determinar los recursos de la UEC³⁷.

Con respecto a los gastos de reparación y conservación de inmuebles, también se incluyen, así como el importe de los intereses originados por su compra³⁸.

**DEBEN CONSIDERARSE
LOS INGRESOS BRUTOS,
CON LAS EXCEPCIONES
PREVISTAS EN LA ORDEN
PRE/3113/2009**

es uno de los ingresos anuales del trabajador; a mayor abundamiento, si también en el artículo 7 del RD 356/1991 (equivalente al artículo 12 del RD 357/1991), expresamente se considera ingreso a computar las de naturaleza prestacional, siendo el pago de las cuotas, la cobertura necesaria para que en el futuro nazcan las prestaciones, las mismas tienen que comprenderse como ingreso a computar” (FJ 2.º in fine). Las SSTSJ de Aragón de 1 de octubre de 1997, FJ 2.º in fine, y de Castilla y León (Burgos) de 22 de junio 1998 FJ único in fine, fundamentan la consideración de los ingresos brutos procedentes de cotizaciones sociales, entre otros razonamientos, en la citada Sentencia del Tribunal Supremo. Y es que, como señala la STSJ de Galicia de fecha 4 de junio de 1999 FJ 3.º, se deben tener en cuenta las cantidades brutas, “tanto porque la falta de toda adjetivación induce a entenderla referida al concepto genérico y no al específico, cuanto porque son gastos deducibles para la determinación de los rendimientos netos una serie de conceptos que, en forma directa o diferida, redundan en utilidad del contribuyente y de sus beneficiarios (cotizaciones a la Seguridad Social o Mutuas Generales, detracciones por derechos pasivos, cuotas satisfechas a Sindicatos, importes atribuibles a Planes de Pensiones y otros gastos), cuya personal variabilidad contraría la seguridad jurídica atribuible a una cifra predeterminada”.

(33) IMSERSO, Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación), cit., PNC/RENTAS, A/II.27b.

(34) Como la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de junio de 1998, FJ único, para la que, “son los ingresos íntegros o brutos los que deben considerarse (...). Los rendimientos de la explotación agraria del esposo de la hoy recurrida que han de ser tenidos en cuenta son los establecidos por la Administración, sin que proceda minorar los mismos en un 15% (...), pues la Administración parte ya del rendimiento neto por módulos y no procede efectuar en el mismo minoración alguna”.

(35) En el mismo sentido, se pronuncia el TSJ de Castilla y León/Burgos en Sentencias de fechas 2 de febrero de 1998 FJ segundo; 22 de junio de 1998, FJ único y 29 de marzo de 1999, FJ único.

(36) Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*, 1998, cit., p. 345.

(37) Como señala la STSJ de Galicia de 11 de junio de 1996 FJ tercero, segundo párrafo, al establecer que tales indemnizaciones “se encuentran incluidas según las normas citadas reguladoras de la prestación y no les afectan las exclusiones específicas que éstas prevén, careciendo de valor a estos efectos el que una norma tributaria las declare exentas en el aspecto tributario”. Véase, en el mismo sentido, IMSERSO, Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación), cit., PNC/RENTAS, A/II.22.

(38) La STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 17 de junio de 1997, FJ 2.º, al interpretar el artículo 12.3 del RD 357/1991, indica que “los rendimientos a tener en cuenta cuando proceden de bienes muebles o inmuebles son los efectivos, es decir, los brutos no los netos (...) pues los gastos de conservación y reparación de inmuebles no son gastos necesarios e ineludibles que desde el punto de vista fiscal podrían tener efectos, pero que no resultan de aplicación a las prestaciones de la Seguridad Social y a su Régimen Jurídico, y por ello a los efectos de la acumulación de ingresos de la unidad familiar”.

El mismo criterio se aplica con respecto a los gastos farmacéuticos, así como a las obligaciones alimenticias. Sin que procedan descuentos por retenciones a cuenta del IRPF o cualquier gasto derivado de la adquisición de medicamentos³⁹.

A todo debe añadirse que no se puede argumentar para justificar la deducción de determinadas cuantías, en que así se dispone en otros preceptos ajenos a la Seguridad Social⁴⁰, pues si se deben considerar los ingresos brutos, como sostiene la mayoría de la jurisprudencia, no tiene sentido hacer descuento alguno, máxime cuando la propia legislación no lo ha previsto. Sin embargo, dada la diversidad de criterios empleados, se consideró por la doctrina la necesidad de reforma del artículo 12 del RD 357/1991⁴¹.

La STS de 6 de marzo de 1998, FJ 2.º, estimó que deben tenerse en cuenta los ingresos brutos y no los netos, pues “la Ley acude en primer término a los rendimientos efectivos que produzcan los bienes muebles e inmuebles, y solamente si no existieran tales ingresos será cuando acude a las normas del Impuesto, que tienen en cuenta ese descuento como gasto para generar los ingresos, pero no puede irse a esa normativa cuando los ingresos ya se hicieron efectivos”.

En suma, tal como expuse⁴² sobre esta cuestión con base en la doctrina judicial,⁴³ así como por la línea mostrada por el Tribunal Supremo, me inclino por considerar los ingresos como los brutos, a excepción de los supuestos que se recogen en el precepto de aplicación, tal como finalmente ha establecido el artículo 4.1 de la Orden PRE/3113/2009.

B) Rentas de trabajo

El artículo 12.2 del RD 357/1991, parece que no da lugar a dudas sobre lo que debe entenderse por rentas de trabajo, cuando señala que se tratan de “las retribuciones, tanto dinerarias como en especie⁴⁴, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena”. De ese modo se está reconociendo de forma implícita la compatibilidad de la

(39) A este respecto, señala la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 1998, FJ 2.º, que “tan necesario como tales gastos (farmacéuticos) son los efectuados para subvenir a las necesidades más elementales de la vida, tales como alimentos, vestido, vivienda, etcétera”.

(40) La STSJ de Galicia de 10 de marzo de 1997, FJ 2.º *in fine*, así como la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de marzo de 1999, siguen el mismo criterio, con respecto a la no deducción de las cuotas satisfechas a la Seguridad Social, puesto que entienden que si bien el artículo 12.2 del RD 357/1991 no hace referencia alguna a “retribuciones brutas o netas, no lo es menos que para su determinación no puede acudir, (...) a las normas establecidas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a que se remite el número 3 del citado artículo 12, ya que este reenvío normativo está previsto, exclusivamente, para las rentas del capital y cuando no existan sus rendimientos efectivos”. En el mismo sentido, se pronuncian las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de junio de 1998, FJ único final y Navarra de 23 de septiembre de 1998 FJ 2.º.

(41) Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas...*, cit., pp. 118-123.

(42) Cfr. FERNÁNDEZ ORRICO, FJ., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, cit., p. 213.

(43) Véanse, en este sentido, las SSTSJ de Galicia de 25 de febrero de 2000, FJ 2.º; Castilla y León de 17 de junio de 1997, de 2 de febrero de 1998 y 22 de junio de 1998, de 29 de marzo de 1999; Cataluña de 7 de noviembre de 1996 y 23 de julio de 1999.

(44) Se debe tener en cuenta que “el salario en especie no puede superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador” (artículo 26.1 del ET).

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

pensión no contributiva de invalidez con el trabajo, confirmada de forma expresa en el artículo 147 de la LGSS⁴⁵.

Otra cuestión, que parece obvia no incluida en el RD 357/1991, es a quién deben imputarse tales rentas. El artículo 5.6 de la Orden PRE/3113/2009 señala, a este respecto, que “las rentas o ingresos del trabajo se imputarán íntegramente a quien los perciba como consecuencia de su trabajo personal, o, en su caso, al que sea titular de los mismos”.

La expresión “íntegramente” debe entenderse en el sentido de que tales rentas se atribuyen por entero a quien las perciba, y no en el sentido anteriormente analizado de que debe tratarse de rentas brutas o íntegras.

Al referirse a quién deben imputarse las rentas, la Orden no sólo considera a quien las percibe por su trabajo personal de forma directa, sino que se extiende a quien sea titular de tales ingresos de trabajo. Con ello parece indicar que se refiere a ingresos equiparables o considerados como de trabajo, que tendrán el mismo tratamiento que los ingresos de trabajo personal propiamente dichos, como se analizará más adelante.

Pero lo que a mi parecer supone una clarificación importante en lo que al cómputo de las rentas de trabajo se refiere, se contiene en el artículo 5 de la Orden PRE/3113/2009. De manera especial sus apartados 1 y 2, que han aportado luz a la forma en que deben considerarse determinados rendimientos que se obtienen como consecuencia de las rentas de trabajo, distinguiendo con claridad el cómputo de éstas según procedan de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

En caso de matrimonio, las rentas de trabajo se imputan al titular de las mismas que las haya generado⁴⁶.

a) Trabajo por cuenta ajena

Como es sabido, son notas características del trabajo asalariado las siguientes: su carácter personal, la voluntariedad, la ajenidad, la subordinación (o dependencia jurídica) y la retribución (artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Con respecto al cómputo de las rentas derivadas del trabajo por cuenta ajena, en la normativa anterior, se entendía que debía considerarse computable como renta cualquiera de ellas, porque de forma implícita el RD 357/1991 consideraba como retribución el salario⁴⁷, sin distinguir entre el salario base y los complementos, e incluso computan aquellas rentas percibidas con ocasión de la prestación de servicios, como indemnizaciones⁴⁸, dietas, pluses, y

(45) El apartado 1 del artículo 147 de la LGSS establece que “las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo”.

(46) Cfr. IMSERSO, *Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación)*, cit., PNC/RENTAS, A/II.15.

(47) El artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores define el salario, como “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena”.

(48) Cfr. STSJ de Galicia de 11 de junio de 1996 FJ 3.º, por la cual, las indemnizaciones se deben considerar como recursos de la UEC, “pues se encuentran incluidos según las normas citadas reguladoras de la prestación y no les afectan las exclusiones específicas que éstas prevén, careciendo de valor a estos efectos el que una norma tributaria las declare exentas en el aspecto

aquellos conceptos que no forman parte de la base de cotización⁴⁹, o que en el Estatuto de los Trabajadores se consideran extrasalariales⁵⁰.

Este mismo criterio es el que asume el artículo 5.1 de la Orden PRE/3113/2009, cuando de manera inequívoca establece que “se entenderán rentas de trabajo las retribuciones íntegras o brutas, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta ajena”. Por tanto, no hay duda, siguiendo una doctrina comúnmente aceptada aunque ciertamente discutible, que deben considerarse como rentas o ingresos computables derivados del trabajo por cuenta ajena, todas aquellas rentas (las brutas) que acompañen al trabajo ejecutado por cuenta ajena, aunque no tengan naturaleza salarial, tales como dietas, pluses de distancia, indemnizaciones, etcétera.

b) Trabajo por cuenta propia

En la actualidad el concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo se encuentra en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, según el cual se entiende por tal “la persona física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, con independencia de que dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena” (artículo 1.1). Se trata de un concepto muy cercano al que figura en la normativa del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto), si bien su finalidad y radio de acción no es idéntico pues existen algunos ámbitos de aplicación diferentes. En cambio, con respecto al concepto de trabajador por cuenta ajena resulta una figura esencialmente contrapuesta, aunque tiene en común el carácter personal y lucrativo del trabajo.

Con todo, no parece técnicamente correcto denominar retribuciones a los ingresos del trabajador autónomo o por cuenta propia. Además de que la forma de cálculo de sus ingresos, normalmente coincidentes con la declaración a efectos fiscales, difiere del de los trabajadores por cuenta ajena⁵¹.

En efecto, con carácter general, las rentas computables derivadas de actividades profesionales, artísticas, empresariales y agrícolas se determinan por la diferencia entre la

tributario”. En contra de esta postura SALVADOR PÉREZ, F., “La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y régimen jurídico (I)”, *Actualidad Laboral*, núm.7, semana 17-23 febrero, 1992, p. 115, entendió en su momento que debían ser excluidos aquellos conceptos que “indemnizan o compensan por gastos ocasionados a consecuencia del trabajo”, como indemnizaciones, pluses o suplidos, doctrina que parece razonable habida cuenta que en ocasiones tales ingresos no llegan al interesado.

(49) En el artículo 109.2 de la LGSS y en el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, se enumeran los conceptos que no computan en la base de cotización.

(50) Cfr. artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores.

(51) Cfr. GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J.I., “La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social” *Revista de Treball*, núm. 15, 1991, p. 30; de los mismos autores, “La pensión no contributiva de jubilación”, *Tribuna Social*, núm. 7, 1991, p. 9.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

totalidad de los ingresos u operaciones globales y los gastos necesarios para su obtención⁵².

Éste parece ser el criterio que finalmente se ha adoptado por el artículo 5.2 de la Orden PRE/3113/2009, cuando, a diferencia del RD 357/1991, establece que “tendrán la consideración de rentas de trabajo los rendimientos derivados de actividades por cuenta propia o por actividades económicas, computándose por su rendimiento íntegro o bruto menos aquellos gastos que sean necesarios para su obtención”.

De modo que en este caso no se computan los ingresos brutos, como sucede con los derivados del trabajo por cuenta ajena, sino que a los ingresos brutos o íntegros se les deducen los gastos que se han ocasionado para obtener tales ingresos. A ello se le añade un matiz, y es el de que no basta cualquier gasto para deducirse de los ingresos brutos, sino solamente los necesarios. ¿Y qué son gastos necesarios? Por una vez, se ha pensado en las consecuencias de aplicación de este nuevo criterio de interpretación, como es la cuestión sobre qué gastos deben considerarse como necesarios para la obtención de los ingresos brutos.

En ese sentido, continúa la norma especificando con criterios amplios, lo que a mi parecer es positivo, los gastos que se consideran necesarios, en el artículo 5.2 de la Orden PRE/3113/2009, cuando considera que son gastos necesarios para la obtención de los rendimientos íntegros los siguientes:

- a) Los gastos destinados a la adquisición de bienes o servicios a terceros, así como para su mantenimiento.
- b) Los gastos destinados a abonar las retribuciones a empleados, incluidos los costes de Seguridad Social.
- c) Los gastos derivados de reparaciones, conservación y arrendamiento de bienes muebles o inmuebles afectados por la actividad, así como los gastos derivados de la utilización de recursos financieros ajenos para el desarrollo de la actividad”.

Parece que no hay equívoco sobre aquellos gastos imprescindibles para desarrollar la actividad por cuenta propia. En definitiva, en estos supuestos, sí deducen de los rendimientos íntegros aquellos gastos arriba descritos que acompañan al funcionamiento de la actividad.

Pese a que no se especifica demasiado en qué consisten los gastos, sí que parecen claros los criterios que deben aplicarse para

**NO PARECE
TÉCNICAMENTE
CORRECTO DENOMINAR
RETRIBUCIONES
A LOS INGRESOS
DEL TRABAJADOR
AUTÓNOMO**

(52) Cfr. Oficios del Área de Prestaciones Económicas del IMSERSO, de fechas 4 de octubre de 2000 y 14 de noviembre de 2001. Véase, igualmente, IMSERSO, Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación), cit., PNC/RENTAS, A/II.33.

su consideración en el trabajo por cuenta propia, pues en este caso en realidad se computan los ingresos netos.

c) Otras rentas equiparables o consideradas como de trabajo

El artículo 12.2, segundo párrafo, del RD 357/1991 señala que “se equiparan a rentas de trabajo las prestaciones reconocidas por cualquiera de los regímenes de previsión social, financiados con cargo a recursos públicos o privados”⁵³.

Con relación al concepto de prestación que se reconoce y que se equipara a renta de trabajo, deben entenderse todas las asignaciones económicas de cualquier naturaleza, de tracto único o sucesivo⁵⁴.

Por regímenes de previsión social entendemos cualquier medida técnica que se dirija a proteger las necesidades sociales. De igual forma están comprendidos, además de los regímenes que forman el sistema de la Seguridad Social (español o de otros países), mutualidades, mutuas, etcétera, obligatorias o voluntarias, no sólo públicas sino también de carácter privado⁵⁵.

Con una redacción prácticamente idéntica, el artículo 5.3 de la Orden PRE/3113/2009 equipara como rentas de trabajo además de los regímenes de previsión social, los regímenes de protección social, por si existiera duda de si sólo se consideraran aquellas prestaciones derivadas de la modalidad contributiva de Seguridad Social. Con ello se despeja la posible duda de si otras prestaciones como las no contributivas o cualesquiera otras ayudas de tipo asistencial del panorama nacional, incluidas las que otorgan las Comunidades Autónomas, se equiparan como rentas de trabajo.

Junto a los ingresos equiparables a rentas de trabajo, se consideran como “ingresos sustitutos de las rentas de trabajo, cualesquiera otras percepciones supletorias de éstas, a cargo de fondos públicos o privados” (artículo 12.2, tercer párrafo, del RD 357/1991)⁵⁶.

No es fácil descubrir cuáles pueden ser esos *ingresos sustitutos* que no sean las prestaciones, ya sean o no de Seguridad Social, que cumplan una función sustitutiva de las rentas de trabajo. Con lo que parece que se trata de una cláusula de cierre para evitar que alguna renta no se incluya⁵⁷.

(53) Las pensiones del sistema de la Seguridad Social, tanto del nivel contributivo como del nivel no contributivo, las prestaciones, el subsidio por desempleo, e incluso el subsidio de garantía de ingresos mínimos que puede percibir otro miembro de la UEC, con cargo a recursos públicos. Cfr. STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 1994 FJ único. Y los Planes y Fondos de Pensiones, seguros de vida, etcétera, con cargo a recursos privados.

(54) La STSJ de Madrid de 25 de junio de 1998 FJ 2.º, incluye la pensión percibida por el Convenio regulador del divorcio, pues en caso contrario, “tal interpretación sería contraria, cuando menos, al espíritu y finalidad que informa no sólo del transcrito precepto –artículo 145 de la LGSS– sino toda la normativa referente a las prestaciones (...) no contributivas (...) de aquí que a dicho precepto, puesto en relación con los conexos con él, habría que asignársele, en todo caso, un carácter enunciativo, y no exhaustivo, en orden al origen de dichas rentas”.

(55) Cfr. GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J.I., “La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social...”, cit., p. 30; de los mismos autores, “La pensión no contributiva de jubilación”, cit., p. 9.

(56) Véase, a este respecto, la STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 1993.

(57) Cfr. GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J.I., “La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social...”, cit., p. 30; de los mismos autores, “La pensión no contributiva de jubilación”, cit., p. 9; BLASCO LAHOZ, J. E.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

Quizá ésta podría ser la causa de que el artículo 5.3 de la Orden PRE/3113/2009 haya optado por excluir la expresión “ingresos sustitutivos de las rentas de trabajo” para considerarlas directamente como rentas de trabajo.

Con respecto a la alusión a los ingresos de procedencia privada, el RD 357/1991 ya dejaba entrever que podrían tratarse de las aportaciones voluntarias de los familiares⁵⁸, los planes y fondos de pensiones⁵⁹, contratos de seguro, etcétera. En efecto, el último inciso del artículo 5.3 de la Orden PRE/3113/2009 incluye expresamente como rentas de trabajo, uno de ellos, concretamente, “las aportaciones o contribuciones satisfechas por terceros a planes de pensiones”.

C) Rentas de capital

El apartado 3 del artículo 12 del RD 357/1991, en relación con el artículo 144.5, último párrafo, de la LGSS, especifica de forma detallada qué rendimientos se consideran rentas de capital, al establecer que “como rentas de capital se computarán la totalidad de los ingresos que provengan de elementos patrimoniales, tanto de bienes como de derechos, considerándose según sus rendimientos efectivos. De no existir, éstos se valorarán conforme a las normas establecidas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a excepción de la vivienda habitualmente ocupada”, denominado por algunos autores como de renta “presunta”⁶⁰ ya que en este último caso no existe un ingreso real, entendido como un medio económico para alcanzar un mínimo de subsistencia, siendo el Derecho comparado ejemplo de tal excepción⁶¹.

En consonancia con lo anterior, tampoco sería de aplicación el artículo 68.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, relativo a la deducción por inversión en vivienda habitual, al estar expresamente exceptuada su consideración como ingreso por el citado artículo 12.3 del RD 357/1991⁶².

La protección asistencial..., cit., p. 124; del mismo autor, “La carencia de rentas o ingresos suficientes como requisito imprescindible para causar derecho a las pensiones no contributivas...”, cit., p. 90.

(58) Sin que “la procedencia meramente privada de los ingresos sea causa suficiente –como señala la STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1998 FJ 2.º– para no incluir en el cómputo la cantidad proporcionada por su hijo”.

(59) Véase, en este sentido, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas...*, cit., p. 114.

(60) Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio...*, cit., p. 397.

(61) Cfr. “Memoria del Proyecto de Ley por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas”, cit., p. 163. En este sentido, “los ingresos derivados de la venta de una vivienda habitual que han sido invertidos en la adquisición de una nueva vivienda que tiene la misma consideración, (...) no deben ser tenidos en cuenta a efectos de la pensión no contributiva, salvo que el valor de venta sea superior al importe invertido en la nueva vivienda, en cuyo caso se computará como renta o ingreso la diferencia entre el valor de venta y el de compra” [IMRSERO, *Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación)*, MTAS, Madrid, 1999, PNC/RENTAS, A/II.32]. O también como asegura la STS de 6 de abril de 2009, al excluir del cómputo de los ingresos, la subvención para la adquisición de una vivienda habitual, pues como señala la Sentencia, “una interpretación diferente conduciría a conclusiones ilógicas e injustas, pues se primaría a quien dispone en propiedad de una vivienda sobre el que carece de ella y obtiene una subvención para conseguirla, subvención que ha de invertirse necesariamente en el inmueble para su ocupación como vivienda habitual y que por ello debe seguir el mismo régimen que ésta a los efectos que el propio precepto establece: su exclusión como rendimiento computable para entender cumplido el requisito de la carencia de rentas” (FJ 2.º 1).

(62) Cfr. IMRSERO, *Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación)*, cit., PNC/RENTAS, A/II.10.

En ese sentido, al considerarse solamente los “rendimientos efectivos”, entendidos como el producto o utilidad que rinde una cosa, es decir, las rentas, intereses, frutos, dividendos, plusvalías que generen dichos ingresos, no procede contabilizar como ingreso el valor patrimonial del bien⁶³, pues la voluntad del legislador “fue la de evitar el riesgo de causar desprotección a quienes no dispusieran de ingresos suficientes para su subsistencia, aunque fueran titulares de bienes patrimoniales, porque su productividad económica fuera nula o no fuera posible su conversión en medios económicos”⁶⁴.

En este sentido, tanto el artículo 144.5 de la LGSS como el RD 357/1991 precisan que, a la hora de considerar el cómputo de los ingresos provenientes del patrimonio de los integrantes de la UEC, se deben considerar, en primer lugar, los “rendimientos efectivos” que produzcan, y si éstos no existen se deberá seguir el criterio establecido por las normas del IRPF⁶⁵. De modo que no se debe acudir directamente al criterio establecido por las normas del IRPF, sino sólo en caso de ausencia tangible de rendimientos. Y pese a optarse por la tesis más restringida, parece la más acertada, pues no existe ninguna duda sobre lo que el legislador ha querido: “establecer un método subsidiario de cómputo de ingresos que no aplicar las reglas tributarias en todos los casos”⁶⁶.

El artículo 6 de la Orden PRE/3113/2009 clarifica detalladamente algunos aspectos de lo que debe considerarse como rentas de capital, que la experiencia ha demostrado reguladas insuficientemente en el artículo 12.3 del RD 357/1991.

Como anuncia el titular del citado artículo se computan las rentas de capital derivadas tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles.

La cuestión, tantas veces controvertida, sobre si deben computarse los ingresos o rendimientos como netos o los brutos se decanta por estos últimos, teniendo éstos consideración de “rendimientos efectivos” como especifica el reglamento. A lo que el apartado 1 del artículo 6 citado añade que tales ingresos o rendimientos brutos deben provenir de “elementos patrimoniales, tanto de bienes como de derechos, sobre los que el solicitante o las personas que integran su UEC ostenten un título jurídico de propiedad o usufructo, incluyéndose las ganancias patrimoniales y las plusvalías”.

Se computan, por tanto, no sólo los rendimientos del beneficiario sino también los de las personas que conforman la UEC, y además la Orden especifica que aquellos bienes o de-

(63) En ese sentido la controversia de la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2002 se centró en determinar si se incluía en el importe de los ingresos obtenidos por la unidad familiar la indemnización abonada al esposo a raíz de un accidente de trabajo que sufrió por importe de 22 millones de pesetas. La Sala interpretó los artículos 144.5 de la LGSS y 12 del Real Decreto 357/1991, en el sentido de que se computan las rentas y no el patrimonio, llegando a la conclusión de que la indemnización percibida es de naturaleza patrimonial y no de rendimiento.

(64) IMSERSO, *Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación)*, cit., PNC/RENTAS, A/II.19.

(65) En este sentido, resulta esclarecedora la STS de fecha 6 de marzo de 1998 para la que, con relación a si era posible el descuento del 5% de los ingresos, como gastos, señaló que “la Ley acude en primer término a los rendimientos efectivos que produzcan los bienes muebles o inmuebles de la unidad de convivencia, y es exclusivamente cuando no existan esos ingresos, y a los efectos exclusivamente de su valoración o cuantificación, que se efectúa a través de esa tasación, cuando se acude a las normas del Impuesto, que tienen en cuenta ese descuento como gasto para generar los ingresos, pero no puede irse a esa normativa cuando los ingresos ya se hicieron efectivos” (FJ 2.º).

(66) SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*. 1998, cit., p. 345.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

rechos de los que resultan rendimientos pueden ser ostentados no sólo a título de propiedad sino también como usufructo, a lo que hay que añadir por si hubiera duda, las “ganancias patrimoniales” y las “plusvalías”.

Un supuesto que venía produciéndose con relativa frecuencia y que no contempla el reglamento, es el modo de cómputo de ingresos de los parientes por afinidad que no se integran en la UEC. Así, por ejemplo, el caso concreto del yerno o nuera de la solicitante que pese a no formar parte de la unidad UEC, ¿deben considerarse sus ingresos? En ese sentido, “cuando el cónyuge o padre (yerno) de los menores tiene ingresos y subviene al sostenimiento de la familia (...) resultaría argumentable la presunción de régimen económico ganancial entre hija y yerno (artículo 1316 del Código Civil)⁶⁷ y la atribución por mitad de las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos (artículo 1344 del Código Civil)⁶⁸. El mencionado artículo finaliza señalando que “las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, (...) les serán atribuidos por mitad al disolverse” la sociedad de gananciales⁶⁹.

La norma reglamentaria no especificaba la forma concreta en que se imputan tales ingresos, pudiéndose aplicar, como defendí en su momento, el derecho supletorio del Código Civil (artículo 4.3).

Ya antes de la Orden PRE/3113/2009, se intuía cuál era la solución a esta cuestión, a la hora de atribuir los ingresos percibidos por ambos cónyuges cuando existe sociedad de gananciales, pues según el Código Civil se atribuyen por mitad⁷⁰. Especificándose que esas cuantías “se imputan como ingresos de la unidad económica en su conjunto –y no–, como ingresos propios del cónyuge beneficiario de la pensión en la mitad de su cuota ganancial”⁷¹.

**LA VOLUNTAD
DEL LEGISLADOR FUE
EVITAR EL RIESGO
DE CAUSAR
DESPROTECCIÓN A
QUIENES NO DISPUSIERAN
DE INGRESOS SUFICIENTES
PARA SU SUBSISTENCIA**

(67) El artículo 1316 del CC señala que “a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”.

(68) STSJ de Galicia de fecha 12 de marzo de 1996 FJ único. 2 y 3. Véase, en el mismo sentido, la STSJ de Granada de 9 de marzo de 2000 cuando reconoce que “la nuera de la actora, esposa del hijo, que sí forma parte de la unidad familiar, no forma parte de tal unidad, y su régimen económico-matrimonial es de gananciales (...) no deben integrarse los beneficios obtenidos por el matrimonio del hijo como formando parte, en su totalidad de los ingresos del mismo, sino sólo la mitad de ellos”.

(69) En este sentido, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2000 FJ 2.º, entiende que “no pueden excluirse la mitad de los ingresos obtenidos por el hijo de la actora, que es miembro de esa unidad, por el hecho de que esté casado y se encuentre sometido al régimen de gananciales, pues según se dispone en el artículo 1344 del Código Civil los gananciales sólo se dividen en el momento en que se disuelva esa sociedad”.

(70) Cfr. STSJ de Andalucía (Granada) de 30 de abril de 1998, que así lo recuerda.

(71) STSJ de Andalucía de 21 de enero de 1999, que reitera el criterio anterior.

En ese caso, también los ingresos que obtiene el cónyuge que sí forma parte de la UEC, deben computarse al 50%, con lo que se alivia la consideración del cómputo de ingresos de la UEC⁷².

El Tribunal Supremo puso fin a la cuestión hace tiempo al considerar que “los rendimientos del capital mobiliario que puedan disfrutar los beneficiarios de pensión no contributiva, casados en régimen de sociedad legal de gananciales, han de ser considerados como ingresos propios de cada uno de los cónyuges, imputándose la mitad de su importe al beneficiario (...) en cuyo caso la prestación debe ser minorada en la misma cuantía”⁷³.

Por fin, el apartado 2 del artículo 6 de la Orden PRE/3113/2009 parece que ya no deja lugar a la duda de cómo deben atribuirse las rentas de ambos cónyuges, cuando prevé que en el supuesto de que “el solicitante o las personas que integran su unidad económica de convivencia estén unidas con otras personas por matrimonio, estén o no incluidos dichos cónyuges en la unidad económica de convivencia, se considerarán, en todo caso y a estos efectos, como rentas computables derivadas del capital e imputables a cada una de ellos, la mitad de los ingresos o rendimientos brutos, ganancias patrimoniales o plusvalías de los que el cónyuge respectivo disponga”.

Se insiste, aunque no hubiera sido necesario, que esa asignación por mitad a cada cónyuge de los ingresos totales de capital del matrimonio son los brutos, ganancias patrimoniales o plusvalías.

D) Rentas o ingresos excluidos de cómputo

Tanto el apartado 4 del artículo 12 del RD 357/1991, como el apartado 2 del artículo 4 de la Orden PRE/3113/2009 incluyen en el cómputo “las rentas o ingresos de cualquier naturaleza, que se tenga derecho a percibir o disfrutar” con lo que se tendría en cuenta en principio además de las rentas de trabajo o las de capital, otros conceptos como las dietas, indemnizaciones, etcétera, percibidas como consecuencia de la realización del trabajo

(72) Éste sería el supuesto de la STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de marzo de 2000, por el que el hijo de la beneficiaria obtuvo unos ingresos de 2.848.330 pesetas anuales, pero que al convivir con su cónyuge en la UEC de la beneficiaria (su madre), tales ingresos se atribuyeron por mitad entre los dos cónyuges, es decir, que en lugar de considerar la cuantía citada, únicamente computa la mitad, 1.424.165 pesetas, pues la otra mitad corresponde a su cónyuge que no forma parte de la UEC, y por tanto no se considera en el cómputo de ésta.

(73) STS de 10 de mayo de 2000 FJ 4.º siendo argumentada en el FJ 2.º 4, 5, y 6, doctrina reiterada por las SSTs de 11 de junio de 2003, 26 de abril de 2007, 19 de mayo de 2004 y de 26 de abril de 2007.

En ese sentido, los criterios de aplicación del IMSERSO, Régimen Jurídico de Pensiones No Contributivas y Prestaciones LISMI (criterios de aplicación), cit., PNC/RENTAS, A/II.15 y A/II.20, establecen que “las rentas de capital, cualquiera que sea su denominación, que proceda de elementos patrimoniales, bienes o derechos mobiliarios o inmobiliarios se atribuirán por mitad a cada uno de los esposos” (A/II.15), sin que el hecho de que en la declaración del IRPF aparezcan rendimientos de capital imputados a uno solo de los cónyuges, sea considerado como que la titularidad jurídica se atribuya a uno de ellos como bien privativo y no sujeto al régimen de gananciales, pues ello podría ser debido a razones de oportunidad fiscal o a que el otro cónyuge no realice la declaración (cfr. PNC/RENTAS, A/II.34.).

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

por cuenta ajena⁷⁴ o cualesquiera que no se hayan previsto, tales como ingresos o rentas obtenidas en el extranjero⁷⁵.

Con ello, el apartado 4 del artículo 12 del RD 357/1991 amplía de forma significativa el conjunto de ingresos computables que preveía el artículo 144.5 de la LGSS, y quizá pudiera haberse excedido en sus competencias de desarrollo de la Ley, pues incluye rentas e ingresos que podrían exceptuarse de cómputo, de no haber incluido tal cláusula de cierre, limitándose absolutamente cualquier posibilidad de los beneficiarios de mejorar su condición personal. De tal manera que incluso las ayudas de alimento, vestido, medicinas, etcétera, se deberían declarar si se interpretara la norma en sentido literal⁷⁶.

Sin embargo, parece que el Tribunal Supremo (Social) aplica restrictivamente este criterio, pues en la Sentencia de 30 de abril de 2009 no incluye como computable la indemnización obtenida por la beneficiaria de pensión no contributiva, como víctima de un accidente de tráfico, al entender que “en ningún caso puede considerarse como una renta, y si bien se trata de un ingreso, no es derivado del trabajo ni del capital, como tampoco tiene naturaleza prestacional sino indemnizatoria. La indemnización que percibe la víctima de un accidente de circulación tiene la finalidad de reparar los daños y perjuicios causados. En definitiva, no estando incluida expresamente dicha indemnización entre los conceptos computables que señala el precepto, tampoco es posible su inclusión por vía interpretativa” (FJ 3.º 3).

Por otro lado, existen rentas o ingresos que están excluidas expresamente del cómputo por la norma. El artículo 7 de la Orden PRE/3113/2009 y el apartado 4 del artículo 12 del RD 357/1991 establecen cuáles son esas rentas, siendo las siguientes:

- 1.º La asignación económica por hijo a cargo, tenga o no éste la condición de persona con discapacidad, en sus distintas modalidades.
- 2.º Las deducciones fiscales de pago directo por hijos menores a cargo.
- 3.º El subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, previsto en la Ley de Integración Social de los Minusválidos.
- 4.º Premios o recompensas otorgadas a personas con discapacidad en los centros ocupacionales.
- 5.º Subvenciones, ayudas o becas destinadas a compensar un gasto realizado.
- 6.º Prestaciones económicas y en especie otorgadas al amparo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Junto a ellas también se excluyen del cómputo anual de sus rentas, según el artículo 144.1.d), párrafo 3.º, de la LGSS, las que hubieran percibido los beneficiarios de la pen-

(74) Cfr. GARCÍA ORTEGA, J. y GARCÍA NINET, J.L., “La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social...”, cit., pp. 29-30; de los mismos autores, “La pensión no contributiva de jubilación”, cit., pp. 8-9.

(75) Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Estudios preparatorios para la Ley de prestaciones no contributivas*, Colección Seguridad Social, núm. 3, Madrid, 1991, p. 88.

(76) Cfr. INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES DE LA REGIÓN DE MURCIA (ISSORM), “La necesidad de una reforma global de las Pensiones no Contributivas”, en *Documento de Trabajo*, Subdirección de Pensiones, Ayudas y Subvenciones, Murcia, marzo de 2000, pp. 11-12.

sión de invalidez no contributiva, “que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia, o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años”, al recuperar su pensión como consecuencia de la extinción de su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción.

Asimismo, también se encuentra excluido de cómputo el complemento anual de pensión previsto, cuando el beneficiario de una pensión no contributiva acredite que carece de vivienda en propiedad y reside de forma habitual en una vivienda alquilada como titular del contrato por propietarios que no tengan con él relación de parentesco hasta tercer grado.

Se trata de una cuantía única, que se establece anualmente en la Ley General de Presupuestos del Estado, siendo para 2010 de 525 euros⁷⁷.

La regulación del complemento se desarrolla en el decreto de revalorización de pensiones para el año 2010⁷⁸, cuyo artículo 27 prevé que “la cuantía del complemento de pensión reconocido a los perceptores de pensión de jubilación y de invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, estará excluida del cómputo de rentas o ingresos a efectos de determinar el mantenimiento del derecho a dicha pensión”.

IV. SÍNTESIS Y COMENTARIO FINAL

Sin extenderme, creo que la norma objeto de comentario bien merece al menos una síntesis para quien desee conocer de un vistazo las novedades que aporta la Orden PRE/3113/2009, respecto a la consideración como rentas o ingresos computables a los efectos del reconocimiento de pensiones no contributivas.

- Como primera apreciación, en principio, las rentas o ingresos que deben computarse a los efectos de reunir el requisito de carencia de ingresos para el reconocimiento de una pensión no contributiva, es el de los ingresos brutos, salvo el caso del trabajo ejecutado por cuenta propia, de cuyo rendimiento íntegro o bruto deben descontarse los gastos necesarios para su obtención.
- Cuando el solicitante o las personas que integran una UEC estén unidas con otras personas por matrimonio, se consideran rentas computables la mitad de los ingresos o rendimientos brutos, ganancias patrimoniales o plusvalías de los que disponga cada cónyuge que se deriven del capital e imputables a cada una de ellas.
- Un aspecto menor que podría haber aclarado la Orden PRE/3113/2009, es que debe entenderse que existe unidad económica de primer grado, no sólo cuando es integrada

(77) Según el artículo 42.1 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

(78) El complemento de la pensión no contributiva para 2010 se desarrolla en el Capítulo II del Real Decreto 2007/2009, de 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2010 (BOE del 29) titulado, “complemento a favor de los titulares de una pensión de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva que residan en una vivienda alquilada”.

Clarificación del significado de renta computable en las pensiones no contributivas

exclusivamente por el beneficiario y sus ascendientes o descendientes en primer grado, sino también cuando convivan además en aquella unidad otros parientes que no lo son en primer grado a los que la norma hace referencia, como son las personas unidas por matrimonio o en segundo grado.

- La Orden incluye como rentas excluidas del cómputo de ingresos o rentas, además de las establecidas por el RD 357/1991, las deducciones fiscales de pago directo por hijos menores a cargo, así como las subvenciones, ayudas o becas destinadas a compensar un gasto realizado.

Finalizo el análisis con la sugerencia de que quizá en lugar de una Orden, que clarifique el reglamento, podría haberse publicado un nuevo real decreto que derogara el anterior 357/1991, con objeto de aunar criterios en un solo precepto y lograr una mayor operatividad. Ello no quita para expresar el agradecimiento a los técnicos responsables del Ministerio que han efectuado las aclaraciones, insisto, muy necesarias, en lo que atañe al cómputo de las rentas o ingresos de quienes solicitan o se encuentran percibiendo una pensión no contributiva de la Seguridad Social.

De igual modo, animo a que el Departamento correspondiente siga en esa paciente labor de clarificación de otras cuestiones en materia de Seguridad Social, que continúan siendo objeto de controversias a causa de la dificultad en su interpretación.



Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

Profesor contratado Doctor en la Universidad de La Laguna

Resumen

INSPECCIÓN DE TRABAJO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Desde la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha sido estructurada en España conforme a un sistema institucional integrado que ha comenzado a desmantelarse tras las últimas reformas de algunos Estatutos de Autonomía, con los que aumenta el poder autonómico sobre la Inspección de Trabajo en detrimento del poder estatal. Obviando lo establecido en dicha Ley estatal 42/1997, las últimas novedades legislativas vislumbran en Es-

paña una Inspección de Trabajo cuya Autoridad Central no se ajusta a lo previsto en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y cuya operatividad será menor en el actual mundo globalizado, todo partiendo de la equivocada consideración de que la Inspección de Trabajo encaja en la "ejecución de la legislación laboral" asumible por las Comunidades Autónomas según el art. 149.1.7.^a de la Constitución española.

Abstract

LABOUR INSPECTORATE AND AUTONOMOUS COMMUNITIES

Since the Law 42/1997 of 14 November, the Inspectorate of Labour and Social Security has been structured in Spain under an integrated institutional system that has begun to be dismantled after the latest amendments of certain Statutes of Autonomy, which increases the autonomous power over the Labour Inspectorate to the detriment of state power. Ignoring the terms of that State Law 42/1997, the latest legal developments emerging in Spain

show a Labour Inspectorate which Central Authority does not enforce the conventions of the International Labour Organization and with an operation that will be less in current globalized world, all based on the wrong belief that the Labour Inspectorate fits in the "execution of labor legislation assumable by the Autonomous Communities according to art. 149.1.7.^a of the Spanish Constitution.

Sumario

I. Los inspectores de trabajo y su dependencia orgánica y funcional de las Comunidades Autónomas. A) Legislación laboral española, ejecución autonómica e Inspección de Trabajo. B) Adscripción orgánica y dependencia funcional. a) Adscripción orgánica estatal y dependencia funcional autonómica. b) Adscripción orgánica y dependencia funcional autonómicas. c) El Cuerpo catalán de Inspectores de Trabajo. **II. La incidencia de las Comunidades Autónomas en la función inspectora laboral: prevención de riesgos laborales y cooperativas.** A) La disposición adicional sexta de la LITSS. B) Funcionarios públicos autonómicos para vigilar el cumplimiento de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales. **III. El sistema actual de relaciones entre estado y comunidades autónomas para la articulación territorial de la inspección de trabajo**

I. LOS INSPECTORES DE TRABAJO Y SU DEPENDENCIA ORGÁNICA Y FUNCIONAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Legislación laboral española, ejecución autonómica e Inspección de Trabajo

Según el artículo 2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, LITSS), el sistema español de Inspección de Trabajo y Seguridad Social está integrado por unos funciones inspectores que, como no podía ser de otra manera, tienen habilitación nacional para ello. Si bien los artículos 1 y 2 LITSS no utilizan ningún adjetivo calificativo para el “sistema” de Inspección de Trabajo al que se refieren, es ocioso aclarar que se trata del “sistema español” de Inspección de Trabajo, estando seguro propiciada la señalada omisión por lo obvio del asunto. Se trata, en suma, de que la LITSS regula el sistema de Inspección de Trabajo que debe regir en todo el Estado español, el doctrinalmente destacado como “sistema institucional integrado”¹ (expresión que proviene de la Exposición de Motivos de la LITSS) que en dicho Estado se debe encargar de fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral. Tanto el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (artículo 2.1 LITSS) como el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (artículo 2.2 LITSS) se nutren de funcionarios públicos con habilitación nacional. Como se desprende de los siguientes artículos de la LITSS y de su normativa reglamentaria, los subinspectores de empleo están supeditados de forma estrecha a los inspectores de trabajo; en todo caso, en las páginas siguientes se hará referencia genérica a los inspectores de trabajo incluyendo esta expresión tanto a los inspectores como a los subinspectores.

(1) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 17.ª edic., Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009, p. 833.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

Lo establecido en el artículo 2 LITSS es lógico teniendo en cuenta que se trata, por ahora, de articular un sistema de Inspección tanto de Trabajo como de Seguridad Social. Aunque desde diferentes perspectivas, es nacional la legislación laboral cuya aplicación efectiva debe fiscalizar la Inspección de Trabajo; por otra parte, el sistema público de Seguridad Social tiene algunos elementos caracterizados por un fuerte componente nacional, en particular, la “unidad de caja” y, en relación con esto, la obligación de cotización en toda España a un mismo régimen público de Seguridad Social². Ciertamente es que, por ejemplo en materia laboral, las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía la competencia de “ejecución de la legislación laboral”, pero es razonable que, antes que esto y sin incompatibilidad entre ambas cosas, quien legisla quiera asegurar la correcta ejecución de lo legislado, por mucho que otro ente se pueda encargar de dicha ejecución. La propia existencia de la LITSS muestra cómo el Estado no sólo ha dictado normas laborales sino que se ha encargado de regular el principal garante de su ejecución, la Inspección de Trabajo.

Es preciso aclarar que cuanto se manifieste en este trabajo no está impulsado ni por orientaciones centralistas ni autonomistas, simplemente se trata de una lógica intrínseca a la dicotomía legislación-ejecución de lo legislado. No tiene sentido pensar que el Estado deba ocuparse de legislar toda una materia y que luego las CCAA se encarguen de toda su ejecución, debiendo quien legisla desentenderse de la ejecución porque quien ejecuta tiene vedado legislar: no tiene el legislador estatutario un “cheque en blanco” para amoldar las previsiones constitucionales a sus particulares intereses³. El carácter flexible y abierto del sistema constitucional de reparto de competencias debe conjugarse con el mantenimiento del modelo constitucional (que no es sólo el listado de competencias de los artículos 148 y 149 CE).

Asimismo, se parte de la errática línea jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha seguido en esta materia⁴, que en buena parte de sus sentencias ha sentado premisas teóricas incom-

**EL CARÁCTER
FLEXIBLE DEL SISTEMA
CONSTITUCIONAL
DE REPARTO
DE COMPETENCIAS DEBE
CONJUGARSE CON
EL MANTENIMIENTO
DEL MODELO
CONSTITUCIONAL**

(2) VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, 5.ª edic., edit. Tecnos, Madrid, 2009, p. 50.

(3) ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, vol. II, 6.ª edic., edit. Tecnos, Madrid, 2008, p. 575, analizando el “reparto de competencias diseñado por el constituyente”, señala: “es un sistema flexible y abierto, pues también aquí el principio dispositivo desempeña un papel importante, impidiendo un sistema cerrado de delimitación competencial, pues, aunque existan cláusulas de cierre del sistema, éste siempre ha de tener un carácter abierto. Ello, supone, también, la existencia de diversas posibilidades alternativas, impuestas por la propia flexibilidad del sistema. Sin embargo, ello no quiere decir que la norma constitucional lo permita todo, produciéndose una especie de desconstitucionalización del modelo de Estado y atribuyendo al legislador estatutario una especie de cheque en blanco”.

(4) MERCADER UGUINA, J. y TOLOSA TRIBIÑO, C., *Derecho Administrativo Laboral*, 2.ª edic., edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 192, no ya en el ámbito de la Inspección de Trabajo sino, en general, referido a cuestiones más generales como, por ejemplo, la potestad reglamentaria y su relación con la “ejecución” de las leyes, concluyen que “la jurisprudencia cons-

patibles con ciertas competencias autonómicas en materia de función inspectora laboral, [utilizando expresiones sumamente clarificadoras: la competencia ejecutiva autonómica se concreta en “actos de aplicación de una norma estatal” en el territorio autonómico (STC 102/1985, de 4 de octubre, fundamento jurídico segundo); o, años más tarde, las competencias ejecutivas “son por regla general aplicativas, llevando a la práctica lo establecido por disposiciones normativas” (fundamento jurídico séptimo de la STC 196/1997, de 13 de noviembre, casi coetánea de la aprobación en sede parlamentaria de la LITSS)] pero que en otras resoluciones ha aceptado planteamientos incoherentes con tales premisas. Se parte, en suma, de que, siguiendo a la más autorizada doctrina, las competencias ejecutivas autonómicas son “competencias de gestión”⁵, pero de gestión de la legislación sustantiva del Estado (legislación sustantiva laboral, desde luego): sí es un buen ejemplo de esto la autorización administrativa inherente a los expedientes de regulación de empleo, que pueden gestionar las Comunidades Autónomas; nada que ver con la organización y gestión de la Inspección de Trabajo, por tres razones:

1.^a La vigilancia del cumplimiento de la ley laboral excede la ejecución de ésta: una cosa es la simple aplicación rutinaria de la ley laboral, la realización de actos aplicativos previstos en la propia ley sustantiva laboral, a los que conduce su normal ejecución y que pueden ser gestionados por las Comunidades Autónomas, otra cosa es la fiscalización del cumplimiento de esa ley laboral para la que procede situarse en la anormal hipótesis de su incumplimiento. Desde otra perspectiva: la normal aplicación de la ley laboral sí es “ejecución de la ley laboral” (en el territorio autonómico correspondiente, por cierto, porque siempre será el Estado quien ejecute la ley laboral en asuntos de dimensión no ya nacional sino que rebasen la demarcación de una determinada Comunidad Autónoma); la vigilancia de la correcta aplicación de la ley laboral no es “ejecución de la ley laboral” y, además, entronca o no con actos aplicativos de esa ley y, precisamente, cobra mayor valor frente a las disposiciones normativas que no requieren aplicación ejecutiva sino que se trata de que se cumplan o no en los centros de trabajo (resulta que allí donde la aplicación de ciertas normas laborales, como ejecución de éstas, conlleva gestiones administrativas es menos necesaria la intervención fiscalizadora de la Inspección de Trabajo porque en esas gestiones el Estado o la Comunidad Autónoma con competencias ya interviene y la Inspección suele limitarse a ofrecer un auxilio administrativo)⁶.

2.^a La Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar leyes laborales, “sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas”, lo cual no significa que,

titucional no ha seguido un camino uniforme a la hora de concretar el alcance de la función ejecutiva a desarrollar por las Comunidades Autónomas”.

(5) MERCADER UGUINA, J. y TOLOSA TRIBIÑO, C., *Derecho Administrativo Laboral...* ob. cit., p. 191.

(6) PÉREZ AMORÓS, F., “El intervencionismo estatal y el Derecho del Trabajo: la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” (en AA.VV., *La Inspección de Trabajo 1906-2006*, Espuny Tomás, M. J. y Paz Torres, O. coords., edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 14) reflexiona: “el Estado no sólo debe legislar en materia laboral, sino también exacerbar su celo en aras a asegurar el cumplimiento de las normas de tal condición, que es tanto como decir que el Estado está llamado a garantizar que los titulares de los derechos laborales los puedan ejercitar de forma tanto real como efectiva; y para ello deberá actuar en un triple sentido: legislativamente, dictando normas laborales y gubernamentalmente ejecutándolas; administrativamente, controlando y vigilando que las mismas se cumplan; y en su caso, corrigiendo las infracciones ya sea por vía administrativa o judicialmente (defensa del derecho subjetivo) según mejor corresponda”. Como el propio autor aclara en páginas anteriores de la citada obra, se refiere al Estado en su más amplia acepción, sin perjuicio de lo cual, que es de lo que se trata, cabe diferenciar esas tres facetas en la creación y aplicación del Derecho del Trabajo.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

siempre, por sistema, se deba limitar el Estado a legislar y las Comunidades Autónomas a ejecutar (el sistema es flexible y abierto). Con independencia de que, según se ha expuesto, es discutible que la función inspectora laboral encaje en la “ejecución de la legislación laboral” y de que ciertas ejecuciones de las leyes laborales corresponden al Estado porque cada Comunidad Autónoma puede ejecutar en su territorio, téngase en cuenta que, en realidad, la Constitución está planteando que “puede corresponder” a las Comunidades Autónomas la ejecución de las leyes laborales ponderando una serie de factores y no sólo según se asuman o no en los Estatutos de Autonomía las correspondientes competencias. Por las razones que se expondrán a continuación no es precisamente la Inspección de Trabajo una materia en la que deba producirse una fragmentación territorial tal que el Estado casi se desentienda de la ejecución (entendiendo que la Inspección entra en la “ejecución”).

3.^a No cabe entender que, al margen de las dos anteriores consideraciones, la LITSS sea una ley laboral cuya ejecución, cuya aplicación, corresponda a las Comunidades Autónomas. Sin entrar ahora en disquisiciones dogmáticas para las que no hay espacio, la LITSS no es una ley laboral sino una ley administrativa laboral⁷. En todo caso, si se sostuviera que la LITSS fuera una ley laboral, por las aludidas razones anteriores no cabría concluir en una automática ejecución de ésta por las Comunidades Autónomas como si viniera ello impuesto por la propia Constitución.

B) Adscripción orgánica y dependencia funcional

a) Adscripción orgánica estatal y dependencia funcional autonómica

Los problemas comienzan cuando una realidad, la existencia de un sistema nacional de Inspección de Trabajo y su regulación jurídica, se confronta con otra realidad, la organización territorial del Estado español y la consiguiente distribución competencial planteada en la CE de 1978⁸, manifiestamente inapropiada ésta para aquélla por más que se hayan querido resaltar sus bondades y que haya permitido la integración política en España⁹. Cuando en 1997 la LITSS sustituye a la anterior Ley 39/1962, de 21 de julio, afronta dos grandes bloques de materias: la regulación esencial del sistema de Inspección de Trabajo (funciones,

(7) De hecho, la disposición adicional primera de la LITSS fija tanto normas básicas de Derecho Administrativo (149.1.18.^a CE) como de Derecho del Trabajo (149.1.7.^a y 17.^a CE) e incluso de otros ámbitos (149.1.2.^a CE). En palabras de VINUESA ALADRO, A., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: Ley 42/1997, de 14 de noviembre”, *AL*, núm. 9/1998 (tomo 1/1998), pp. 157-158, “la razón básica de técnica legislativa que justifica la elaboración y aprobación de una ley ordenadora de la ITSS es la necesidad de armonizar y recoger en un solo texto las reglas comunes de carácter social y las de carácter administrativo relativas a las actuaciones inspectoras y su contenido lo constituyen las materias que se encuentran en la zona de intersección del Derecho Social y el Derecho Administrativo”. Esto enlaza, además, con la misma esencia de la Inspección de Trabajo, como recuerda RODRÍGUEZ-PINERO, M., “El nuevo papel de la Inspección de Trabajo”, *RL*, 2003, tomo I, p. 135: “Una singularidad del Derecho del Trabajo, que le ha permitido caracterizarse como conjunto homogéneo (...), es no haber podido insertarse en su totalidad a ninguna de las ramas generales del Derecho (...). Esta singularidad se ha hecho derivar en los distintos sistemas nacionales de la existencia de caracteres originales y de instrumentos jurídicos específicos, en particular de disponer de métodos de elaboración normativa propia y también de instituciones propias encargadas de la aplicación de esta normativa”.

(8) Siendo éste uno de los tres aspectos que, a partir de la Constitución de 1978, han provocado desde entonces cambios importantes en la Inspección de Trabajo (la implantación del Estado autonómico, el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones laborales y la judicialización de la conflictividad laboral), según el planteamiento de GARCÍA RUBIO, M.^aA., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (doctrina y jurisprudencia)*, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 44 a 51.

(9) ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional...*, ob. cit., pp. 576 y 577, sin perjuicio de “proclamar la viabilidad del modelo”, señala hasta seis “deficiencias técnicas” e “imprecisiones conceptuales” con los consiguientes problemas que han ocasionado.

ámbito, etcétera, artículos 1 a 14) y la organización del sistema de Inspección (artículos 15 a 21). Recurriendo a un chiste fácil que enlaza con la propia denominación de la LITSS (Ley “Ordenadora” de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), ésta es “ordenadora” de lo primero y “desordenadora” de lo segundo: como se verá más adelante, el capítulo II de la LITSS (artículos 15 a 21) ofrece unas complicadas reglas sobre organización política de la gestión inspectora (artículos 16 y 17) y sobre gestión propiamente dicha (artículos 18 a 21). Sin partir de un determinado modelo de organización y gestión que pueda desprenderse de lo que, en abstracto, contemplan los artículos 148 y 149 CE, el legislador reguló la organización política y administrativa del sistema de Inspección de Trabajo en función de la situación política del momento y de lo que, cabe pensar, podía predecirse entonces de cara a un futuro próximo.

Por más que el artículo 15.1 LITSS anuncie que el Estado y las Comunidades Autónomas (en la práctica todas porque todas han asumido competencias en materia de ejecución de la legislación laboral) organizarán la actuación inspectora conforme a los principios de concepción única e integral del sistema, el artículo 17 LITSS complica la propia eficacia de la función inspectora planteando una “codirección” de la gestión inspectora por parte del Estado y las Comunidades Autónomas. Si bien inicialmente el artículo 15.2 LITSS se refiere a un sencillo sistema territorial de gestión inspectora (Autoridad Central e Inspección Provinciales, agrupadas éstas por Comunidades Autónomas, aunque luego el artículo 18 regula de forma harto compleja lo relativo a la Autoridad Central) y el artículo 15.3 LITSS exige que se garantice la eficacia de la función inspectora (mediante la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo, donde, entre otras cosas, deben marcarse objetivos políticos), todo tras la proclamación en el citado artículo 15.1 del principio de concepción única e integral del sistema de Inspección de Trabajo, con el propio sistema de “intervención política en la gestión inspectora” diseñado en los artículos 17 LITSS y otros no se garantiza precisamente la eficacia en la actuación de la Inspección de Trabajo: se exige que ciertos aspectos elementales de ordenación sean tratados en ciertos Acuerdos bilaterales que, como tales, podrán alcanzarse o no¹⁰, aparte de que en algunos casos predomina la indefinición y, por consiguiente, la incertidumbre (se utilizan formas verbales no imperativas: “tales acuerdos podrán prever”, “el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales podrá integrar”...). Pretendiendo no zanjar cuestiones nuclea-

(10) GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La Inspección de Trabajo y el Control de la Aplicación de la Norma Laboral*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 156, valorando el sistema de participación de las Comunidades Autónomas ¿articulado? en la LITSS, afirma que “parece contener una innegable dificultad para su puesta en acción, puesto que (...) propugna la gestión conjunta de las competencias inspectoras articulando unos instrumentos que complican su gestión, y que además confía importantes aspectos —prácticamente todos los importantes— a los acuerdos obtenidos con las Comunidades Autónomas. Nada que objetar si se logran los acuerdos y si éstos resultan razonables, practicables. ¿Pero qué ha de suceder si tales acuerdos no se logran?”. En sentido contrario, MINONDO SANZ, J., *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, edit. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2000, p. 173, quien, valorando positivamente este sistema, afirma: “sin poder compartir que la apelación al diálogo y posterior acuerdo interinstitucional para el cierre de algunos temas sea un defecto de la Ley, en lo que —precisamente— parece uno de sus más señalados aciertos derivado de la necesidad del consenso parlamentario, la realidad bastante temprana tras la promulgación de la Ley parece haberse encargado de despejar las críticas aludidas, desde el momento que se han empezado a formalizar acuerdos bilaterales, a regular extremos concretos, y a funcionar Comisiones Territoriales, en un lapso de tiempo razonablemente breve”. Desde luego, la necesidad de consenso parlamentario no puede derivar en leyes construidas sobre la indefinición y, en todo caso, la pregunta formulada tiene una respuesta que, por sí sola, justifica las críticas vertidas sobre la LITSS en estos aspectos. Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La permanente actualidad de la Inspección de Trabajo”, *RL*, 2006, tomo II, p. 20, “el complejo sistema diseñado por la Ley 42/1997 (...) reposa en delicados equilibrios, pues depende de la persistencia de una voluntad común, estatal y autonómica, de aceptación del sistema”.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

res de la gestión inspectora para ajustarse en cada momento al vaivén político, la vigilancia del cumplimiento de la ley laboral (¿ejecución de la legislación laboral?) queda a expensas de lo que consiga pactarse o no en esos Acuerdos bilaterales y de lo que ciertas Autoridades estimen oportuno o no (políticamente correcto, habría que decir) en cada momento.

En este contexto, Estado y Comunidades Autónomas han organizado el sistema nacional de Inspección de Trabajo concretando en cada caso la adscripción orgánica y funcional de los funcionarios inspectores. En este terreno la LITSS es desconcertante: mientras que el artículo 17.3 plantea la posibilidad de que se pacte la adscripción orgánica de funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la Administración autonómica, el artículo 18.2 plasma un sistema de Inspección dependiente siempre orgánicamente del Estado y funcionalmente de éste o de una Comunidad Autónoma según la materia de que se trate, continuando por la misma línea el artículo 19.2 “las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social, en el desarrollo de su actividad, actuarán en dependencia funcional de la Administración General del Estado o, (sic) de la respectiva Comunidad Autónoma, según la titularidad competencial que cada una posea en función de la materia sobre la que recaiga cada actuación”.

Durante varios años el sistema español de Inspección de Trabajo se ha organizado, en aplicación de la LITSS desde su entrada en vigor, combinando la adscripción orgánica de los inspectores de trabajo al Ministerio de Trabajo con la dependencia funcional respecto de las Comunidades Autónomas. Mediante este sistema, resultante de la LITSS y valorado de forma positiva¹¹, se ha venido ensamblando el carácter nacional del Cuerpo de Inspectores de Trabajo con la participación de las Comunidades Autónomas en la gestión de la Inspección de Trabajo: los inspectores han venido estando adscritos orgánicamente al Ministerio de Trabajo, sin perjuicio de que, en cada Comunidad Autónoma, ésta dirija funcionalmente la actuación inspectora. Cierto es que esto supone, desde el punto de vista “provincial”, la existencia de un doble cauce de comunicación, puesto que las Inspecciones Provinciales de Trabajo han venido dependiendo orgánicamente

**EN ALGUNAS CCAA
SE HA DISPUESTO
QUE LOS INSPECTORES
DE TRABAJO DEPENDAN
ORGÁNICA
Y FUNCIONALMENTE
DE LA PROPIA COMUNIDAD**

(11) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 836, valoran la citada diversa dependencia orgánica y funcional aludiendo al “vigente sistema institucional integrado de inspección laboral y de seguridad social (...), que ofrece por cierto un balance funcional y positivo de su articulación territorial después de una década de ejercicio”. MINONDO SANZ, J., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 95, valorando el sistema plasmado en la LITSS, afirma: “la conjunción de los principios de unidad institucional del instrumento inspector y el de su doble dependencia funcional, a nuestro entender constituye uno de los fundamentos en que se asiente la Ley Ordenadora de 1997; tal concepción permite y garantiza el ejercicio de sus facultades por las (sic) Administración que resulte competente en cada materia y supuestos, de suerte que el ejercicio compartido de tales competencias mediante un instrumento común, precisa de la institucionalización con propia identidad de tal instrumento, pues una opción diferente conduciría a la fragmentación por ruptura del sistema, que el legislador parece haber querido evitar por las negativas consecuencias que pudiese comportar”.

de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y funcionalmente de la Administración competente según la materia de que se trate; en todo caso, es uno de los “costes” del Estado de las Autonomías que, en este ámbito, ha generado un satisfactorio sistema en el que Estado y Comunidades Autónomas han trabajado de forma conjunta para el desarrollo en todo el territorio nacional de las funciones inspectoras laborales.

B) Adscripción orgánica y dependencia funcional autonómicas

Sin embargo, en los últimos años se ha producido en algunas Comunidades Autónomas una ruptura con este sistema, aceptada por el Estado, que mantiene en una ley un modelo (en la LITSS) y en otras leyes otro modelo (en las últimas modificaciones de algunos Estatutos de Autonomía). En estas Comunidades Autónomas se ha dispuesto que los inspectores de trabajo dependan tanto orgánica como funcionalmente de la propia Comunidad, como “colofón” de la competencia “ejecución de la legislación laboral”. Este cambio en la adscripción orgánica de los inspectores de trabajo ha sido criticado desde autorizadas voces doctrinales. PALOMEQUE LÓPEZ considera que ésta es una de las “excepciones al principio de habilitación nacional de los cuerpos inspectores” que constituye una “amenaza de disolución” del sistema institucional integrado conforme al que, con éxito, se ha venido organizando la Inspección de Trabajo, latiendo tras esto una voluntad política de crear cuerpos autonómicos de inspectores de trabajo que ha conducido a que en las últimas modificaciones de Estatutos de Autonomía se acoja esta “solución disgregadora” del actual sistema¹².

Habrá que ver en qué medida mejora o no en la totalidad del territorio nacional el cumplimiento de las leyes laborales, que de eso se trata, con esta nueva adscripción orgánica y funcional de los inspectores de trabajo a las Comunidades Autónomas. Téngase en cuenta que, sin perjuicio de que puedan las Comunidades Autónomas tener su cuota de participación en la organización y gestión de la Inspección de Trabajo, no debe descuidarse la perspectiva nacional, por razones jurídicas y de operatividad o eficacia en la actuación inspectora:

1.^a Con independencia de lo que jurídicamente se derive en la actualidad de la LITSS (que en estos asuntos es indescifrable y que la normativa reglamentaria de desarrollo intenta desentrañar, se verá más adelante), los Convenios Internacionales de la OIT son claros en esta materia. Así, el artículo 4 del Convenio núm. 81¹³ exige que la Inspección de Trabajo esté “bajo la vigilancia y control” de una Autoridad Central (no sólo “vigilancia”, que enlaza con una “supervisión”, sino “control”). El artículo 6 de este mismo convenio¹⁴ plantea, por cierto, la necesidad de que los funcionarios inspectores tengan una situación jurídica y unas condiciones de servicio tales que, no sólo tengan estabilidad en su empleo sino que se garantice su independencia de cambios de gobierno y de cualquier otra influencia exterior indebida. No cabe duda que la adscripción orgánica a las Comunidades Autónomas presagia un mayor riesgo de incumplimiento de este artículo 6, dada la mayor

(12) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 834 a 837.

(13) En similares términos el artículo 7.1 del Convenio OIT núm. 129, de Inspección del Trabajo en la agricultura.

(14) Exactamente lo mismo establece el artículo 8.1 del Convenio núm. 129, de Inspección del Trabajo en la agricultura.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

cercanía entre el inspector de trabajo y la Autoridad de la que dependa a todos los efectos, orgánicos y funcionales (por más que, como se verá, pueda resultar positivo el acercamiento entre los inspectores y quien les organiza y gestiona).

2.^a La práctica demuestra que, cada vez con mayor frecuencia, ciertos incumplidores de la legislación laboral están deslocalizados, existiendo tramas de corrupción en materias como el trabajo irregular de extranjeros que no se focalizan en una determinada Comunidad Autónoma y contra las que se requiere una actuación como mínimo a nivel nacional. No en vano existe una Dirección Especial de Inspección adscrita a la Autoridad Central (artículos 57 y 58 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo, regulado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en adelante, ROFIT) que debe acometer la gestión de cuantos asuntos, que son muchos, requieran un enfoque global para todo el Estado, teniendo dimensión nacional muchas ilegalidades “arraigadas” en todas las Comunidades Autónomas¹⁵.

3.^a Son muchas las materias en las que aún en el siglo XXI existen asignaturas pendientes (discriminación salarial, trabajo irregular sin contrato ni cotización, etcétera) en todo el Estado español de forma generalizada (territorialmente hablando), siendo necesario un planteamiento unitario contra dichas ilegalidades que, sin entrar de lleno en las siempre interpretables estadísticas, no ofrecen particularidades por el hecho de que se produzcan en una determinada Comunidad Autónoma. Una cosa es un sistema de Inspección de Trabajo en el que los objetivos a nivel nacional se conjuguen con otros que en una concreta Comunidad Autónoma sea preciso perseguir y otra que en la organización y gestión de la Inspección de Trabajo vayan adquiriendo cada vez más protagonismo las Comunidades Autónomas en detrimento del Estado, lo cual, desde luego, restaría eficacia a la actuación inspectora en ciertas cuestiones básicas. Si bien la Administración Laboral, a partir de la descentralización política, está en manos de las Comunidades Autónomas por lo que respecta a las gestiones inmediatas¹⁶, no se olvide que la Inspección de Trabajo, por sus peculiares cometidos y principios, ocupa un lugar muy específico dentro de la Administración Laboral. Cierto es que puede resultar negativa la marginación o aislamiento de los inspectores de trabajo de los centros de adopción de decisiones¹⁷, pero ¿sólo mediante la descentralización cabe paliar dicho riesgo? ¿No se consigue una mejor simbiosis entre eficacia administrativa y cercanía del inspector a su ámbito territorial (que no a la Autoridad política, recuérdese el artículo 6 del Convenio de la OIT núm. 81) utilizando técnicas de desconcentración?

(15) MERCADER UGUINA, J. y TOLOSA TRIBIÑO, C., *Derecho Administrativo Laboral...*, ob. cit., p. 184, en otro contexto (el relativo a las competencias de ejecución que Estado y Comunidades Autónomas puedan tener), citan como primer ejemplo de facultad ejecutiva que puede corresponder al Estado respecto de su propia legislación el de la ejecución que tenga alcance superior al territorio de una sola Comunidad Autónoma. PARRA, S. (en AA.VV., *La Inspección de Trabajo 1906-2006*, Espuny Tomás, M.ª J. y Paz Torres, O. coord., edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 157, plantea, como uno de los desafíos futuros a los que se enfrenta la Inspección de Trabajo, lo siguiente: “la globalización, entendida como la transferencia de la producción a regiones o países con menores costes salariales, manteniendo únicamente el trabajo intelectual en la sede social; la capacidad cada vez mayor de sustitución de recursos humanos por recursos de capital; la creación de empresas virtuales; la aparición de nuevas formas de economía oculta; etcétera. Todos estos fenómenos determinan que cada vez sean más necesarios los sistemas de control e intervención, así como una acción internacional para lograr unos mínimos estándares. Aquí se inscribe el programa de mínimo de la OIT, con derechos básicos dirigidos a proteger la libertad sindical, la no discriminación y el trabajo infantil, siendo asimismo necesaria una aproximación global e integrada a estos problemas por parte de las Inspecciones nacionales, con una potenciación de su actuación preventcionista, sin abandonar la función correctiva”.

(16) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El nuevo papel...”, ob. cit., p. 137.

(17) Ídem, p. 138.

4.^a No son políticas las razones que justifican el carácter nacional del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo (y Seguridad Social, por ahora). El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, que debe ser aplicada en todo el Estado con el mayor índice posible de cumplimiento en beneficio de los trabajadores de todo el Estado. Un sistema territorial de Inspección de Trabajo en el que sean predominantes las Comunidades Autónomas frente al Estado (y a ello conduce que los inspectores de trabajo dependan orgánica y funcionalmente de las Comunidades Autónomas) supone una inevitable dispersión del sistema y, por lo tanto, no ya una quiebra del carácter nacional del Cuerpo de Inspectores, que también, sino una diversidad entre Comunidades Autónomas que no beneficia a nadie, al menos desde dos perspectivas:

a) **Objetivos (organización):** si en la definición de los objetivos prioritarios en materia de Inspección de Trabajo es preeminente la voluntad de cada Comunidad Autónoma en su territorio, se perderá uniformidad nacional y ello no es que sea más o menos conveniente desde un punto de vista político, sino que trascenderá que, en el Estado español, en ciertas materias se ha intensificado la vigilancia no en todas las Comunidades Autónomas, por ejemplo.

b) **Eficacia (gestión):** en similar sentido, se incrementarán las diferencias en cuanto a la eficacia de la actuación inspectora, puesto que, es obvio, el mayor peso que puedan tener las Comunidades Autónomas en la gestión de la Inspección de Trabajo implica necesarias diferencias en la forma de gestionar y, aun siguiendo las mismas pautas, en la mayor o menor eficacia, en el mayor o menor número de incumplimientos legales detectados, corregidos y, en su caso, sancionados. Tanto es así que, como se expondrá a continuación, en los últimos Acuerdo de traspaso de funciones y servicios y Convenio de Colaboración entre el Estado y la Generalitat de Cataluña se insiste en la necesidad de garantizar “el ejercicio eficaz de la función inspectora”, desde luego porque se sabe que “peligra”¹⁸.

c) **El Cuerpo catalán de Inspectores de Trabajo**

Un reciente paso ha sido dado en la línea anterior en Cataluña. A partir de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobada mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (tras la que el artículo 170.2 del citado Estatuto contempla para los inspectores de trabajo su dependencia orgánica y funcional de la Generalitat), la Comisión Mixta de Transferencias (en función de lo establecido en la disposición transitoria segunda de este nuevo Estatuto) aprobó el 25 de febrero de 2010 un Acuerdo de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de Función Pública Inspectora laboral, aprobándose al día siguiente por Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero, en

(18) MINONDO SANZ, J., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 94 y 95: “el principio de unidad de función y de acto inspector, enlaza con la existencia de una única Inspección para la vigilancia del conjunto de materias del orden social. La fragmentación de la organización inspectora en un mismo territorio parece negativa a los intereses de los administrados, y podría ocasionar distorsiones y contradicciones; la eficacia inspectora parece más factible en organizaciones poderosas y solventes; la íntima interconexión de las materias de lo social invita pragmáticamente a potenciar una inspección integral, en evitación de la multiplicidad de actos inspectores reiterados e innecesarios en un régimen de unidad compartida; la propia peculiaridad de la función inspectora, esencialmente indagatoria y especializada; razones de economía de escala y de contención del gasto público, y otras, parecen haber sido las que inclinaron a los legisladores –de dispar signo político– a la consagración del modelo compartido de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que establece la Ley 42/1997, de 14 de noviembre”.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

cuyo Anexo figura el citado Acuerdo, que, según su letra “1”, “tendrá efectividad” a partir del 1 de marzo de 2010. Unos días más tarde, en concreto el 5 de marzo, se cerró un Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña, publicándolo la Secretaría General Técnica del Ministerio mediante Resolución del mismo día que apareció en el BOE de 9 de marzo, destacando en la cláusula primera de dicho Convenio la previsión de que, antes del 1 de mayo, se constituya un Consorcio de Inspección de Trabajo en Cataluña para que articule la cooperación entre el Estado y la Generalitat en estos asuntos.

En coherencia con lo anterior, el Decreto autonómico catalán 25/2010, de 2 de marzo, que organiza y estructura la Inspección de Trabajo “en” (en el Boletín Oficial aparece “de”) Cataluña, ha implantado un modelo organizativo transitorio en la línea de la futura Agencia Catalana de Inspección de Trabajo cuya creación está siguiendo el correspondiente procedimiento legislativo catalán desde hace meses, configurándose en este Decreto una Dirección General de la Inspección de Trabajo ¿de? Cataluña. Según reza el propio texto inicial que a modo de “exposición de motivos” antecede al articulado de dicho Decreto, esto es, “consecuencia” de la capacidad de autoorganización y es necesario dadas las características de la función inspectora (más bien según éstas no sería necesario, por las razones ya aludidas) y la existencia de un “espacio catalán de relaciones laborales” y de un “sistema productivo de la economía catalana”, figuras ambas cuya existencia no se discute aquí, ni siquiera su enorme importancia para la Generalitat de Cataluña, pero que no pueden estar en la base sobre la que se organice y estructure una institución como la Inspección de Trabajo, tanto por los componentes no jurídicos que incorporan como porque ésta se construye sobre otras premisas. En todo caso, se expone que, a partir de estas consideraciones, “se ha optado” por crear un modelo de organización propio de la Inspección de Trabajo ¿de? Cataluña que sea pionero “en el conjunto del Estado” y en las restantes Comunidades Autónomas¹⁹.

Según se ha expuesto, en Cataluña se ha dado el paso de crear un Cuerpo autonómico de inspectores de trabajo, lo cual, por cierto, podría abrir un debate pendiente sobre que la Inspec-

**EN CATALUÑA
SE HA CREADO
UN CUERPO AUTONÓMICO
DE INSPECTORES
DE TRABAJO;
¿LO SERÁN TAMBIÉN
DE SEGURIDAD SOCIAL?**

(19) Éstos son los términos literales: “La Administración de la Generalidad, en el ejercicio de su capacidad de autoorganización y en congruencia con las características de la función inspectora, el espacio catalán de relaciones laborales y el sistema productivo de la economía catalana, ha optado por crear un modelo de organización propio para la Inspección de Trabajo de Cataluña, pionero en el conjunto del Estado y en las restantes comunidades autónomas, que se debe materializar en la Agencia Catalana de Inspección de Trabajo, cuyo Proyecto de ley de creación de (sic) se encuentra actualmente en tramitación en el seno del Parlamento de Cataluña, después de su aprobación por el Gobierno de la Generalidad el último 28 de abril de 2009”.

ción de Trabajo lo sea también “de Seguridad Social”²⁰. Al margen de ello, la posibilidad de los inspectores autonómicos ha venido siendo desde hace años una opción para solventar los problemas ocasionados por el sistema de adscripción orgánica y dependencia funcional diferenciadas. Partiendo de la distribución constitucional de competencias y de cómo se ha interpretado la competencia “ejecución de la legislación laboral”, integrando en ésta también la “vigilancia de lo legislado”, la Inspección de Trabajo ha venido siendo “bicéfala” en los últimos años combinando adscripción orgánica nacional con dependencia funcional autonómica, arrojando este sistema un balance positivo para unos y negativo para otros, habiendo propuesto estos últimos el modelo que ahora se está implantando en Cataluña²¹ y que no se ajusta a ciertas consideraciones político-constitucionales, de eficacia administrativa y de puro carácter jurídico ya expuestas. Si durante muchos años la Inspección de Trabajo sufrió el desajuste entre su normativa reguladora y la realidad autonómica²², empieza ahora a preocupar cómo pretende garantizarse la eficiencia en la vigilancia del cumplimiento de las leyes laborales. Habrá que recordar lo obvio: todo comienza con la necesidad de vigilar, con eficacia, la aplicación de la legislación laboral, que sólo puede dictar el Estado, con la mayor intensidad y uniformidad posible, razón por la cual, precisamente, se ha elogiado la apuesta española por un sistema generalista de Inspección de Trabajo descartando como criterio preponderante las especializaciones funcionales, que se reservan para supuestos señalados²³.

II. LA INCIDENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA FUNCIÓN INSPECTORA LABORAL: PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COOPERATIVAS

Leyes anteriores a la LITSS, la propia LITSS y normas posteriores a ésta han venido regulando diversas posibilidades de intervención de las Comunidades Autónomas en la función inspectora laboral, quedando ésta afectada o, incluso, desplazada en función de lo que se haya podido decidir en la Comunidad Autónoma de turno.

(20) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La permanente actualidad...”, ob. cit., p. 22, a favor de que la Inspección sea sólo de Trabajo, encomendando la Inspección de Seguridad Social a otras instancias organizativas.

(21) GARCÍA RUBIO, M.ªA., *La Inspección de Trabajo...*, ob. cit., pp. 91 a 146, ofrece un exhaustivo y completo análisis del “encuadramiento orgánico y funcional de la Inspección de Trabajo en el seno del Estado autonómico”, refiriéndose en concreto en las pp. 119 a 125 a “la creación de sistemas autonómicos de Inspección como propuesta de solución”.

(22) MINONDO SANZ, J., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 77: “las funciones propias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, fueron entrando parcialmente en la órbita competencial de cada una de las Comunidades Autónomas, al tiempo que en el lapso de desarrollo de tal proceso no se registró un paralelo proceso de acomodación normativa en la configuración de dicha Inspección, anclada todavía en la legalidad nacida en 1962 y en su parco desarrollo reglamentario de 1971, lo que inevitablemente había de producir disfuncionalidades políticas y operativas y un evidente grado de incertidumbre derivado de la inadecuación legislativa, en principio sólo remediables mediante el adecuado instrumento legal que resolviera una problemática incomprensiblemente dilatada en el tiempo, aún tratándose de una necesidad apremiante e inequívocamente percibida”.

(23) GARCÍA RUBIO, M.ªA., *La Inspección de Trabajo...*, ob. cit., pp. 678 a 680, ofreciendo una conclusión final sobre “la Inspección de Trabajo como Cuerpo común al Estado y a las Comunidades Autónomas”, destaca la apuesta española por un sistema generalista, que plantea como un freno importante a las aspiraciones autonómicas en la materia.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

A) La disposición adicional sexta de la LITSS

La LITSS se refiere en su disposición adicional sexta a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas que tuvieran competencias legislativas en ciertas materias “de orden social” (expresión desafortunada, en realidad se trata de “materias incluidas en el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo” en el artículo 3 LITSS) puedan atribuir a funcionarios inspectores propios que no sean inspectores de trabajo la vigilancia del cumplimiento de dicha legislación (en el ámbito de la Comunidad Autónoma de que se trate, es obvio). El mejor ejemplo de esto viene constituido por las cooperativas, materia “fiscalizable” por la Inspección de Trabajo pero en relación con la cual ya había advertido el artículo 3.1.5 LITSS que no sería ello así en el ámbito de la legislación autonómica de cooperativas que hubiera optado por encomendar la vigilancia de su cumplimiento a otro cuerpo diferente de funcionarios inspectores²⁴, “solución legislativa” que no deja de extrañar a partir de tres consideraciones:

1.^a Admite el legislador que un ámbito como el de las cooperativas, tan próximo al del trabajo asalariado, quede fuera del “punto de mira” de la Inspección de Trabajo.

2.^a Pudiera provocar esta previsión una situación irracional consistente en que un inspector de trabajo pueda controlar, en el seno de una cooperativa, si se cumple o no la legislación laboral y de seguridad social para con los trabajadores que pudiera tener contratados la cooperativa pero no si se cumplen o no las normas reguladoras de los “trabajadores” que sean socios de la cooperativa.

3.^a Parece responder esta disposición adicional sexta LITSS al criterio de que “fiscaliza una materia quien legisla sobre la misma”, es decir, dado que las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar sobre ciertas materias a vigilar inicialmente por la Inspección de Trabajo, no ya se acepta sino que se considera “previsible” que se instituya en dicha legislación autonómica algún mecanismo diferenciado de control. Sin embargo, según ya se ha expuesto, a nivel nacional no rige el mismo planteamiento y quien legisla, sobre material laboral, va poco a poco perdiendo protagonismo en la vigilancia del cumplimiento de aquello sobre lo que legisla.

B) Funcionarios públicos autonómicos para vigilar el cumplimiento de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales

Tanto antes como después de la aprobación de la LITSS, la legislación en materia de prevención de riesgos laborales viene incidiendo en la función inspectora laboral, introduciendo elementos autonómicos. Si bien el artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) encomienda a la Inspección de Trabajo, como no podía ser de otra manera, la vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, el propio artículo 9 LPRL plantea la posibilidad del asesoramiento técnico no jurídico que en una materia como la prevención de riesgos

(24) GARCÍA RUBIO, M.^aA., *La Inspección de Trabajo...*, ob. cit., p. 46, recuerda que “la fiscalización del movimiento cooperativo es una de las materias tradicionalmente atribuidas a la Inspección de Trabajo tanto por la normativa inspectora, como por la normativa estatal reguladora de este tema” y relata cómo, a pesar de ello, las Comunidades Autónomas que han legislado sobre cooperativas han optado por, además, encomendar la función inspectora de dicha materia a organismos específicos, habiéndose visto obligada la LITSS a matizar la atribución de competencias a la Inspección de Trabajo en materia de cooperativas.

laborales necesitan los inspectores de trabajo, colaboración pericial en cuya organización participarán las Comunidades Autónomas, más aun tras las modificaciones que supuso la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, entre ellas una potencial “conversión” de ciertos técnicos (funcionarios del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, por lo que se refiere al ámbito nacional) en inspectores de trabajo a gestionar por las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de la inidoneidad de este sistema²⁵, mediante el que se ha pretendido reforzar la labor desarrollada por los inspectores de trabajo, la Ley 54/2003 propicia que funcionarios públicos autonómicos, técnicos en materia de prevención de riesgos laborales, no ya auxilien a los inspectores de trabajo en el desarrollo de sus funciones sino que dichos funcionarios desempeñen en solitario cometidos atribuidos por la LITSS a cuerpos de inspectores y subinspectores con habilitación nacional.

Como culminación de estas previsiones, se precisa en la disposición adicional décimoquinta que para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 9.2 LPRL por parte de funcionarios públicos autonómicos deberán éstos obtener una habilitación específica que expedirá su propia Comunidad Autónoma, aportando más detalles al respecto los artículos 59 a 61 ROFIT.

Por otra parte, desde 1995 la LPRL ha previsto una singular posibilidad de fiscalización de su contenido. En la línea de tratar de forma particular el ámbito de las Administraciones Públicas (como, por ejemplo y de forma discutiblemente acertada, se hace en el artículo 45.1), se prevé en la disposición adicional tercera, apartado segundo, letra b), que las Administraciones autonómicas y locales atribuyan las funciones propias de la Inspección de Trabajo a otros órganos “diferentes” (se sobreentiende que sería a otros órganos ya existentes o de nueva creación que, por las razones que sean, se entendería en ese ámbito autonómico o local que son más apropiados para desarrollar labores fiscalizadoras), por lo que se refiere al control del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales y sólo en relación con el personal civil a su servicio mediante relación administrativa o estatutaria.

El legislador ha escogido en ambos casos el camino equivocado en términos de racionalidad jurídica y eficacia administrativa. En cuanto a los técnicos habilitados como inspecto-

(25) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 836: “el propósito de “mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”, a que responde reconocidamente en este punto la reforma legal referida [Exposición de Motivos de la Ley 54/2003], se ha practicado así mediante la discutible atribución de alguna de las competencias de la función inspectora [construida legalmente de modo unitario a partir de un sistema institucional integrado (...)] a funcionarios ajenos al propio sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en lugar de haber procedido al reforzamiento de sus efectivos personales y materiales propios”. En todo caso, como apunta PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “La nueva función de comprobación en prevención de riesgos laborales: hacia una subinspección especializada”, *AL*, núm. 2/2007, tomo I/2007, la Ley 54/2003 ha optado por un sistema mediante el que se tiene a, en palabras de la autora, una “subinspección especializada” en salud laboral (sin llegar a serlo realmente, p. 158) integrada por técnicos que ya conocen la materia (como afirma la autora: “el legislador, con el objetivo de reforzar la prevención en las empresas, podría haber dotado de competencias en materia preventiva al Cuerpo de Subinspectores o crear un órgano específico dentro de la estructura inspectora, si bien hubiera sido menos útil y más complicado de acometer por la necesidad de formar a esos Subinspectores y por la propia complejidad de insertar esos nuevos órganos en esa estructura inspectora”). Aunando los pareceres de ambos autores, podían haberse reforzado los medios propios de la Inspección de Trabajo pero no proporcionando formación técnica adicional a ciertos inspectores o subinspectores, ni creando dentro de la Inspección una nueva Unidad especializada en este caso en prevención de riesgos laborales, sino implantando, con la correspondiente previsión y coordinación, un sistema de visitas conjuntas entre inspectores de trabajo y funcionarios técnicos en materia de prevención de riesgos laborales.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

res, se trata de un sistema que no mejora la eficacia en la actuación inspectora y que, encima, complica las cosas: el referido técnico no puede extender el acta de infracción que, en su caso, procediera, la cual será formalizada por el inspector, pero habrá presunción de certeza en cuanto a lo observado por el técnico (pero plasmado en el acta por el inspector), amén de que lo que necesitaba la Inspección de Trabajo era la articulación de un mecanismo eficiente de coordinación administrativa entre inspectores de trabajo y técnicos en materia de prevención de riesgos laborales, auxiliando éstos a aquéllos mediante un sistema que, de haberse implantado, debía exigir cierta previsión y garantizar su fácil funcionamiento.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que, en el ámbito autonómico o incluso local, se creen órganos específicos para controlar la aplicación de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales (al personal civil con relación administrativa o estatutaria), baste con afirmar que, tomando como referencia el artículo 6 del Convenio núm. 81 de la OIT, esto supone lo contrario a lo establecido en dicho artículo elevado a su máximo exponente: habría que preguntarse, allí donde se haya materializado esta posibilidad y, sobre todo, en el ámbito local, en qué medida el personal cuyas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo son vigiladas por estos “órganos específicos” puede fiarse de unos “inspectores” endógenos y muy próximos a la Autoridad que los ha creado²⁶.

**LA LITSS DEBERÁ
SER REFORMADA SI
LOS ESTATUTOS
DE AUTONOMÍA SIGUEN
MODIFICÁNDOSE
EN CUANTO
A LA FUNCIÓN
INSPECTORA LABORAL**

III. EL SISTEMA ACTUAL DE RELACIONES ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA LA ARTICULACIÓN TERRITORIAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Desde 1997 la LITSS regula un sistema de organización y gestión de la Inspección de Trabajo cuya modificación es cada vez más imperiosa, más aún tras los derroteros que ha tomado la reforma de los nuevos Estatutos de Autonomía. Enlazando con lo expuesto al comienzo, el capítulo II de la LITSS plantea un sistema de “Administración común”²⁷ entre Estado y Comunidades Autónomas que, si bien cuenta en la ley con una inicial sistemática muy clara, desde el primer momento no ha podido

(26) MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 2.ª edic., edit. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 67, concluyen que en estos casos “la típica función sancionadora cede en favor de la menos enérgica de corrección de las irregularidades cometidas”.

(27) MINONDO SANZ, J., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 94: “No se oculta, por tanto, que la Ley 42/1997 viene a configurar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como una auténtica “administración común” para el ejercicio de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, figura inédita en nuestra (sic) Derecho, y todavía poco estudiada”.

sino ser destacado por su desorden y por la aparente falta de criterio²⁸: o no se tenía una idea clara por lo que respecta a diversos aspectos elementales o, si se tenía, no se supo plasmar con una mínima claridad y coherencia en la ley. Una primera lectura de los artículos 15 a 21 LITSS es suficiente para lamentar que, estando a lo finalmente expresado en la ley, parece no haber un hilo conductor en la delimitación de cómo deben el Estado y las Comunidades Autónomas organizar la actuación inspectora en materia laboral y de seguridad social, siendo la LITSS el resultado de un “parcheo” parlamentario del que han resultado unos artículos de enunciación desordenada de cometidos que corresponden a los diversos organismos planteados. La LITSS ha sido la clásica ley que, en esta materia, ha necesitado su modificación desde el mismo momento de su entrada en vigor y ha sido todo un mal ejemplo para la estabilidad normativa y la seguridad jurídica.

A lo anterior procede añadir las reformas que la LITSS deberá experimentar si los Estatutos de Autonomía continúan modificándose como lo están haciendo en cuanto a la función inspectora laboral. No es ésta una forma congruente de evolución del Derecho y se debió haber tratado la reforma de la LITSS antes de comenzar a plasmar en los Estatutos de Autonomía alteraciones sustanciales relativas a la incidencia del hecho autonómico en la función inspectora laboral. Una cosa es abrir un debate sobre posibles modificaciones de la Inspección de Trabajo en cuanto a su estructura territorial y, en su caso, modificar la LITSS para, a continuación, adaptar los Estatutos de Autonomía al nuevo sistema pactado y aprobado y otra cosa es tener que modificar la LITSS como consecuencia de la línea en la que se han reformado los Estatutos de Autonomía sin un previo planteamiento global de la cuestión. En cualquier caso, si prospera la constitucionalidad de los Estatutos en esta materia habrá que adaptar la LITSS a éstos, en una inversión irracional de las formas normales de proceder, jurídica y políticamente.

Centrando la atención en las incongruencias que ha caracterizado al capítulo II de la LITSS desde 1997, conviene destacar lo siguiente:

1.º El artículo 18.2 LITSS establece que, sin previsión de excepciones de ningún tipo, los inspectores de trabajo dependerán orgánicamente del Estado (de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo) y funcionalmente de la Administración estatal o autonómica según la materia de que se trate (en la misma línea el artículo 19.2). Sin embargo, el artículo 17.3 LITSS plantea la posibilidad de que los Acuerdos Bilaterales entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de Inspección de Trabajo establezcan la adscripción orgánica de funcionarios de la Inspección de Trabajo a la Administración autonómica.

2.º No es posible determinar con una mínima claridad cómo deben programarse los objetivos y planes de actuación de la Inspección de Trabajo. Siguiendo el mero orden numérico de los artículos de la LITSS: según el artículo 16, la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales servirá como foro de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas; en el artículo 17.2 se plantea que sean las Comisiones Territoriales de la Inspección quienes fijen objetivos y programas de actuación (de interés para la Comunidad Autónoma en cuestión

(28) GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La Inspección de Trabajo...*, ob. cit., p. 158, refiriéndose a la regulación ofrecida por la LITSS en materia de organización y gestión inspectora: “ésta se resume de la mejor manera si afirmamos que es confusa, poco comprometida y poco concreta”.

Inspección de Trabajo y Comunidades Autónomas

pero también para el Estado, se indica), pero en el artículo 17.4 parece establecerse que dichas Comisiones Territoriales son la concreción territorial de lo fijado por la Conferencia Sectorial. El artículo 18 LITSS parece que encomienda a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo la definición de objetivos y programas de actuación (sin perjuicio de lo que en las Comisiones Territoriales se quiera añadir, habría que entender) y, así, es tal Autoridad quien dirige la Inspección de Trabajo (artículo 18.3.1), quien asegura la coherencia general del sistema y marca los objetivos generales (artículo 18.3.5) y quien define los criterios técnicos y operativos comunes a los que deba ajustarse la función inspectora laboral según los objetivos generales ;definidos por la Conferencia Sectorial! (¿Pero la Conferencia Sectorial no era para cuestiones de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas?) Todo sin entrar en el artículo 21, que da entrada al Ministerio de Trabajo para que, se afirma, integre los Planes territoriales en Planes de alcance general y que plantea un cruce de información entre Autoridad Central y Comisiones Territoriales sin orden ni concierto.

El problema del capítulo II de la LITSS es político. Si se tratara sólo de que existiera una Autoridad Central de la Inspección de Trabajo (en aplicación de los convenios internacionales de la OIT) desconcentrada en Inspecciones Provinciales que, en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma, estarían agrupadas bajo una Comisión Territorial de esa Comunidad que podría particularizar algunas cosas para esa concreta Comunidad en el marco de lo inicialmente sentado por parte de la Autoridad Central, no habría mayor problema. Éste surge cuando el Estado y las Comunidades Autónomas quieren disputarse no ya el reparto de competencias, que no se trata de eso²⁹, sino la preeminencia política en la definición de objetivos y programación de actuaciones.

Intentando una interpretación integradora de los artículos 15 a 21 LITSS, cabe llegar a la siguiente conclusión: las Comisiones Territoriales deben fijar, en cada Comunidad Autónoma, lo que consideren oportuno en cuanto a objetivos y planificación de la actuación inspectora, comunicándolo a la Autoridad Central; tras ello, deben encontrarse en la Conferencia Sectorial el Estado y las Comunidades Autónomas para ensamblar para todo el Estado los objetivos y programas de actuación de la Inspección de Trabajo, en cuya labor se partirá de lo que plantee la Autoridad Central (a la que las Comisiones Territoriales habrán comunicado antes, como se ha expuesto, lo fijado en la Comunidad Autónoma correspondiente). Tras dicha Conferencia, quedarán fijados a nivel general los objetivos y los planes de actuación, que serán “recordados” por la Autoridad Central comunicándolos a las Comisiones Territoriales y vigilando aquella que éstas “amplían” lo autonómico con lo remitido desde el Estado³⁰. En todo caso, el Ministerio de Trabajo podrá proporcionar coherencia sistemática a todo esto integrándolo todo en grandes objetivos y planes con los que se re-fuerce el cumplimiento de la legislación laboral. Si es éste el modelo conforme al que se desea organizar la intervención del Estado y las Comunidades Autónomas en la Inspección de Trabajo, urge reformar la LITSS para expresarlo con una mínima claridad y coherencia; si es otro el modelo que se considera ideal, con mayor razón habrá que modificar la LITSS.

(29) O sí de forma indirecta, porque “las competencias determinan, en buena medida, el quantum de poder público que se atribuye a una Comunidad Autónoma, el nivel de descentralización real existente”, ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 575.

(30) Éste parece ser el sistema planteado en los artículos 28 a 30 ROFIT, así como en sus artículos 41 a 47. En todo caso, es en la LITSS donde debe perfilarse con nitidez la organización que se considere idónea, limitándose la norma reglamentaria a desarrollar las líneas trazadas en la ley.



Discriminación indirecta y la prueba estadística: Caminos que debieran confluir

DANIEL PÉREZ PRADO

Contratado EPIF. Programa FPU.
Ministerio de Educación
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LA PRUEBA ESTADÍSTICA: CAMINOS QUE DEBIERAN CONFLUIR

La “discriminación indirecta” es un concepto relativamente “joven” en el panorama jurídico. Quizá por esto, nos encontramos ante una noción que presenta algunos problemas de diversa naturaleza. El objeto del presente trabajo se centra precisamente en sus problemas prácticos de índole aplicativa y, en particular, en las distintas formas en que se han venido a utilizar los elementos básicos del canon interpretativo de la discriminación indirecta.

Para ello, procederemos a comparar dos modelos elementales. El modelo de aplicación atenuada y el modelo de aplicación original o estricto. El primero, propio del continente europeo, resulta de la importación del canon de su lugar de

nacimiento y se caracteriza por una utilización de los elementos que lo integran de una forma menos intensa, más relajada en todo caso que en el primero.

A partir de ahí, recurriremos a uno de esos elementos para, utilizando la denominada como “prueba estadística”, demostrar que, aunque la aplicación atenuada del canon pueda revestir ciertas ventajas, supone una disminución notable de la objetividad del procedimiento argumentativo, lo que resulta una desventaja especialmente importante dada la naturaleza jurídica de la discriminación indirecta.

“Figures speak and when they do courts listen”*

Abstract

INDIRECT DISCRIMINATION AND THE STATISTICAL TEST: PATHS THAT SHOULD CONVERGE

The “indirect discrimination” is a relatively “young” in the legal landscape. Perhaps because of this, we have a notion that presents some problems of various kinds. The object of this paper focuses specifically on your problems applicative and practical nature, particularly

in the various ways have been to use the basic elements canon of interpretation of indirect discrimination.

To do this, we will compare two basic models. The application model and the model attenuated original application or strict. The first, typical of

(*) Brooks v. Beto, 366 F 2d 1,9 (5th Cir. 1966), cert. denied, 386 US 975 (1967). Referencia tomada de BALDUS, D.C.; COLE, J.W.L., Statistical Proof of Discrimination, Mc Graw Hill, Colorado Springs, 1980, p. 1.

the European continent, resulting from import canon of his place of birth and is characterized by use of integrated elements in a less intense, more relaxed, however, that in the first.

From there, we will use one of these elements, using the known as "statistical evidence"

to prove that attenuated even though the application fee may be of some advantages, is a noticeable decrease in the objectivity of argumentative procedure, which is a disadvantage particularly important given the legal nature of the indirect discrimination.

Sumario

I. Introducción. De Aristóteles, la discriminación indirecta y la argumentación jurídica. II. El modelo de aplicación atenuada. A) La opción de la integración del modelo atenuado en el canon de enjuiciamiento del principio de igualdad. B) Dificultades prácticas de la aplicación del canon en el modelo atenuado. **III. El modelo de aplicación estricta u original.** A) La teoría del Adverse Impact. B) El uso de la Prueba Estadística en la Jurisprudencia Norteamericana. **IV. Conclusiones.**

I. INTRODUCCIÓN. DE ARISTÓTELES, LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

A la hora de tratar el concepto jurídico de la igualdad y su concreta materialización en el de discriminación parece inevitable hacer una referencia a los "antecedentes griegos", a PLATÓN (*Leyes*, Libro VI) y, fundamentalmente, a ARISTÓTELES. Así, resulta clásica la cita a *Ética a Nicómano* (Libro II) o a la *Política* (Libro V). Precisamente de este último se extrae el célebre pasaje en que identificando justicia e igualdad proclama: "Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece justa, y lo es, en efecto, pero no para todos sino para los desiguales"¹.

Sin embargo, la referencia no es sólo válida para hablar de la igualdad como concepción general y autónoma, objeto de debate y de reflexión a lo largo de los siglos, sino que también ha servido de base para el estudio de conceptos tan modernos como el de la "discriminación indirecta". En efecto, el concepto de discriminación indirecta, entendido como aquel tipo de discriminación que resulta de la aplicación de un criterio formalmente neutro en apariencia, pero que no lo es en sus efectos, no llega, como veremos, siquiera al siglo de vida. A pesar de ello, no han faltado quienes han buscado sus fundamentos en la máxima aristotélica².

(1) *Política* (Libro V).

(2) De hecho, obras dedicadas monográficamente a su estudio buscan sus raíces, en el ámbito europeo, en el pensamiento aristotélico, si bien es cierto que en directa conexión con el concepto de "igualdad", del que emana. A este respecto, vid. TOBLER, C., *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 19-26.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

Para ello es preciso primeramente deslindar los diversos caminos que emanan del concepto jurídico de igualdad³. Así, tomando como referencia nuestro ordenamiento jurídico, se abren ante nosotros, al menos, tres concepciones distintas, dada la omnipresencia de la igualdad en nuestra Constitución. A saber, la igualdad como valor, como principio y como derecho⁴. Si nos decantamos por esta última opción, aun cuando inevitablemente interaccione con las anteriores, la plasmación práctica del principio de igualdad proclamado en nuestro artículo 14 CE da lugar a su vez a dos campos bien diferenciados: la igualdad en la aplicación de la ley⁵ y la igualdad en la ley o ante la ley, con desiguales obligaciones según el sujeto pasivo de la norma sean los poderes públicos o los sujetos privados⁶.

Pues bien, llegados a este punto, en el marco de la igualdad en la ley, es donde tiene sentido citar a ARISTÓTELES en relación con la discriminación indirecta. En efecto, la igualdad en la ley nos permite hablar de igualdad formal, que invita a tratar “igual a los iguales”. Por consiguiente, la igualdad formal se centra únicamente en el exterior de la norma o actuación, en su apariencia, es decir, en las distinciones basadas en formas prohibidas de diferenciación. Éste es el campo de actuación de la discriminación directa. Por el contrario, la igualdad sustancial, toma la máxima aristotélica de forma completa, “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, de forma que es consciente de que la realidad es desigual y que, por tanto, no podemos quedarnos en la forma de una norma o comportamiento reputado desigual, sino que debemos fijarnos en los concretos efectos⁷, que en una determinada situación y tomando en cuenta las circunstancias, esa concreta norma o actuación producen⁸.

**LA IGUALDAD SUSTANCIAL
ES CONSCIENTE
DE QUE LA REALIDAD ES
DESIGUAL, Y HAY
QUE FIJARSE
EN LOS EFECTOS
QUE UNA NORMA
DESIGUAL PRODUCE**

(3) Para transitar correctamente por esos caminos y desembocar en la estructura del juicio lógico de la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley se recomienda, MERCADER UGUINA, J.R., “El marco teórico del principio de igualdad”, en *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003.

(4) PÉREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 140-151.

(5) O como el operador jurídico debe actuar, bajo la máxima de su absoluto respeto. Vid. BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional” en ARAGÓN REYES, M. MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., *La Constitución y la Práctica del Derecho*, SOPEC, Madrid, 1998, pp. 253-265.

(6) BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, cit., pp. 269-295.

(7) “Se traspa así el alcance meramente formal de la igualdad de trato para incidir en unos fenómenos sociales que tratan también de ser evitados y corregidos”, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El principio de igualdad y el derecho del trabajo”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española*: IX Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 1091.

(8) TOBLER, C., *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, cit., p. 25.

Como vemos, en este concreto ámbito, el estudio del concepto jurídico de igualdad se mueve entre tres esferas conceptuales que es preciso distinguir: la de la discriminación indirecta, la relativa a la discriminación directa y la propia de la cláusula general de igualdad. A la primera ya nos hemos referido y dedicaremos buena parte de este estudio. Por lo que hace a las otras dos, el principio de igualdad se dirige ante todo a los poderes públicos, a los que se les exige igual trato y consideración para los titulares del derecho a la igualdad. La discriminación directa, por su parte, “aunque manifestación del principio de igualdad, tiene un contenido más específico y se refiere a la llamada tutela antidiscriminatoria, que impone una paridad de trato, evitando o suprimiendo ciertas diferencias de trato, cuyo carácter especialmente “odioso” se reconoce como contrario a la dignidad humana”.

En cualquier caso, la declaración de la existencia de una vulneración del artículo 14 CE (o su prueba en un momento procesal anterior) exige un canon de interpretación, entendido éste como la regla o procedimiento sobre el que se construye la fundamentación de una decisión jurídica¹⁰, distinto según la esfera conceptual en la que nos encontremos.

El objeto del presente trabajo es precisamente el de centrarse en la vertiente aplicativa de la argumentación¹¹ para, en particular, bosquejar los elementos básicos del canon interpretativo de la discriminación indirecta.

Para ello, procederemos a comparar dos modelos básicos. El modelo de aplicación atenuada y el modelo de aplicación original o estricto. El primero, propio del continente europeo, resulta de la importación del canon de su lugar de nacimiento y se caracteriza por una utilización de los elementos que lo integran de una forma menos intensa, más relajada en todo caso que en el primero.

Por último, recurriremos a uno de esos elementos para, utilizando la denominada como “prueba estadística”, demostrar que, aunque la aplicación atenuada del canon pueda revestir ciertas ventajas, supone una disminución notable de la objetividad del procedimiento argumentativo, lo que resulta una desventaja especialmente importante dada la naturaleza jurídica de la discriminación indirecta.

II. EL MODELO DE APLICACIÓN ATENUADA

Ya hemos señalado que la importación del canon de interpretación de la discriminación indirecta a Europa ha dado lugar a un método de aplicación del mismo en el que los elementos que lo integran se consideran, en referencia al caso concreto, de una forma que podría calificarse como relajada, genérica o poco estricta. Esta naturaleza no solamente

(9) MERCADER UGUINA, J.R., “El marco teórico del principio de igualdad”, cit., p. 222. Una brillante síntesis de la distinción entre ambos conceptos se encuentra también en RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El principio de igualdad y el derecho del trabajo”, cit., p. 1089.

(10) ALEXY, R., *Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, pp. 23-34. Una visión del Derecho desde el punto de vista argumentativo, relativizando la distinción entre método jurídico y argumentación jurídica puede estudiarse en ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

(11) ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, 2006, pp. 28-29.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

se observa en relación con el otro modelo a que haremos referencia, sino en el seno de la propia jurisprudencia comunitaria al contrastar sentencias entre sí, esto es, se percibe lo que podría denominarse como una ausencia de homogeneidad interna.

Para observar este rasgo, resulta necesario detenerse previamente en la sentencia del Caso *Seymour-Smith y Pérez* (STJCE de 9 de febrero de 1999 –C 167/97–), como resolución de referencia a la hora de hablar de la discriminación indirecta en Europa¹².

El caso gira en torno a una norma que exigía un período de dos años de empleo para poder reclamar la indemnización por despido improcedente y sobre la que se formulan una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE. Pues bien, contestando a la tercera de esas cuestiones, el Tribunal intenta construir o, mejor dicho, sintetizar y delimitar, un criterio interpretativo en torno a la discriminación indirecta que podría sistematizarse del siguiente modo:

1. Para entrar a dilucidar si existe discriminación indirecta es necesario haber rechazado previamente la existencia de discriminación directa (FJ 53.º). Por tanto, la discriminación indirecta se situaría así en una especie de plano subsidiario respecto de la directa¹³. Esto responde a la naturaleza propia de uno y otro tipo de discriminación. Así, mientras que la discriminación directa supone un trato diferenciado cuya única motivación o causa es el sexo¹⁴, lo que implica un análisis comparativo cuyo objetivo es determinar la existencia de tal causa discriminatoria e injustificada; la discriminación indirecta¹⁵ no tiene como causa un móvil discriminatorio, si bien los efectos que produce sí lo son¹⁶. De ahí que el canon interpretativo sea distinto en uno y otro caso y, de ahí, también, que no se exija, en particular, en el caso de la discriminación indirecta, la aportación de un término comparativo¹⁷. Canon interpretativo de la discriminación indirecta. Dicho lo anterior, el TJCE establece una serie de pasos a la hora de determinar la existencia de esta modalidad de discriminación. A saber: *Efectos desfavorables*: la disposición, práctica o criterio ha de producir un efecto más desfavorable en un determinado colectivo respecto de otro. En el supuesto analizado, el de los trabajadores femeninos respecto de los masculinos.

(12) El canon ya venía aplicándose, si bien esta sentencia se ha convertido en la indiscutible referencia por cuanto fija su canon de enjuiciamiento. Podrían fijarse los prolegómenos de la discriminación indirecta en Europa en sentencias como la STJCE de 4 de abril de 1976, C 43/75 (*Caso Defrenne II*), la STJCE de 31 marzo de 1981, C 96/80 (*Caso Jenkins contra Kingsgate*), la STJCE de 13 de mayo de 1986, C 170/84 (*Caso Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber von Hartz*) y la STJCE de 17 de octubre 1989, C 109/88 (*Caso Danfoss*).

(13) Como se verá, en muchos casos, se omite este requisito, lo que nos puede llevar a pensar que resulta prescindible. No obstante, a pesar de esta tendencia, existen buenos argumentos para pensar que la jurisprudencia comunitaria lo considera un elemento necesario. Así, en la STJCE de 14 de septiembre de 1999, aun cuando no se le pregunta expresamente por la discriminación directa, el Tribunal decide pronunciarse al respecto, rechazando su existencia.

(14) En términos del artículo 6.1 LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, “se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, hay asido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”.

(15) Según el apartado 2, del mencionado precepto, “se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a persona de un sexo en desventaja particular con respecto a otra personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

(16) Sobre esta distinción según causa y efecto, vid. OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 139-146.

(17) STC 240/1999, de 20 de diciembre. FJ 5.º

2. *Efecto colectivo grave o persistente*: este segundo requisito tiene un carácter bifronte. Así, el efecto desfavorable ha de afectar, desde un punto de vista estadístico, bien de una forma “considerablemente mayor” a un grupo que al otro; bien de una forma menos relevante, pero persistente y relativamente constante en el tiempo.

A este respecto, el Tribunal declara expresamente que “el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro” (FJ 59.º).

Una sentencia posterior, la STJCE 2007/347, de 6 de diciembre, se encargó de concretar, a modo ejemplificativo y con cita a la que comentamos, el modo de proceder a la comparación. Así, el FJ 42.º dispuso que “si los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadoras es considerablemente mayor que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadores varones, procederá considerar que tal situación revela una apariencia de discriminación basada en el sexo, a menos que la normativa controvertida en el procedimiento principal esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo”.

3. *Ausencia de causa justificada*: concurrentes los dos anteriores, es necesario que no exista ninguna causa objetiva y razonable que justifique la adopción de tal disposición, medida o criterio. Ello parece exigir la aplicación del juicio de proporcionalidad (FJ 69.º), si bien teniendo especialmente presente su aplicación al caso concreto¹⁸.

La claridad de *Seymour-Smith y Pérez*, a la hora de fijar el canon de enjuiciamiento, nos permite contrastar, como dijimos, la ausencia de homogeneidad interna en la aplicación de los sucesivos elementos integrantes del canon, que ha caracterizado a la jurisprudencia europea sobre esta materia desde su nacimiento.

Así, el Tribunal no es tan “escrupuloso”, técnicamente hablando, en la STJCE de 4 de junio de 1992, C 360/90 (*Caso Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin contra Monika Bötzel*). Se trata de un supuesto relativo al cobro de indemnizaciones por asistencia a cursos formativos por parte de los miembros del Comité de empresa, distinta para el caso de trabajadores a tiempo parcial que para jornada completa¹⁹. El procedimiento argumentativo utilizado podría resumirse del siguiente modo:

(18) STC 128/1987, de 11 de agosto. FJ. 2.º

(19) Un supuesto prácticamente idéntico y con similar resolución es el de la STJCE de 6 de febrero de 1996, C 457/93 (*Caso Lewark*). No obstante, de este caso es destacable la mención expresa de los porcentajes de hombres y mujeres en cada uno de los grupos comparados: FJ 29.º, “Ahora bien, de la resolución de remisión se deduce que, según las estadísticas oficiales de ámbito laboral y social, a finales del mes de junio de 1991, el 93,4% de todos los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres y el 6,6% hombres. El *Landesarbeitsgericht* consideró asimismo que, debido a esta muy importante diferencia entre el número de hombres y mujeres ocupados a tiempo parcial, cabía pensar que la proporción de hombres y de mujeres ocupados a tiempo parcial era, como mínimo, parecida entre los miembros de los comités de empresa”. También es

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

En primer lugar, se dilucida si los trabajadores de uno y otro grupo reciben un trato diferente (FJ 16.º). No obstante, este criterio de enjuiciamiento podría reconducirse a lo que hemos denominado “efectos desfavorables”, por cuanto sirve para concluir que la indemnización percibida por los trabajadores a tiempo parcial es inferior a la de los de a tiempo completo aun cuando el número de horas de curso es el mismo.

En segundo lugar, la sentencia, en sus FFJJ 18.º y 19.º, se refiere al efecto colectivo para señalar, en el primero de ellos, que existirá discriminación indirecta cuando, entre los miembros del comité de empresa, exista “un porcentaje considerablemente menor de mujeres que de hombres que trabajen en jornada completa”; en el segundo, cuando haya “un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres entre los miembros de Comités de Empresa que trabajan a tiempo parcial”. Lógicamente, una cosa es equivalente a la otra, pero no deja de introducir una cierta confusión. Por otra parte, en ningún caso se concretan los porcentajes, bastando para el Tribunal las meras referencias a la “mayor” o “menor” presencia del colectivo de mujeres.

Por último, sin perjuicio de lo que se pudiera determinar en el órgano a quo, considera la diferencia de trato injustificada la medida ya que “semejante situación puede disuadir al grupo de trabajadores a tiempo parcial, en el que la proporción de mujeres es indiscutiblemente preponderante, de ejercer las funciones de miembro de un Comité de Empresa o de adquirir los conocimientos necesarios para el ejercicio de estas funciones, haciendo así más difícil la representación de este grupo de trabajadores por miembros de Comité de Empresa cualificados” (FJ 25.º).

En definitiva, en el presente caso podría afirmarse que la principal desviación se refiere a la no mención de la discriminación directa y la variación del criterio 2.1 (Efecto desfavorable)²⁰.

similar el caso de la STJCE de 7 de marzo de 1996, C 278/93 (Caso *Freers y Speckmann*). Se trata de un supuesto en el que la normativa limita la compensación que los miembros de las juntas de personal empleados a tiempo parcial han de percibir de su empresario como consecuencia de su participación en cursos de formación, organizados durante el horario de trabajo a jornada completa pero que excedan su jornada de trabajo individual a tiempo parcial, hasta el límite correspondiente a su jornada individual de trabajo; mientras que los miembros de juntas de personal que trabajan a jornada completa obtienen una compensación, como consecuencia de su participación en los mismos cursos, hasta la cantidad correspondiente a su jornada laboral. Así, con cita en la anterior y en la STJCE de 15 de diciembre de 1993, C 114/1992, resuelve de la misma forma.

(20) Una estructura similar tiene la STJCE de 27 de junio de 1990, C 33/89 (Caso *Maria Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*). En su FJ 13.º se resuelve conjuntamente la cuestión del trato desfavorable y el efecto colectivo sin hacer distinción ni explicitar el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en el grupo de trabajadores públicos afectados por la norma cuestionada: “un convenio colectivo, como el que aquí se cuestiona, que permite a los empleadores mantener una diferencia de retribución global entre dos categorías de trabajadores, los que cumplen el número mínimo de horas de trabajo por semana o por mes y los que, realizando la misma actividad, no llegan a cumplir este mínimo de horas, conduce de hecho a una discriminación de los trabajadores femeninos frente a los masculinos, cuando

**LA PRINCIPAL DESVIACIÓN
SE REFIERE
A LA NO MENCIÓN
DE LA DISCRIMINACIÓN
DIRECTA**

Pero no es el único. También aplica el canon de enjuiciamiento de la discriminación indirecta, pero de una forma “difusa”, la STJCE de 14 de febrero de 1995, C 365/92 (*Caso Schumacker*). Se trata de un supuesto más fiscal que laboral, en el que se grava de forma distinta a dos trabajadores que realizan una misma actividad pero con residencias distintas. Así, no se define la discriminación indirecta en su fórmula habitual, sino que se habla de una discriminación “encubierta” (FJ 26.º), frente a la manifiesta²¹. Para determinar la existencia de aquélla realiza dos tareas diferenciadas: por una parte, acota el supuesto, por cuanto sólo existirá cuando el no residente obtenga la mayor parte o la totalidad de sus ingresos en un Estado distinto al de su residencia; por otra, establece los grupos de comparación entre residentes y no residentes cuando en estos últimos la mayor parte de los trabajadores sean de nacionalidad distinta al del país de residencia (discriminación indirecta por motivo de nacionalidad). A continuación, procede a determinar la posible existencia de motivos de justificación (FFJJ 39.º-47.º).

Otro caso de aplicación no estricta, aunque de distinta naturaleza, es el de la STJCE de 14 de diciembre de 1995, C 444/93 (*Caso Meqner y Shefell*)²², referida a un supuesto relativo a un tratamiento distinto por el sistema de seguridad social de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial (cuando estos últimos son mayoritariamente mujeres). La resolución judicial rechaza la existencia de discriminación directa, porque así se determinó en el órgano a quo, para pasar a tratar la hipotética existencia de discriminación indirecta. Sin embargo, de esta última sólo se centra en la justificación objetiva y razonable,

se demuestra que, en realidad, el porcentaje de personal masculino que trabaja a tiempo parcial es mucho menor que el femenino” (FJ 13.º). A continuación, remite la cuestión de la justificación objetiva y razonable al órgano competente del Estado miembro. De idéntica estructura es la STJCE de 7 de febrero de 1991, C 184/89 (*Caso Helga Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*), que en su FJ 12.º resuelve la cuestión del efecto negativo y colectivo grave de forma conjunta: “un Convenio Colectivo como el examinado, que permite a los empresarios mantener una diferencia de retribución global entre dos categorías de trabajadores, a saber, los que trabajan un número mínimo de horas por semana o por mes y los que, a pesar de tener las mismas atribuciones, no efectúan este mínimo de horas, da lugar de hecho a una discriminación de las trabajadoras respecto a los trabajadores, cuando se comprueba que, de hecho, trabaja a tiempo parcial un porcentaje considerablemente menor de hombres que de mujeres”. Lo mismo puede decirse de la STJCE de 2 de octubre de 1997, C 1/95 (*Caso Hellen Gerster contra Freistaat Bayern*). Se trata de un caso en el que la norma computa, a efectos de antigüedad, los periodos de empleo con un tiempo de trabajo comprendido entre la mitad y los dos tercios de la jornada habitual únicamente en dos tercios. En este supuesto, sí que se rechaza expresamente la existencia de discriminación directa (FJ 29.º) para, a continuación, resolver de forma conjunta el efecto negativo y colectivo: “Según reiterada jurisprudencia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres” (FJ 30.º). La virtud de esta Sentencia radica en la constatación expresa de los porcentajes de referidos a uno y otro grupo (FJ 33.º) “Según la señora Gerster, en el servicio en el que obtuvo su antigüedad, el 87% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. De las comprobaciones efectuadas por el órgano jurisdiccional remitente resulta que dicho porcentaje también es aplicable al ámbito más amplio de la función pública bávara”. De ahí que declare la existencia de discriminación indirecta salvo justificación objetiva y razonable (FFJJ 36.º-41.º). De una forma similar actúa la STJCE de 9 septiembre de 2003, C 25/02 (*Caso Katharina Rinke contra Arztekkammer Hamburg*). Se trata de un supuesto en que se exigía para la adquisición del título de médico un determinado número de horas trabajadas a tiempo completo. Pues bien, en primer lugar, descarta la discriminación directa (FJ 32.º). A continuación se introduce en el análisis de la discriminación indirecta. A este respecto, el Tribunal no ofrece datos concretos y despacha los dos primeros requisitos afirmando que se ha constatado que el porcentaje de mujeres a tiempo parcial es muy superior al de los hombres (FJ 35.º), de lo que se deriva un perjuicio para este colectivo. Por lo que hace a la justificación (FJ 42.º), entiende el Tribunal que está justificado, dado el tiempo de formación que exige el ejercicio de la profesión de médico.

(21) En realidad, la denominación no es acertada en relación con el caso. Sobre la discriminación directa encubierta, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.

(22) De similar contenido es la STJCE de 14 de diciembre de 1995, C 317/93 (*Caso Inge Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*).

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

dando por buenas las argumentaciones del gobierno alemán en torno a los principios del sistema de seguridad social²³.

Por otra parte, nos encontramos con un grupo de sentencias que no aplican completamente el canon, por cuanto al no superar el caso el segundo de sus elementos o componentes, no se entra en el enjuiciamiento de la justificación objetiva y razonable. Con carácter general, no obstante, de este grupo de sentencias puede señalarse lo mismo que hemos dicho hasta ahora: aunque aplican el canon, no se observa un deseo de “exhaustividad” en cuanto a la comprobación, en este caso, de sus dos primeros elementos.

Tal es el supuesto de la STJCE de 14 de septiembre de 1999, C-249/97 (*Caso Gruber*). En ella se dilucida si es discriminatoria la norma que establece una indemnización menor para el caso de dimisión por cuidado de hijos que para el supuesto de dimisión por justa causa, cuando en el primer grupo el número de trabajadoras es superior al de hombres. Sobre esa base, aunque de una forma menos detallada, se van sucediendo los distintos pasos antes descritos. En primer lugar, se rechaza la existencia de discriminación directa (FJ 23.º) para, a continuación, sumergirse en la determinación de si existe discriminación indirecta. Sin embargo, el análisis no pasa del efecto desfavorable y, ello, porque el Tribunal entiende que los colectivos confrontados no son comparables.

En efecto, del análisis de la normativa en cuestión, la Sala entiende que la dimisión por justa causa tiene “relación con las condiciones de trabajo en la empresa o con el comportamiento del empresario y que en ellas se hace imposible la continuación del trabajo, de manera que no se puede exigir al trabajador que mantenga su relación laboral, ni siquiera durante el plazo de preaviso normalmente señalado para el supuesto de dimisión” (FJ 23.º), lo que contrasta con la causa de la dimisión por cuidado de hijos, debido a la falta de escuelas infantiles. A este respecto, indirectamente el Tribunal lo equipara con la otra forma de dimisión, esto es, sin justa causa o por motivos personales, respecto de la cual no existe desventaja alguna, por cuanto carece de indemnización.

(23) Algunos otros ejemplos de aplicación no estricta pueden verse en la STJCE de 24 de febrero de 1994, C 343/92 (*Caso Roks y otros*), que ni siquiera aplica completamente el canon de enjuiciamiento, sino que se refiere únicamente con algo más de detalle a los motivos de justificación; la STJCE de 11 de septiembre de 2003, C 77/02 (*Caso Erika Steinicke contra Bundesanstalt für Arbeit*), que no trata la discriminación directa sino que se sumerge en la indirecta. Nos encontramos ante un caso en el que se condiciona el acceso al trabajo a tiempo parcial en la función pública por razón de la edad al hecho de haber trabajado a tiempo completo tres de los últimos cinco años. El Tribunal no hace especial hincapié en los efectos negativos (quizá por las desarrolladas “observaciones” al Tribunal) y se centra en el hecho de que el 90% de los trabajadores a tiempo parcial en la función pública son mujeres (FJ 55.º). Por lo que hace al criterio de la razonabilidad o proporcionalidad, si bien lo deja en manos del órgano nacional, señala que no puede observarse justificación en la creación de empleo, en tanto que precisamente se desincentiva el trabajo a tiempo parcial; la STJCE de 20 de marzo de 2003, C 187/00 (*Caso Helga Kutz-Bauer contra Freie und Hansestadt Hamburg*): se trata de una norma que implica la jubilación de las mujeres a los 60 y la de los hombres a los 65, por lo que imposibilitaba el acceso de una mujer al trabajo a tiempo parcial dentro de esa franja. La explicación de los requisitos del efecto negativo y colectivo es muy escueta: “De la primera cuestión prejudicial resulta que la categoría de personas que pueden obtener una pensión de jubilación completa abonada por el régimen legal del seguro de pensiones desde los 60 años está constituida casi exclusivamente por mujeres, mientras que la de las personas que no pueden obtener dicha pensión hasta los 65 años está compuesta casi exclusivamente por hombres. De los autos se deduce que, mientras que tanto las trabajadoras como los trabajadores pueden disfrutar del régimen de trabajo a tiempo parcial a partir de los 55 años con el consentimiento de su empresario, la gran mayoría de los trabajadores que tienen derecho a acogerse a de dicho régimen por un período de cinco años, a partir de los 60, son hombres” (FFJJ 48.º y 49.º). Por lo que hace al requisito de la justificación, el Tribunal remite al órgano nacional el análisis de los dos argumentos principales alegados, a saber, la creación de empleo y la carga financiera para la SS, inclinándose aparentemente por el primero pero indicando las exigencias justificativas que a su juicio debieran concurrir; por su parte, la STJCE de 27 de mayo de 2004, C 286/02 (*Elsner-Lakeberg*), si bien condicionada por la cuestión prejudicial que se le plantea, únicamente se centra en el efecto negativo. A este respecto, entiende que el hecho de que la compensación de las horas extra de los profesores a tiempo parcial no se produzca de forma proporcional (la regla era idéntica que para los trabajadores a tiempo completo), supone una desventaja para éstos. El resto de elementos del canon los remite al órgano nacional (FJ 18.º).



También se sumerge en la cuestión de los efectos desfavorables la STJCE de 12 de octubre de 2004, C 313/02 (*Caso Nicole Wippel contra Peek and Cloppenburg GmbH and Co. KG.*), si bien no es muy escrupulosa a la hora de aplicar el canon de enjuiciamiento²⁴. Se trata de una cuestión prejudicial relativa a un contrato de trabajo a tiempo parcial en el que las partes determinan si se trabaja y el número de horas, así como la remuneración de éstas²⁵.

El caso presenta específica información estadística para realizar la comparación, si bien no es utilizada por el Tribunal, que se centra en la naturaleza jurídica de uno y otro tipo de contrato. De esta forma, como un trabajador a tiempo completo tiene establecida una jornada semanal, la distribución del tiempo de trabajo, así como el salario, sin que pueda rechazar trabajar dentro de esas obligaciones (cosa que sí ocurre en el contrato a tiempo parcial mencionado), no existe ningún trabajador a tiempo completo comparable (FJ 62.º), lo que excluye la existencia de discriminación indirecta (FJ 65), por cuanto no puede existir efecto desfavorable si no es en comparación con otro grupo²⁶.

Un supuesto particular, porque remite prácticamente el completo enjuiciamiento al órgano a quo, es el de la STCJE de 10 de marzo de 2005, C 196/02 (*Caso Vasiliki Nikoloudi contra*

(24) Aunque quizá hubiera sido deseable una exposición clara y ordenada del canon de enjuiciamiento (FFJJ 55.º-66.º), más que el sumergimiento abrupto en la cuestión, por más que al Tribunal pudiera parecerle la cuestión esencial del asunto. Así, se echa de menos que se hubiera referido, al menos, previamente, al efecto negativo de la disposición.

(25) Las preguntas resumen perfectamente el caso al objeto de nuestro estudio (FJ 28.º): “2) (...) ¿deben interpretarse en el sentido de que constituye una diferencia de trato sin justificación objetiva que para los trabajadores a tiempo completo (aproximadamente un 60% de hombres y un 40% de mujeres) existan normas determinadas por Ley o por convenios colectivos relativas no sólo a la duración de la jornada de trabajo, sino en parte también a su distribución, cuyo cumplimiento es un derecho de los trabajadores a tiempo completo aun cuando no exista una estipulación contractual específica al efecto, mientras que, para los trabajadores a tiempo parcial, que en su inmensa mayoría son mujeres (aproximadamente un 90% de mujeres y un 10% de hombres), dichas normas no existen ni siquiera en el caso de que las partes contratantes no establezcan ninguna estipulación contractual –legalmente exigida– a ese respecto?; 3) (...) ¿deben interpretarse en el sentido de que constituye una diferencia de trato sin justificación objetiva que un empresario excluya expresamente, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, respecto a los cuales cabe suponer que se trata predominantemente de mujeres (aproximadamente un 90% de mujeres y un 10% de hombres), una estipulación sobre la distribución de la jornada de trabajo y su duración, mientras que, en el caso de los trabajadores a tiempo completo, respecto a los cuales cabe suponer que las mujeres no predominan en la misma proporción, tanto la duración como, en parte, también la ordenación de la jornada de trabajo vienen ya determinadas por Ley o por convenio colectivo?”

(26) Otra sentencia que se centra en el requisito del efecto desfavorable es la STJCE de 26 de septiembre de 2000, C 322/98 (*Caso Kachelmann*). Se trata de un supuesto en el que una trabajadora a tiempo parcial es despedida por causas económicas. Alega que la empresa no había procedido a la selección social entre los trabajadores que realizaban las mismas tareas. Su demanda fue desestimada al considerar el tribunal nacional que no era posible destinarla a un puesto a tiempo completo sin modificar su contrato de trabajo. Su FJ 13.º es esclarecedor en cuanto a la exposición del caso: “se deduce de la resolución de remisión que Bankhaus sigue teniendo en plantilla a una colaboradora a tiempo completo cuyas tareas son comparables a las de la demandante, y que debe considerarse que la señora Kachelmann, habida cuenta de su situación social, goza de prioridad en la protección del empleo. El *Landesarbeitsgericht* estima también que, si se considerase que dicha colaboradora no es comparable a la señora Kachelmann debido a que una estaba empleada a tiempo completo y otra a tiempo parcial, ello podría implicar una discriminación indirecta de la demandante del litigio principal”. La cuestión prejudicial se plantea porque si los trabajadores a tiempo completo no son comparables a los de a tiempo parcial en lo que hace a la protección de su empleo, entonces puede existir discriminación indirecta al ser el número de mujeres mayor en éstos que en aquéllos. Pues bien, la Sentencia hace un notable esfuerzo en lo que hace al efecto negativo. Así, entiende que el hecho de que jurídicamente ambos tipos de trabajadores no sean comparables no supone en sí un perjuicio. “En efecto, los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial se ven favorecidos o desfavorecidos de la misma manera según que, en el caso concreto, se suprima en una empresa un empleo a tiempo completo o un empleo a tiempo parcial” (FJ 26.º). Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias sociales, en que los trabajadores a tiempo completo son mucho más numerosos, resulta probable que los trabajadores a tiempo parcial tengan mayores dificultades para encontrar un empleo comparable. Es ahí donde surge el perjuicio. Esto, unido al efecto colectivo (FJ 24.º –donde el Tribunal apenas realiza esfuerzo probatorio–), deja en manos de la existencia de una justificación objetiva y razonable (FFJJ 29.º-34.º), la existencia de discriminación indirecta (en este caso, el Tribunal entiende que existen buenos argumentos para su justificación).



Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

Organismos Tilepikoinonion Ellados AE.). Resuelve tanto para el caso de que se trate de discriminación directa como de indirecta, pero dejando bien claro (FJ 42.º) que la constatación de la primera excluiría la segunda. Se trata de un supuesto en el que una determinada norma reserva sólo a las trabajadoras del servicio de limpieza y, por tanto, únicamente a las mujeres, la contratación por tiempo indefinido para trabajar a tiempo parcial. Pues bien, el Tribunal señala que dicha reserva no es constitutiva de discriminación directa por sí misma. No. La discriminación viene dada porque, a continuación, otra norma excluye del acceso al cuerpo de personal estatutario el trabajo a tiempo parcial, lo que supone excluir a las trabajadoras de la limpieza de tal posibilidad. Dicho de otra forma, se establece un trato desfavorable para las mujeres. La linde entre la discriminación directa y la indirecta viene dada por el hecho de que se permita a los trabajadores hombres el acceso a trabajos a tiempo parcial.

De ser esto así, el trabajo a tiempo parcial “puede que sólo afecte principalmente, en lugar de exclusivamente, a las mujeres”, lo que permite el análisis acerca de la existencia de discriminación indirecta. Pues bien, a este respecto el Tribunal encarga al órgano *a quo* comprobar si la medida impide el acceso a tal categoría profesional “a un número muy superior de mujeres” (FJ 47.º), salvo que exista una justificación objetiva y razonable (FFJJ 49.º-56.º).

Por último, se hace preciso señalar un conjunto de sentencias que sí aplican el canon en su plenitud de forma algo más detallada o concienzuda. Un primer ejemplo lo encontramos en la STJCE de 7 de diciembre de 2000, C 79/99 (*Caso Schnorbus contra Land Hessen*), si bien merece ser destacada por algunos elementos importantes. Se trata de un supuesto en el que una norma otorga preferencia en la selección para la realización de unas prácticas a quienes hayan realizado un servicio civil o militar obligatorio.

Así, en primer lugar, el Tribunal descarta la existencia de discriminación directa pues la norma en cuestión no se aplica de forma diferente a mujeres que a hombres (FJ 33.º). Debe destacarse a este respecto que la pregunta iba incluida en la cuestión del tribunal *a quo*²⁷. Tras ello, analiza cada uno de los elementos integrantes de la discriminación indirecta: a) efectos desfavorables: las mujeres son preteridas en el acceso a las prácticas respecto de los hombres (lo que a su vez repercute

**HAY UN GRUPO
DE SENTENCIAS
QUE SÍ APLICAN
EL CANON PLENAMENTE**

(27) La solución sería contraria si el servicio militar únicamente pudiera ser realizado por hombres a juzgar por lo expuesto en la STCJE de 10 de marzo de 2005, C 196/02 (*Caso Vasiliki Nikoloudi contra Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*).

negativamente en sus probabilidades de acceso a la función pública). b) Efectos colectivos: discrepancias en cuanto a si el porcentaje de mujeres admitidas a las prácticas es significativo, esto es, notablemente inferior al de los hombres (FFJJ 36.º y 37.º). Por tanto, no está claro si el efecto negativo se proyecta más sobre las mujeres que sobre los hombres. El Tribunal señala (FJ 38.º) que, en todo caso, ése no es el relato relevante, sino que el simple hecho de condicionar el acceso a un requisito imposible para las mujeres, denota por sí mismo discriminación indirecta²⁸. c) Ausencia de causa justificada: sin embargo, el Tribunal entiende que la medida está justificada y es “proporcionada” (FJ 46.º), puesto que tiene como objetivo compensar el retraso sufrido por la realización de tal servicio obligatorio.

En este grupo se inserta también la STJCE de 6 de diciembre de 2007, C 300/06 (*Caso VöB*), que no sólo aplica escrupulosamente el canon de enjuiciamiento (descarta la discriminación directa –FJ 26.º– y se adentra en el enjuiciamiento de la indirecta en todos los extremos señalados –FFJJ 25.º-43.º), sino que contiene algunos elementos que, como la anterior, también merecen ser señalados.

Se trata de un supuesto de remuneración de las horas extraordinarias de trabajadores a tiempo parcial inferior a la ordinaria, dentro del límite de la jornada completa. La Sentencia se remite a otras dos aquí expuestas, las SSTJCE de 15 de diciembre de 1994 y 27 de mayo de 2004. De ahí que entienda (FJ 37.º) que tal situación supone una desventaja para los trabajadores a tiempo parcial puesto que, aun siendo horas que exceden de su jornada individual usual, son peor remuneradas que si las hiciera un trabajador a jornada completa.

Por otra parte, en relación con el efecto colectivo, la resolución no solamente hace mención del concreto porcentaje de mujeres afectadas²⁹, sino que da instrucciones concretas al órgano judicial nacional para su verificación conforme al ámbito de aplicación de la norma (FJ 40.º). Además, y en cuanto al método comparativo, viene a completar lo señalado en el caso *Seymour-Smith* y *Pérez*, tal y como quedó explicado.

Además de las señaladas, el lector podrá encontrar algunas otras sentencias en las que el canon se aplica escrupulosamente³⁰. En todo caso, de su comparación con las anteriores

(28) “Sin embargo, en el presente asunto, no es necesario analizar las consecuencias concretas de la aplicación de la JAO. En efecto, basta con señalar que al dar prioridad a los candidatos que han prestado un servicio militar o civil obligatorio, las disposiciones controvertidas revelan, por sí mismas, una discriminación indirecta puesto que, en virtud del Derecho nacional aplicable, las mujeres no están sujetas a la obligación de prestar el servicio militar y, por lo tanto, no pueden acogerse a la prioridad prevista por las mencionadas disposiciones de la JAO para los casos de rigor”.

(29) “Según el órgano jurisdiccional remitente, alrededor del 88% de los profesores empleados a tiempo parcial por el Land Berlin en la primavera del año 2000 eran mujeres” (FJ 39.º).

(30) Una gran claridad expositiva se observa en la STJCE de 2 de octubre de 1997, C 100/95 (*Caso Kording v. Senator für Finanzen*). Se trata de un supuesto en el que se impide a una trabajadora a tiempo parcial que se exima de pasar un examen para el acceso a una categoría superior. Tras determinar la no existencia de discriminación indirecta (FJ 15.º), aplica el canon de enjuiciamiento de la discriminación indirecta: efecto negativo (FJ 17) y efecto colectivo (FFJJ 18.º y 19.º). Además, en este segundo caso se aportan cifras concretas, siendo el 92,4% de los funcionarios a tiempo parcial de la Administración Tributaria de Bremen mujeres. A partir de ahí, establece una serie de líneas argumentativas sobre su justificación por el órgano a quo (FFJJ 20.º-26.º). La misma claridad y orden manifiesta la STJCE de 15 de diciembre de 1994, C 399/92 (*Caso*

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

resulta la falta de homogeneidad interna a que hicimos referencia, esto es, la desigual aplicación del canon en la jurisprudencia comunitaria. No obstante, también dijimos que el carácter difuso de este modelo resulta fundamentalmente si se contrasta con el otro gran modelo, el estricto, cuna de la discriminación indirecta y al que dedicaremos el tercer apartado de este estudio. Sin embargo, previamente resulta necesario referirse, siquiera someramente, a las particularidades que el modelo difuso o atenuado muestra en su aplicación en el ordenamiento jurídico español.

A) La opción de la integración del modelo atenuado en el canon de enjuiciamiento del principio de igualdad

Este modelo “atenuado” ha revestido en nuestro ordenamiento jurídico, a su vez, una especial naturaleza jurídica, sin duda derivada de la influencia que el canon de enjuiciamiento del principio de igualdad ha mantenido en nuestra jurisprudencia constitucional.

La primera sentencia sobre la materia que hace referencia expresa a la jurisprudencia europea es la STC 41/1999, de 22 de marzo (FJ 7.º *in fine*). Si bien se alega la existencia de discriminación, su tutela se encauza por la vía del artículo 24 CE, lo que centra su objeto más en la carga de la prueba en la tutela de derechos fundamentales que en la existencia de discriminación indirecta propiamente dicha³¹. Sea como fuere, en ese mismo Fundamento Jurídico la sentencia concentra la jurisprudencia del Tribunal en materia de discriminación indirecta que había pronunciado hasta la fecha. A saber, las SSTC 145/1991, de 22 de julio; 58/1994, de 28 de febrero; 286/1994, de 27 de octubre, y 147/1995, de 16 de octubre.

En relación con estas sentencias, y con carácter general, aunque es indudable, como se ha dicho, el influjo de la jurisprudencia del TJCE, no es menos cierto que con frecuencia suelen resolver el conflicto que se suscita adaptando el canon de enjuiciamiento del principio de igualdad del artículo 14 (que exista una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso³² y, cumplido lo anterior, que exista o no una justificación objetiva y razonable) a las especiales circunstancias del tipo de discriminación que venimos estudiando y, en particular, centrándose frecuentemente en si existía una justificación objetiva y razonable³³.

Helmig y otros), en que declaró que no existe diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a jornada completa cuando las disposiciones nacionales aplicables sólo prevén el pago de complementos por horas extraordinarias en caso de sobrepasar la jornada normal de trabajo, tal como se establece mediante convenio colectivo, y no en el caso de sobrepasarse el tiempo individual de trabajo. Del mismo modo, rechaza la existencia de discriminación directa (FJ 21.º) y, a continuación, en la determinación de la existencia de discriminación indirecta, tras exponer sus tres elementos (FFJJ 23.º-25.º), rechaza la existencia de discriminación por no concurrir el efecto desfavorable (FJ 29.º).

(31) De similar temática es la STC 147/1995, de 16 de octubre, si bien más que aplicar el canon objeto de nuestro estudio, se centra en la concreta cuestión de si existía una justificación objetiva y razonable, para la distinta clasificación profesional realizada entre un grupo de trabajadoras y otros de empleados varones. Por otra parte, la STC 198/1996, de 3 de diciembre, parece querer desenvolverse en el límite entre la discriminación directa encubierta, aquella que bajo una finalidad lícita esconde en realidad un móvil discriminatorio, y la discriminación indirecta, carente de justificación objetiva y razonable (FJ 2.º).

(32) MERCADER UGUINA, J.R., “El marco teórico del principio de igualdad”, cit., p. 232.

(33) Un ejemplo a este respecto puede encontrarse en la STCE 145/1991, que actúa como receptora de la jurisprudencia europea. En ella puede vislumbrarse la aplicación del canon de enjuiciamiento europeo, que se concentra en el análisis de la

Pero la sentencia que termina por acoger definitivamente el canon atenuado de enjuiciamiento de la discriminación indirecta, y que quizá lo aplica con mayor claridad, es la STC 240/1999, de 20 de diciembre³⁴. Se trata de un supuesto en que se deniega administrativa y judicialmente la solicitud de una funcionaria interina de acogerse al régimen de excedencia para el cuidado de los hijos contemplado en el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en la versión dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo).

No obstante, el Tribunal parece no desprenderse de su doctrina sobre el enjuiciamiento de la discriminación por razón de género sobre la base del artículo 14 CE, sino que intenta que sea complementario con el canon europeo. Así las cosas, el TC, en primer lugar, señala que el criterio aplicado para negar la excedencia, esto es, la naturaleza propia de la interinidad (en la que se intenta la urgente y necesaria cobertura del servicio), al ser aplicado con independencia del sexo de quien presta el servicio no sería constitutivo, *a priori*, de discriminación por razón de sexo (FJ 3.º párr. 2).

Sin embargo, existen “dos circunstancias que, en su concreta concurrencia o actuación conjunta, permiten concluir que, dadas las características particulares del caso, efectivamente la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE” (FJ 3.º, *in fine*).

La primera de ellas es el hecho de que la recurrente en amparo llevara más de cinco años en situación de interinidad. A juicio de la Sala esta circunstancia es suficiente para eliminar el que, en abstracto, sería un criterio objetivo y razonable para dispensar un trato distinto a uno y otro tipo de funcionarios: la urgente necesidad de prestación del servicio³⁵. “Dicho con otras palabras, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera” (FJ 4.º).

La segunda circunstancia consiste precisamente en los perjuicios familiares y laborales derivados de la denegación de la excedencia y que tienen su origen en la “realidad social imperante”. En efecto, “hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, al serles

discriminación indirecta en su FJ 5.º Resuelve un supuesto de diferencias salariales fijadas por convenio entre limpiadoras y peones. De una lectura cuidadosa se observa la aplicación del canon de enjuiciamiento, aunque no con mucha claridad. Así, se descarta la existencia de discriminación directa, haciendo un especial esfuerzo en su diferenciación con la indirecta y la inclusión de esta última dentro del ámbito del artículo 14 CE (FJ 4.º). Por lo que hace a la discriminación indirecta propiamente dicha, destaca la existencia de un efecto desfavorable consistente precisamente en la menor retribución por igual trabajo (FJ 5.º párr. 1); un efecto colectivo, si bien no aplica datos estadísticos, sino que se centra en la propia redacción de las categorías por el convenio (que habla de “limpiadoras” y “trabajadores”) y que se trata de un sector o actividad “feminizado” (FJ 5.º párs. 3 y 4). Por último, se rechaza la existencia de objetiva y razonable al hilo de la contestación de los argumentos recogidos por la sentencia recurrida en amparo (FJ 5.º párs. 1 y 2).

(34) Resuelve un supuesto muy similar, apoyándose en la anterior, la STC 203/2000, de 24 de julio.

(35) Sobre esta concreta cuestión, *vid.* FJ 1.º del voto particular del magistrado Vicente Conde a esa misma sentencia.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo” (FJ 6.º).

Esta mención a los especiales efectos desfavorables derivados para la mujer, permiten al Tribunal adentrarse en la jurisprudencia europea sobre la materia para aplicarla al caso. No obstante, en primer lugar, realiza una matización importante en ese intento de conjugar el canon general de enjuiciamiento del artículo 14 con el relativo a la discriminación indirecta a que hacíamos referencia. Así, en este último caso, no es necesario aportar término de comparación para justificar la existencia de discriminación, por cuanto nos encontramos ante supuestos en los que lo que se compara, “no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 CE, en nuestro caso las mujeres”.

De esta forma, tras recordar el canon de enjuiciamiento europeo, señala que el efecto desfavorable concurre por el hecho de que la resolución que deniega la excedencia por cuidado de hijos a una funcionaria interina para poder cuidar de sus hijos “supone un grave obstáculo para su permanencia en ese mercado de trabajo y, en consecuencia, un importante perjuicio para quien lo sufre”; que el efecto colectivo también se produce, por cuanto “en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres”; por último, por lo que hace a la justificación objetiva y razonable, es el engarce entre uno y otro tipo canon de enjuiciamiento. En efecto, hasta ahora el TC, a la hora de aplicar el artículo 14 CE, una vez cumplidos los requisitos a que hemos hecho referencia, analizaba si concurría algún elemento o causa que justificaran un hipotético trato diferenciado. De hecho, en el presente caso, eso es precisamente lo que ha realizado en el FJ 4.º, antes de presentar la doctrina europea sobre discriminación indirecta.

Sin embargo, el TC es consciente de que su canon interpretativo tradicional deviene insuficiente en este tipo de supuestos, en los que “el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE” (FJ 6.º en referencia a la STC 145/1991, FJ

**EL TC DEBE VALORAR SI
LO QUE APARECE COMO
UNA DIFERENCIACIÓN
NO ENCUBRE
UNA DISCRIMINACIÓN**

2.º). Ése es precisamente el papel, el de inserción en el caso concreto de los dos primeros requisitos del canon de enjuiciamiento de la discriminación indirecta.

Por último, no puede cerrarse el análisis de esta sentencia sin hacer referencia a las críticas que el modo de aplicación del canon despierta para el magistrado Vicente Conde y que se plasman en su voto particular. Dos son sus objeciones. Por una parte, la inexistencia a su juicio de justificación objetiva y razonable, por cuanto el hecho de su prolongada situación de interinidad no puede destruir por sí misma la necesidad de la urgente prestación del servicio. Por otra, la deficiente aplicación del requisito del efecto colectivo por cuanto, a nuestro juicio correctamente, tal y como se ha podido comprobar de lo dicho hasta aquí, la medición de los datos estadísticos debe referirse al ámbito de aplicación de la norma que se impugna.

Con posterioridad, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, referida a la distinta aplicación a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 12.4 ET, según la redacción del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (referido a la forma de cómputo de los períodos de cotización y base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social)³⁶ sigue exactamente este mismo criterio³⁷, aplicando la doctrina europea, pero anteponiendo el enjuiciamiento del tercer criterio del canon, esto es, la existencia de una causa objetiva y razonable.

No es tan clara, en la aplicación del canon, la STC 3/2007, de 15 de enero, surgida como consecuencia de un recurso de amparo presentado contra la sentencia que convalidaba la decisión empresarial de no acceder, en los términos solicitados, a la reducción de jornada para cuidado de un hijo menor de seis años instada por la recurrente en amparo.

En particular, a pesar de la sólida fundamentación en la normativa y jurisprudencia europea (FJ 3.º) a la que la resolución recurre, la sentencia no es ordenada a la hora de aplicar el canon de enjuiciamiento. En síntesis, la Sala viene a señalar que la sentencia de instancia discrimina indirectamente a la recurrente como consecuencia de que no tiene en cuenta las circunstancias concretas del caso, limitándose a observar el cumplimiento formal de la legalidad. Visto que, según la jurisprudencia constitucional, ese acercamiento a la realidad del caso se produce a través de los dos primeros requisitos del canon de enjuiciamiento, esto es, la existencia de un efecto desfavorable y un efecto colectivo, lo que parece reprochar la Sala al órgano jurisdiccional es que no haya aplicado (correctamente) este esquema de razonamiento jurídico. Sin embargo, la sentencia no hace un esfuerzo por aclarar la forma en que debe detectarse la existencia de este tipo de discriminación (como se hizo en las sentencias anteriormente citadas), ni realiza, al menos de una forma clara, ese enjuiciamiento.

(36) También con voto particular del mismo magistrado refiriéndose con carácter principal, entre otras cuestiones, a la existencia en el caso enjuiciado de justificación objetiva y razonable.

(37) A su vez, se apoyan en la doctrina de esta sentencia el ATC 200/2007, de 27 de marzo, que inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la hipotética discriminación indirecta de las trabajadoras con reducción de jornada en materia de prestaciones de la Seguridad Social, y las SSTC 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluír

En efecto, en cuanto al efecto desfavorable y al efecto negativo, la Sala se limita a extender las consideraciones de su STC 203/2000, de 24 de julio, al caso en cuestión. “Es claro que estas consideraciones, efectuadas respecto de una solicitud de excedencia para el cuidado de hijos, son íntegramente trasladables al supuesto ahora analizado, referido a una reducción de jornada con idéntica finalidad” (FJ 5.º). De esta forma, las cuestiones en torno a los perjuicios para la vida familiar y profesional de la trabajadora que, a juicio de la Sala, el órgano a quo no tuvo en cuenta, serían suficientes para fundamentar la existencia de un efecto desfavorable, pero no se hace mención alguna al colectivo. Aun cuando parece probable, dada la tendencia general, que el colectivo de mujeres resultara especialmente afectado, hubiera sido deseable una referencia expresa más allá de los enunciados genéricos, observando las circunstancias del concreto ámbito en que se desarrolla el caso. Es cierto que el hecho de que se trate de una decisión de la empresa que afecta a una trabajadora en particular dificulta la aplicación del canon, normalmente referido a la aplicación de normas, pero no es menos cierto que ni el TJCE ha hecho ningún tipo de excepción a la hora de aplicar el canon, ni parece imposible reconducir la cuestión hacia una determinada interpretación del artículo 37 ET, que facilitara la aplicación de todos y cada uno de los requisitos del procedimiento interpretativo.

Por lo que hace a la existencia de una justificación objetiva y razonable, y dado que el TC entiende que a la resolución recurrida en amparo no se le puede imputar tacha alguna desde el punto de vista de su argumentación jurídica (FJ 4.º), podemos deducir que los anteriores argumentos y, en particular, la conciliación de la vida familiar y profesional y la evitación de situaciones desfavorables laboralmente para las mujeres, derivadas de la decisión judicial, sirven para destruir lo anterior, por más que no se dice clara y expresamente³⁸.

B) Dificultades prácticas de la aplicación del canon en el modelo atenuado

Este modelo de aplicación del canon reviste sin duda importantes ventajas, entra las que destacan su mayor flexibilidad para adaptarse a los distintos casos o conflictos y su sencillez, lo que frecuentemente conlleva ahorros de costes en lo que hace al enjuiciamiento y, fundamentalmente, en materia de prueba.

No obstante, de lo visto hasta ahora también se desprenden algunas dificultades prácticas a la hora de su aplicación, como si no terminara de asentarse completamente, especialmente el caso del ordenamiento jurídico español³⁹. Por ello, procede ahora detenerse en esas dificultades para adentrarnos en el concreto requisito del efecto colectivo y, en particular, en el modo en que se utilizan los datos estadísticos, si es que se utilizan, para determinar la mayor afectación de un grupo propenso a sufrir discriminación.

Dejando a un lado el requisito del rechazo de la discriminación directa y centrándonos en la discriminación indirecta propiamente dicha, podríamos dividir el canon de enjuicia-

(38) Sobre este caso, consúltese también el ATC 1/2009, de 12 de enero.

(39) Por no mencionar su menor utilización, elemento que parece ser característico del resto de Estados miembros. A este respecto, vid. LOENEN, T., “Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution”, en *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 196.

miento en dos grandes bloques o requisitos⁴⁰. Por una parte, nos encontraríamos con lo que podríamos denominar como “efecto diferenciado”, esto es, la conjunción del primer y segundo requisito, el efecto desfavorable y el efecto colectivo. De hecho, hemos visto que frecuentemente la jurisprudencia los ha tratado conjuntamente. LOENEN establece una equiparación entre esta parte del canon de enjuiciamiento europeo y el *disparate impact* americano, asignándole el mismo nombre por cuanto “muestra el efecto adverso sobre un grupo específico como las minorías étnicas o las mujeres”⁴¹. También es frecuente hablar a este respecto de la demostración de una “discriminación *prima facie*”⁴². De otro lado, nos encontraríamos con la justificación objetiva y razonable.

Comenzando por este último, la apariencia de discriminación indirecta, que se consigue gracias al primer bloque, puede quedar destruida siempre que exista una justificación objetiva y razonable. Se trata ésta de una válvula de escape que otorga flexibilidad al sistema, lo que a su vez lo potencia⁴³; pero también un criterio de contornos difusos, origen de controversias y entrada peligrosa a una cierta discrecionalidad judicial. El voto particular de Vicente Conde a la STC 240/1999 a que se hizo referencia, es un buen ejemplo de cómo pueden surgir discrepancias en torno a este concreto requisito.

En efecto, dejando a un lado las críticas relativas a la forma de aplicación del canon de enjuiciamiento de la discriminación indirecta, de las que dimos cuenta, la mayor parte del mismo se centra precisamente en la justificación de la medida. En particular, para el magistrado la naturaleza jurídica del contrato de interinidad es causa objetiva suficiente para justificar el trato otorgado, siendo irrelevante o, al menos insuficiente, el hecho de que la trabajadora se encontrara en tal situación de interinidad durante más de cinco años. “En el caso actual creo que la razón aducida para justificar la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos es de indudable objetividad y razonabilidad, al margen de la interpretación de la legalidad ordinaria que en ella se manifiesta, sobre cuya corrección no nos corresponde pronunciarnos. No es ni mucho menos irrazonable, desde la óptica del artículo 14 CE, el supeditar la situación de excedencia para el cuidado de hijos al dato de la estabilidad y proyección indefinida en el tiempo de la relación funcional, lo que es sólo propio de la de los funcionarios de carrera y no de los de empleo, y más en concreto entre ellos de los interinos”⁴⁴.

(40) *Ibid.*, pp. 206-210.

(41) *Ibid.*, p. 206. Traducción propia. Sin perjuicio de un explicación pormenorizada más adelante, bastará ahora con señalar que la teoría europea de la discriminación indirecta encuentra su más claro precedente en la jurisprudencia norteamericana relativa al *disparate or adverse impact*. Su fundamento jurídico se encuentra en el Título VII de la *Civil Rights Act*, ley federal de los EEUU, que prohíbe la discriminación por razón de raza, color, religión, sexo o nacionalidad en el empleo y su construcción práctica arranca con el famoso caso *Griggs v Duke Power Co.*, del que hablaremos posteriormente. En concreto, es preciso señalar que no solamente encontramos una influencia directa de la jurisprudencia norteamericana en los primeros casos sobre discriminación indirecta tratados por el TJCE, que luego se habría mantenido a lo largo de los años, sino que existe alguna referencia expresa en esos antecedentes (*vid.* la referencia al *Caso Griggs* realizada por el Abogado General en el *Caso Jenkins*).

(42) Por citar un ejemplo, SJERPS, I., “Effects and Justifications or how to establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination”, en *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 244-247.

(43) LOENEN, T., “Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution”, *cit.*, pp. 202-204.

(44) A este respecto también se ha dicho que los propios cambios que experimenta la sociedad pueden dar pie a que prácticas que se consideran hoy justificadas pudieran dejar de estarlo en el futuro. *Vid.* SJERPS, I., “Effects and Justifications or how to establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination”, *cit.*, pp. 240-241.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

En lo que respecta al primer bloque a que hicimos referencia, y siguiendo a la autora mencionada entonces, hemos podido comprobar cómo del análisis de la jurisprudencia europea se deducen una serie de dificultades a la hora de aplicar el canon. En primer lugar, determinar la existencia de un efecto desfavorable para un determinado grupo depende de la perspectiva que se adopte en el análisis de la cuestión. En el *Caso Helmig* (STJCE de 15 de diciembre de 1994) se rechaza la existencia de efecto desfavorable por cuanto los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo recibían individualmente la misma remuneración por cada hora trabajada, aun cuando para un trabajador a tiempo parcial fuera trabajada más allá de su jornada habitual y, desde su posición, constituyera una “hora extra” y debiera remunerarse como tal. Desde una perspectiva grupal, podría haberse considerado perfectamente que para los trabajadores a tiempo parcial, trabajar más allá de “su” jornada de trabajo debe remunerarse como si de una hora extraordinaria se tratara⁴⁵.

Por citar otro ejemplo, en nuestra STC 3/2007, dijimos que el efecto desfavorable se deducía del hecho de que la resolución judicial que denegaba la reducción de jornada planteada por la trabajadora perjudica la vida profesional y personal de la mujer trabajadora, si bien desde otra perspectiva podrían darse buenos argumentos a favor de que esto únicamente ocurre cuando se rechaza “cualquier” reducción de jornada y no “la” reducción de la trabajadora.

El segundo problema se plantea con el efecto colectivo, por cuanto el efecto desfavorable debe recaer sobre un determinado colectivo protegido. Hemos visto que tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la española apenas suelen mencionarse las cifras relativas a cada uno de los grupos en contraste. ¿Se produce este fenómeno porque las diferencias son tan notables que el Tribunal no estima necesario reflejarlas?, ¿basta con alusiones “a la realidad conocida por todos” o a los “hechos indiscutibles” para demostrar la existencia de efecto colectivo? Es en este requisito donde pueden cobrar importancia los datos estadísticos⁴⁶ ya que, aunque dictar sentencias no es resolver una ecuación, es indudable que la estadística puede resultar un

**EN LA JURISPRUDENCIA
APENAS SE MENCIONAN
LAS CIFRAS RELATIVAS
A CADA GRUPO
EN CONTRASTE**

(45) No obstante, al margen de la cuestión que se viene tratando, debe decirse que, a este respecto, el Tribunal de Justicia mantiene una postura coherente, por cuanto sí ha admitido la existencia de efecto desfavorable cuando la remuneración de las horas extraordinarias, esta vez sí, establecidas por la norma cuando se supera la jornada habitual de trabajo, ya sea completa o reducida, es inferior a la de la hora ordinaria. Así, entre en el lapso comprendido entre la jornada reducida y el tope de la ordinaria, el Tribunal estableció que ambos tipos de trabajadores debían cobrar lo mismo y, por consiguiente, lo establecido para la hora ordinaria. STJCE de 6 de diciembre de 2007 (*Caso VöB*).

(46) SJERPS, I., “Effects and Justifications or how to establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination”, cit., p. 244.

instrumento útil y, lo que es más importante, objetivo, para la resolución de los casos. Sin embargo, la elusión de los concretos datos estadísticos en la jurisprudencia europea reduce su valor jurisprudencial e impiden conocer qué rangos porcentuales considera el Tribunal relevantes a la hora de determinar la existencia de efecto diferenciado. No se trata tanto de establecer una vara de medir en la que, sobrepasada determinada línea, caigamos irremediabilmente en el campo de la discriminación, de nuevo, como si de un automatismo se tratara. No. De lo que se trata es de construir jurisprudencialmente unos rangos porcentuales que sirvan de guía no solamente a los litigantes, sino fundamentalmente a quienes están destinados a enjuiciar mayoritariamente hipotéticas situaciones de discriminación indirecta, esto es, los órganos jurisdiccionales nacionales.

No obstante, dicho esto, también debe advertirse que el uso de la estadística tiene también sus efectos negativos, y es que cuanto más sofisticado o costoso es un medio de prueba, más difícil será para el demandante demostrar la existencia de indicios suficientes acerca de la existencia de discriminación indirecta⁴⁷. Además, en muchas ocasiones puede resultar dificultoso encontrar datos estadísticos para poder aportarlos como medio de prueba.

Sin embargo, quizá la mayor dificultad no se encuentre en los datos estadísticos en sí, sino en aquellos que están llamados a utilizarlos, es decir, los jueces. Como bien señala SJERPS, “los jueces, sin embargo, no están generalmente acostumbrados a leer y aplicar datos estadísticos. Muchos de ellos inevitablemente se encuentran perdidos en el debate sobre grupos de comparación y sobre si usar o no proporciones, ratios y números⁴⁸”.

Relacionado con lo anterior y, en tercer lugar, debemos recordar que *Seymour-Smith* y *Pérez* dejó asentado que, cuando los datos no son “contundentes”, puede existir discriminación indirecta si el efecto negativo sobre el colectivo es persistente y estable en el tiempo. Por consiguiente, al problema de determinar cuándo un dato estadístico es relevante desde un punto de vista jurisprudencial, se uniría el de considerar qué debe entenderse por persistencia para el supuesto en que aquello no ocurra.

Por último, también se plantean problemas en lo que hace a los grupos a comparar⁴⁹. En relación con esto, afortunadamente el TJCE fue muy claro cuando estableció que “el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito de dos años de empleo exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro” (*Seymour-Smith* y

(47) LOENEN, T., “Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution”, cit., p. 207. Sobre esta misma cuestión, en el caso concreto de EEUU vid. SELMI, M., “Indirect discrimination: a perspective from United States”, en *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 220.

(48) SJERPS, I., “Effects and Justifications or how to establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination”, cit., p. 246.

(49) *Ibid.*

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

Pérez, FJ 59.º). El problema se plantea a la hora de construir esos grupos. De lo visto hasta ahora, parece claro que el Tribunal ha establecido que aquellos deben referirse al concreto ámbito de aplicación de la norma. Sin embargo, parece que de la práctica se deduce que esto no siempre es sencillo, a juzgar por nuestra STC 240/1999 y, a nuestro juicio, correctas críticas enunciadas en su voto particular cuando recuerda precisamente que no debieron tenerse en cuenta los datos del sector, sino del ámbito de aplicación de la norma que se impugnaba. Al margen de esto, los problemas continúan cuando no se trata de normas, sino de prácticas o conductas del empleador o de resoluciones judiciales. ¿Qué hacer en tales casos? ¿y si se trata de una práctica generalizada?

III. EL MODELO DE APLICACIÓN ESTRICTA U ORIGINAL

El otro gran modelo objeto de nuestro estudio es el modelo de aplicación estricta, que se corresponde con la forma en que se aplica el canon de enjuiciamiento de la discriminación indirecta en EEUU, cuna de esta noción. En esencia el canon de enjuiciamiento no cambia, siendo los elementos que lo integran prácticamente idénticos a los del modelo europeo. Lo que sí es diferente es el modo en que tales elementos son aplicados en uno y otro modelo. En particular, en el que ahora abordamos, puede observarse una aplicación más concienzuda, detallada, jerarquizada. Para corroborar esta afirmación nos detendremos en el estudio en la prueba estadística como forma de determinación del efecto negativo en un determinado colectivo. Permítasenos, previamente, destacar algunos de los caracteres más relevantes de este modelo.

A) La teoría del *Adverse Impact*

El nombre con que se conoce a la discriminación indirecta en EEUU es el de *disparate impact* o *adverse impact*. La *disparate or adverse impact theory*⁵⁰ tiene su base legal en un corto pasaje de la Civil Right Act de 1964. En concreto, será lo dispuesto en su Título VII lo que dará lugar al nacimiento del concepto de discriminación indirecta en Estados Unidos, si bien, a través de su construcción jurisprudencial. En efecto, la sección 703 (a) (1) y (2) no mencionaba expresamente esta teoría, sino que fue el Tribunal Supremo quien en el conocido y ya mencionado caso *Griggs v. Duke Power Co.*⁵¹ construyó la teoría objeto de nuestro análisis. De hecho, el fundamento legal de ésta fue objeto de un intenso debate⁵².

Se trata de un caso en el que la empresa *Duke Power* exigía, para poder acceder a determinados puestos de trabajo, una determinada cualificación profesional a través de la posesión

(50) Un buen resumen de la evolución histórica de esta teoría puede encontrarse en SELMI, M., "Indirect discrimination: a perspective from United States", cit., pp. 213-219. Sobre la evolución del debate doctrinal en torno a la misma, como marco a una posición crítica con la teoría, vid. SELMI, M., "Was the Disparate Impact Theory a Mistake?", *UCLA Law Review*, vol. 53, 2006, pp. 708-734. Para un estudio básico y práctico desde la perspectiva del Common Law resulta imprescindible MCCOLGAN, A., *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, 2.ª Edición, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

(51) 401 US 424 (1971). Resulta interesante observar cómo el Tribunal define el concepto, distinguiéndolo de la discriminación directa y enunciando sus requisitos: "The [Civil Right] Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The touchstone is Business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown to be related to performance, the practice is prohibited" (FN 6).

(52) RUTHERGLEN, GEORGE, "Disparate Impact under Title VII: an Objective Theory of Discrimination", *Virginia Law Review*, vol. 73, 1987, pp. 1299-1311.

de un título académico y la superación de un test escrito. Para la comprensión del caso es necesario señalar que esta compañía se situaba en Carolina del Norte, un Estado sureño con una larga historia de segregación escolar de baja calidad para los estudiantes afroamericanos que, como consecuencia, daba lugar a que un porcentaje relativamente elevado de estudiantes negros, en relación con los blancos, no tuvieran la titulación exigida para acceder a los mencionados puestos de trabajo. De esta forma, y teniendo en cuenta tales circunstancias, lo que planteó el demandante y aceptó el Tribunal es que, con independencia de que pudiera existir o no una intención de apartar a los trabajadores de color, lo cierto es que el establecimiento de tal requisito, aparentemente neutro, producía un efecto desfavorable que afectaba en un porcentaje considerablemente mayor al grupo de aspirantes de raza negra. De esta forma, el Tribunal Supremo de los EEUU creó un instrumento antidiscriminatorio que, a diferencia de la discriminación directa (*indirect treatment*), no se basa en el ánimo o en la intención del sujeto discriminador, sino en los efectos o resultados de una norma o práctica sobre un grupo susceptible de discriminación⁵³.

Poco después, la teoría sería extendida al ámbito de la discriminación por razón de género con el caso *Dothard v. Rawlinson*⁵⁴.

Algunos años después de su nacimiento, el Tribunal Supremo decidió, sin embargo, restringir el área de aplicación de la teoría exclusivamente a las cuestiones de empleo, es decir, la circunscribió al concreto ámbito de aplicación del Título VII. Así, en su sentencia *Washington v. Davis*⁵⁵, la Corte sostuvo que la intención, el ánimo, el propósito, propios de la discriminación directa, es un elemento necesario para la igual protección a que se refieren la quinta y decimocuarta enmiendas de la Constitución de los EEUU, lo que supone limitar la efectividad de la protección constitucional contra la discriminación, precisamente en un tiempo en el que el trato discriminatorio es cada vez menos evidente, más subrepticio.

Por otra parte, esta sentencia abre un período en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión optó por una postura más conservadora y hostil en relación al concepto de discriminación indirecta que se prorrogó a lo largo de la década de los ochenta. Esta tendencia alcanza su punto álgido con el caso *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*⁵⁶ en la que prácticamente se imposibilita la protección frente a la discriminación indirecta por la vía de la flexibilización de la justificación de las prácticas adoptadas por las empresas⁵⁷.

Ante esta situación, el Congreso inicia un proceso cuya finalidad es precisamente la de restaurar la *disparate impact theory* a su estado original, el cual culminará con la aprobación Civil Right Act de 1991, la primera que por primera vez incluye esta teoría bajo el ámbito

(53) *Ibid.*, p. 1298.

(54) 433 US 321 (1977).

(55) 426 US 229 (1976).

(56) 490 US 642 (1989).

(57) SELMI, M., "Indirect discrimination: a perspective from United States", cit., p. 215.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

del Título VII, alejando así el fantasma de su supresión *de facto* o expresa por el poder judicial⁵⁸.

Sea como fuere, el caso es que, a pesar de los esfuerzos mencionados, la *disparate impact theory* no está siendo explotada en toda su potencialidad en la actualidad. Entre 1994 y 1999 no hubo más de diez sentencias en apelación entre los miles de casos relacionados con discriminación en el empleo⁵⁹. Entre las causas de esta infrutilización se han destacado: la inexistencia de incentivos económicos como consecuencia de la exclusión de *compensatory* o *punitive damages*, motivos procesales específicos de estos casos; el conocimiento por parte de los empleadores de la forma de su funcionamiento, readaptando sus prácticas a tales exigencias; la escasa aceptación por parte de los órdenes jurisdiccionales inferiores; así como por parte de los profesionales de la abogacía⁶⁰.

De otro lado, centrándonos en el modo de su aplicación, podemos ver una cierta similitud con el sistema europeo. Así, en primer lugar, corresponde al demandante probar la existencia de discriminación *prima facie*, esto es, que una determinada práctica o comportamiento causa un significativo efecto diferenciado en un determinado grupo protegido. En esta fase, goza de una especial importancia la prueba estadística aunque, como veremos, su efecto llega hasta el segundo paso.

En efecto, demostrada la existencia de efecto diferenciado, el demandado debe demostrar que la práctica impugnada se justifica por, como ya hemos señalado, su “relación con el trabajo” y por las “necesidades del negocio”. A este respecto, la defensa suele pivotar sobre dos cuestiones: una, demostrar que

**EN LA FASE DE PROBAR
LA DISCRIMINACIÓN
PRIMA FACIE COBRA
ESPECIAL IMPORTANCIA
LA PRUEBA ESTADÍSTICA**

(58) En particular, su SEC. 2000e-2. [Section 703] establece que “(k) Burden of proof in disparate impact cases (1) (A) An unlawful employment practice based on disparate impact is established under this subchapter only if: (i) a complaining party demonstrates that a respondent uses a particular employment practice that causes a disparate impact on the basis of race, color, religion, sex, or national origin and the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related for the position in question and consistent with business necessity; or (ii) the complaining party makes the demonstration described in subparagraph (C) with respect to an alternative employment practice and the respondent refuses to adopt such alternative employment practice. (B) (i) With respect to demonstrating that a particular employment practice causes a disparate impact as described in subparagraph (A): (i), the complaining party shall demonstrate that each particular challenged employment practice causes a disparate impact, except that if the complaining party can demonstrate to the court that the elements of a respondent’s decisionmaking process are not capable of separation for analysis, the decisionmaking process may be analyzed as one employment practice. (ii) If the respondent demonstrates that a specific employment practice does not cause the disparate impact, the respondent shall not be required to demonstrate that such practice is required by business necessity (...). (2) A demonstration that an employment practice is required by business necessity may not be used as a defense against a claim of intentional discrimination under this subchapter (...).

(l) Prohibition of discriminatory use of test scores. It shall be an unlawful employment practice for a respondent, in connection with the selection or referral of applicants or candidates for employment or promotion, to adjust the scores of, use different cutoff scores for, or otherwise alter the results of, employment related tests on the basis of race, color, religion, sex, or national origin”.

(59) SELMI, M., “Indirect discrimination: a perspective from United States”, cit., p. 216.

(60) SHOBEN, E.W., “Disparate Impact Theory in Employment Discrimination: What’s Griggs still good for? What not?”, *Brandeis Law Journal*, vol. 42, 2003, pp. 598-600.

los datos alegados por el demandante son incorrectos, siempre que ello sea posible; en segundo lugar, que la práctica o requisito de que se trate proporciona información sobre el puesto de trabajo o actividad a desarrollar, lo que resulta necesario para las necesidades del negocio⁶¹. Por último, es necesario que no exista una alternativa menos gravosa para conseguir el fin perseguido. Se trata éste de un requisito positivizado por la reforma de 1991 (véase nota 51) y que supone que el demandante, no el demandado, debe probar la existencia de tal alternativa, pudiendo este último evitar la responsabilidad derivada del acto discriminatorio si adopta la alternativa planteada⁶².

El Tribunal Supremo ha admitido diversos métodos de prueba del *disparate impact*⁶³: mediante la demostración del efecto desfavorable del requisito o prueba sobre la población relevante (se trata de la versión clásica, la que se dilucida en *Griggs v. Duke Power Co.*); el *Applicant flow analysis*, que consiste en comparar los porcentajes de candidatos aptos en relación con la raza, el sexo o la nacionalidad (la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, –EEOC– en sus siglas inglesas, incorporó este método en sus *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures*, que tienen por finalidad establecer unos principios generales en materia de selección y promoción respetuosos con las exigencias legales sobre no discriminación⁶⁴; o criterios no estadísticos).

Precisamente estas *Uniform Guidelines*, si bien han pasado por diversos momentos en lo que hace a su uso por parte de los tribunales como criterio evaluador objetivo, en especial, de la justificación del empleador, no puede dejar de advertirse la enorme influencia que sobre esta teoría tienen⁶⁵.

De las *Guidelines*, de la propia lectura de las sentencias, de los esfuerzos de las partes por justificar su postura, o derribar la ajena, se deduce claramente una utilización de la prueba estadística en este ámbito mucho más desarrollado que en el caso europeo y, mayor aún, que en el caso español.

Como bien señala RUTHERGLEN, la *disparate impact theory* buscó desde su nacimiento ser una teoría “objetiva” y ello, como consecuencia de que, en ausencia de ánimo discriminatorio, únicamente argumentos de tipo objetivo pueden pesar más que las alegaciones de índole económico o financiero de los empleadores. Este autor, basándose en las teo-

(61) SELMI, M., “Indirect discrimination: a perspective from United States”, cit., p. 217.

(62) *Ibid.*, p. 218. Por ejemplo, en el caso *Albermale Paper Company v. Moddy* [422 US 405 (1975)] la empresa recurrió a un experto para que, utilizando instrumentos estadísticos, probara que los test utilizados en la selección del personal estaban relacionados con las habilidades necesarias para el desempeño del trabajo.

(63) SHOEN, E.W., “Disparate Impact Theory in Employment Discrimination: What’s Griggs still good for? What not?”, cit., pp. 604-607.

(64) El criterio, que ha recibido numerosas críticas es conocido con el nombre de “four-fifths rule” o “80% rule” y consiste en que, cuando la ratio de aprobados o aptos de un grupo es inferior en cuatro quintos al del grupo más alto, entonces, existe efecto diferenciado. Por ejemplo, si el porcentaje de aptos de los hombres es del 70% y el del grupo de mujeres del 35%, existe efecto diferenciado ya que el grupo de mujeres es la mitad que el de los hombres. Si, por el contrario, el porcentaje relativo al grupo de mujeres fuera del 60%, entonces no existen indicios estadísticos suficientes para probar la existencia de efecto diferenciado ($60/70 = 0,86 > 0,80$). El ejemplo está tomado de *Ibid.*, p. 606. A pesar de las críticas, sigue utilizándose, vid. *Caso Ricci v. DeStefano* más adelante.

(65) Para una visión acerca de la evolución de su aceptación hasta finales de los ochenta, vid. RUTHERGLEN, GEORGE, “Disparate Impact under Title VII: an Objective Theory of Discrimination”, cit., pp. 1312-1329.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

rías económicas sobre discriminación, parece apoyar esta postura “porque los incentivos económicos objetivos, tanto como el estado de ánimo del empleador, motivan que éste contrate discriminatoriamente (...). Si los empleadores no pueden contratar discriminando abiertamente porque está obviamente prohibido, utilizarán otros medios para minimizar el contacto entre el grupo discriminador y el discriminado: por ejemplo, mediante procedimientos de selección neutros que excluyen de forma desproporcionada al grupo desfavorecido⁶⁶”. En efecto, de acuerdo con la teoría de la discriminación estadística⁶⁷, el empleador deseará excluir a los miembros de un determinado grupo como consecuencia de las dificultades derivadas de medir precisamente la productividad de ese grupo. El empleador busca minimizar los costes derivados de pérdidas de productividad y/o de la medida de la misma, mediante el recurso de excluir aquello que desconoce, de lo que desconfía, o que tiene una alta probabilidad de causar tales costes. Y para ello, no es necesario que manifieste un “ánimo discriminador”, sino que simplemente desea mejorar la productividad de su fuerza laboral, eso sí, mediante criterios aparentemente neutros.

B) El uso de la Prueba Estadística en la Jurisprudencia Norteamericana

Así las cosas, el uso de la estadística resulta un instrumento de una enorme relevancia a la hora de aplicar la *disparate impact theory*, y esto es así, además de por los razonamientos de índole económico que acabamos de exponer, por su propia naturaleza, por centrarse en los efectos y no en la intención o propósito discriminatorio.

La importancia de la prueba estadística en este concreto ámbito se atisba no solamente en el contenido de las distintas sentencias que han resuelto estas cuestiones, sino en la propia preocupación de la estadística para dotar de instrumentos sencillos y fiables a los juristas. Un libro de referencia a este respecto, ya un clásico, *Statistical Proof of Discrimination*⁶⁸, puede ilustrar esta relación entre Estadística y Derecho a que nos estamos refiriendo, si bien no es el único utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU, a juzgar por las expresas referencias en sus sentencias⁶⁹.

No es propósito de este trabajo desmenuzar todos y cada uno de los instrumentos estadísticos que ésta y otra obras contienen para su aplicación en casos de discriminación indirecta, si bien existen algunos aspectos que merece la pena destacar.

Se trata de una obra, en primer lugar, jurídicamente bien documentada, con constantes referencias a la jurisprudencia de los distintos niveles de enjuiciamiento de la jurisdicción estadounidense y que abarca tanto la discriminación directa, como la indirecta. Su

(66) *Ibid.*, p. 1310. Traducción propia.

(67) Algunas obras esenciales a este respecto son BECKER, G., *The Economics of Discrimination*, 2.ª Ed., Chicago University Press, Chicago, 1971.; STIGLITZ, J.E., “Approaches to the Economics of Discrimination”, *The American Economic Review*, vol. 60, núm. 2, 1973. ARROW, K., “The Theory of Job Discrimination”, en *Discrimination in Labor Markets*, Princetown University Press, 1973. AIGNER, D.J. y CAIN, G.G., “Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets”, *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 60, núm. 2, 1977.

(68) *Ad. Ex.*, el *Caso Castaneda v. Partida* [430 US 482 (1977)] utiliza como referencia para la valoración de los datos estadísticos que se le aportan la obra de FILKESTEIN, “The Application of Statistical Decision Theory to the Jury Discrimination Cases”, 80 *Harvard Law Rev.* 338, 1966, pp. 353-356 (FN 17) o el *Caso Hazelwood School District v. US* [422 US 405 (1977)], utiliza, además del anterior, MOSTELLER, F.; ROURKE, R. y THOMAS, G., *Probability with Statistical Applications*, 2.ª Ed., 1970.

(69) BALDUS, D.C.; COLE, J.W.L., *Statistical Proof of Discrimination*, cit.

propósito es claro: “dar a jueces y abogados que llevan casos de discriminación la base necesaria para comprender y calcular la fiabilidad de los datos con los que se topan⁷⁰”. De esta forma, aunque los datos y métodos estadísticos puedan ser numerosísimos y ciertamente oscuros ante los ojos de un jurista, a través de obras como ésta se intenta aportar algo de luz a la cuestión, de tal forma que se facilite su uso ante los Tribunales. Ese carácter práctico se expresa en el hecho de que selecciona dos casos reales a los que va aplicando los métodos estadísticos que explica a lo largo de los capítulos para, al final, presentar la prueba estadística de la existencia o no de discriminación.

Por otra parte, y en relación con el *disparate impact*, los autores señalan que dependiendo del contexto o de la teoría legal de referencia, la prueba aplicada para demostrar el *adverse effect* puede referirse a tres aspectos: a los miembros de un grupo o minoría; a un subgrupo; o a un individuo. En el primer caso, especifican que lo que se debe comparar son las medias, ratios o porcentajes de los dos grupos, por ejemplo, trabajadores blancos y negros seleccionados para una segunda fase en el proceso de selección; en el segundo caso, lo que debe compararse son los subgrupos: candidatos mujeres y hombres con el mismo nivel de cualificación (dentro del grupo “candidatos”, existirían subgrupos con distinto nivel de cualificación, lo que implica que la comparación deba realizarse entre subgrupos); por último, cuando nos encontramos ante el caso de un sujeto aislado, la comparación debe producirse entre el individuo relacionado con la minoría protegida con el grupo mayoritario equivalente (por ejemplo, el resultado obtenido por una trabajadora rechazada en un proceso de selección, con la media de los hombres que lo superaron)⁷¹. Por consiguiente, la estadística prevé reglas precisas de comparación que evitarían algunos de los problemas que vimos anteriormente, por más que los debates acerca de la idoneidad de las comparaciones estadísticas realizadas no sea una cuestión resuelta en la jurisprudencia, como veremos inmediatamente.

De hecho, ésta es precisamente una de las dos vías de defensa con que cuenta el demandado-empleador una vez que el demandante ha establecido la existencia de un caso de discriminación *prima facie*. Así, puede, por un lado, intentar demostrar que la práctica, norma o procedimiento no causa *adverse impact*; por otro, que aun existiendo ese *adverse impact*, éste no es significativo. Cada una de estas dos vías de defensa puede contar, y de hecho cuenta, con instrumentos estadísticos específicos de apoyo. El presente estudio únicamente abordará algunos de los aspectos de la prueba estadística por el lado del demandante, si bien, al menos, deseamos dejar constancia de que en el primer caso suelen utilizarse métodos de emparejamiento y regresiones múltiples; en el segundo, técnicas de selección y análisis de datos⁷².

Con algo más de detalle, ya hemos señalado que el primer paso para alegar la existencia de discriminación estadística consiste precisamente en que el demandante consiga demostrar que el efecto desfavorable sobre un grupo o colectivo es “sustancial” o “relevante” o, lo que es lo mismo en muchos casos, que es significativo estadísticamente. Pues

(70) *Ibid.*, p. 3. Traducción propia.

(71) *Ibid.*, pp. 20-21.

(72) A este respecto, puede consultarse *Ibid.*, caps. 4, 7 y 8.

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

bien, a este respecto dos son los principales instrumentos estadísticos: los test estadísticos y los intervalos de confianza⁷³. Uno y otro tipo de instrumentos nos permiten, según BALDUS y COLE, realizar dos tipos de inferencias:

a) Inferencia descriptiva: calcula la probabilidad de que se produzca a largo plazo una determinada relación entre los resultados de un proceso de selección y el estatus de grupo protegido. Por ejemplo, el test estadístico nos permite calcular qué probabilidad existe de que los candidatos blancos sean seleccionados en un porcentaje mayor que los candidatos negros con las mismas cualificaciones. El intervalo de confianza, por su parte, nos ayuda a calcular la magnitud de la asociación entre el estatus de un grupo y el resultado producido en el proceso de selección.

b) Inferencia causal: estos instrumentos también proporcionan una base parcial para calcular argumentos sobre la causa de las diferencias observadas entre grupos. A pesar de que no prueba qué causa la diferencia, nos ayuda a estimar la probabilidad de que, dada una determinada diferencia, se produzca un resultado. Por ejemplo, si se observa una diferencia entre negros y blancos de un 33% en el número de aprobados, podemos contrastar la hipótesis de que tales diferencias se produzcan por azar. Si el test estadístico nos dice que la probabilidad de lo ocurrido en el pasado ocurra en el largo plazo es menor de un 1%, entonces podremos descartarlo como posible causa de tal efecto.

En todo caso, los autores tienen muy presente que estos instrumentos nos cuentan hechos y el grado de asociación entre el efecto producido y el grupo afectado, pero no si tienen relevancia judicial o legal, cosa que compete valorar únicamente al juez⁷⁴. Tanto si nos encontramos en un tipo u otro de inferencia, el procedimiento a seguir para contrastar si la diferencia entre dos grupos es significativa es muy sencilla: a) se calcula un test estadístico; b) se consulta en unas tablas de valores según la distribución que se emplee el nivel P de ese estadístico, lo que nos permitirá contrastar la hipótesis enunciada. Sin embargo, existen otros métodos aún más sencillos como la regla de las “2 o 3 desviaciones típicas”. La desviación típica es un concepto estadístico que, *grosso modo*, podría definirse como aquel indicador que muestra cuánto se apartan los datos de la media⁷⁵.

(73) Para más detalle, vid. *ibid.*, cap. 9.

(74) *Ibid.*, p. 289.

(75) Para una descripción muy básica de cuestiones como ésta, puede seguirse a PEÑA, D. y ROMO, J., *Introducción a la Estadística para las Ciencias Sociales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

**LOS INSTRUMENTOS
ESTADÍSTICOS
PERMITEN DOS TIPOS
DE INFERENCIAS:
DESCRIPTIVA Y CAUSAL**

Quizá la mejor forma de ver cómo se aplica la regla que utiliza este concepto sea a través de la propia jurisprudencia.

El *Caso Hazelwood School District v. US*⁷⁶ puede servirnos a este respecto. Se trata de un supuesto en el que se alega la existencia de discriminación indirecta hacia los trabajadores negros en el procedimiento de acceso a una escuela pública. Los datos relevantes por lo que ahora importa son los siguientes: en el período 1972-1973 el porcentaje de trabajadores negros contratados del total de contratados en esa escuela fue de 3,5%; en 1973-1974, de 4,1%. La media de todo el período es de 3,7%. El porcentaje de trabajadores de raza negra cualificados en esa área era de al menos 5,7%, sin contar con la ciudad de Sant Louis, que seguía una política de acción positiva que, al incluirla, hacía subir el porcentaje de la zona al 15,4%. Así, surgen dos preguntas: cuál de estos dos datos escoger y si la diferencia con los “reales” son lo suficientemente significativos.

Pues bien, el Tribunal recuerda que la desviación típica puede actuar como una forma de prever las fluctuaciones que experimentará el valor esperado de una muestra. En nuestro caso, para el dato del 15,4% como valor esperado al que tendería la contratación en la escuela, en el período 1972-1973, el número de trabajadores negros contratados esperados sería de 43, mientras que realmente hubo 10 (de un total de 282). En 1973-1974, 19, por 5 realmente contratados (de un total de 123)⁷⁷. Las desviaciones típicas que surgen de estos datos son iguales a más de cinco y más de tres respectivamente, por lo que, al ser superiores a tres desviaciones típicas, permiten rechazar la hipótesis de que la selección sea aleatoria. Sin embargo, si se utiliza como dato previsto el 5,7%, el número de profesores contratados previstos para 1972-1973 sería de 16 (con una desviación típica inferior a dos) y de 7 para 1973-1974 (con una desviación típica inferior a uno). Por consiguiente, si utilizamos como dato de referencia este segundo, aceptaríamos la hipótesis señalada, por lo que tendríamos una prueba acerca de que las diferencias no son significativas. Además, la sentencia advierte que la utilización de métodos estadísticos más sofisticados, como el anteriormente bosquejado, confirman los resultados señalados.

Precisamente esta segunda opción es la utilizada por el Tribunal, al entender que los datos de la ciudad de Sant Louis son atípicos⁷⁸, por lo que deberían ser excluidos. No obstante, el debate sobre los datos estadísticos continúa con el voto particular del Juez Stevens.

Sea como fuere, sentencias como ésta o como la del *Caso Castaneda v. Partida*⁷⁹, que profundizan en lo que hace a la valoración de los datos estadísticos, u otras como el reciente *Caso Ricci v. DeSteffano*⁸⁰, que se centra más en el requisito de la justificación pero sin olvidar la estadística en lo que respecta al establecimiento de una discriminación *prima facie*, ponen de manifiesto la importancia que la prueba estadística tiene en la jurisprudencia norte-

(76) 433 Us 299 (1977).

(77) Los resultados esperados se obtienen de aplicar 5,7% a los 1107 trabajadores en plantilla en 1972 y a 1231 trabajadores en 1973.

(78) Un dato atípico es un dato que se aleja enormemente de la tendencia de la muestra, por lo que suele excluirse para evitar que distorsione los resultados.

(79) 430 US 482 (1977).

(80) 129 S.Ct. 2658 (2009).

Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir

americana a la hora de demostrar un efecto desfavorable en un determinado colectivo. Es más, en esta última sentencia, no solamente se recopilan numerosos casos sobre esta materia, sino que se citan los datos estadísticos de referencia, intentando consolidar un cuerpo judicial en relación no solamente con los métodos estadísticos utilizados, sino con el rango de porcentajes entre los cuales puede existir *adverse impact*. Este trabajo del Tribunal Supremo de EEUU supone así una guía de referencia para los tribunales de los órdenes jurisdiccionales inferiores.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos querido confrontar dos formas distintas de entender un mismo canon de enjuiciamiento, el relativo a la discriminación indirecta. Dos modelos distintos para aplicar un mismo procedimiento de argumentación jurídica tendente a demostrar o refutar la existencia de un efecto negativo sobre un determinado colectivo protegido derivado de una práctica o norma aparentemente neutra.

En principio una diferencia no tiene por qué ser en sí misma indicativo de superioridad. Dicho con mayor precisión, el hecho de que el canon se aplique de forma distinta no conlleva necesariamente que un modelo sea mejor que el otro.

Para poder llegar a tal conclusión sería necesario observar si el resultado a que han conducido uno y otro son distintos y, en tal caso, determinar, si alguno resulta, atendiendo a las circunstancias, superior. A este respecto, como ha quedado apuntado, ninguno de los dos modelos parece haber conseguido una incidencia notable en los órdenes jurisdiccionales inferiores, si bien este estudio no ha manejado datos concretos que nos pudiesen llevar a corroborar tal afirmación.

Lo que sí nos puede resultar útil es atender a la naturaleza misma de la discriminación indirecta. Nos encontramos ante un tipo de discriminación que va más allá del ánimo o voluntad del sujeto discriminador, que se centra únicamente en el efecto que la práctica o norma en cuestión produce sobre un determinado colectivo protegido. Es precisamente por esto, porque se trata de una discriminación “objetiva”, por lo que su canon de enjuiciamiento nace con la pretensión de ser también objetivo, de dejar a un lado cualquier tipo de elemento que pudiera llevar al juzgador a establecer, a través de sus resoluciones, auténticas medidas de acción positiva, al margen de las consideraciones del legislador.

Es concretamente este aspecto, el de la objetividad de los criterios utilizados, por ejemplo a través de una mayor y mejor utilización de la prueba estadística, el que puede contribuir a mejorar el modelo de aplicación atenuado, en una tendencia hacia el perfeccionamiento que concluya en un canon más atractivo para los órganos jurisdiccionales inferiores. Y es que quizá la clave del éxito de este canon, en cuanto a su utilización, resida en alejarlo de una imagen que en ocasiones lo aproxima a la discrecionalidad, para acercarlo hacia la objetividad, la claridad y la seguridad jurídica.



I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario**

Consideración preliminar. 1. Cumplimiento y transposición del derecho comunitario. 2. Inaplicación directa de leyes internas por primacía del derecho comunitario. 3. Sometimiento de los convenios colectivos al principio de igualdad. 4. Unidad del ordenamiento y principio de jerarquía normativa. 5. Principio de especialidad normativa. 6. Mandatos normativos necesitados de desarrollo. 7. Absorción y compensación de mejoras y beneficios sociales. 8. Condición más beneficiosa. 9. Alcance y efectos del finiquito.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 13 a 16 de 2009 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1673 a J 2274).

1. CUMPLIMIENTO Y TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Como es conocido, la extinción por muerte del empresario persona física es en el ordenamiento español una causa extintiva autónoma distinta al despido colectivo y que no se tramita a través del expediente de regulación de empleo (artículo 49.1g ET). La **STJCE de 10 de diciembre de 2009**, I.L. J 1680, no considera que ello resulte contrario a la normativa comunitaria sobre despidos colectivos (Directiva 98/59/CE, de 20 de julio). Sucede así porque, si bien es verdad que la muerte del empresario da lugar a una extinción “por circunstancias no inherentes a la persona del trabajador”, lo que parecería demandar la aplicación de la referida Directiva comunitaria, no lo es menos que ésta está partiendo de la presencia de un empresario “existente” que emprende voluntariamente una acción de extinción contractual, situaciones que no existen por definición en los casos de muerte del empresario persona física.

Dice la sentencia que todos los términos que figuran en las disposiciones de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, concretamente expresiones como “tener la intención de efectuar despidos”, “consultar”, “proporcionar toda la información”, “comunicar por escrito los datos”, “notificar por escrito cualquier proyecto de despido” o “transmitir una copia”,

ponen de relieve la necesidad de que “exista un empresario y de que actúe en determinado sentido”, algo que no puede suceder cuando lo que ha acontecido es precisamente su muerte.

Por esta razón es compatible con el derecho comunitario que la legislación interna española regule la extinción por muerte del empresario como una situación distinta al despido colectivo, que no someta la misma a necesidad de expediente de regulación de empleo y, además, que establezca para ella un régimen indemnizatorio diferenciado. Se manifiesta en el mismo sentido el Tribunal comunitario en su **sentencia de 10 de diciembre de 2009**, I.L. J 1792.

En relación al modo de transposición al derecho interno de los mandatos contenidos en las normas comunitarias, y específicamente en las directivas, dice la **STJCE de 11 de febrero de 2010**, I.L. J 2075, que la referida operación puede hacerse a través de convenios colectivos, siempre a condición de que el Estado garantice que la transposición así efectuada aprovechará por igual a todos los trabajadores, sin que queden fuera los que pudieran estar al margen del ámbito de aplicación del convenio. Dice en efecto la referida sentencia que la Directiva 2002/14 “debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el Derecho interno se adapte a ella mediante un convenio colectivo, cuyo efecto sea que una categoría de trabajadores quede incluida en el ámbito de aplicación de ese convenio, aun cuando los trabajadores pertenecientes a dicha categoría no estén afiliados a la organización sindical firmante de dicho convenio y su sector de actividad no esté representado por esa organización, siempre que el convenio colectivo garantice a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación la protección efectiva de los derechos que les concede dicha Directiva”.

La **STJCE de 19 de enero de 2010**, I.L. J 2244, considera, por su parte, contraria al principio comunitario de igualdad de trato en el empleo y la ocupación la normativa de un Estado miembro (Alemania) que no computa, a efectos de determinar el plazo de preaviso de despido, los períodos de trabajo desempeñados con edades inferiores a 25 años. Planteada en efecto la cuestión de si ello puede estar justificado para permitir a los empresarios una gestión más flexible del personal de corta edad, por resultar razonable exigir a éste una mayor movilidad personal y profesional que cuando se trata de trabajadores de mayor edad, contesta el Tribunal que ello no es justificación suficiente y que estamos ante una discriminación en el empleo por razón de edad contraria al Derecho originario y a la Directiva comunitaria 2000/78.

Por el contrario, la **STJCE de 12 de enero de 2010**, I.L. J 2246, considera que el establecimiento de un límite máximo de edad (30 años) para la contratación en el servicio de bomberos no constituye una diferenciación discriminatoria contraria al Derecho comunitario (en particular la Directiva 2000/78). Ello es así porque el tipo de actividad desempeñada –de riesgo y gran exigencia física– demanda un estado de forma y capacidad física del que no disponen las personas a partir de los 50 años, de modo que según la sentencia es razonable –y proporcional– impedir la contratación en el servicio de bomberos de personas de más de 30 años.

I. Fuentes del Derecho

Dice en efecto la sentencia que “el servicio técnico medio de bomberos exige, para determinadas intervenciones, una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tienen los funcionarios más jóvenes”, “habida cuenta que el proceso de envejecimiento, médicamente demostrado, hace que los funcionarios que hayan sobrepasado los 45-50 años dejan de poseer dicha capacidad física elevada”, de modo que “las referidas intervenciones han de llevarse a cabo por los funcionarios más jóvenes”. Es evidente que “la edad máxima de contratación impuesta tiene el objetivo de garantizar que los funcionarios del servicio técnico medio de bomberos puedan cumplir las misiones que exigen una capacidad física particularmente elevada durante un período de tiempo relativamente largo de su carrera”. Por tanto, concluye la sentencia, “cabe considerar, por una parte, que una normativa nacional como la controvertida en el caso de autos, que fija en 30 años la edad máxima para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos, es adecuada para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales y, por otra, que no excede de lo necesario para alcanzar tal objetivo”.

También constituye una discriminación en el empleo contraria a la normativa comunitaria excluir a los dentistas mayores de 68 años de la posibilidad de prestar servicios profesionales en el marco de los concertos del régimen del seguro de enfermedad alemán, salvo que ello venga justificado por circunstancias o motivos de “reparto de empleo”. Así lo manifiesta la **STJCE de 12 de enero de 2010**, I.L. J 2247, según la cual la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que “se opone a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal por la que se establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, en el caso de autos, 68 años, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados”. Sin embargo, aclara la sentencia que la Directiva no se opone a la referida medida “cuando tiene la finalidad de repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado, si, en la situación del mercado laboral de que se trata, la referida medida es adecuada y necesaria para lograr dicho objetivo”.

2. INAPLICACIÓN DIRECTA DE LEYES INTERNAS POR PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

La ya aludida **STJCE de 19 de enero de 2010**, I.L. J 2244, es también importante por poner de manifiesto que los jueces nacionales, aun cuando tengan en su ordenamiento interno prohibido inaplicar leyes contrarias a sus Constituciones, debiendo acudir al Tribunal Constitucional, pueden, sin embargo, inaplicar directamente las leyes internas contrarias al Derecho comunitario sin necesidad de plantear la cuestión ante el TJCE, pues la cuestión prejudicial es sólo algo posible o facultativo, no una obligación de cumplimiento inexcusable.

Dice en efecto la sentencia que corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando, si es preciso, sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho princi-

pio (sentencia Mangold [TJCE 2005, 341]), y que, consecuentemente, ello implica que el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con éste y cuya interpretación conforme al mismo resulte imposible, “debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia”, sin que así lo impida el hecho de que, con arreglo al Derecho interno, el órgano jurisdiccional remitente no puede abstenerse de aplicar una disposición vigente de la legislación nacional sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por su Tribunal Constitucional interno. La facultad conferida al juez nacional por el artículo 267 TFUE de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión (“cuestión prejudicial”) no puede transformarse –dice el TJCE– en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En virtud del principio de “primacía del Derecho de la Unión” una norma nacional contraria que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del mismo debe dejarse sin aplicación.

3. SOMETIMIENTO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

A propósito de la incidencia del principio de igualdad sobre los convenios colectivos, en un caso de doble escala salarial –diferente retribución de los trabajadores en función de la distinta fecha de ingreso en la empresa– resuelve la **STS de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 1731, siguiendo una línea jurisprudencial procedente de la doctrina del Tribunal Constitucional ya completamente consolidada, que el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa no sirve por sí mismo para justificar el establecimiento de niveles salariales diferenciados.

Dice concretamente la sentencia que “el tiempo de ingreso en la empresa no es por sí solo un elemento objetivo, razonable y proporcionado de diferenciación de la retribución del trabajo en convenio colectivo, aunque sí puede serlo cuando viene acompañado de otros factores concomitantes con virtualidad justificativa”, y que en el caso enjuiciado no se ha acreditado la existencia de estos factores justificativos, “pues no lo son, desde luego, los argumentos generales sobre la autonomía colectiva y la licitud en abstracto del complemento de antigüedad”. El pasaje convencional que establece la diferente retribución no es por tanto conforme a derecho, pues “en el presente caso la diferencia de trato no aparece justificada más que en la distinta fecha de ingreso de unos y otros trabajadores en la empresa, sin que se haya acreditado que concurra ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente tanto cuantitativa como cualitativa, equilibradas y compensadas, que pudiera justificar la diferencia entre empleados antiguos y modernos”. No cabe invocar en contra el principio de “autonomía de las partes”, principalmente porque, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, la negociación colectiva, por el resultado normativo

I. Fuentes del Derecho

que produce, no está vinculada sólo por un principio de “no discriminación”, sino por el principio de “igualdad” en su sentido más fuerte.

Por el contrario, sí admite la **STS de 2 de diciembre de 2009**, I.L. J 2051, la posibilidad de que el convenio colectivo suprima el complemento de antigüedad para los trabajadores ingresados en la empresa a partir de determinada fecha y sin embargo lo mantenga para el resto de la plantilla, pues se entiende que ello no constituye una “doble escala salarial” ni una actuación contraria al principio de igualdad por responder a una circunstancia objetiva y justificada. Dice la sentencia que según ha declarado reiteradamente esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en una línea jurisprudencial de la que son exponentes, entre otras, las SSTs de 1 de abril de 2003, de 15 de junio de 2008 y de 7 de julio de 2009, las cláusulas de los convenios colectivos que suprimen a partir de una determinada fecha el complemento de antigüedad, manteniendo no obstante la percepción de los complementos ya devengados en cuantía invariable o “congelada”, son válidas en principio. La supresión *pro futuro* de tal complemento se puede justificar por el principio de autonomía colectiva. Y la conservación de un plus o complemento que, para los trabajadores más veteranos, sustituya al complemento de antigüedad ya devengado por los mismos, tiene objetiva y razonable justificación, bien en su caso en el principio de autonomía contractual que impone el respeto a derechos adquiridos contractualmente, bien, para el supuesto de que el origen del complemento de antigüedad no hubiera sido el contrato de trabajo sino el convenio colectivo, en atención al hecho de la permanencia prolongada del trabajador al servicio del mismo empresario y a la consiguiente razonable expectativa de conservar, en cuantía invariable, condiciones de retribución ya disfrutadas. En suma –dice la sentencia–, nos encontramos aquí ante el factor objetivo de la “duración” del trabajo que nuestra jurisprudencia ha incluido expresamente entre los que, en determinadas circunstancias, pueden justificar diferencias de trato en materia retributiva (STS 12 de noviembre de 2002 y STS 20 de febrero de 2007).

La sentencia dice expresamente que “no es de aplicación a disposiciones convencionales sobre el complemento de antigüedad como la enjuiciada en el caso la doctrina jurisprudencial restrictiva de las cláusulas de ‘doble escala salarial’ basada exclusivamente en la fecha de ingreso del trabajador en la empresa” (STS 3 de octubre de 2000; STS 6 de noviembre de 2007; STS 20 de febrero de 2008; STS 25 de julio de 2008). “En realidad, a diferencia de lo que ocurre en estas sentencias sobre doble escala salarial, en el complemento de antigüedad no estamos ante una verdadera ‘doble escala’ o valoración distinta del complemento de antigüedad para dos grupos de trabajadores en función de la fecha de su ingreso en la empresa, sino ante la supresión de dicho complemento de antigüedad, respetando, para los trabajadores que ya lo venían percibiendo, la obtención de un plus sustitutivo del mismo en la cuantía ‘congelada’ que aquellos ya habían alcanzado”.

La **SAN de 6 de noviembre de 2009**, I.L. J 1890, pone de manifiesto, por su parte, que no constituye vulneración del principio de igualdad y no discriminación que un convenio colectivo haga posible que determinado complemento retributivo ligado a la productividad –complemento “plan de objetivos”– no se abone por el tiempo en que el trabajador ha estado en situación de incapacidad temporal, no sólo porque va de suyo que la falta de trabajo efectivo durante la incapacidad temporal es causa justificativa suficiente a tales efectos sino porque la enfermedad –a diferencia de la discapacidad– no constituye causa

de discriminación, al no referirse a un rasgo identitario de un grupo social tradicionalmente perseguido o vejado, sino a una circunstancia común o genérica por la que atraviesan todas las personas en su vida.

4. UNIDAD DEL ORDENAMIENTO Y PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

El principio de unidad del ordenamiento y el sometimiento a los mandatos constitucionales impide, por otra parte, que, en supuestos de contratación laboral al servicio de las Administraciones públicas, pueda quedar determinada en virtud de la exclusiva aplicación de las previsiones de la legislación laboral la adquisición de la condición de fijo en la Administración. Con independencia de los compromisos que por convenio colectivo pueda haber asumido la Administración, y por mucho que la legislación laboral disponga con total claridad que las irregularidades en la contratación temporal convierten a los contratos de trabajo en indefinidos, la **STS de 14 de diciembre de 2009**, I.L. J 2064, nos recuerda que ello no puede llevar a que un trabajador adquiera por tales cauces la condición de fijo en la Administración Pública. Por dos razones. Primero porque una visión integradora de nuestro derecho —así lo impone el principio de unidad del ordenamiento jurídico— obliga a conciliar los mandatos de las leyes laborales con las leyes administrativas que regulan al acceso al empleo indefinido en la Administración. Segundo, porque la misma Constitución dice claramente que el acceso al empleo público indefinido sólo puede tener lugar conforme a las consabidas exigencias de publicidad, igualdad, mérito y capacidad (artículos 9.3, 23 y 103.3 CE). Es correcta por ello la doctrina del “contrato indefinido no fijo” para tales casos, doctrina por cierto que ha adquirido carta de naturaleza en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 8.2). Argumentan igualmente las **STSJ de Madrid de 27 y 30 de octubre de 2009**, I.L. J 2234 y 2224.

Dando aplicación al principio de jerarquía normativa, declara por su parte la **STS de 28 de octubre de 2009**, I.L. J 1868, la nulidad y consiguiente inaplicación del artículo 7.1.a) del RD 625/1985 (protección por desempleo) en redacción dada al mismo por el RD 200/2006. La razón de este pronunciamiento es que en el referido pasaje reglamentario, en el que se define qué debe entenderse por “carencia de rentas” a efectos del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, se establece la necesidad de que las rentas del interesado se computen en términos brutos, lo que entraría en contradicción con lo establecido en el artículo 215.3.2 LGSS, en el que sólo se considerarían rentas computables aquellas de las que pudiera disponer efectivamente el desempleado, es decir, las rentas netas o efectivamente disponibles del interesado.

Rectificando su anterior doctrina, dice la sentencia que a la luz de lo dispuesto en el artículo 215.3.2 LGSS conviene interpretar que los ingresos que deben computarse para saber si el solicitante del subsidio de desempleo tiene carencia de rentas, no son los brutos sino los netos, y que en el marco de esta nueva interpretación no queda más remedio que considerar ilegal el artículo 7.1.a del RD 625/1985, pues no cabe una interpretación que pueda hacerlo compatible con la LGSS “a la vista de la rotundidad con que se expresa el artículo 7.1.a) del RD 625/1985, en la redacción dada por el RD 200/2006, porque su prescripción inicial de que “las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o

I. Fuentes del Derecho

bruto” se presenta diametralmente opuesta a la referencia legal a los rendimientos “de que disponga o pueda disponer el desempleado”. De esta forma, continúa la sentencia, “la discordancia entre la Ley y su Reglamento es de tal contundencia que pone de manifiesto que la disposición de desarrollo se ha producido con exceso de poder [“ultra vires”], inviabilizando ese patente desencuentro cualquier interpretación del texto reglamentario que resultase conciliadora con la norma a desarrollar [tal interpretación sería, a la postre, indebidamente voluntarista], de manera que hemos de concluir afirmando la nulidad y consiguiente inaplicación del texto reglamentario”.

5. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD NORMATIVA

A propósito del régimen de jornada de trabajo del personal sanitario, o más precisamente de la cuantía de abono de las horas extras, dice la **STS de 3 de noviembre de 2009**, I.L. J 1726, que a un médico contratado en régimen laboral al servicio del Sistema Nacional de Salud no le son de aplicación las reglas del Estatuto de los Trabajadores (el artículo 35.1) sino las del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud aprobado por la Ley 55/2003.

Sucede así porque el Convenio colectivo de aplicación remite 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. Consecuentemente, la cuestión controvertida 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 ET.

A tal efecto, dice la sentencia que los artículos 2.3 y 48 del citado Estatuto Marco establecen lo siguiente: artículo 2.3: “Lo previsto en esta Ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma”. Artículo 48: “1. Cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro. La realización de la jornada complementaria sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo, así como para el personal de aquellas otras categorías o unidades que se determinen previa negociación en las mesas correspondientes. 2. La duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en

cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo. No serán tomados en consideración para la indicada duración máxima los períodos de localización, salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento. 3. La jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. En consecuencia, no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias establecen o puedan establecer otras normas, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que resulten de aplicación”.

De los preceptos transcritos se desprende según la sentencia que el Estatuto Marco es de aplicación “al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud”, que el referido personal viene obligado a realizar la jornada complementaria (guardias) establecida en la programación funcional de cada centro, 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”. De esas disposiciones se deriva que el régimen jurídico aplicable a los médicos con contrato de trabajo no es el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, sino el establecido en el Estatuto Marco que fue aprobado por una ley que especialmente contempla el supuesto examinado, lo que hace aplicable el principio *lex specialis derogat lex generalis*.

6. MANDATOS NORMATIVOS NECESITADOS DE DESARROLLO

De acuerdo con lo anteriormente resuelto por la STS de 22 de junio de 2009 a propósito de la jubilación parcial del personal estatutario del servicio público de salud, la **STS de 3 de noviembre de 2009**, I.L. J 1722, nos recuerda que las leyes —el artículo 166.2 LGSS, principalmente— requieren en ocasiones de desarrollo reglamentario para que puedan ejercitarse los derechos que reconocen. Concretamente, resuelve esta sentencia que el referido personal estatutario carece derecho a jubilación parcial mientras no se apruebe el reglamento que perfile tal situación de Seguridad Social para estos trabajadores, no juzgándose suficiente al efecto la regulación que ofrece la LGSS (artículo 166.2), la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [arts. 17.1.i) y 26.4] o la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (disposición adicional 6). Reproduce estos mismos argumentos la **STS de 9 de diciembre de 2009**, I.L. J 2132.

La **STS de 15 de diciembre de 2009**, I.L. J 2071, en el mismo sentido que la anterior de 21 de septiembre de 2009, no admite en cambio que el mandato normativo contenido en un convenio colectivo —en el “contenido normativo” del convenio— pueda quedar a merced del cumplimiento por una de las partes negociadoras de un compromiso “obligacional” asumido en virtud del mismo convenio. En un caso en efecto en que en la parte normativa del convenio se había reconocido a los trabajadores el derecho a determinado

I. Fuentes del Derecho

complemento retributivo, pero de modo que se hacía preciso que previamente la empresa baremara los criterios de valoración de los requisitos del citado plus retributivo, a lo que ésta se había comprometido en virtud del contenido obligacional del convenio, de modo que no había disfrute del complemento sin previa baremación por la empresa, dice la sentencia que el derecho reconocido por la norma a los trabajadores no puede depender del cumplimiento de la cláusula obligacional, teniendo los mismos derecho al complemento desde el momento inicial.

Según la sentencia, estamos efectivamente en un caso en que el convenio “contiene un mandato de naturaleza normativa destinado a los trabajadores (derecho al complemento) y otro de naturaleza obligacional que vincula a la empresa (baremar los criterios de valoración de los requisitos del plus)”, de modo que “este segundo mandato –el obligacional– actuaría como presupuesto del devengo de aquel derecho y vendría a resultar una especie de término suspensivo o inicial de aquel derecho de los trabajadores, hasta el punto de que el no transcurso del tiempo pactado –se había pactado en efecto un plazo de 1 año para efectuar la baremación– obstaría la exigencia del derecho, conforme a la prevención contenida en el artículo 1125 CC”. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de esta manera, máxime cuando el abono del referido complemento sólo queda condicionado en los términos que se ha dicho cuando se trata de trabajadores temporales, no en relación a los indefinidos. Por todo ello, debe sostenerse según la sentencia que el complemento retributivo “ha de ser abonado también a los trabajadores temporales en las mismas condiciones en que se abona a los fijos, es decir sin necesidad de esperar al desarrollo de la previsión convencional”.

7. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN DE MEJORAS Y BENEFICIOS SOCIALES

Sobre la cuestión de la absorción y compensación de mejoras o beneficios como consecuencia de la evolución de los niveles de reconocimiento de derechos en las diversas instancias de determinación de los términos y condiciones de las relaciones de trabajo se pronuncia la **STS de 21 de octubre de 2009**, I.L. J 1714. Dice esta sentencia concretamente que, si bien es cierto que los conceptos retributivos establecidos en virtud de pactos individuales o por disposición unilateral de la empresa sólo pueden ser objeto de compensación y absorción por las mejoras retributivas ulteriormente establecidas por convenio colectivo cuando se cumpla el requisito de homogeneidad –es decir, cuando la elevación convencional del nivel salarial se corresponda “conceptualmente” con la razón de la retribución reconocida al trabajador individualmente–, esta regla no debe impedir la compensación cuando la ventaja retributiva que disfruta el trabajador haya sido expresamente reconocida por el empresario como absorbible en todo caso. En efecto, dice la sentencia que una vez que la mejora voluntaria se ha reconocido como “absorbible”, la misma queda en todo caso a merced de “compensación por cualquier variación legal o convencional”, sin que “represente obstáculo la búsqueda de la homogeneidad”, pues “la fórmula empleada en su reconocimiento deja abierta la aptitud compensatoria en términos de compatibilidad siempre que el origen sea legal o convencional”.

En sentido inverso, la **STS de 1 de diciembre de 2009**, I.L. J 2049, pone de manifiesto que, aún tratándose de ventajas homogéneas la compensación y absorción no procederá cuando el convenio colectivo haya manifestado expresamente la improcedencia de tal

efecto. Dice en efecto la sentencia que nos ocupa, dictada a propósito del complemento de “analogía retributiva” de los trabajadores de centros de enseñanza privada concertada, que, aunque concurra el presupuesto de homogeneidad retributiva que en principio consentiría aplicar el efecto de compensación y absorción del artículo 26.5 ET, ello no es posible al vedar la propia regulación convencional tal posibilidad y limitarla a una situación que no se da en el caso.

Con carácter general, se exige en todo caso, como decimos, homogeneidad entre las ventajas o beneficios salariales en comparación para que pueda llevarse a cabo la compensación y absorción. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2009**, I.L. J 1834, no admite, por ejemplo, que un plus reconocido individualmente a los trabajadores por desempeño de funciones de categoría superior —que implica el abono a los mismos de la diferencia entre lo que les correspondería percibir por su categoría y lo que les corresponde por la realización efectiva de tareas de categoría superior— pueda ser objeto de absorción y compensación como consecuencia de la posterior elevación de las retribuciones ordinarias correspondientes a la categoría que el trabajador ostenta en la empresa, por no haber homogeneidad en los conceptos. Según la sentencia, el plus reconocido a los trabajadores “deriva de la encomienda y realización de tareas de superior categoría a la que ostenta el trabajador”, razón por la que “no puede ser objeto de compensación y absorción por las mejoras salariales relativas a las retribuciones ordinarias, pues entre éstas, que pueden haber sido mejoradas por aplicación del convenio colectivo, y aquellas otras, que son devengadas por la realización de trabajos de superior categoría, no existe la necesaria homogeneidad, por no tener la misma función retributiva; en otras palabras, el complemento salarial abonado a la actora tiene como finalidad el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones recíprocas contractuales (mayor retribución por superior prestación laboral) y no la retribución de trabajo ordinario”.

8. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

No hay condición más beneficiosa cuando la ventaja o beneficio reconocido por el empresario aparece vinculada a una causa concreta. O mejor dicho, no es que no haya tal condición más beneficiosa sino que la causalidad del beneficio reconocido por la empresa a favor del trabajador hace que el empresario pueda disponer de la ventaja cuando desaparezcan las circunstancias a cuya existencia se vinculó la voluntad de conceder la mejora. Así lo pone de manifiesto la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2009**, I.L. J 1834, para la cual no constituye condición más beneficiosa el reconocimiento al trabajador de un plus por realización de trabajos de categoría superior, también porque el abono no es voluntario para la empresa sino debido por la exigencia legal contenida en el artículo 39 ET cuando regula los efectos de la realización de trabajos de categoría superior en situaciones de movilidad funcional.

Dice en efecto esta sentencia que las referidas percepciones retributivas “no pueden considerarse fruto del reconocimiento por parte de la empresa de una condición más beneficiosa a favor del trabajador, pues mientras que aquélla requiere que se reconozca al trabajador 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, en

I. Fuentes del Derecho

el presente caso, sin embargo, la superior retribución abonada a la demandante deriva de la encomienda y realización de tareas de superior categoría a la que ostenta aquella, abono que no depende de la concesión graciosa de la empresa, sino que viene impuesto legalmente por el artículo 39.3 ET”.

Sí considera en cambio condición más beneficiosa la **STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2009**, I.L. J 2103, la práctica empresarial, consolidada en el tiempo, consistente en la entrega a los trabajadores que alcanzan 45 años de prestación de servicios de un año de salario, un reloj de oro y un pergamino acreditativo del tiempo de servicios en la empresa. Resumiendo la doctrina sobre la condición más beneficiosa, la sentencia nos recuerda 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 por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio lo que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas. Por ello, la condición más beneficiosa tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior legal o pactada colectivamente, más favorable que modifique el “status” anterior en materia homogénea. Siendo esto así, parece evidente —concluye la sentencia— que el premio consistente en una gratificación económica, más un reloj de oro y un pergamino quedó incorporado al nexo contractual, sin que exista circunstancia alguna acreditada que la haya neutralizado, por lo que parece claro que el empleador no puede suprimir unilateralmente la referida ventaja.

9. ALCANCE Y EFECTOS DEL FINIQUITO

Reproduce la **STS de 10 de noviembre de 2009**, I.L. J 1810, la doctrina favorable a la admisión del finiquito y su efecto liberatorio y extintivo de la relación de trabajo. Tras recordarnos la doctrina general, dice la misma 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 incorporan”, lo que “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”. Antes al contrario, habrá de tenerse en cuenta lo siguiente:

1. De un lado, que el carácter transaccional de los finiquitos (artículo 1.809 CC en relación con arts. 63, 67 y 84 LPL) exige estar a los límites propios de la transacción, de modo que los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de aquella; y aun en ese marco, la ley ha establecido cautelas para evitar

que casos de lesión grave, fraude de ley o abuso de derecho prevé el artículo 84.1 LPL (STS de 28 de abril de 2.004).

2. De otro, que los vicios de voluntad, la ausencia de objeto cierto que sea materia del pacto, o la expresión en él de una causa falsa, caso de acreditarse, privarían al finiquito de valor extintivo o liberatorio (SSTS de 9 de marzo de 1990, 19 y 21 de junio de 1990, y 28 de febrero de 2000), al igual que ocurrirá en los casos en que el pacto sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros (STS de 28 de febrero de 2000) o contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los arts. 3.5 ET y 3 LGSS. Para evitar, en lo posible, que se produzcan tales situaciones, el trabajador cuenta con mecanismos de garantía en los arts. 49.1 y 64.1.6 ET.

3. Finalmente, es posible también que el documento no exteriorice de manera inequívoca una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes (STS de 13 de octubre de 1986), o que su objeto no esté suficientemente precisado, como exige el artículo 1815.1 CC. De ahí que las diversas formulas que se utilizan en tales documentos están sujetas a las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil que, entre otros cánones, obligan a estar al superior valor que el artículo 1281 atribuye a la intención de las partes sobre las palabras, y a la prevención del artículo 1289 de que no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar (SSTS de 30 de septiembre de 1992, 26 de abril de 1998 y 26 de noviembre de 2001).

Aplicando esta doctrina al presente caso la sentencia admite la validez del finiquito pues, para empezar, los términos literales del finiquito dan cuenta inequívoca de que la expresión literal de la voluntad era la de tener por extinguida la relación laboral hasta entonces vigente entre las partes. Además, ha quedado de manifiesto que el trabajador firmó voluntariamente el recibo, pues no se ha acreditado por prueba alguna “que hubiera mediado vicio en el consentimiento, ni causa de error esencial, ni maniobra fraudulenta, engaño o coacción, ni dolo, violencia o intimidación ...”. Se concluye así que el finiquito “contiene la expresión libre de la voluntad del trabajador de tener por concluida la relación de trabajo, y no hay constancia alguna, sino todo lo contrario, de que concurriera ninguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el antes citado artículo 1265 del Código Civil, por lo que hay que admitir que el discutido recibo de finiquito debe producir el efecto liberatorio que en su texto se contiene”.

Por supuesto, si tras la fecha de fin de contrato que consta en el finiquito el trabajador continua prestando servicios no se producirá el efecto liberatorio y de extinción del contrato o mejor dicho, deberá entenderse que ha nacido tácitamente un nuevo contrato de trabajo, que, por supuesto, no podrá extinguirse invocando el finiquito inicialmente suscrito. Así lo pone de relieve la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1748.

OSCAR 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) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Deportistas profesionales. 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. 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.

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

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

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 el concepto de trabajador que el Tribunal configura.

STJUE de 4 de febrero de 2010 (cuestión prejudicial núm. C-14/09) I.L. J 2741. 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 abandonara el país. La resolución desestimatoria fue fundada en que debido al reducido número de horas realizadas por la trabajadora, que incluso impedía su co-

II. Trabajador

recta 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 accesorio.

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

II. Trabajador

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, etcétera. 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 su reconocimiento. 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.

C) Actividad dependiente

Dentro de este apartado, merece especial atención la primera de las sentencias que se comentan, porque aunque quizá no sea una cuestión propia de esta sección, es interesante la interpretación que hace el TSJ en cuanto a la exoneración a la empresa del pago de salarios de tramitación a favor del trabajador a pesar de haber consignado una indemnización muy inferior a la que posteriormente establecen el Juzgado, primero, y la propia Sala, después. El argumento que sigue la Sala es que la diferencia existente entre la indemnización consignada y la que realmente corresponde percibir al trabajador, se debe a la manifiesta dificultad jurídica de concreción del salario regulador del despido como consecuencia de las razonables controversias relativas a la existencia, precisamente, de una única relación laboral o de una relación doble (laboral y civil).

STSJ de La Rioja, de 16 de octubre de 2009 (recurso de suplicación 270/2009), I.L. J 1682
1. El caso contemplado analiza un supuesto de extinción de un contrato de trabajo de una persona que había suscrito un contrato de trabajo como aparejador, en el que se había pactado una doble remuneración: (I) de un lado, una retribución fija anual por la prestación de trabajo en base al contrato de trabajo y, (II) de otro lado, una remuneración por su supuesta actividad profesional como director de obras.

Como notas características de la relación jurídica existente entre las partes, hay que destacar que el trabajador únicamente prestaba sus servicios para esa empresa, y que esa pres-

tación de servicios se realizaba en horario fijado por la empresa, siendo coincidente con el resto de sus trabajadores, y seguía en todo momento las directrices que le marcaba la dirección ostentada por el arquitecto propietario de la empresa.

El trabajador estuvo desempeñando esta actividad durante cuatro años y medio, período en el que simultaneó tanto la realización de funciones inherentes a su categoría profesional de aparejador, como funciones propias de dirección de determinadas obras, percibiendo, en consecuencia, una cantidad fija por las primeras y una cantidad variable en función de las direcciones de obra.

Finalmente, la empresa procedió a comunicar al trabajador su despido mediante carta en la que se alegaban causas disciplinarias, si bien en la misma comunicación la empresa, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.2 LET, reconoció la improcedencia de la medida extintiva y consignó la indemnización a favor del trabajador en los Juzgados de lo Social correspondientes.

Ante esa extinción el trabajador presentó demanda por despido ante el Juzgado de lo Social en la que, sin cuestionar la calificación del despido, discutía el salario que había servido de base de cálculo para fijar el importe de la indemnización, por cuanto que entendía que la empresa no había considerado la totalidad de su salario, ya que la retribución variable derivada de las funciones ejercitadas como director de obras se había calculado en base a una cantidad fija mensual y no tomando en consideración las que corresponderían a un profesional liberal, que era como se había establecido en el clausulado del contrato de trabajo; es decir, si bien el trabajador no discutía que su relación con la empresa había sido una única relación laboral y no una relación doble –laboral y civil–, tal y como defendía la empresa, sin embargo sí discutía la determinación de la masa salarial sobre la que debía calcularse la indemnización.

En definitiva, la pretensión del trabajador era que se mediante el mantenimiento de la calificación jurídica de improcedencia del despido, se reconociera su derecho a percibir una mayor cuantía indemnizatoria y, además, a que no se paralizaran los salarios de tramitación por la insuficiencia de la cuantía indemnizatoria consignada.

2. El Juzgado de lo Social, previa determinación de la existencia de una única relación laboral ordinaria entre las partes, estimó parcialmente la demanda del trabajador y condenó a la empresa a abonarle una cantidad adicional en concepto de indemnización, denegando, sin embargo, su derecho a percibir los salarios de tramitación devengados desde la comunicación del despido.

El TSJ mantiene los principales argumentos de la sentencia recurrida en cuanto a la inexistencia de una doble relación jurídica –laboral y civil– y denegación de los salarios de tramitación, si bien estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa al reducir sensiblemente la cantidad indemnizatoria a la que había sido condenada adicionalmente.

Considera el TSJ, con base en los hechos probados de la sentencia, que el trabajador vino prestando sus servicios de manera indiferenciada en relación con los diversos aspectos en que se desenvolvía la actividad mercantil de la empresa, que se trataba de una actividad

II. Trabajador

global y no compartimentada, con completa sumisión al horario, en jornada completa y estando integrado en el ámbito de organización y dirección de la empresa y subordinado a ésta, lo que no hace sino poner de relieve que se concertó y constituyó una sola relación, destacando dos circunstancias determinantes para tal conclusión: (I) que no tenía autonomía alguna en el desempeño de los trabajos que se le encomendaban como director de obra, y (II) que no tenía la facultad de rechazar las direcciones de obra que le eran ofrecidas. Adicionalmente, el TSJ resta importancia al hecho de que el trabajador tuviera que emitir facturas para formalizar la retribución que percibía por las direcciones de obra o por el hecho de que estuviera o no dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social, entendiéndose que no son circunstancias determinantes para establecer la existencia de un arrendamiento de servicios.

De esta manera, concluye el TSJ que la relación jurídica que vinculó al trabajador con la empresa es una única relación laboral en la que por concurrir, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de su ejecución, determina que se trata de un verdadero contrato de trabajo, y no de una relación jurídica de arrendamiento de servicios.

Finalmente, y en cuanto a la petición subsidiaria del trabajador respecto de su derecho a percibir salarios de tramitación y, en consecuencia, la no paralización de éstos como consecuencia del reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido y consignación judicial de la indemnización, el TSJ, aplicando la jurisprudencia interpretativa del artículo 56.2 LET (por todas, STS de 7 de febrero de 2006, recurso 3850/2004), entiende que, si bien es cierto y así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que en el caso de existir una insuficiencia en la cantidad consignada no se produce la exoneración del pago de los salarios de tramitación, no es menos cierto que si esa insuficiencia obedece a un error excusable sí que se produzca la exoneración. La concurrencia o no de ese error excusable puede ser apreciada cuando la diferencia entre la cuantía consignada y la que se debió haber consignado sea escasa, o bien, como sucede en el presente caso, por la dificultad jurídica de concretar la indemnización por una controversia razonable sobre el importe del salario o, como indica la STS de 19 de octubre de 2007 (recurso 4128/2006), por responder la insuficiencia a una controversia traída a los Tribunales por vez primera con posterioridad a los actos de ofrecimiento y consignación de la indemnización.

3. La sentencia del TSJ que se comenta establece, en primer lugar, que el trabajador estaba plenamente integrado en la empresa, con sumisión a horario, jornada, poder de organización y dirección de la empresa y subordinado a ésta; destacando, además, el hecho de que el trabajador no tenía autonomía alguna en el desempeño de los trabajos que se le encomendaban como director de obra, así como que no tenía la facultad de rechazar las direcciones de obra que le eran ofrecidas, de manera que la relación jurídica que vinculó al trabajador con la empresa es una única relación laboral y no una relación jurídica de arrendamiento de servicios, ni tampoco una relación jurídica doble –laboral y civil–.

De forma secundaria, pero contestando también a otro de los motivos del recurso de suplicación del trabajador, el TSJ considera que el trabajador no tiene derecho a percibir cantidad alguna por el concepto de salarios de tramitación pese a que la empresa consignó a su favor una cantidad indemnizatoria considerablemente inferior a la que se reconoce primero por el Juzgado de lo Social y después, aunque reduciéndola, por el TSJ. Entiende

el TSJ que, a pesar de la diferencia, se trata de un error excusable que se aprecia a favor de la empresa por la dificultad jurídica a la hora de concretar la indemnización por existir una controversia razonable sobre el importe del salario.

Coincidimos con ambas conclusiones, pues a la vista de los hechos probados del supuesto analizado (prestación de servicios por parte del trabajador en horario fijado por la empresa y coincidente con el resto de sus trabajadores, siguiendo en todo momento las directrices que le marcaba la dirección ostentada por el arquitecto propietario de las participaciones de la sociedad, y sobre todo su falta de autonomía en el desempeño de los trabajos que se le encomendaban como director de obra y la imposibilidad de rechazar las direcciones de obra que le eran ofrecidas), no cabe duda que el trabajador se encontraba sometido al círculo organizativo del empresario y se daban todas y cada una de las características establecidas en el artículo 1.1 LET, que configura la relación de trabajo.

Por lo que respecta a la desestimación de la solicitud de percibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido, también coincidimos con el criterio del TSJ en cuanto a su apreciación de que en el presente caso concurre el error excusable en la consignación de la cantidad indemnizatoria por parte de la empresa, y ello a pesar de la considerable diferencia existente entre la cantidad consignada y la reconocida judicialmente, pues tal diferencia era debida a la manifiesta dificultad jurídica de concreción del salario regulador del despido como consecuencia de las razonables controversias relativas a la existencia de una doble o única relación jurídica entre las partes y, sobre todo, a la cuantificación de ese salario, de manera que la menor consignación no invalida el efecto de interrumpir los salarios de tramitación que establece el artículo 56.2 LET.

STS de 7 de diciembre de 2009, (recurso de casación para la unificación de doctrina: 944/2009) I.L. J 2055. 1. En 1999 y hasta 2004 la demandante realizó actividad de Asesoría Jurídica para la mujer, alrededor de 4 horas cada uno de esos días. De 2005 a fines de 2006 jornada completa. Resoluciones de Alcaldía lo establecen. Para el período 1 de enero de 2006 a 31 de diciembre de 2006 se establece un pago a la demandante 25.900 euros. El 4 de febrero de 2005 la Mesa de contratación para el servicio de Asesoría Jurídica para la Mujer y Dirección Provisional del Centro de Información de la Mujer examina tres ofertas (una es la de la actora quien ofrece la cantidad menor, 25.900 euros). Se indica que la oferta es del Despacho Martínez-Mira, en cuyo nombre y representación interviene la demandante. El 2 de marzo se firma la contratación entre el Sr. Alcalde y tal despacho. Las facturas del año 2006 por importe constante de 1.879,24 euros netos al mes tienen igual formato si bien en las tres primeras aparece arriba el anagrama y símbolo Martínez-Mira-Gabinete Xurídico, sobre línea gruesa oscura, y en las restantes sólo consta en la parte inferior. Los ingresos bancarios son destinados al mismo número de cuenta. La última corresponde a julio de 2007. La demandante aporta facturas con sello pero sin número de entrada y las 2 de febrero no contienen la parte superior que aparece en las del Concello. La demandante realiza su actividad en dependencias del Concello y horario habitual del mismo. Está dada de alta como ejerciente en el Colegio de Abogados; cotiza en el Régimen de autónomos. No está en turno de oficio. No ha pedido incompatibilidad o compatibilidad al Concello. Sus tareas consisten en informar jurídicamente a mujeres y también cometidos como

II. Trabajador

Directora provisional de Casa de Acogida a cuyo cargo habitual existe una gobernanta. En los presupuestos municipales para 2008 con participación del Comité de Empresa se ha previsto una plaza de directora del Centro de Información de las Mujeres. No hay contrato administrativo formalizado durante 2007; la demandante sigue realizando sus actividades y existen facturas y aprobadas de tal año. Las Consellerías con competencia sobre la Mujer y Casa de Acogida no dieron órdenes escritas o verbales a la demandante, pero como responsables municipales de tales Servicios, conocieron siempre su funcionamiento. La demandante también ha realizado alguna actividad de Asesoría de la Mujer para el Concello de Cedeira. La retribución básica y trienio del Grupo A1 son 1.135,11 como sueldo y 43,63 el trienio; los niveles de complemento de destino son treinta. El núm. 26 supone 718,37 y el específico supondría 482,71 en puesto similar. Desde el año 2006 hasta febrero de 2008, la actora percibía sus honorarios mediante la emisión de facturas (en ocasiones acumuladas) por importe mensual todas ellas de 2.158,33 (1.879,24 euros netos al mes), a las que solía acompañar escrito sobre las labores realizadas. La demandante llevaba a cabo su actividad en dependencias pertenecientes al Ayuntamiento demandado durante su horario habitual, siendo sus tareas informar jurídicamente a mujeres como responsable del Centro de Información a las Mujeres, y elaboración de memorias e informes jurídicos, así como las labores propias de Directora provisional de la Casa de Acogida (entre ellas, asistencia a coloquios y conferencias), confección de documentos referidos a la actividad desarrollada y fichas estadísticas de la atención dada a usuarias. No existían órdenes verbales ni escritas para delimitar o establecer la forma en la que la demandante había de llevar a cabo su función de asesoramiento, reuniéndose mensualmente con la jefa de negociado o con la concejala de la mujer del Ayuntamiento de Ferrol, o con ambas, para tratar de coordinar su actividad y la del centro de acogida, pero su actividad la desarrollaba con independencia y autonomía.

La Junta de Gobierno Local el 26 de noviembre de 2007 aprueba facturas realizadas desde junio a septiembre de 2007, se hace constar que “es necesario no interrumpir el Servicio de Asesoría Jurídica del Centro de Información a las Mujeres”.

La demandante planteó demanda ante la jurisdicción social en la que postulaba el reconocimiento de la existencia de una relación laboral de carácter indefinida con el Concello de Ferrol, lo que motivó que el Juzgado de lo Social número 2 de los de Ferrol incoase el oportuno procedimiento, en el que en Sentencia de 4 de febrero de 2008 se desestimó la demanda, después de razonar que la naturaleza del vínculo que unía a la actora con el Concello carecía de las notas características de la relación de trabajo a que se refiere el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

2. El 10 de febrero de 2009, la Sala de lo Social del TSJ de Justicia de Galicia dictó sentencia en la que se declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer y decidir sobre la demanda planteada por la recurrente. Estima que esa actividad en modo alguno cabía encajarla en las características de la relación de trabajo descrita en el artículo 1 LET, con las notas de ajenidad, subordinación y dependencia, pues, se dice literalmente en ella “aunque la actora realizaba su actividad en dependencias del Ayuntamiento demandado durante su horario habitual, no existían órdenes verbales o escritas sobre la prestación de sus servicios de asesoramiento y dirección por lo que quiebra la nota de dependencia, ya que los servicios no se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra per-

sona, sino que se llevan a cabo con autonomía e independencia del criterio de la empresa, ya que ésta no dictaba órdenes o instrucciones sobre la forma de ejecutarlo, limitándose a aportar los medios materiales y las instalaciones”.

Además, se añade en la sentencia recurrida “la demandante percibía sus emolumentos mediante facturación mensual fija, incluso durante el mes de agosto, es decir, que la retribución que en el caso de autos se abonaba a la actora por sus servicios consistía en una ‘igualada’. Y esta forma retributiva excluye en esta ocasión la relación laboral, puesto que la actora era retribuida en concepto de ‘renta-canon o igualada’, no percibiendo por tanto ninguna clase de pagas extraordinarias”. Por otra parte, se afirma, que “los datos y elementos que constan en los autos ponen a la vista una evidente falta de subordinación y dependencia de la actora frente al Ayuntamiento demandado; no consta, en efecto, que el Ayuntamiento de Ferrol diese órdenes o instrucciones a la actora sobre el modo de efectuar sus servicios jurídicos, ni que realizase sobre éstos ningún control, ni vigilancia, más allá de reuniones mensuales con la jefa de negociado o con la concejala de la mujer del Ayuntamiento de Ferrol, o con ambas, para tratar aspectos relacionados con su actividad y la del centro de acogida”.

Se desestima el RCUd porque en la sentencia de contraste se constató la existencia nítida de las notas de ajenidad, subordinación y dependencia a través no sólo de la utilización ininterrumpida de los medios materiales aportados por la Consellería sino de la existencia de turnos de guardia y vacaciones establecidos por la Administración y a la que estaban sometidos en cuanto a la supervisión y desarrollo de los trabajos a realizar, lo que acredita la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, por referirse a supuestos distintos.

3. Las consideraciones y valoraciones que tiene en cuenta el TSJ de Galicia pueden resultar un tanto formalistas en la exigencia de una rigurosa dependencia, pues el cargo de la demandante era manifiestamente técnico-jurídico y era ella la que sabía cómo se debía ejecutar. Sin embargo, tenía reuniones periódicas en las que mensualmente con la jefa de negociado o con la concejala de la mujer del Ayuntamiento de Ferrol, o con ambas, se trataba de coordinar su actividad y la del centro de acogida. Se ve, por tanto, que la independencia y autonomía eran meramente técnicas, pues había dependencia a criterios generales de sus superiores, dado que su tarea consistía en informar jurídicamente a mujeres como responsable del Centro de Información a las Mujeres, y elaboración de memorias e informes jurídicos, así como las labores propias de Directora provisional de la Casa de Acogida (entre ellas, asistencia a coloquios y conferencias), confección de documentos referidos a la actividad desarrollada y fichas estadísticas de la atención dada a usuarias. Aunque las Consellerías con competencia sobre la Mujer y Casa de Acogida no dieron órdenes escritas o verbales a la demandante, ésta seguía las directrices de sus superiores, solía acompañar escrito sobre las labores realizadas y llevaba a cabo su actividad en dependencias pertenecientes al Ayuntamiento demandado durante su horario habitual.

A ello se añade que la demandante prestaba su actividad en dependencias del Concello y horario habitual del mismo, se había dado de alta como ejerciente en el Colegio de Abogados, con lo que viabilizaba el cumplimiento de su cometido, y sus tareas consistían

II. Trabajador

en informar jurídicamente a mujeres y también cometidos como Directora provisional de Casa de Acogida a cuyo cargo habitual existe una gobernanta.

Es poco relevante el modo de retribuir sus servicios, visto que no consta la existencia de un contrato administrativo, pues lo relevante es que existen facturas aprobadas de tal año, pero como responsables municipales de tales Servicios conocieron siempre su funcionamiento. Si la actora percibía sus honorarios mediante la emisión de facturas (en ocasiones acumuladas) por importe mensual todas ellas de 2.158,33 (1.879,24 euros netos al mes), se puede tratar de una corruptela tendente a conseguir el fraude e impedir ver el contrato de trabajo, como ha ocurrido.

Es de lamentar que el TS considere relevante para diferenciar los supuestos comparados que en la sentencia recurrida no se apreciaban las notas de dependencia, subordinación (que es lo mismo) y ajenidad, pues eso no son hechos, sino calificaciones jurídicas, y entre aquellos estime relevantes para la afirmación de la falta de identidad que no concurrieran indicios episódicos y marginales como la existencia de turnos de guardia y vacaciones.

STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2009 (recurso de suplicación 4638/2009), I.L. J 2235. 1. La actora comenzó a prestar sus servicios con la Comunidad de Propietarios demandada con fecha de 1 de junio de 2005 como Administradora de Fincas, en virtud de acuerdo de la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de fecha de 7 de junio de 2005, en la que se ratifica su nombramiento como Administradora colegiada núm. 6.168 y se le nombra Secretaria Administradora con firma en las cuentas bancarias de firma mancomunada de dos en dos, dejando de tenerla las personas anteriores y pudiendo abrir nuevas cuentas o cancelar las existentes. Cobraba sus honorarios a través de recibos, que ella misma confeccionaba, en los que figuraba un IVA del 16% y una retención por IRPF del 15%. Preparaba el Modelo 190 y reflejaba sus ingresos con clave "G". La actora es Administradora de Fincas Colegiada con despacho profesional abierto en Madrid y se dedica a la compraventa de pisos. Atendía a alguna persona que acudía a la finca para realizar algún trabajo cuando no encontraba al Presidente, Vicepresidente o vecino que les atendiera. En Junta General Extraordinaria celebrada en la Comunidad de Propietarios y de garajes en fecha de 30 de septiembre de 2008, se acuerda por unanimidad el cese de la actora como administradora de fincas.

2. El TSJ de Madrid comparte el criterio de la Magistrado de instancia al no apreciarse que la actora prestase sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la demandada, esto es, bajo su dependencia. Hacemos, por tanto, nuestros los razonamientos de la Juez *a quo*, respecto a los que nada cabe añadir, no existiendo razón ni dato alguno que nos lleve a desautorizar su criterio, que se comparte y al que nos remitimos, sin necesidad de inútiles reiteraciones y sin que las valoraciones que el recurrente realiza en su recurso, no estrictamente riguroso en su articulación, nos permitan llegar a conclusión distinta.

3. Es sorprendente que el TSJ se limite a ratificar, sin ni siquiera mencionar, los criterios del juzgador de instancia, dejando a la parte recurrente y al lector, ante la ignorancia de la fortaleza de aquéllos y de los matices que se han podido presentar en el recurso, solicitando respuestas y consideraciones precisas, matizadas, y la medida en que la coincidencia

fuese completa o parcial, o pudiera plantearse alguna duda que mereciese una adición jurídica.

En todo caso, es de observar que la demandante seguramente carecía de actividad laboral, pues su trabajo se define en términos de mera eventualidad, “atendía a alguna persona que acudía a la finca para realizar algún trabajo cuando no encontraba al Presidente, Vicepresidente o vecino que les atendiera”, de modo que si la persona no acudía, o estaba el presidente o vicepresidente o, sencillamente, algún vecino, no tenía actividad. La función de mera administradora o secretaria administradora es para actividades marginales, de colaboración para acto concreto, concluido el cual, carece de cometido. Es, seguramente, más adecuado el contrato de arrendamiento de servicios para dar cauce jurídico a sus funciones.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

STSJ de Madrid, de 30 de junio de 2009 (recurso de suplicación 2422/09), I.L. J 1990.

1. El actor prestó servicios para diversas empresas que formaban un grupo inmobiliario de carácter familiar, denominado grupo X, propiedad de la familia Z. Dichas sociedades fueron constituidas, entre los años 2003 y 2007, por la citada familia, constituida por el padre, los hijos y sus cónyuges. Cada hijo o hija de la familia, junto con su cónyuge, constituyó una sociedad patrimonial que se integraba en el grupo empresarial y a través de la cual facturaba los beneficios societarios en función del porcentaje de participación que tenía asignado en el grupo. El grupo contaba con una organización e infraestructura administrativa, financiera y de servicios única, dotada de una plantilla común aunque, por recomendación de asesores fiscales, hiciesen figurar en la plantilla de cada sociedad patrimonial al menos un trabajador de los que componían la plantilla del grupo.

La totalidad de las empresas del grupo están bajo la dirección y gestión directa del Consejero Delegado, padre de la familia, de nombre B. Todos los miembros de la familia Y tienen condición de socios del grupo X a través de las empresas patrimoniales de las que son titulares, ostentando muchos de ellos la condición de consejeros del grupo y en el caso de las hijas, sin influencia en la marcha de las sociedades, caso de la esposa del demandante, la tutela de sus intereses económicos se lleva a cabo por sus esposos, que figuran como consejeros en nombre y representación de la sociedad patrimonial constituida por el matrimonio e integrada en el grupo.

Con ocasión del proceso de puesta en marcha del grupo X, en el año 2003 fue contratado C, para desempeñar el cargo de Director Financiero del grupo X, realizando las funciones propias de tal cargo hasta el momento de su desvinculación de ésta. La familia Y había formado con anterioridad, con la familia V, el llamado grupo W, cuyas sociedades habían sido constituidas entre los años 1975 y 2002, dedicado también a la promoción inmobiliaria. Debido a la existencia de discrepancias internas, las familias Y y V decidieron

II. Trabajador

separarse, llevándose a efecto la separación efectiva, con distribución del patrimonio y activos, a fines del año 2004.

El actor estuvo vinculado al Grupo W como consejero e intervino en la negociación de los acuerdos de separación entre las familias Y y V, causando baja voluntaria en dicho grupo W el 10 de marzo de 2004, figurando de alta en el régimen general de la Seguridad Social por cuenta de tal grupo hasta el 10 de marzo de 2004. El día 11 de marzo de 2004, el actor causó alta en la empresa S, que no ha sido demandada, ni consta esté integrada en el grupo X, causando baja voluntaria el 3 de noviembre de 2004. El demandante y su esposa D con régimen económico de separación de bienes, habían constituido la sociedad patrimonial Z el 23 de octubre de 1996, suscribiendo cada uno el 50% de las participaciones sociales, sociedad en la que el actor ostentaba la condición de administrador único. Con ocasión de la constitución del grupo X, que se inició en marzo de 2003 y concluyó a fines del año 2004, en el que se integró la sociedad Z, el demandante por su condición de socio y administrador único de esta sociedad asumió también el cargo de miembro del Consejo Administración del grupo X y secretario de todos los Consejos de Administración de las distintas sociedades que lo componían, causando alta en el régimen especial de trabajadores autónomos el 1 de noviembre de 2004. Dicha sociedad tiene asignada una cuota de participación en el grupo del 15% (7,5% cada uno de los cónyuges) facturando beneficios del grupo con arreglo a ese porcentaje. Al igual que el resto de los consejeros, el actor tenía otorgados poderes de representación de las sociedades codemandadas y capacidad de firma de los contratos propios de la actividad económica de promoción y gestión inmobiliaria del grupo.

El 1 de noviembre de 2004, el actor figura en la sociedad Z, con categoría de jefe de administración, habiendo percibido dos únicas nóminas, al igual que dos de los miembros de la familia Y en sus respectivas sociedades patrimoniales. Los cometidos del actor en el grupo X —no sujeto a jornada, ni a horario, ni disfrutando de vacaciones— consistían en la representación del grupo y en la firma de las escrituras y otros actos comerciales de la sociedad para las que tenía conferidos poderes en su condición de consejero. A partir del 1 de enero de 2005, los beneficios económicos del grupo se repartían a cada socio a través de la sociedad, mediante el pago de una cantidad fija mensual, facturada con liquidación de IVA a la sociedad patrimonial bajo el concepto de “utilización de equipos y prestación servicios varios” y por el reparto de dividendos.

Como consecuencia de una grave crisis matrimonial, surgida en 2007, el actor se divorció de su esposa a finales de 2008 y, a partir de enero siguiente, empezó a facturar el 100% de los beneficios para sí, a través de otra sociedad unipersonal denominada T, de la que era socio y administrador único, siendo su domicilio social coincidente con el de la sociedad Z. Ante esta situación, el actor no aceptó el requerimiento del Consejero Delegado del grupo X, para que facturase de otro modo los beneficios sociales, respetando la participación del 7'5% de su esposa en el mismo, a cuyo efecto debería repetir las facturas a través de la sociedad Z. Tras un período en el que el actor desatendió prácticamente sus obligaciones mercantiles, se acordó su cese como consejero y secretario en el Consejo de Administración del grupo X, lo que fue efectivo el 17 de octubre de 2008, siendo sustituido por una de las hijas de la familia Y.

Ante la reclamación judicial del actor por despido, frente al grupo X y a las sociedades integradas en el mismo o vinculadas a él, el Juzgado de lo Social, al que por turno correspondió conocer de la demanda, estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia opuesta por los codemandados, dejando lógicamente imprejuizada la cuestión de fondo deducida en ésta, remitiendo al reclamante al orden civil de la jurisdicción. Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo rechaza, confirmando en todos sus términos la sentencia de instancia.

2. Para valorar la declaración de incompetencia –que, como se sabe, es cuestión que afecta al orden público procesal– la Sala no queda sujeta a los presupuestos y concretos motivos del recurso, ni a los límites de la declaración de hechos probados, sino que tiene la posibilidad de examinar y valorar toda la prueba practicada, para decidir, fundamentadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (SSTS de 23 de octubre de 1989, 24 de enero, 5 de marzo, 6 de abril, 17 de mayo y 11 de julio de 1990, entre otras), pese a lo cual, y pese a la articulación de diversos motivos con ese propósito corrector, no influyó en la aceptación de los hechos ya probados, sin aceptar la modificación sustancial de ninguno de ellos.

A partir de ahí, la Sala sentenciadora se plantea la duda acerca de si el actor, que es socio de grupo empresarial demandado y también miembro del Consejo de Administración desde que aquél se constituyó, mantuvo al mismo tiempo una relación laboral común con el grupo societario, al sostener que junto a la relación mercantil prestó servicios como trabajador ordinario por cuenta ajena, y en este sentido se acude a la doctrina casacional que ha reconocido la condición de trabajador por cuenta ajena al socio minoritario contratado laboralmente, cuando su situación en la mercantil era la de partícipe minoritario en la sociedad (Sentencia de 18 de marzo de 1998, entre otras), no siendo en cambio posible la compatibilidad de estatuto societario y laboral cuando el trabajador es socio mayoritario de la sociedad o cuenta con una participación muy considerable en su capital, prevaleciendo en tal caso su condición de socio (Sentencia de 28 de marzo de 1989). A los socios trabajadores que ocupan cargos de administración en la sociedad no les es de aplicación la doctrina que acabamos de exponer, sino la específicamente establecida para ellos, y diferenciada en función de su cuota de participación en el capital social (Sentencias del TS de 29 de enero, 18 de febrero y 14 de marzo de 1997, 26 de enero, 5 de febrero y 14 y 17 de mayo de 1999, etcétera). En estos y otros pronunciamientos se recogen los siguientes criterios sobre la concurrencia de relaciones laborales y de administración social, con trascendencia en orden a la resolución del presente litigio:

a) Como consecuencia de la regulación contenida en el artículo 1.3.c) ET, no es laboral el vínculo existente entre una sociedad anónima y el consejero-delegado o cargo social similar (administrador único, administrador solidario) que desarrolla las facultades y cometidos inherentes a un miembro del órgano de administración (SSTS de 22 de diciembre de 1994 y 24 y 29 de enero de 1997).

b) Pese a la mercantilidad del vínculo, el administrador ejecutivo con participación social minoritaria es un trabajador por cuenta ajena encuadrable en el régimen general de la Seguridad Social (Sentencias de 29 de enero y 17 de febrero de 1997 y 26 de enero de 1998).

II. Trabajador

c) A partir de 1991, se impone la denominada “teoría del vínculo” y la jurisprudencia viene manteniendo la incompatibilidad de las relaciones de administración social y la laboral especial de alta dirección, pues se entiende que “las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan”, y su desempeño por quien tiene la condición de miembro del órgano de administración da lugar a una relación mercantil excluida por el artículo 1.3.c) ET y no a una relación laboral especial de alta dirección (SSTS de 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992 y 16 de junio de 1998, entre otras).

d) En cambio, la concurrencia entre administración social y relación laboral común presenta menos dificultades, porque, como ha señalado la doctrina, en el plano funcional la concurrencia de relaciones es perfectamente posible y tampoco surge por lo general ningún problema en la concurrencia de regulaciones, al no existir una identidad funcional entre la actividad de administración social y las funciones que son propias de una relación laboral común. El trabajo prestado en virtud de contrato laboral es independiente de la actividad como administrador y/o de la condición de socio minoritario. En este sentido, se ha apreciado la compatibilidad entre un contrato de trabajo común como director de producción y la condición de consejero delegado (STS de 28 de septiembre de 1987), habiéndose adoptado la misma solución para un director comercial con contrato de trabajo que es nombrado luego miembro del consejo de administración (Sentencia de 5 de julio de 1988), y para dos directores sectoriales, de exportación y comercial, que eran también miembros del consejo (STS de 6 de octubre de 1990).

De aplicar los mencionados principios al caso de autos se podría llegar a la conclusión de que el actor ha simultaneado su cargo de miembro del Consejo de Administración del grupo societario, por una parte, con una relación laboral común, pero no puede obviarse que el tratamiento de esta cuestión no es idéntico en todas las sociedades de capital y, así, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, regula aspectos que inciden directamente en la posibilidad de compatibilizar una relación laboral y formar parte del Consejo de Administración, ya sea como administrador único, administrador solidario o administrador mancomunado, al disponer su artículo 67 que “... “el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirá acuerdo de la Junta General”, por lo que para que pueda existir una relación distinta de la propiamente societaria es requisito indispensable que se haya acordado en Junta General de Accionistas, habiendo podido el demandante acreditar tal extremo con toda facilidad, dada la publicidad que tienen esos acuerdos de conformidad con el artículo 26 del CC, en la redacción que le da el artículo 1 de la Ley 9/1989, de 25 de julio, del que conviene destacar la obligación impuesta a los administradores sociales de presentar en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta, testimonio notarial de los acuerdos inscribibles, lo que ni siquiera fue invocado por el actor en su demanda y en el desarrollo del juicio oral.

3. He aquí uno de los supuestos típicos que se producen cuando las personas no sólo utilizan las posibilidades que les brindan el derecho laboral y el derecho mercantil para regular adecuadamente sus relaciones laborales y de comercio, sino que “retuercen” aque-

llas en exceso, creando situaciones de inusitada complejidad técnica, muchas veces al filo de lo que resulta jurídicamente lícito desde las perspectivas laboral, mercantil e incluso tributaria. Para comprobar la rica anécdota del caso de autos, se ha preferido reproducir con suficiente detalle el *factum* de la sentencia objeto de comentario –aunque despersonalizando lógicamente a los sujetos intervinientes en la confusa cadena de actos y de negocios jurídicos– para que se vea la dificultad de formalizar, llegado el caso, una demanda susceptible de ser estimada por los órganos del orden social, cuando previamente no se ha tenido la precaución de deslindar la relación laboral subyacente, de todas las demás que puedan envolverla o acompañarla.

En todo caso, el interés mayor de la sentencia comentada no consiste en la muy oportuna reproducción esquemática de la doctrina casacional sobre las intrincadas relaciones que se constituyen entre los trabajadores que son a la vez socios de la sociedad (bien minoritarios, bien mayoritarios) y entre los trabajadores socios que, además, desempeñan cargos en los órganos de administración social (a efectos laborales y a efectos de Seguridad Social). Claro que, tratándose de un mero recordatorio de aquella doctrina del Alto Tribunal, la sentencia de suplicación se abstiene de aportar matiz o detalle enriquecedor alguno sobre aquélla, desde el punto de vista interpretativo.

Dicho esto, el interés que destaca en la sentencia referida es el de atender a un aspecto mercantil que generalmente se desprecia en el enjuiciamiento laboral –aunque no en esta sentencia comentada– y que es el relativo al tipo de sociedad mercantil en la que ha trabajado y realizado funciones de administración el más tarde reclamante ante los Juzgados sociales, resultando imprescindible no ya a la hora de reclamar, sino a la hora de concertar los negocios jurídicos societarios, conocer el régimen legal aplicable a la entidad mercantil, pues la no formalización o documentación de esos negocios puede tener el desagradable efecto de obtener una sentencia desestimatoria, que pudo no serlo de haber cumplido el demandante con las exigencias dispuestas en la legislación mercantil en vigor. Una reclamación fracasada, por consiguiente, no por la naturaleza de las relaciones concertadas sino por la falta de diligencia a la hora de acreditar la compatibilidad entre éstas y, con ello, la salvaguarda de la relación laboral, no absorbida por la relación mercantil paralela.

STSJ de Baleares de 4 de noviembre de 2009 (recurso de suplicación 433/2009), I.L. J 1844. 1. El objeto del litigio se centra en determinar si el vínculo que unía al actor con la mercantil demandada tenía o no carácter laboral y si por tanto la jurisdicción social es la competente para conocerlo. El demandante constituyó junto con otros dos socios una empresa, quedando en posesión de cada socio un 33% de las participaciones sociales. El demandante fue designado, en dicha empresa, consejero delegado y miembro del consejo de administración, asimismo desarrollaba labores de instalador informático y administrador. Por su parte, los otros dos socios desempeñaban otras labores en la empresa.

Ante la disconformidad de los otros socios con la gestión desarrollada por el actor se convocó la Junta General de la sociedad. La junta acordó el cese del demandante como administrador y el nombramiento de los otros socios como administradores mancomunados.

Hasta el momento de la interposición de la demanda, que dio origen al procedimiento que nos ocupa, cada socio recibía una cantidad económica mensual. Asimismo, el deman-

II. Trabajador

dante estaba afiliado al RETA, no constando ningún superior jerárquico, ni la imposición de un horario.

2. El demandante en instancia articula su recurso pretendiendo la revisión de los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia. Dicha pretensión no puede ser acogida por el Tribunal *ad quem* pues, tal y como ha señalado asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para proceder a la revisión fáctica de los antecedentes es necesario que se concrete con precisión el error cometido por el Tribunal *a quo*, que la modificación resulte patente y directa de la prueba pericial o documental sin necesidad de argumentaciones, que se ofrezca un texto alternativo al fundamento modificado, que la modificación tenga suficiente trascendencia para motivar la modificación del fallo y que en ningún modo puede suponer una nueva valoración global de la prueba practicada. Requisitos que no se cumplen en la demanda presentada por el actor.

Tal y como corresponde al haber sido aceptada la excepción de incompetencia de jurisdicción por el Tribunal de instancia el TSJ procede a comprobar de oficio la competencia de la propia Sala. Reiterando el análisis efectuado por el Tribunal *a quo* y estimando que no nos encontramos ante una relación laboral pues se incumplen los requisitos de ajenidad y dependencia que caracterizan dicha relación, sino que la relación que una a las partes es la de la típica relación mercantil propia de una empresa.

3. La sentencia del TSJ balear continúa la sólida línea jurisprudencial de interpretación de los requisitos de ajenidad y dependencia que el TS ha constituido en la materia. Es una cuestión pacífica en la doctrina judicial y científica que los requisitos de ajenidad y dependencia por la evolución del trabajo por cuenta ajena pueden flexibilizarse, pero no tanto como para hacer irreconocibles estos elementos esenciales de la relación laboral.

En el caso que nos ocupa, estando el trabajador dado de alta en el RETA, sin contar con un horario ni superior jerárquico, parece bastante factible y acertado por parte del TSJ desestimar el recurso y considerar que no nos encontramos ante una relación laboral por no ser posible identificar los requisitos de ajenidad y dependencia.

IV. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Valencia de 13 de octubre de 2009 (recurso de suplicación 2974/2009) I.L. J 1773. 1. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Requena después de visitar el Ayuntamiento y levantar Acta de infracción por considerar que la relación jurídica entre D.D.X. era de naturaleza laboral y que el consistorio no había dado de alta al trabajador ni había cotizado a la Seguridad Social. El Juzgado de lo Social, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, estima la demanda de oficio y declara la existencia de relación laboral. Contra dicha sentencia se interpone recurso de suplicación por el Ayuntamiento.

2. El trabajador D.D.X. venía prestando servicios como arquitecto para el Ayuntamiento de Requena desde enero de 2004 en la Oficina Técnica junto a otro arquitecto que es

funcionario del mismo Ayuntamiento (grupo A). Ambos realizan tareas similares, si bien, D.D.X. trabaja a tiempo parcial, los martes, jueves y viernes de 8 a 15 horas, con mesa de despacho, ordenador y demás medios materiales pertenecientes a la entidad local, cuyo personal le organiza los expedientes careciendo de clientes propios en dicha actividad puesto que atiende a los vecinos que así lo solicitan al Ayuntamiento. Además, el Sr. D.D.X. recibe órdenes del Concejal de Obras y Urbanismo. La cuestión es que D.D.X. suscribió con el Ayuntamiento un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica con una duración de seis meses, habiendo sido prorrogado por distintos decretos, primero, con una duración de seis meses y el resto, de un año.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, para dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la relación existente entre el Ayuntamiento de Requena y el arquitecto, hace referencia a la doctrina unificada, y, entre otras, cita la STS de la Sala General de 2 de febrero de 1998 (recurso 575/1997). Además de repasar la evolución normativa que ha experimentado la contratación administrativa a lo largo de las sucesivas reformas, pone de manifiesto, lo que ya tantas veces se ha señalado también en estas crónicas de jurisprudencia sobre el concepto de trabajador, la dificultad de delimitar los ámbitos administrativo y laboral, algo a lo que la normativa, por regla general, no ha ayudado.

Se puede decir que lo que la norma administrativa ha contemplado era la contratación administrativa para poder llevar a cabo un trabajo de tipo excepcional puesto que su objeto no es una prestación de trabajo como tal, sino “un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”. Cuando la prestación de servicios presenta las notas típicas de ajenidad y dependencia y tiene carácter retribuido no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo. La aplicación de la anterior doctrina a las circunstancias de este caso, llevan al TSJ a la conclusión de que se trata de una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral. Por todo ello, si es laboral la relación existente entre las partes, el orden social es el competente para conocer de la demanda y así se declara. Que al haberlo apreciado la sentencia de instancia, procede su confirmación y la desestimación del recurso de suplicación planteado. Añade algo más, de carácter importante aunque lo haga *obiter dicta*, y es que, el incumplimiento en el que, al parecer, incurrió la Administración local con respecto a las normas sobre clasificación de los puestos de trabajo establecidas en la Ley de la Función Pública valenciana, en ningún caso puede impedir la apreciación del contrato de trabajo existente entre el ayuntamiento y el arquitecto codemandado puesto que dicho incumplimiento ni es imputable a este último, ni puede beneficiar a la Corporación local que lo ha propiciado.

3. Es claro que la actividad que desarrollaba este profesional en el Ayuntamiento presenta las notas características de la relación laboral tal como la configura el Estatuto de los Trabajadores. Todo ello al margen de lo que figura en los contratos administrativos suscritos entre ellos. El arquitecto ha trabajado para la entidad local bajo sus órdenes, con una actividad constante y habitual y con los medios necesarios para su desempeño puestos a su disposición por la administración empleadora. A cambio percibía una retribución fija mensual. Su actividad era la propia de un arquitecto municipal y no se ha efectuado ninguna evaluación de objetivos cumplidos o del trabajo realizado en relación con una obra

II. Trabajador

o un servicio objeto de los contratos. Todos ellos son datos claros que avalan la conclusión a la que llega el TSJ y que se inscribe en una larga serie de supuestos todos ellos similares y que tiene por denominador común el recurso a la contratación administrativa como vía flexible de entrada de prestaciones personales de servicios para la administración sin el cumplimiento de los requisitos y las cautelas legales. La norma jurídica, hasta el momento, y pese al notable vaivén que ha experimentado y que no volvemos a reproducir aquí, no ha cumplido el objetivo. Puede decirse que esta materia y este conflicto son de resolución casi exclusivamente jurisprudencial.

En el momento actual, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introduce novedades sobre esta materia al contemplar dentro del contrato de servicios al anterior contrato de consultoría y asistencia. El artículo 10 define los contratos de servicios como aquellos contratos cuyo objeto estriba en prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado diferente al de una obra o un suministro. Como puede apreciarse, la amplitud del concepto sigue siendo considerable, ello unido a la desaparición del principio de subsidiariedad de la contratación y a la cláusula de salvaguarda del artículo 277.4 de la nueva Ley permite pronosticar una continuación de los conflictos en torno a estas contrataciones a las que la administración recurre para hacer frente a ciertas carencias internas de medios personales en materias que precisan una cualificación especial o muy técnica.

C) Autónomos

STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2009 (recurso de suplicación 3930/2009), I.L. J 1940. 1. Las partes enfrentadas en el presente procedimiento tenían como actividad profesional la intermediación en la contratación de empleados de hogar y cuidadores. Por dicho servicio cobraban un canon mensual a los empleadores del personal seleccionado. La actividad era desarrollada en el domicilio de la demandada, que estaba dada de alta en el RETA.

No consta que la demandante tuviera que cumplir un horario determinado, ni que recibiera instrucciones por parte de la demandada para cumplir con las funciones propias de un gerente por las que emitía facturas que eran abonadas por la demandada. A consecuencia de una discusión entre ambas la demandante no volvió al domicilio de la demandada, produciéndose un intercambio de mensajes entre ambas por el cual la actora entregó la copia de las llaves del domicilio de la demandada a ésta, y recibió 120 euros para liquidar los gastos pendientes. El abrupto final de la relación condujo a la interposición por la parte actora de una demanda para que se reconociera que la relación entre ambas era de naturaleza laboral y que la extinción de la relación que la unía a la parte demandada era constitutiva de un despido disciplinario improcedente.

2. El recurso de la parte actora pretende la revisión de los hechos declarados probados en la instancia con la intención de mostrar el carácter laboral de la relación no reconocido por el Tribunal a quo. No obstante, el TSJ no puede proceder a la revisión pues, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para poder proceder a la revisión fáctica de los antecedentes es necesario que se concrete con precisión el error cometido por el tribunal

a quo, que la modificación resulte patente y directa de la prueba pericial o documental sin necesidad de argumentaciones, que se ofrezca un texto alternativo al fundamento modificado, que la modificación tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo y que en ningún modo puede suponer una nueva valoración global de la prueba practicada. Requisitos que no se cumplen en el recurso presentado, limitándose sólo a una nueva valoración de la prueba testifical practicada.

De igual forma, las partes discuten la naturaleza de la relación que las unía. Se argumenta en el recurso que cumpliéndose los requisitos de retribución, dependencia y ajenidad debe presumirse la existencia de un contrato laboral entre las partes, y por tanto que se debería calificar por la autoridad judicial la extinción de la relación que unía a las partes como despido disciplinario improcedente.

El TSJ reitera la sólida jurisprudencia del TS, según la cual, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva del contenido real del mismo, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes. De tal suerte que teniendo en cuenta que no ha quedado acreditado el sometimiento a un horario concreto determinado por la parte demandada, ni la percepción de un salario; y que por el contrario sí hay constancia de que la parte actora realizaba una actividad propia dentro del domicilio de la demandada, percibiendo una cantidad por dicha actividad identificada por las partes como de gerencia, parece difícil identificar los requisitos esenciales en los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

3. Parece cuestionable que en el presente litigio no se reconozca el carácter laboral de la relación que unía a demandante y demandada a la luz de la presunción del artículo 8 ET, cuando los indicios presentes en los hechos declarados probados arrojan las suficientes dudas sobre la naturaleza de la relación debería primar el reconocimiento de la laboralidad para asegurar la protección de un ordenamiento mucho más protector con el trabajador.

El caso que nos ocupa ofrece suficientes dudas razonables que nos deberían obligar a reconocer el carácter laboral de la relación. En este sentido, no deberíamos prestar atención al concepto por el que son giradas las facturas de la demandante, ni si ésta está afiliada al RETA. Ambos hechos no son más que la manifestación externa de la calificación jurídica otorgada por las partes a la relación que las unía. Y, por tanto, como mera calificación de parte y, según la consolidada jurisprudencia del TS, debe primar el contenido real de la relación y no el nombre pactado por las partes.

No es relevante tampoco que la demandante no tuviera un horario, ni que no recibiera instrucciones directas para el desempeño de su actividad pues como también ha señalado el TS en diversas ocasiones los requisitos de ajenidad y dependencia han sufrido con la evolución del trabajo por cuenta ajena una progresiva flexibilización que los puede hacer más difícilmente reconocibles, pero no por ello dejan de estar presentes y de caracterizar a las relaciones laborales. Particularmente en el caso analizado es entendible que la estrecha relación que tenían las partes, así como la responsabilidad depositada en la demandante permitían que, aun siendo una relación laboral, la trabajadora tuviera un margen muy amplio de libertad.

II. Trabajador

Hechas estas precisiones queda constancia de las incertidumbres que envolvían la relación entre las partes y en consecuencia, vistas estas dudas, correspondería reconocer el carácter laboral de la relación en virtud del artículo 8 ET, en lugar de la desestimación dictada por el TSJ de Galicia.

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)

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

LUIS GORDO GONZÁLEZ

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO



III. EMPRESARIO**Sumario**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza. B) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. C) Límite de la responsabilidad de la Administración en centro privado de enseñanza concertada. **3. Grupo de Empresas.** A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. B) Consecuencias de la existencia de grupo de empresas en supuestos de despido objetivo por causas económicas y organizativas. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad. C) Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata, sucesión de contratas y sucesión de empresa. D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Despido y cesión ilegal: articulación procesal. **6. Sucesión de empresa.** A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Relación laboral especial de alta dirección y sucesión empresarial. D) Responsabilidad en caso de despido. E) Subrogación contractual: efectos.

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 13 a 16 de 2009 y 1 y 2 de 2010 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1673 a 306) 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. EMPRESARIO

A) Profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza: son trabajadores por cuenta ajena y sus votos computan para el cálculo de la representatividad de los sindicatos a efectos de participar en la Mesa General de Negociación

Normalmente, en relación a los profesores de religión católica que prestan servicios en centros públicos de enseñanza la cuestión fundamental a la que nos hemos referido en este apartado ha sido la relativa a la determinación de quién ostenta la condición de empleador de tales trabajadores y, en consecuencia, a quién corresponde el abono de las percepciones económicas derivado de tal condición. Sin embargo, la **STS de 3 de febrero de 2010**, I.L. J 137 aborda un problema diverso, cual es el de determinar si en la Mesa General de Negociación de la Generalidad Valenciana debían tenerse en cuenta para el cálculo de la representatividad de los respectivos sindicatos en ella intervinientes los resultados electorales con el voto de los profesores de religión católica. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó la demanda de UGT en la que se pretendía que tales trabajadores no se computaran, lo que dio origen al recurso de casación que resuelve la sentencia que comentamos. Los recurrentes alegan que los profesores de religión católica no son empleados públicos ya que no son contratados de acuerdo con las exigencias del artículo 103.3 de la Constitución, pues necesitan la previa “declaración de idoneidad” del ordinario eclesiástico, no se les aplica el correspondiente Convenio Colectivo para el personal al servicio de la Generalidad Valenciana, ni quedan dentro del ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público. El Tribunal Supremo rechazará todos estos argumentos, indicando que no cabe duda de que los profesores de religión católica son trabajadores por cuenta ajena al servicio de la Administración Pública, y si bien es cierto que gozan de determinadas especialidades derivadas de los Acuerdos Sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscritos entre el Estado Español y la Santa Sede, tales singularidades no son suficientes para excluirlos del régimen general del Estatuto Básico del Empleado Público. En definitiva, concluye la Sala, “los profesores de religión que no son funcionarios públicos sino que tienen la condición jurídica indubitada de trabajadores por cuenta ajena y en tal condición son también empleados públicos, y se hallan comprendidos por lo tanto dentro del campo de aplicación de la ley en la medida en que proceda de conformidad con lo previsto en los artículos 1.2, 7 y concordantes de la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, y por lo tanto les es de aplicación la previsión contenida en el artículo 36 de dicha norma básica cuando dispone que la Mesa General de Negociación se formará por las formaciones sindicales con

III. Empresario

representación suficiente “tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación”. No cabe duda, en consecuencia, que si los profesores de religión católica son trabajadores al servicio de la Administración —en este caso concreto de la Generalidad Valenciana— tienen derecho a participar en las elecciones a organismos unitarios dentro de sus respectivos centros de trabajo pues la condición de elector deriva de la condición de trabajador conforme a lo dispuesto sin lugar a discusión en el artículo 69 del Estatuto de los Trabajadores, 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”.

B) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada

Como ya viene señalando la propia doctrina jurisprudencial, la cuestión del alcance material y cuantitativo de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos ya ha sido resuelta por la doctrina unificada del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, por lo que poco queda por añadir. No obstante, de nuevo nos encontramos en el período analizado con un pronunciamiento sobre esta cuestión.

Recordemos, brevemente, cuáles son los términos del debate y la tesis del Alto Tribunal.

La discusión se centra en determinar si en el importe de la paga extraordinaria por antigüedad prevista en el artículo 61 del IV Convenio Colectivo para las Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos —y recogida en idénticos términos en el actual artículo 61 del V Convenio Colectivo de las empresas mencionadas—, deben computarse los complementos retributivos autonómicos o, por el contrario, la cuantía de aquélla debe limitarse a los conceptos de salario, antigüedad y complementos específicos, como afirmará el Tribunal Supremo. El artículo 61 del IV Convenio citado reconoce a los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa el derecho a una paga cuyo importe será el equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. La duda es si el citado precepto debe interpretarse, como la doctrina de duplicación ha mantenido, en el sentido de no atribuir al calificativo “extraordinaria” otro alcance que el correspondiente a la naturaleza no común de la paga, o si, por el contrario, como viene sosteniendo el Tribunal Supremo, el calificativo mencionado (“extraordinaria”), en la oración gramatical expresada en el artículo comentado va unido al sustantivo “mensualidad”, formando ambas palabras un único sintagma, lo que impide su separación o desgajamiento; por lo que, si se separan, se distorsiona totalmente el significado de la frase comentada, dando lugar a confusiones interpretativas manifiestamente equivocadas. La finalidad esencial de la frase “mensualidad extraordinaria” es, según la tesis del Tribunal Supremo, la de determinar el importe de esa paga de antigüedad que el convenio establece

y que será, por tanto, el fijado en la propia norma convencional para las pagas extraordinarias. Esta misma doctrina será la recogida en la **STS, u.d., de 21 de septiembre de 2009, u.d.**, I.L. J 1703, que añade que, dado que el artículo 59 del referido convenio establece que el montante de las pagas extraordinarias asciende a una mensualidad del salario, antigüedad y complementos específicos, también la paga extraordinaria y especial por antigüedad del artículo 61 tiene ese mismo importe. “Es claro, por consiguiente [concluye la sentencia examinada], que los “complementos retributivos autonómicos” no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad debatida, pues, según el citado artículo 59, no se computan tampoco para calcular el montante de las pagas extraordinarias que este último precepto prevé”.

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado IV.1.

B) Concepto de “propia actividad”

A la hora de pronunciarse acerca de la responsabilidad de la empresa principal del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la **STS de 18 de enero de 2010, u.d.**, I.L. J 53, a la que nos referiremos con más detenimiento en el número 5 de este apartado, trae a colación la tesis jurisprudencial que entiende que en la “propia actividad” del empresario principal se integran “todas aquellas tareas que son inherentes a su proceso productivo”, de tal manera que teniendo por objeto la contrata la demolición de un edificio, tal actividad no es inherente a la propia de una empresa dedicada a la fabricación de vidrio plano laminar y securit.

C) Alcance de la responsabilidad prevista en el artículo 42 ET y de las posibilidades de exoneración en él recogidas

El debate acerca del alcance de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por la paga extraordinaria reclamada por los trabajadores de la contratista en un supuesto en el que la duración de la contrata había sido inferior a seis meses, sirve a la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 77 para realizar un detenido examen de las diversas posiciones mantenidas en relación a la extensión de responsabilidad solidaria recogida en el artículo 42 ET y de los efectos del juego de los mecanismos exoneradores en él previstos. Se indica así, recogiendo la fundamentación contenida en la sentencia de instancia, que en la doctrina se han defendido esencialmente tres posturas contrapuestas al respecto: “a) la primera defiende que dicha responsabilidad es, única y exclusivamente, la responsabilidad administrativa por infracciones laborales (Martín Valverde), en concreto la prevista en el artículo 6.6 LISOS, que considera infracción leve “cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales”; b) la segunda considera

III. Empresario

que la responsabilidad de la que se exonera el empresario principal es una responsabilidad subsidiaria respecto de los descubiertos de la empresa contratista anteriores a la contrata (Alonso Olea y Montoya Melgar), y c) la tesis que afirma que la responsabilidad de la que se exonera el empresario principal es la de responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social prevista en el segundo apartado del precepto que analizamos (Martínez Emperador y Cruz Villalón)”. Tras analizar los pros y contras de cada una de ellas, la Sala señalará que es la tercera de las tesis la que comparte y que, por tanto, “el empresario principal no se exoneraría en ningún caso, (...), de las obligaciones de naturaleza salarial surgidas durante la vigencia de la contrata”. Los argumentos en los que fundamentará tal solución son, entre otros, los siguientes: “a) los propios antecedentes normativos, que en ningún caso llevaron la responsabilidad de la empresa principal más allá del período de vigencia de la contrata; b) la imposibilidad de responsabilizar al empresario principal de deudas anteriores a la vigencia de la contrata, esto es, referidas a un momento en el que no existía ningún tipo de vínculo jurídico entre la empresa principal y la empresa contratista, y c) en una interpretación sistemática de los apartados primero y segundo del precepto que comentamos, que permitiría entender que el transcurso del plazo de 30 días exonera de la responsabilidad solidaria prevista en el apartado segundo en materia de Seguridad Social. A lo que cabe añadir que esta solución es la que resulta menos gravosa para un desarrollo ágil del trabajo a través de contrata”.

Procede a continuación la Sala a aplicar tales consideraciones al supuesto de hecho en examen, caracterizado por los siguientes datos: Los trabajadores de la empresa Montajes Consfeder S.L., que tenía suscrito un contrato de obra en calidad de subcontratista con la sociedad Forcimsa Empresa Constructora S.A., reclaman el abono de la paga extraordinaria de verano. El contrato de obra inició sus efectos el 1 de enero de 2008 y el 18 de junio de 2008 Forcimsa comunica a Consfeder S.L. la resolución del referido contrato al no haber cumplido esta última con sus obligaciones laborales, tributarias y de Seguridad Social. La sentencia de instancia, al determinar el alcance de la responsabilidad de la empresa Forcimsa por la paga reclamada, procede a su prorrateo como si se tratara de una paga anual, calculándola sobre los días trabajados en 2008 y tomando como base su devengo completo a fecha 31 de diciembre. Recurren en suplicación los trabajadores al entender que a la empresa Forcimsa le corresponde íntegra la responsabilidad solidaria de la paga extraordinaria de verano hasta la rescisión de la contrata, el día 18 de junio de 2008, pero prorrateada semestralmente y no anualmente como recoge la sentencia de instancia. De acuerdo con la tesis de los recurrentes, a cada trabajador le correspondería, y de ello sería responsable solidaria la empresa Forcimsa, la totalidad de la paga extraordinaria de verano minorada únicamente en los 12 días que van desde el día en que se resolvió la contrata (18 de junio) hasta el día en que se devenga la paga completa, 30 de junio. La Sala desestimaré el recurso y confirmará la sentencia de instancia, señalando que

“(…) el artículo 31 ET establece que el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias. Los actores han reclamado el impago de una de ellas, la de verano. Forcimsa subcontrató con Montajes Consfeder S.L. del 1 de enero al 18 de junio de 2008 y no puede responder solidariamente del pago de una paga íntegra cuando solamente mantuvo una relación mercantil de menos de 6 meses con la empleadora de los trabajadores. Es doctrina consolidada que la contratista no empleadora responderá en determinadas circunstancias, pero no de todas las deudas salariales que se hayan podido generar entre la empleadora y

los trabajadores sino las generadas durante la contrata y por motivo de los trabajos realizados en dicha contrata, por lo que hay que entender que ha sido correcta jurídicamente la conclusión del Juzgador de instancia”.

D) Responsabilidad solidaria establecida en convenio en materia de mejoras voluntarias de la Seguridad Social

Entre las garantías previstas por el legislador en los supuestos de subcontratación, el artículo 42 ET incluye la responsabilidad solidaria del empresario principal por, entre otras, las obligaciones de Seguridad Social nacidas durante el período de vigencia de la contrata. Tal expresión, pese a su amplia literalidad, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no incluye las mejoras voluntarias, lo cual, como enseguida veremos al comentar la **STSJ de Extremadura de 19 de noviembre de 2009**, I.L. J 1926, no impide que la propia norma convencional pueda extender la responsabilidad por tal concepto a quien asume la condición de empresario principal. En efecto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 del Convenio General del Sector de la Construcción aplicable al supuesto debatido, que señala que “Las empresas que subcontraten con otras del sector la ejecución de obras o servicios responderán ante los trabajadores de las empresas subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, se extenderá la responsabilidad a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en el artículo 71 del presente Convenio, quedando limitado el ámbito de esta responsabilidad exclusivamente respecto de los trabajadores de las empresas subcontratadas obligadas por este Convenio General”, la STSJ de Extremadura de 19 de noviembre de 2009, I.L. J 1926, revocando la sentencia de instancia, estimará el recurso interpuesto por el trabajador y afirmará la responsabilidad solidaria de la contratista principal y la subcontratista en relación a la indemnización reclamada como consecuencia de haber sido declarado el recurrente afecto de una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Las circunstancias de hecho eran las siguientes: el trabajador prestaba servicios por cuenta de D. Torcuato, quien realizaba obras de albañilería y cubiertas como subcontratista de la mercantil Kantrila, S.L., contratista principal de las mismas. La sentencia de instancia, estimando en parte la demanda del trabajador contra D. Torcuato, Kantrila, S.L. y Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., condenó a D. Torcuato a pagar al trabajador la cantidad de 23.000 euros en concepto de indemnización por incapacidad permanente total como consecuencia del accidente de trabajo sufrido. La Sala de duplicación, por el contrario, en virtud de lo dispuesto en el transcrito artículo 30 del Convenio colectivo del sector, “que (...) contiene una regulación específica sobre la subcontratación en las empresas de construcción, que debe aplicarse dada la fuerza vinculante que le otorga el artículo 37.1 de la Constitución y el rango de fuente de la relación laboral por el artículo 3º del ET”, afirmará que

“En el supuesto examinado, es clara la condición de contratista de la codemandada KANTRILA, dedicada a la actividad de construcción, y que subcontrató con la empleadora del trabajador accidentado las obras de albañilería y cubiertas (...), lo que integra

III. Empresario

el supuesto regulado en la norma paccionada para que nazca la responsabilidad solidaria que se interesa, lo que evidencia que el recurso interpuesto por el trabajador haya de ser estimado, y revocar en parte la sentencia recurrida”.

E) 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 y 42) a, la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de éstas. 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 contrataciones de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. Sin embargo, esta labor no ha sido fácil, dando lugar a una fuerte litigiosidad, en la que el centro del debate ha estado en muchas ocasiones en el dato de si la actividad subcontratada correspondía o no a la “propia actividad” de la empresa principal, y, en otras, en la determinación del correcto alcance de las obligaciones de vigilancia que al empresario principal impone el artículo 24.3 LPRL cuando las obras o servicios contratados se desarrollen en sus propios centros de trabajo. A estos dos elementos alude la **STS de 18 de enero de 2010, u.d.**, I.L. J 53, para llegar finalmente a la conclusión de que en el caso de autos no era posible imputar responsabilidad solidaria por el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad a la empresa principal, pues ni los trabajos encomendados al contratista infractor eran de su propia actividad, ni las obras en las que se produjo el accidente se realizaban en centro de trabajo que, en dicho momento, formara parte de las instalaciones de la empresa principal. Repasemos el supuesto de hecho y la línea argumental seguida por el Alto Tribunal para llegar a tal conclusión.

El trabajador prestaba servicios como peón para la empresa Consmetal S.L., cuyo objeto social es la construcción y montaje de estructuras metálicas. Al realizar las tareas de demolición de una nave de la que era titular la empresa Saint Gobain Cristalera, S.A., dedicada a la fabricación de vidrio plano laminar y securit, el trabajador sufre un accidente debido a la defectuosa instalación del “maquinillo” que se estaba utilizando en el desmontaje de una viga de hierro. La sentencia de instancia desestimó la demanda del trabajador en la que se postulaba se condenara a hacer efectivo el recargo de las prestaciones derivadas del accidente en el 50% de su importe, al entender que no existía relación de causalidad entre las medidas de seguridad omitidas y el acaecimiento del accidente. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y condena solidariamente a las empresas Consmetal S.L. y Saint Gobain Cristalera, S.A. a pagar el recargo del 50% de las prestaciones derivadas del accidente. Interpuestos sendos recursos de casación para la unificación de doctrina por las dos empresas condenadas, el Tribunal Supremo desestima el de la empresa Consmetal S.L., al concurrir causa de inadmisión, y estima el de la empresa Saint Gobain Cristalera, S.A., en los términos más arriba expuestos.

Razona el Alto Tribunal que, de conformidad con los preceptos legales antes mencionados, en los supuestos de subcontratación al empresario principal se le impone una obligación específica de vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones del contratista en materia de seguridad en el trabajo, cuando se trate de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y, en general, cuando las labores del contratista se realicen en su centro de trabajo. Ahora bien, en el caso enjuiciado, las obras que realiza el contratista no correspondían a la propia actividad de la empresa Saint Gobain Cristalera, S.A., pues la demolición de un edificio no es actividad inherente a la de fabricante de vidrio plano laminar y securit, ni la infracción consistente en el uso inadecuado del “maquinillo” se produjo en centro de trabajo cuya vigilancia incumbiera a la empresa principal. Indica la Sala en relación a este último aspecto que, si bien ya el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de abril de 1992 (recurso 1178/1991) descartó la aplicación a tales efectos del concepto de centro de trabajo establecido en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores, optando por considerar centro de trabajo a cualesquiera instalaciones en las que el empresario viniera obligado a extremar sus deberes de vigilancia, “No puede entenderse que sea éste el supuesto de autos. La recurrente era titular de la nave cuya demolición se había acordado, pero precisamente porque se procedía al desmontaje, la empresa principal no realizaba en aquel lugar actividad alguna, cediendo lógicamente sus obligaciones de vigilancia de las labores encomendadas al contratista. De lo expuesto se desprende que, ni los trabajos encomendados por Saint Gobain al contratista infractor eran de su propia actividad, ni las obras de demolición de la nave en que se produjo el accidente se realizaban en centro de trabajo que, en dicho momento, formaran parte de las instalaciones de la empresa principal. La determinación del mecanismo adecuado para el desmonte de las vigas es tarea que incumbía al contratista y no al empresario principal”.

El examen detenido de la sentencia del Tribunal Supremo recién comentada lleva a la conclusión de que sólo tras un riguroso análisis de las circunstancias de hecho concurrentes en cada supuesto es posible determinar el concreto sujeto responsable del recargo de prestaciones; recargo que el artículo 123 LGSS instituye y el resto de preceptos que en el ordenamiento laboral disciplinan las obligaciones de empresario principal y contratista en materia de seguridad y salud en el trabajo delimitan. Y es justamente esa atención específica al caso concreto estudiado la que conduce igualmente a la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de noviembre de 2009**, I.L. J 200, a desestimar el recurso interpuesto por la Administración de la Seguridad Social y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social, que exoneró de responsabilidad a la empresa principal del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en relación al accidente sufrido por un trabajador de la contratista. El supuesto de hecho era el siguiente: el trabajador prestaba servicios para la empresa Terratest Técnicas Especiales, S.A., empresa que tenía subcontratada una parte de las obras de construcción de la nueva conexión subterránea entre las estaciones de Atocha y Chamartín, que realizaba Ferrovial Agroman, S.A. El accidente se produjo al caer el trabajador de una escalera que no estaba sólidamente asentada y carecía de abrazaderas u otros dispositivos equivalentes en la parte superior. Frente a la resolución de la Entidad Gestora de la Seguridad Social que condenó solidariamente a Terratest y Ferrovial a abonar el recargo de prestaciones, la sentencia del Juzgado de lo Social exoneró a esta última, señalando “que sería contrario a la más elemental lógica humana que, en una obra de la envergadura de

III. Empresario

la construcción del túnel ferroviario Atocha-Chamartín, la constructora principal tuviera responsabilidad alguna sobre algo tan elemental como la seguridad de uso de una escalera de mano”. Recurrída en suplicación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social la sentencia del Juzgado de lo Social, la Sala del Tribunal Superior de Justicia, tras reconocer que en el caso enjuiciado hubo subcontratación de la propia actividad, que los hechos se produjeron dentro del centro de trabajo de la empresa principal –de acuerdo con el concepto de centro de trabajo que a tales efectos viene acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, y que a esta última incumbe el deber de vigilancia del cumplimiento por los contratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, confirmará la sentencia de instancia y rechazará la responsabilidad solidaria de Ferrovial respecto al recargo de prestaciones, porque todo aquello

“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 y, en consecuencia, no se aprecian cometidas por la sentencia las infracciones imputadas, por lo que será desestimado el recurso”.

F) Sucesión de contratistas y sucesión de empresa

Véase apartado 5.A).

4. CESIÓN ILEGAL

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

Como ya presagiamos en su momento, 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 (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746; **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1909; **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1981; **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910; **STSJ de Galicia de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1974; **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de junio de 2009**, I.L. J 1970; **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1684). 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 Galicia de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1974), pues “los perfiles que delimitan ambas figuras son claros en la doctrina, pero difusos en muchos supuestos fácticos” (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746). De ahí, por otra parte, la dificultad de determinar cuándo existe un término de comparación válido que permita sostener una identidad suficiente a efectos de detectar una discrepancia no justificada susceptible de unificación de doctrina (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910).

De los siete pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia recaídos en el período examinado que analizan directamente la cuestión de la existencia o no de prestamismo laboral, cinco acogen la respuesta afirmativa (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1909; **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1981; **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910; **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de junio de 2009**, I.L. J 1970; **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1684) y dos rechazan la presencia de la conducta prohibida (**STSJ de Galicia de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1974; **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746). 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

– 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 Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910).

– Basta con que se produzca una de las circunstancias recogidas en el artículo 43.2 ET para que exista cesión de trabajadores. No obstante, en relación a la cesión hay que distinguir dos conceptos: a) Cesiones con una función interpositoria fraudulenta, en la cual una empresa ficticia, que solamente tiene existencia formal como sociedad, pero no real ni patrimonial, se hace aparecer como empleadora del trabajador que realmente ha sido reclutado y presta servicios para otra empresa. En este caso estamos ante un supuesto de simulación contractual y lo que procede es levantar el velo de la apariencia ilícitamente creada y considerar directamente como empresario *ab initio* a quien lo sea realmente y recibe los servicios del trabajador; b) Cesiones temporales de personal entre empresas reales, en las cuales una empresa que tiene existencia real y patrimonial presta los servicios de uno o varios trabajadores a otra empresa, sin poner en juego en dicha relación entre empresas su propia estructura organizativa más allá de lo necesario para los actos de reclutamiento del trabajador y gestión administrativa de sus nóminas, contratos y Seguridad Social. En este

III. Empresario

supuesto estamos ante la cesión de trabajadores en sentido propio y hay que aplicar el régimen del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910).

– Con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita. A pesar de que los artículos 42 y 43 ET no fijan los límites entre la ilícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, la doctrina jurisprudencial ha ido cercenando las conductas abusivas; en una primera fase, se declaró que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa ficticia o aparente, posteriormente, se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio, pues existe “cesión ilegal de trabajadores cuando 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 Galicia de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1974; **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1981; **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910; **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1684). A ello no obsta la naturaleza jurídica pública de los implicados, en tanto la jurisprudencia, con cierta resistencia por parte de la doctrina judicial, ha admitido la posibilidad de que la institución de la cesión también se aplique en el campo del empleo público (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746; **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de junio de 2009**, I.L. J 1970).

– Como criterios diferenciadores se ha indicado que cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Y 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; 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, etcétera (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746; **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910; **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1684). De entre todos ellos y siquiera matizando la afirmación anterior, puede argüirse que el determinante es el del empresario efectivo. La línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general, sino en relación al trabajador concreto que la solicita (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746).

– Lo que diferencia la cesión de trabajadores de la subcontratación es esencialmente el objeto del contrato entre empresas, de manera que cuando éste se identifica con el objeto del contrato estamos ante una puesta a disposición de trabajadores, en la cual la estructura

empresarial, aunque exista, no entra en juego (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910).

– Se insiste en la necesaria diferencia entre la contrata y subcontrata –negocios perfectamente lícitos– y la cesión de trabajadores que si no está amparada en el régimen de las Empresas de Trabajo Temporal sigue siendo un fenómeno de interposición ilícito y prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Siguen siendo necesarios –señala la doctrina– unos criterios, requisitos o indicios que, proyectados sobre el caso particular, permitan descubrir si, tras una supuesta contrata, no se ha producido una cesión ilícita de mano de obra. Y en este punto un análisis de la Jurisprudencia más reciente permite ordenar y enumerar los siguientes como especialmente relevantes: 1) El contratista debe disponer, para serlo, de una organización productiva con existencia autónoma e independiente. 2) Pero no basta con lo anterior. Es necesario que, precisamente en la contrata que sea objeto de análisis en cada caso, el contratista aporte en su ejecución su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente y ejercitando, respecto de los trabajadores que ejecutan la obra o servicio, los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empleador. 3) Criterio complementario de los anteriores es el de la habitualidad o permanencia del servicio que es objeto de la contrata. Pero no es la duración de la contrata lo que impide o elimina su existencia, sino el abandono por el contratista de las facultades, derechos y obligaciones que le corresponden en atención a su condición de empleador, que ya entonces es supuesta, respecto de los trabajadores que prestan el servicio. 4) Tampoco existe verdadera contrata cuando el contratista carece de poderes sobre los medios patrimoniales, no asume los riesgos del negocio, tiene decisivamente limitada su capacidad de selección y dirección de personal o no puede influir en la fijación del precio de los servicios (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746).

– La esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización “no se ha puesto en juego”, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (**STSJ de Galicia de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1974; **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746).

– La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión, si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal (**STSJ de Galicia de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1974). Pero no se produce cesión ilegal por el solo hecho que el trabajo se realice en el centro de trabajo del empresario contratante. Incluso se permite, sin que exista cesión ilegal, que exista una subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante, teniendo en cuenta que puede ocurrir que el empresario principal dirija el trabajo. Estos elementos no serían suficientes en sí mismos para considerar que existiría cesión ilegal (**STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de junio de 2009**, I.L. J 1970).

III. Empresario

Los resultados de la proyección de las anteriores consideraciones a los supuestos enjuiciados llevan a las siguientes conclusiones: para la **STSJ de Galicia de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1974, no existe cesión ilegal entre Marketing Aplicado S.A., que había contratado al trabajador, y Carrefour S.A., donde prestaba servicios como reponedor de productos, al haberse podido “constatar que los trabajadores permanecen en la esfera organicista, rectora y disciplinaria de su empresa, dado que su actividad es perfectamente diferenciable (gestión de reposición) de la actividad del centro comercial, el material de trabajo y uniforme se le proporcionaba por Marketing Aplicado S.A., sus vacaciones y permisos se concedían por ella, y un coordinador de ésta acudía al centro para realizar funciones de control”. Idéntica es la solución acogida por la **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de septiembre de 2009**, I.L. J 1746, en relación a la pretensión de los trabajadores de declaración de cesión ilegal entre la empresa pública Tragsa, con quien habían suscritos contrato de trabajo, y la Corporación Local en cuyas instalaciones prestaban servicios como emisoristas. Razona la Sala que “el dato clave, que es la sujeción a órdenes directas sobre la prestación de servicios, lo ofrece el relato fáctico de la Sentencia recurrida en el inciso final de su escueto hecho probado segundo, en el que refleja que los actores ‘reciben órdenes de los responsables del Cecopin, existiendo igualmente un Supervisor de Tragsa que está en permanente contacto con los responsables del Cecopin al objeto de ordenar la actividad laboral de los actores en materia de vacaciones, permisos, cambios de turno, etc.’ La intervención del personal directivo de la Administración contratante parece pasar a un segundo término, a modo de control tal y como autoriza la jurisprudencia descrita, además de la necesaria coordinación con el resto del personal del Cecopin. Menor relevancia tiene el que los servicios se presten en dependencias de esa Administración (tal circunstancia no constituye anomalía alguna) y derivado de ello es normal que el mobiliario y, en menor medida de normalidad, las emisoras de radio y los ordenadores pertenezcan también a ella”.

Por el contrario para la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1909 sí existe cesión ilícita en el caso enjuiciado pues “es evidente que Sitel es una empresa real con un gran potencial económico, pero resulta acreditado que en la contrata que nos ocupa no factura por un servicio prestado sino en función de la capacidad humana utilizada, es decir, la apariencia es que se traspasaba dinero en función del gasto de personal que la contrata generaba, no de un servicio a prestar. Este elemento se ve acentuado cuando observamos que la prestación de servicios se realizaba en el centro de trabajo de la empresa principal, utilizando los medios de trabajo de la empresa principal y los sistemas de la misma. Podrá aducirse que dadas las características de la contrata no podía ser de otra forma, pero si a lo anterior añadimos que en la operativa de la contrata la empresa principal utilizaba la estructura de Sitel como medio de transmitir sus instrucciones, intervenía constantemente en el desarrollo de la contrata, controlando a los operarios y calificando su rendimiento, daba instrucciones sobre el personal a utilizar y las mismas eran el elemento que servía para configurar los descansos, vacaciones y demás extremos, la conclusión será claramente contraria”. Y a la misma conclusión llegará la **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1981, que tras recordar que también se incurre en la cesión prohibida por la mera puesta a disposición de mano de obra, señalará que “la ausencia de elementos materiales o de los instrumentos necesarios para la ejecución del objeto de la contrata unido a otras circunstancias acreditadas y no combatidas como la mezcla de trabajadores, la ausencia de autonomía técnica en la prestación de servicios

contratados (el trabajador era ‘mozo’), el abandono o dejación por su empresa del ejercicio del poder de dirección o, en fin, el cálculo de la tarifa (dado éste muy revelador de la cesión prohibida) en función de los trabajos realizados, concretamente en función de una jornada de 7 horas, con inclusión de horas extraordinarias y prestación de servicios en festivos y de noche, tal como consta en el contrato celebrado entre ambas empresas de fecha 8 de junio de 2001, evidencia y determina que TVE, S.A. y Autos Blanco hayan incurrido en la cesión prohibida por la Ley”.

La **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de junio de 2009**, I.L. J 1970, tras superar ciertas reticencias iniciales hacia la viabilidad de la presencia del tráfico prohibido en relación a las Administraciones Públicas y acatar las tesis jurisprudenciales proclives a la presencia de dicho fenómeno en el empleo público, llegará a la conclusión de que entre la empresa contratante, Entorno, Producciones y Estudios Ambientales, S.L., y el Centro Nacional de Educación Medio Ambiental (Ceneam), dependiente del Organismo Autónomo Parques Nacionales ha existido cesión ilegal pues “es claro que las trabajadoras han prestado desde el primer momento servicios a la entidad demandada, cuanto que han prestado servicios en el centro de trabajo de la entidad demandada, incluyendo que el correo electrónico lo era el del centro usando una terminal. Han prestado servicios sometidas al horario laboral del centro, bajo la dependencia inmediata de los coordinadores del área, que impartía órdenes e instrucciones de servicio, y mediatas del director del centro, con los medios materiales y técnicos del centro demandado. Participando incluso en cursos, talleres como miembros del Ceneam, es decir, dando una proyección externa a su condición de miembros de tal Organismo, hasta el punto que su uniforme era el propio del Ceneam. Es decir, que externamente y para quien quisiera verlas eran personal del Organismo demandado. Por tanto, aun cuando las nóminas las perciban de las empresas que las han contratado, y la Seguridad Social resulte satisfecha por dichas entidades, es claro, que nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal de las trabajadoras”.

La identificación del supuesto enjuiciado con uno similar resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de junio de 2003, lleva a la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1910, como ya hiciera en su momento el Alto Tribunal, a considerar que el objeto del contrato entre las dos empresas demandadas constituye una cesión ilícita de trabajadores. En ambos casos se trataba de servicios de *telemarketing* o atención telefónica a clientes de la empresa principal, en cuyos locales tenía lugar la prestación de servicios de los trabajadores, y la subcontratista facturaba a la principal en función del número de horas de trabajo de los teleoperadores. Señala la sentencia que comentamos que

“atendiendo a esas dos circunstancias el supuesto que ahora manejamos es igual al resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de junio de 2003 (...) No podemos saber cuál habría de ser la solución, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, si no concurrían esas dos circunstancias, (...) pero sí sabemos que, concurriendo ambas, la situación ha de ser calificada como de cesión de trabajadores, aplicando el criterio de la Sentencia de 16 de junio de 2003. Y no dejan de concurrir las mismas por el hecho de que en el centro de trabajo de la empresa principal se mantenga una separación física entre la zona de los trabajadores de la principal y los de la cedente, ni por el hecho de que se practique un

III. Empresario

descuento en la facturación en función del uso de esos locales y demás medios materiales de los que es titular la empresa principal y ello por las siguientes razones:

- a) Primero, porque no está acreditado que ese descuento pactado se practicara efectivamente;
- b) Segundo, porque tampoco consta su cuantía, de forma que pueda entenderse que no es puramente marginal;
- c) Tercero y muy esencialmente, porque el poder de disposición sobre el centro de trabajo sigue en manos de la empresa principal y no consta que haya una disponibilidad efectiva sobre los locales y medios materiales, incluso para usos diferentes a los del servicio de la contrata con la empresa principal, como sería lo propio si se tratase de un arrendamiento, que pusiera dentro del poder de dirección del empresario subcontratista un local y unos medios materiales para usarlos al servicio de sus actividades empresariales; si se tratase de locales propios de la empresa subcontratista, incluso a título de arrendamiento, los mismos serían utilizados por ésta para cualesquiera clientes y no solamente para el servicio de la empresa principal propietaria de dichos locales, el plazo de duración del arrendamiento no estaría condicionado al de la duración de la contrata con la empresa principal y el precio pagado por el mismo no estaría en función, en su cuantificación y forma de pago, de las condiciones de la contrata del servicio.
- d) En definitiva, cuando el centro de trabajo se encuentra ‘empotrado’ dentro del centro de trabajo de la empresa principal se presenta el elemento diferencial señalado por el Tribunal Supremo y que, unido a las demás circunstancias concurrentes, determina la existencia de cesión, puesto que en tales cesiones es habitual que los trabajadores presten servicios dentro del centro de trabajo de la cesionaria y ello no se desvirtúa aun cuando se produzca algún tipo de asunción por parte de la cedente de una porción de dicho centro para ubicar a sus trabajadores e incluso cuando haya de correr con los gastos que implique la asunción de dicha parte del centro de trabajo, máxime cuando dicha parte del centro de trabajo está finalísticamente unida a la prestación del exclusivo servicio de la empresa cesionaria y la cedente no llega a tener una autonomía de gestión del mismo y poder de disposición sobre él.
- e) En las anteriores condiciones la mera separación física entre trabajadores de la empresa cedente y cesionaria no es un elemento que afecte sustancialmente a la calificación del contrato y, aunque es obvio que la mezcla de unos y otros sería un elemento relevante susceptible de ser valorado, la separación no produce por sí misma el efecto contrario de excluir la existencia de cesión de trabajadores”.

Finalmente, también entiende que se produce el fenómeno prohibido en el supuesto examinado la **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1684, al considerar que la actividad de la empresa Asociación Provienda quedó limitada a una mera situación de prestamismo laboral respecto del Irvi, S.A. Señala la Sala que del conjunto de hechos probados “puede concluirse en que la actividad desarrollada por Provienda se limitó a la aportación de mano de obra para el desarrollo de los programas convenidos con el Irvi, S.A., mano de obra respecto de la cual, Provienda no desarrollaba actuación alguna tendente a la organización, dirección y fiscalización de su trabajo, no aportando siquiera los elementos materiales mínimos para el desarrollo eficaz de la actividad formalmente contratada”. De esos hechos probados destacan, entre otros, que el Irvi, S.A. ponía a dispo-

sición de Provivienda la totalidad de los medios materiales precisados para la gestión de la actividad convenida; que el personal de ambas empresas codemandadas prestaban servicios de manera conjunta en los mismos locales, bajo una misma imagen, compartiendo las mismas dependencias, sin diferenciación alguna, siendo posible que personal de ambas empresas atendiera consultas de información general efectuadas por los ciudadanos; y que en la gestión de personal, las instrucciones y órdenes de trabajo eran dadas al personal de Provivienda por el personal del Irvi, S.A., personal que era el que fijaba la distribución de tareas, los servicios telefónicos, las horas de las citas previas, el contenido de sus trabajos, el reparto de horarios, las vacaciones, las horas de libre disposición, etcétera. A tenor de tales circunstancias, la sentencia comentada concluye que “en el caso debatido, la organización empresarial de la empresa cedente en modo alguno se ha puesto en juego, limitándose al mero suministro de fuerza de trabajo para el desarrollo de la actividad contratada. La aportación de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad no se realizaba por la empleadora de la demandante, ni la organización y dirección del trabajo se desarrollaba por ella. La confusión entre las plantillas, la manera de prestar el servicio, el lugar en donde se desarrollaba, la falta de distinción entre los trabajadores de las empresas demandadas, no hacen sino corroborar los acertados razonamientos del juez de instancia en relación a la existencia de una cesión ilegal de trabajadores”.

B) Consecuencias de la cesión: ejercicio del derecho de opción

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 y sintetiza la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2009**, I.L. J 1832, de la siguiente manera:

- El derecho de opción sólo puede ser ejercitado eficazmente mientras subsista la cesión, ya que extinguida ésta, el derecho corre la misma suerte. Se asume, incluso, que el que no reclama acepta tácitamente la situación generada pero siempre que la cedente tenga entidad real.
- El contrato de trabajo debe continuar en vigor.
- La opción debe ser ejercitada por el trabajador y, normalmente, de manera expresa, para que la prestación laboral respecto al elegido produzca todas sus consecuencias.

No obstante, a algunos problemas de la articulación procesal entre las garantías recogidas en el artículo 43 del ET y la situación de vigencia de la relación laboral nos hemos referido en crónicas precedentes –véase, por ejemplo, crónica núm. 42–, a las que nos remitimos. Sobre ello volveremos también en apartados posteriores.

A las consecuencias aparejadas a la apreciación de la existencia de la conducta prohibida alude también la **STS de 19 de octubre de 2009**, I.L. J 1880, si bien la falta de contradicción impide a nuestro Alto Tribunal entrar a conocer del fondo del asunto, no sin antes recordar la doctrina reiterada de la Sala en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores en

III. Empresario

los que aparece implicada una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas, a tenor de la cual en tales casos el pronunciamiento adecuado a la aplicación del artículo 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato por tiempo indefinido y no el de que es trabajador fijo. Idéntica doctrina reproduce y aplica al caso de autos la **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1684, a la que ya hemos hecho mención y sobre la que volveremos en el apartado siguiente.

C) Consecuencias de la cesión: condiciones salariales del trabajador cedido que opta por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria

El artículo 43.4 del ET, tras reconocer a los trabajadores sometidos al tráfico prohibido el derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, añade que “los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”. La determinación del alcance real de esta previsión, especialmente en aquellos supuestos en los que las condiciones disfrutadas durante el período de cesión son superiores a las que resultarían de la aplicación de la normativa vigente en la empresa cesionaria, constituye el centro del debate de la **STS de 9 de diciembre de 2009 u.d.**, I.L. J 1823. Repasemos los hechos probados con relevancia en la cuestión enjuiciada, dejando al margen los que propiamente acreditan la existencia de cesión ilegal en el caso analizado: la actora, doña Celia, cuya titulación es Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, celebró con fecha 14 de enero de 2000 un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado con la empresa Costa Verde Consultores, S.L., actualmente Payma Cotas, S.A.U., empresa que había resultado adjudicataria por la Confederación Hidrográfica del Norte del contrato de Asistencia Técnica para la realización de Estudios, Informes y Trabajos sobre proyectos y Documentos Técnicos relativos a obras y aprovechamientos de Aguas en las cuencas de los ríos de Cantabria, cuya duración era hasta el año 2002. Con fecha 22 de julio de 2002 la demandante y la Confederación Hidrográfica del Norte suscriben un contrato de Asistencia Técnica con una duración pactada de veinticuatro meses, para la realización de estudios de proyectos y otros documentos relacionados con el dominio público hidráulico en el marco de la Directiva de la Comunidad Económica Europea en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. El 20 de septiembre de 2004 la demandante y la CHN suscriben un nuevo contrato de Consultoría y Asistencia Técnica con una duración pactada de veinticuatro meses y con idéntico objeto que el anterior. El 2 de octubre de 2006 la demandante y la empresa Tragsatec celebran un contrato de trabajo por obra o servicio determinado cuyo objeto es: “labores técnicas en la tramitación de expedientes de Cantabria relativos a concesiones de aguas, autorizaciones de uso del Dominio Público Hidráulico, aprovechamientos privativos por disposición legal, y sancionadores por infracciones al DPH”. La citada empresa había resultado adjudicataria por la CHN de la Asistencia Técnica de apoyo para la Tramitación de Expedientes de uso de agua, autorizaciones en DPH y Sancionadores y Análisis Técnicos de las mismas. Desde el 14 de enero de 2000 la demandante ha desempeñado su trabajo en la sede de la Confederación Hidrográfica del Norte ocupando un despacho en la oficina de dicha entidad. La actora ha percibido men-

sualmente sus retribuciones bien de Payma Cotas S.A.U., bien de la CHN, bien de Tragsatec. Durante la vigencia del contrato con la CHN de fecha 20 de septiembre de 2004 la actora percibió una retribución de 52.779,77 euros anuales. Con la suscripción del contrato con Tragsatec de octubre de 2006, la retribución anual de la demandante es de 36.722,84 euros anuales. El II Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado asigna a un Titulado Superior adscrito al Grupo Profesional I, un salario base íntegro anual de 26.003,32 euros para el año 2008.

La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda formulada por doña Celia contra Costa Verde Consultores S.L. (Payma Cotas S.A.U.), Tecnología y Servicios Agrarios S.A. (Tragsatec) y Confederación Hidrográfica del Norte y declaró la existencia de cesión ilegal de la trabajadora con la empresa Tragsatec, y asimismo declaró que la relación de la actora con la Confederación Hidrográfica del Norte era de naturaleza laboral indefinida, con una antigüedad desde el 14 de enero de 2000, categoría de Titulado Superior y salario anual de 52.779,77 euros, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración. La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Confederación Hidrográfica del Norte; recurso que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia, que, en consecuencia, confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo estimará el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Confederación Hidrográfica del Norte, y casará y anulará la sentencia recurrida. El Alto Tribunal afirmará que la doctrina correcta es la mantenida por la sentencia de contraste a tenor de la cual la integración en la plantilla de la cesionaria implica el derecho a percibir la retribución colectivamente pactada en ésta, y no la percibida en la empresa cedente. Razona la Sala que, en coherencia con la “apodíctica claridad” del artículo 43.4 ET, el derecho de opción en él recogido “tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción –como lo será normalmente– por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido, la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición”. Y, a tenor de esta doctrina y en relación al supuesto enjuiciado, sostiene el Alto Tribunal que

“está claro que los ‘efectos propios’ de la relación de la actora con CHN –desde el principio– no podían ser otros sino los establecidos en el Convenio Colectivo aplicable, por cuanto que la previsión normativa sobre equiparación salarial –aparte de su inequívocidad– tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha optado, consintiéndole una suerte de ‘espiguelo’ entre las condiciones laborales más beneficiosas que establezca el convenio aplicable y los posibles contratos perfeccionados en fraude de ley; espiguelo es objeto de rotundo y habitual rechazo por parte de la jurisprudencia (...) Si ya sería rechazable que se fijase como salario de ‘integración en la plantilla’ de la cesionaria el previsto para relación ilegítima con la cedente [el artículo 43.4 ET es claro y la interpre-

III. Empresario

tación finalística lleva a cabo por la Sala no lo es menos], con mayor motivo ha de censurarse que se le asigne la contraprestación de un contrato administrativo –fraudulento– que había estado vigente dos años antes, porque ni temporalmente correspondía esa extensión de efectos [la contraprestación económica únicamente procede en el marco de tiempo previsto], ni cabe desconocer que los términos de la misma comprendía algunos extremos del todo ajenos a la normal relación laboral (...). Siendo del todo inargumentable una ‘mejor condición retributiva’ respecto de la pactada en convenio colectivo, pues no se había tratado –ilícitamente, por supuesto– de mejorar la retribución pactada colectivamente, sino de defraudar la relación laboral con unas condiciones económicas en la contraprestación que interesasen al trabajador, pero que ya no serían tan siquiera sostenibles en el marco de la declarada relación laboral; y menos al cabo de los años”.

A todo ello, añade la Sala, que mantener una proposición diversa sería incoherente y opuesta a los propios actos, porque, de un lado, se pretende la nulidad del contrato administrativo para justificar la persistencia de cesión ilegal pero, por otro, se sostiene no sólo su validez a efectos retributivos sino su eficacia más allá de su vigencia temporal. De igual forma, concluye el Tribunal Supremo, tal planteamiento sería, además, insostenible desde la perspectiva del principio de igualdad, “pues no se alcanza a comprender por qué la trabajadora –ciertamente sometida a tráfico ilegal de mano de obra– puede por tal circunstancia verse privilegiada con un salario que duplica el que corresponde a quienes ostentan la misma categoría y puesto de trabajo en la empresa por cuya integración en plantilla ha optado”.

4. RECLAMACIÓN DE CESIÓN ILEGAL MIENTRAS EL CONTRATO ESTÁ SUSPENSO

La **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1684, que ya hemos mencionado, entre otras cuestiones, también debe pronunciarse acerca de los requisitos de vigencia de la relación laboral necesarios para que las garantías previstas en el artículo 43 ET puedan ser efectivas. Los hechos son los siguientes: la trabajadora ha venido prestando servicios para la empresa Asociación Provivienda desde el 7 de enero de 2002, asociación cuya actividad se limita a la gestión de los programas establecidos en los Convenios de Colaboración suscritos entre el Instituto Riojano de la Vivienda, S.A. (Irvi, S.A.), empresa pública adscrita a la Consejería de Vivienda del Gobierno de La Rioja. Dicha trabajadora inició, el 6 de febrero de 2008, un proceso de incapacidad temporal derivada del proceso de gestación en el que se encontraba, situación que se extendió hasta el 30 de agosto de 2008, pasando, de manera inmediata, a situación de permiso por maternidad al tener un hijo el 31 de agosto de 2008. La referida baja por maternidad se prolongó hasta el 20 de diciembre de 2008. La empresa Asociación Provivienda le comunicó en fecha 9 de diciembre de 2008 carta de la misma fecha en la que le señalaba, con efectos del 31 de diciembre de 2008, la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas al amparo de lo establecido en los artículos 52.e) y 53.1 ET. La trabajadora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social contra Asociación Provivienda e Instituto Riojano de la Vivienda, S.A., en reclamación de despido. La sentencia de instancia, estimando la demanda, declara la nulidad del despido ocurrido el día 31 de diciembre de 2008 y condena solidariamente a las demandadas, Instituto Riojano de la Vivienda, S.A. y Asociación Provivienda, a estar y pasar por tal anterior. Recurren en suplicación ambas empresas, alegando, entre otros motivos, que la parte actora carece



de acción para solicitar en este momento la aplicación del artículo 43.3 y 4 del ET, afirmando que dicha reclamación solamente puede ejercitarse mientras subsiste la situación de cesión ilícita y, en el supuesto examinado, la demandante ve extinguida su relación de trabajo el 31 de diciembre de 2008, habiendo dejado de prestar servicios laborales desde el 6 de febrero de 2008. La Sala, manteniendo una posición diferente a la acogida por la STSJ de Madrid de 13 de julio de 2006 que alega el recurrente, si bien indica que en ella se da solución a un supuesto distinto al ahora enjuiciado, rechaza la excepción de falta de acción pues entiende que no puede considerarse que la situación de cesión haya desaparecido. La Sala, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, “la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce [artículo 43 ET] al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente “mientras subsista la cesión” (...) De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal, y si bien es cierto que ello no supone obstáculo alguno para reclamar las consecuencias derivadas de una cesión ilegal cuando se produce un despido, no es menos cierto que sólo podrá alcanzarse esta meta si la cesión ilegal subsiste en el momento de producirse el referido despido”, y que “cuando el cese se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, no puede prosperar la acción de cesión y por ello no pueden en modo alguno reconocerse las consecuencias derivadas de la cesión ilegal de trabajadores, sin perjuicio de que el despido pueda invalidarse por causa diferente, pero no sobre la base de una pretendida cesión ilegal de trabajadores”, afirmará que en el supuesto enjuiciado:

“no puede admitirse que la situación de cesión ilegal apreciada por la resolución recurrida, haya desaparecido por el mero hecho de que, durante el ejercicio de relación de trabajo, la demandante iniciara una situación de incapacidad temporal derivada del proceso de gestación en el que se encontraba, y en el que se mantuvo hasta el día 30 de agosto de 2008. La acción de la que se trata no puede ser ejercitada si los requisitos para apreciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores han dejado de existir en el momento en el que se produce la reclamación, es decir, si la cesión ha concluido, circunstancia que no concurre en el caso de autos. (...) No existe en la sentencia dato alguno que permita afirmar que la situación de prestación de servicios de la demandante mantenida con anterioridad a la situación de incapacidad temporal iniciada el 6 de febrero, fuera distinta a la que mantuvo con posterioridad a esa fecha, a excepción del mero pase a la situación de incapacidad temporal. Del conjunto de hechos probados (...) no puede desprenderse dato alguno que permita afirmar que la situación de cesión ilegal de trabajadores establecida por el juzgador de instancia, lo sea con referencia a un período de tiempo posterior al 6 de febrero de 2008. Muy por el contrario del relato contenido en la sentencia se desprende que la demandante, contratada por Provivienda en el mes de enero de 2002, desarrolló su actividad laboral en la prestación de los servicios necesarios para actualizar los Convenios de colaboración suscritos entre Provivienda y el Irvi, S.A., prestación que se desarrolló conforme a las circunstancias (...) que permiten apreciar la existencia de una clara cesión ilegal de trabajadores. La mera suspensión del contrato de trabajo de la demandante por pasar a situación de incapacidad temporal, no hace desaparecer la situación suspendida, ni hace desaparecer la situación de cesión ilegal en la que se encontraba y ello pese a que debido a la suspensión, no se ejercitaran funciones de forma específica. La situación de



III. Empresario

IT no extingue la relación de trabajo, y si ésta se mantiene, se mantendrá salvo prueba en contrario, con las mismas circunstancias en cuanto al modo en la prestación que se tenían con anterioridad y por ello, se mantendrá la situación de cesión existente, aunque no denunciada, con anterioridad”.

5. SUCESIÓN DE EMPRESA

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

Los pronunciamientos judiciales continúan poniendo de manifiesto que el más importante foco de litigiosidad de la regulación laboral sobre transmisión de empresa sigue estando en la configuración y determinación de su supuesto de hecho, especialmente cuando nos encontramos ante casos de sucesiones de contratas y concesiones administrativas. En el período analizado todas las resoluciones recaídas en relación al supuesto de hecho del artículo 44 ET aluden a esta temática, por lo que nos remitidos a su apartado específico. Simplemente recordar, como hace la **STSJ de Extremadura de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 1924, que analizaremos más adelante, que los dos elementos que configuran la sucesión de empresa son el subjetivo, la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la existencia de relaciones contractuales entre ambas, produciéndose válidamente a través de un tercero, y el objetivo, el traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía.

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véase el apartado 5.B).

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

En el período examinado encontramos varios pronunciamientos de la doctrina de suplicación que, al hilo del análisis de supuestos varios de sucesiones de contratas y concesiones administrativas, tratan de perfilar los límites exactos del presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación de las garantías previstas en el artículo 44 del ET. Recordemos, como hace la **STSJ de Extremadura de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 1924, que según la inicial jurisprudencia del Tribunal Supremo para que exista sucesión de empresa es necesario que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial, pues en otro caso, continúa esa jurisprudencia, la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión. No obstante, a raíz de diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Alto Tribunal debe rectificar sus estrictas posiciones y aceptar que también procede la sucesión en determinados casos cuando el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte del personal del cedente. Es la denominada tesis de la asunción de plantilla, que, según entiende la sentencia que comentamos, no es necesario aplicar en el supuesto de autos para apreciar la existencia de sucesión de empresa. Los datos de hecho son los siguientes: los trabajadores prestaban servicios para doña Josefa, empresa que era la adjudicataria del servicio de lavandería y planchado de la Escuela de Tráfico de la Guardia Civil de Mérida. Extinguido el contrato de gestión de servicios públicos con doña Josefa,

resulta nueva adjudicataria del servicio la Empresa Eurolimp, S.A., que no se hace cargo de los trabajadores de la empresa saliente. La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda sobre despido formulada por dos trabajadores contra la empresa Eurolimp, S.A., declara la improcedencia del despido y condena a Eurolimp, S.A. a que readmita a los trabajadores o les indemnice. Recurre en suplicación la mencionada empresa alegando que no concurre en el caso de autos el supuesto de hecho del artículo 44 ET, pues no se ha transmitido ningún elemento patrimonial entre la empresaria individual y la recurrente y que tratándose de la prestación de un servicio que descansa fundamentalmente en la mano de obra, no concurriría la denominada sucesión de plantilla por cuanto que la nueva adjudicataria no se ha hecho cargo de trabajador alguno de la empresa saliente. La Sala desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia argumentando de la siguiente manera:

“La sentencia de instancia, aun cuando alude a mano de obra, desde luego no aplica la doctrina sobre la sucesión de plantilla, sino que lo que viene a mantener es que la actividad económica que se transmite goza de autonomía y sustantividad, concurriendo los dos elementos que configuran la sucesión de empresa, cuales son el subjetivo, la sustitución de un empresario por otro, sin que sea necesaria la existencia de relaciones contractuales entre ambas, produciéndose válidamente a través de un tercero, y el objetivo, al operar el traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía, constituido en este caso, teniendo en cuenta que el servicio se prestaba en las dependencias de la Escuela de la Guardia Civil, por las máquinas de lavado y planchado que se ponen a disposición de la adjudicataria, y en la que sucede a la anterior (...), siendo que el consumo de electricidad, agua y gas es también por cuenta de la titular. Es por ello que considera que, efectivamente, dada la transmisión operada, la entrante hubiera podido continuar realizando el servicio con las mismas trabajadoras, al concurrir una transmisión de elementos patrimoniales que constituyen el soporte productivo mínimo para continuar con la actividad (...). Entiende esta Sala, (...) que, en efecto, el elemento patrimonial esencial para la prestación del servicio son las máquinas y no el detergente, suavizante, perchas y bolsas para la entrega de la ropa (...) en el supuesto examinado concurre una sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores porque los indicados elementos materiales aludidos, toda la maquinaria para el lavado y planchado, son indispensables para atender el servicio de lavandería adjudicado y caracterizan la transmisión de la entidad económica, dado que sobre estos elementos materiales opera la explotación del servicio. (...) En el supuesto analizado hemos de concluir que estamos ante una sucesión de una entidad económica que mantiene su identidad como consecuencia de la transmisión de los elementos materiales necesarios o básicos para la continuación de la actividad, a lo cual no obsta que el nuevo empresario sea propietario o no de los elementos patrimoniales ni que entre el cedente o cesionario haya existido negocio jurídico de naturaleza alguna, sino el efectivo cambio de titularidad de la entidad económica descrita, que mantiene su identidad hasta tal punto que no existe solución de continuidad entre una y otra adjudicataria, tal y como mantienen las trabajadoras impugnantes, extinguiéndose el contrato de gestión con la primera, empresaria individual, el 31 de diciembre de 2008, e iniciando su actividad la nueva adjudicataria al día siguiente, el 1 de enero de 2009”.

III. Empresario

Distinta será la conclusión a la que llegue la **STSJ de Baleares de 26 de octubre de 2009**, I.L. J 1762, que, apoyándose en jurisprudencia ya rectificada del Tribunal Supremo, considerará que no se ha producido una sucesión de empresa en el supuesto enjuiciado, cuyos datos más sobresalientes son los siguientes: El trabajador demandante prestaba servicios como contramaestre en el Club Marítimo de Mahón, club al que la Administración Portuaria había adjudicado la gestión de los servicios de embarcaciones de recreo en el Muelle de Levante del Puerto de Mahón. Tras resultar nueva adjudicataria la empresa Trapsa Yates, S.L., decide explotar el servicio con personal propio y, por tanto, no se hace cargo del trabajador demandante. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, declara improcedente el despido y condena a Trapsa Yates, S.L. a estar y pasar por tal declaración. Recurre la empresa condenada argumentando que en el caso examinado no cabía hablar de sucesión de empresa al no venir impuesta ni por el convenio colectivo, ni por el pliego de condiciones, y que tampoco existía un traspaso o cesión de la concesión, sino una extinción de la anterior y la adjudicación de una nueva, ni se había producido la transmisión de elementos patrimoniales y la nueva concesionaria no se había beneficiado tampoco de la clientela. La Sala le dará la razón al recurrente y, trayendo a colación jurisprudencia del Tribunal Supremo del año 1998, partirá de dos datos probados, a saber, que “ni en el convenio colectivo ni en el pliego de condiciones se establece tal subrogación, antes al contrario, tanto en el pliego de condiciones de la concesión del Club Marítimo de Mahón como en el de la concesión de Trapsayates S.L. se establece con toda claridad que el personal que preste servicios en la explotación de las instalaciones depende exclusivamente del contratista de la gestión del servicio”. Siendo así, la existencia de sucesión debería derivarse de la transmisión de una entidad económica que mantenga su entidad, circunstancia cuya presencia también se rechaza, afirmándose que

“tampoco ha habido transmisión de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, ni siquiera de elementos esenciales o significativos del activo material o inmaterial, ni directamente ni indirectamente a través de la Autoridad Portuaria. (...) lo entregado a Trapsayates fueron las instalaciones que debían gestionarse, consistentes en los muelles, zonas de varada y pantalanes, sin que conste que recibiera ninguna embarcación, grúa, material de seguridad u otros elementos necesarios para desarrollar la actividad (...) En realidad, no podía haber traspaso alguno de los muelles y zonas de varada por tratarse de dominio público, cediéndose simplemente el uso a fin de poder llevar a cabo la gestión de los puestos de amarre y de la zona de varada. Pero, además, como se establece en el artículo 125 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, extinguida la autorización o concesión, el titular tendrá derecho a retirar fuera del espacio portuario los materiales, equipos o instalaciones desmontables que no reviertan gratuitamente a la Autoridad Portuaria en función de lo previsto en el título y en cuanto a obras e instalaciones no desmontables, que revertirán gratuitamente y libre de cargas a la Autoridad Portuaria, ésta decidirá su mantenimiento o su levantamiento y retirada del dominio público. Por tanto, respecto de lo que quedó tras la extinción de la concesión ningún derecho conservaba la concesionaria saliente y nada podía traspasar y no consta ningún traspaso de materiales, equipos o instalaciones desmontables a la nueva concesionaria”.

La tesis de la sucesión de plantilla despliega sus efectos de forma significativa cuando el convenio colectivo aplicable impone a la nueva adjudicataria asumir un determinado por-

centaje de la plantilla de la empresa cedente. A uno de estos supuestos se refieren la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 75 y la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 76, que resuelven casos similares y contienen idéntica doctrina. La empresa Eurocen Europea de Contratas, S.A. sucede a la empresa Teletecht Customer Services Spain S.L. en la contrata de prestación de servicios de *telemarketing* para la empresa Yell publicidad. El convenio colectivo aplicable obliga en tales supuestos a la nueva contratista a incorporar a todo el personal de la plantilla de la empresa anterior al proceso de selección del que deberá resultar la contratación de un determinado porcentaje de trabajadores. La cuestión litigiosa se centrará en determinar si en el caso de autos se aplica el artículo 44 ET o si, como sostiene la empresa recurrente, lo que realmente se produce es una mera sucesión temporal de actividad, donde las eventuales consecuencias subrogatorias son sólo las que derivan de las previsiones convencionales. La Sala, en la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 75, reiterando un pronunciamiento precedente, tras reconocer “no obstante que la cuestión –si se aplica al caso la norma convencional aludida o el artículo 44 ET– no es pacífica entre los Órganos Jurisdiccionales Autonómicos”, y que “aun cuando, como señala la STS de 1 de marzo de 2005 ‘... en nuestro Ordenamiento jurídico el Convenio alcanza una relevancia cuasi-pública’, y que ‘... una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito...’”,

“no puede eludirse que si la nueva adjudicataria y ahora recurrente se ha hecho cargo del 78% de la plantilla de trabajadores de la anterior contratista para llevar a cabo la misma actividad de prestación de servicios de *telemarketing*, con medios de producción más o menos perfeccionados, se impone la preferente aplicación de la norma estatutaria, conforme a la última línea jurisprudencial en la materia, que, en las condiciones relatadas por el *factum* de la sentencia recurrida, obliga a la empresa adjudicataria a incorporar a su plantilla al personal procedente de la que le antecedió en la contrata”.

El mismo pronunciamiento judicial reproducido por la Sentencia recién comentada se reitera en la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 76, que llega a idéntica conclusión y, “en virtud de las previsiones del repetido artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, condena a Eurocen Europa de Contratas, que había integrado en su plantilla al 90% de los trabajadores de la anterior contratista, a las consecuencias aparejadas a la declaración de improcedencia de los despidos de los trabajadores demandantes.

Si en los supuestos que acabamos de reseñar la doctrina de suplicación, en virtud de la tesis de la sucesión de plantilla, ha convertido las previsiones convencionales en una vía indirecta de cumplimiento del supuesto de hecho del artículo 44 ET y, por tanto, de aplicación de sus consecuencias garantistas de los derechos de los trabajadores, en el caso examinado por la **STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 2239, la solución será distinta, pues se concluirá que la sucesión que se produce es por aplicación del convenio colectivo y no del artículo 44 ET. En esta ocasión el convenio de referencia era el Convenio Colectivo General del sector de servicios de asistencia en tierra de aeropuertos, actividad cuyo proceso de liberalización ha dado origen a una abundante jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo, a tenor de la cual el traspaso de funciones operado entre Iberia y los nuevos concesionarios no constituía un supuesto de transmisión de empresa de los

III. Empresario

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”. En este contexto, la **STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 2239, reiterando pronunciamientos previos de la Sala, entenderá que en el caso de autos la entrada de la nueva concesionaria –Unión Temporal de Empresas– en la prestación del servicio de *handling* a terceros en la áreas de rampa, coordinación y pasajeros en el aeropuerto de Madrid-Barajas no es un supuesto del artículo 44 ET, sino un fenómeno subrogatorio que se produce en los términos previstos por la norma convencional y con el alcance en ella fijado, dado que

“la sucesión de empresas entre las dos últimas codemandadas [Ineuropa Handling y Unión Temporal de Empresas] no tiene lugar en virtud de lo establecido en el artículo 44 del ET, (...) sino de conformidad a lo dispuesto en el artículo 67.D) del Convenio Colectivo General del sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos (...) pues la citada empresa pasó a realizar la actividad que antes desarrollaba Ineuropa Handling en el Aeropuerto de Barajas, quien en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 69 del texto colectivo, (...) estaba obligada a realizar una oferta de recolocación voluntaria a sus trabajadores, quienes, en caso de no aceptar, verían extinguidos sus contratos a través de la formalización de un ERE, –conforme dispone el artículo 69 del I Convenio del Sector–, subrogándose sólo así en la relación laboral del actor en las condiciones que tenía ya reconocidas en el momento de la subrogación por la empresa cedente, que fue entonces aceptada por el hoy demandante, sin reparo ni oposición alguna. Se trata, pues, de una sucesión convencional, que es además voluntaria, y que asimismo se adecua a las previsiones del texto colectivo, ya que la antigüedad reconocida es la que le correspondía al trabajador en la empresa cedente, y frente a ella el actor nada reclamó antes de producirse la subrogación”.

Un supuesto muy singular de sucesión de contratos es el analizado en la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 10 de junio de 2009**, I.L. J 1995

El trabajador demandante prestaba servicios para la empresa Vallisoletana de Áreas Verdes, S.L., al haberse subrogado la citada entidad en el contrato de trabajo que con anterioridad aquél tenía con la empresa Jardinería Ruano, S.L. Desde el inicio de su relación laboral el trabajador ha realizado sus servicios en las dependencias de la empresa Michelín España Portugal, S.A., que tenía suscrito contrato de prestación de servicios con Vallisoletana de Áreas Verdes, S.L. A la finalización de esta contrata, la nueva contratista, Integra CEE, Centro Especial de Empleo, decide no subrogarse en el contrato del trabajador. Frente a la sentencia de instancia que declara que la decisión de Integra CEE es un despido nulo, condenándola a las consecuencias derivadas de tal declaración y absolviendo a Vallisoletana de Áreas Verdes S.L., recurre en suplicación la primera de las empresas citadas. La sentencia que comentamos señalará que Integra CEE no tiene obligación de subrogarse en la relación laboral con el actor y declara la improcedencia del cese acordado por la empresa Vallisoletana de Áreas Verdes, S.L., “ya que aquel trabajador estaba vinculado a esta empresa por un contrato indefinido, por lo que finalizada la contrata con la empresa Michelín no existía ningún inconveniente en que continuara prestando servicios para aquélla, careciendo de justificación el cese acordado en esta empresa, por lo que debe declararse improcedente, con las consecuencias establecidas en el artículo 56.1 ET”. Las razones que conducen a la Sala a rechazar la subrogación de Integra CEE se resumen en dos: la que entiende que no

se trata de un supuesto de sucesión de contratas a la que sea de aplicación el artículo 44 ET y la que indica que tampoco cabe extraer la obligación subrogatoria de las previsiones convencionales, pues Integra, como Centro Especial de Empleo, no está sometida al Convenio Colectivo Estatal de Jardinería, sino al XII Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad. Tras un examen del régimen jurídico de la relación laboral especial de los trabajadores discapacitados que presten servicios en los centros especiales de empleo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia concluirá en los siguientes términos:

“a la empresa Integra CEE no le es de aplicación el artículo 43 del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería, que regula el cese de las contratas y la obligación de subrogarse en las relaciones laborales con los trabajadores adscritos a la contrata, por no ser una empresa de jardinería y tener un convenio específico que regula las condiciones de trabajo en esta empresa, el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad, por lo que no nos encontramos ante una sucesión de contratas entre empresas del sector sino ante una sucesión de empresas que tienen un distinto objeto social, ya que Integra CEE tiene como finalidad la integración de las personas con especial discapacidad en el mundo laboral, por lo que puede desarrollar su actividad en cualquier sector productivo, no estando obligada de subrogarse en la relación laboral que vinculaba al trabajador con la empresa Vallisoletana de Áreas Verdes S.L., por no estar incluida en el ámbito de aplicación del convenio del sector jardinería, que sólo afecta a las empresas dedicadas específicamente a dicha actividad, y no constar desde luego formara parte de la asociación de empresarios de jardinería que negoció dicho Convenio. A los Centros especiales de empleo les es de aplicación su marco normativo propio, representado por el Convenio citado por el recurrente, y como tales no se ven afectados por el mecanismo de la subrogación pues la relación laboral común constituida por otra empresa no puede transformarse en una relación laboral especial, por el hecho de que comience a prestar el servicio una empresa reconocida como CEE, ni la especial se transforma en una relación laboral ordinaria cuando la empresa saliente es un CEE; por otro lado, los objetivos y finalidades de un CEE son claramente distintos a los de una simple empresa mercantil. Tampoco nos encontramos ante una sucesión de empresas regulada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al no existir ninguna transmisión patrimonial, ni la asunción de la plantilla de la empresa saliente, lo que conduce, sin necesidad de examinar el motivo subsidiario, con el que venía a cuestionar que en su caso se calificase como despido nulo su negativa a subrogar al actor, a la estimación del recurso interpuesto por Integra CEE y la absolución de todas las pretensiones deducidas en su contra en la instancia”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario**

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Fin de contrato temporal y derechos del trabajador. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. d) Contrato de inserción. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinido. **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.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se ha de destacar en el período analizado la **STS de 3 de febrero de 2010**, I.L. 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, cabe remarcar varios pronunciamientos referidos a la jubilación parcial y al contrato de relevo, como la **STS de 4 de noviembre de 2009**, I.L. J 1738, que declara que la transformación del contrato por el acceso a la jubilación parcial no afecta al carácter indefinido de éste. También la **STS de 9 de febrero de 2010**, I.L. J 229 sobre las posibles sanciones a las empresas que no contratan a nuevos relevistas en el plazo de quince días; y finalmente, los pronunciamientos que reiteran la exigencia de un desarrollo reglamentario específico para el acceso a esta modalidad de jubilación parcial para el personal estatutario de los servicios de salud (**SSTS de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 2009**, I.L. J 1722 y 2132).

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES**1. Período de prueba**

El pacto de prueba es objeto de análisis en varias de las resoluciones estudiadas en el período que nos ocupa. En primer lugar, ha de mencionarse la **STSJ de Asturias de 13 de noviembre de 2009**, I.L. J 1858, que viene a declarar que es válida la extinción del contrato

durante el mismo en el sector de la construcción cuando el trabajador no ha acreditado la prestación de servicios en el mismo puesto en otra empresa, tal y como prevé el convenio aplicable:

“[...] pues la exoneración del período de prueba precisa que por parte del trabajador se acredite el cumplimiento de trabajos de su categoría profesional en cualquier empresa anterior, y dicha acreditación, condición precisa para la exoneración que incumbe al trabajador y no a la empresa, se ha de realizar o manifestar en el momento de concertar el contrato de trabajo o cuando menos poner tal hecho en conocimiento de la empresa seguidamente a su concierto, y no, como aconteció en el presente supuesto, en que la acreditación se intenta por el trabajador con posterioridad a que se produzca el cese acordado por la empresa dentro del período de prueba que real y válidamente fue convenido expresamente por las partes al suscribir el correspondiente contrato de trabajo, y sin resultar acreditado en modo alguno que la empresa fuera conocedora de la experiencia previa del trabajador demandante”.

Por otro lado, también debe destacarse la **STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2009**, I.L. J 1939, en la que se declara también justificada la resolución contractual durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, considerando que no cabe aplicar el régimen de la nulidad objetiva por no tratarse de un despido sino precisamente el desistimiento empresarial vigente el pacto de prueba. Con ello, teniendo en cuenta que la empresa conocía del embarazo desde el inicio de la relación, la resolución concluye en que la decisión de la empresa es lícita, dada la inexistencia de pruebas o indicios de discriminación y lo peculiar del régimen jurídico del período de prueba:

“De este modo, no era preciso que la empresa alegara causa concreta ni cumpliera formalidad alguna para el indicado cese siendo suficiente la alegación de no superación del período de prueba que, además, en el caso concreto, se ha justificado por la escasa contratación conseguida por la actora, cuatro contratos en tres meses como resultado de las 700 visitas efectuadas en el mismo período, según se ha declarado probado en la sentencia recurrida lo que abunda en la causa de desistimiento aplicada y por ello la empresa ha justificado la realidad de unos deficientes resultados de la trabajadora, que, efectivamente, al ser ciertos, permiten considerar que la empresa ha acudido lícitamente al libre desistimiento de la relación laboral”.

En el mismo sentido, se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2009**, I.L. J 189, considerando 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)”

IV. Modalidades de Contratación

Finalmente, la **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 87, viene, al contrario de las anteriores, 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

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Son numerosas las sentencias que revisan diferentes aspectos de esta modalidad contractual. Así, en relación con su duración, la **STSJ de Murcia de 26 de octubre de 2009**, I.L. J 1678, considera que se ajusta a derecho el contrato de obra pactado “hasta el fin de la misma”, habiéndose acreditado de forma indubitada que las tareas que conformaban la obra a realizar por el trabajador habían concluido al extinguir el contrato. En el mismo sentido, se pronuncian la **STSJ de Baleares de 9 de noviembre de 2009**, I.L. J 1840, y la **STSJ de Castilla y León de 3 de junio de 2009**, I.L. J 1971, en sendos supuestos en que también se acredita adecuadamente la finalización de la obra. Tal y como ocurre en la **STSJ de Murcia de 16 de noviembre de 2009**, I.L. J 2221 y la **STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2009**, I.L. J 2225, en las que se prueba la “conclusión definitiva de los trabajos o servicios prestados” por la empresa contratista en la planta de la principal, y “la finalización de la campaña a la que estaba adscrita la trabajadora”, respectivamente. Sin embargo, no se concluye en este sentido en la **STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2009**, I.L. J 2232, dada la prueba de que el trabajador ha sido destinado a trabajos distintos de los que configuran la obra concreta:

“[...] las tareas realizadas por el actor en la fábrica de la empresa, consistían en la fabricación de vigas que se destinaban a distintas obras contratadas por la empresa, por lo que deviene irrelevante si la obra designada en el contrato finalizó o no, aunque haya de concluirse con el juzgador de instancia que tampoco lo ha probado la demandada, que se limita a afirmar la correspondencia entre aquélla y la que ahora ocupan las oficinas de la empresa. En definitiva el fraude en la contratación se revela, al destinarse al actor para realizar trabajos no sólo para aquella obra contratada, sino para cualesquiera otras de la demandada que precisara de vigas en cuya elaboración participaba el actor en la fábrica de la empresa, funciones que no se especificaron en el contrato”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2009**, I.L. 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”.

Respecto de la causa que justifica el recurso a este contrato, la **STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2009**, I.L. J 1755, recuerda y aplica la ya consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de que ésta se identifique de modo claro, sin que sea posible admitir cláusulas que de modo vago e indeterminado hacen alusión a la obra o servicio causando así indefensión en el trabajador. Por otra parte, la **STS de 9 de diciembre de 2009**, I.L. J 2062, considera que se ajusta a derecho el contrato de obra concertado por un Ayuntamiento para ejecutar un “plan de actualización”; asumiendo que la finalización del plan justifica la extinción del contrato, sin que la concertación de un nuevo plan similar al anterior implique la obligación de contratar de nuevo a la trabajadora:

“Y no es óbice a lo anterior el hecho de que la actora no fuera contratada nuevamente (o no prolongara sus anteriores servicios) bajo el nuevo Plan contenido en la Orden de la misma Consellería para el año 2007, pues no puede olvidarse que esta Orden instauraba un plan nuevo, por más que su contenido fuera similar al de la anterior de 2006, pero aquélla no suponía en modo alguno la continuidad del Plan de ésta. Ha de tenerse presente que, conforme a la Orden de 2006, una de las finalidades del Plan –y así expresamente se consignó en el contrato de la actora (hecho probado añadido en sede de suplicación), por lo que ella lo conoció y aceptó– era ‘el interés social para mejorar el empleo a través de la adquisición de experiencia profesional en ocupaciones relacionadas con los nuevos tipos de empleo vinculados al medio ambiente’, de tal manera que el principal designio de la Consellería (y también del Ayuntamiento empleador) no era proporcionar puestos de trabajo de carácter indefinido a determinados trabajadores, sino proporcionar, durante la vigencia del Plan, a los contratados la aludida ‘adquisición de experiencia profesional’ en la materia expresada; por ello, ninguna ilegalidad supone el hecho de que el Ayuntamiento decidiera, al amparo de la Orden del año siguiente, contratar a otros trabajadores distintos con el fin de que éstos adquirieran también la experiencia profesional en ocupaciones relacionadas con los nuevos tipos de empleo vinculados al medio ambiente que ya se había proporcionado a los contratados bajo la vigencia del Plan de 2006”.

En distinto sentido, la **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 88, declara que no es posible admitir como expresión mediante la cual se especifica con precisión y

IV. Modalidades de Contratación

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 ellas, 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”.

b) Contrato de interinidad

La **STS de 20 de enero de 2010**, I.L. J 43, desestima la pretensión de una interina del Servicio Madrileño de Salud de percibir un pago a cuenta del complemento de carrera profesional y el derecho a acceder al modelo de carrera profesional establecido por un acuerdo sobre criterios generales de promoción profesional para el personal estatutario fijo de la Comunidad Autónoma. Ello se hace sobre la base de rechazar la clásica doctrina de vulneración del artículo 14 de la CE.

La **STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2009**, I.L. J 1755, examina las contrataciones temporales sucesivas de un trabajador. En punto a los contratos de interinidad por sustitución, la doctrina relevante de la sentencia es la referida a la posibilidad legal de que el sustituto realice funciones diferentes del sustituido. Se señala que ello no es una autorización genérica e incondicionada a favor del empresario para que a su conveniencia ocupe al trabajador en cualquier puesto de trabajo, descausalizando el contrato.

Para el supuesto de interinidad por vacante, cabe reseñar, en primer lugar, la **STSJ de Galicia de 22 de junio de 2009**, I.L. J 1975, que declara el carácter improcedente del cese de una interina cuando se había amortizado su plaza sobre la base de la reincorporación de un excedente. Sin embargo, en autos la demandante acreditó la existencia de otros contratos de interinidad con menor antigüedad que no fueron cesados, y la preferencia de la trabajadora reingresante por otras plazas. Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2009**, I.L. J 303 reitera la doctrina de que a efectos de la identificación de la plaza cuyo cobertura puede motivar el cese del interino, es suficiente con mencionar la categoría y lugar o centro de trabajo, no siendo necesario la identificación numérica de la plaza.

Finalmente, debe hacerse mención de la **STSJ de Galicia de 2 de junio de 2009**, I.L. J 1973, dictada en Sala General y frente a la que se formula voto particular discrepante, que admite la extinción del contrato de interinidad por la provisión de la plaza por quien superó el proceso selectivo. Como se reseñara en anteriores crónicas, se analiza fundamentalmente la incidencia de una normativa autonómica donde se prevé un futuro proceso de consolidación como indefinida de plazas vacantes ocupadas por interinos. La sentencia

concluye que dicho proceso no excluye la extinción válida del contrato de interinidad ni da derecho a una suerte de reserva de puesto de trabajo.

“En suma, pues, la DT decimocuarta del Decreto Legislativo 1/2008, no configura el derecho a ninguna reserva de puesto de trabajo, sino que lo que se reserva para el proceso de consolidación es un número de plazas para su oferta en esa futura convocatoria. La normativa que comentamos lo que garantiza es la conversión de empleo temporal en fijo, mediante el sistema de concurso-oposición abierto, y no impide a la trabajadora que ha visto extinguido válidamente su contrato, acudir a dicho proceso extraordinario de consolidación”.

c) Contrato de inserción

La **STS de 15 de febrero de 2010**, I.L. J 280, analiza si la contratación de unas trabajadoras como auxiliares a domicilio en una Corporación Local respondió a la desaparecida modalidad del inserción o a la de contratación para obra o servicio determinado. La importancia de la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en si éstos tenían autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ayuntamiento y la finalización de la subvención en la que se amparaban podía determinar su extinción. El Tribunal Supremo parte de que el contrato de inserción tiene características propias y que aunque en el caso en concreto en los contratos se había empleado la denominación de obra o servicio, la realidad era que su objeto era la realización de una obra o servicio de interés general o social enmarcado en un programa público con la finalidad de formación de las trabajadoras. Esta misma doctrina se aplica en la **STSJ de Extremadura de 11 de diciembre de 2009**, I.L. J 300.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Son numerosas las sentencias que en el período analizado reiteran la conocida jurisprudencia sobre la igualdad de condiciones de trabajo entre trabajadores fijos y temporales en Correos y Telégrafos. De un lado, respecto del derecho al complemento de antigüedad encontramos las **SSTS de 5 de noviembre de 2009**, I.L. J 1721, **de 2 de noviembre de 2009**, I.L. J 1739, **de 24 de noviembre de 2009**, I.L. J 1813, **de 6 de octubre de 2009**, I.L. J 1876. De otro lado, en relación con el complemento de permanencia y desempeño, las **SSTS de 13 de noviembre de 2009**, I.L. J 1808, **de 6 de octubre de 2009**, I.L. J 1876 y **de 15 de diciembre de 2009**, I.L. J 2071.

Por otra parte, cabe también destacar en el tema que nos ocupa la **STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2009**, I.L. J 2228, que declara que en un supuesto en que se produce una sucesión de contratos no fraudulenta con solución de continuidad, sólo podrán computarse a efectos de antigüedad los períodos efectivamente trabajados. En sentido contrario, la **STSJ de Valencia de 13 de octubre de 2009**, I.L. J 1775, concluye en la necesidad de incluir en el cómputo de la antigüedad todos los períodos de prestación de servicios, por los siguientes motivos:

IV. Modalidades de Contratación

“1) el complemento de antigüedad, cuya “fuente principal” de regulación es a partir de la Ley 11/1994 el convenio colectivo, debe calcularse y computarse, en principio, en la cuantía y en los términos que determine la regulación convencional que lo establece; 2) el complemento de antigüedad tiene por objeto “compensar la adscripción del trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido (en una cadena de contratos sucesivos) interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador, máxime si tales interrupciones fueron por imposición de este último”; 3) no rige, en consecuencia, para el complemento de antigüedad la doctrina jurisprudencial de la “interrupción superior a 20 días entre sucesivos contratos temporales” pues tal doctrina, cuya virtualidad se mantiene expresamente, es de aplicación no en materia de condiciones salariales sino en materia de condiciones de empleo, y en particular en el “examen de cada uno de los contratos integrantes de una cadena a fin de declarar cuales de ellos pueden calificarse de fraudulentos”, determinando que, salvo supuestos excepcionales, “no pueden examinarse contratos anteriores a una interrupción superior al plazo de caducidad de la acción de despido”[...].”

De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2009**, I.L. J 2008, a los efectos de calcular los años de servicio para aplicar el artículo 56.1 ET, señala, siguiendo la tendencia jurisprudencial, que

“[...] en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. Por ello, en este caso, como se anticipó, no cabe sino entender que el tiempo de servicios hay que calcularlo desde el 3 de noviembre de 2003, puesto que no existió entre las sucesivas contrataciones ninguna solución de continuidad y el juzgador declara probado que en 2005 el demandante suscribió un contrato temporal, el que después se transformaría en indefinido, tras haber prestado los mismos servicios durante un tiempo desde noviembre de 2003, con lo que puede apreciarse esa unidad esencial del vínculo laboral a que se refiere el Alto Tribunal”.

Finalmente en esta materia cabe destacar la **STS de 2 de noviembre de 2009**, I.L. J 1739, que reitera la conocida jurisprudencia sobre la unidad del vínculo en supuestos de contratos temporales sucesivos y la necesidad de computar la antigüedad desde el primero de los contratos.

b) Conversión en indefinido

La **STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2009**, I.L. J 2080, declara que se devino indefinida la relación laboral concertada por interinidad cuando:

“[...] no consta acreditado que el actor fuese contratado para sustituir a la trabajadora Sra. Nieves, pues fue cesado con anterioridad al alta médica de la referida trabajadora, ni tampoco que lo fuese para cubrir la vacante de Torrevieja pues el concurso se resolvió en noviembre, de manera que no consta acreditada la necesidad temporal que justificase la contratación del actor, lo que supone que el referido contrato temporal lo fue en fraude de ley, y ello conlleva que la relación laboral devino indefinida, y en consecuencia el cese impugnado, de fecha 30 de junio de 2008, supone un despido improcedente, [...]”.

De otro lado, cabe también detenerse en esta materia en la **STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2009**, I.L. J 2008, que resuelve una interesante cuestión relacionada con la conversión del contrato temporal en indefinido de fomento o en contrato fijo y entra así a valorar si se ha producido fraude de ley en la contratación para decidir:

“[...] si entendiéramos que cualquiera de ellos se concertó en fraude de ley, como parece considerar el recurrente, es claro que el indefinido tendría tal carácter, pero no cabría dentro de la modalidad de fomento de la contratación indefinida establecido en la mencionada Ley, puesto que no se habría efectuado con un trabajador empleado en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, sino con uno que ya tenía el carácter de indefinido en virtud del artículo 15.3 ET, con lo que la indemnización sería la normal del artículo 56.1 ET. Pero el fraude de ley no se presume, sino que debe ser probado por la parte que lo alega [...] y la apreciación del fraude de ley corresponde, de modo primordial, al juzgador de instancia. [...] En este caso, no parece que el juzgador de instancia haya apreciado fraude en la contratación del demandante, dado que en el segundo fundamento de derecho de su sentencia entiende que el tiempo de servicios que hay que tener en cuenta para el cálculo de la indemnización es el que transcurrió desde 2005, es decir, desde el inicio del segundo contrato temporal [...]. De lo expuesto se deduce que para el cálculo de la indemnización hay que partir del tiempo de servicios desde el 3 de noviembre de 2003 y de 33 días de salario por año de servicio”.

c) Extinción del contrato

Ha de destacarse de forma especial la **STS de 3 de febrero de 2010**, I.L. 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 su derecho, 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 concurren 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

IV. Modalidades de Contratación

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 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”.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En punto a esta modalidad contractual, en el terreno de la protección social, las **SSTS de 6 de noviembre de 2009 y 26 de enero de 2010**, I.L. J 2263 y 23 aplican a los efectos de cálculo de la base reguladora de una incapacidad permanente por contingencias comunes, la doctrina jurisprudencial sobre la no integración de los períodos no trabajados con bases mínimas de cotización. De este modo, se computan únicamente las cotizaciones realizadas por el trabajo a tiempo parcial. El Alto Tribunal hace hincapié en que la doctrina jurisprudencial es diferente completamente a la elaborada en el caso de los trabajadores fijos discontinuos.

B) Contrato fijo discontinuo

Enlazando directamente con lo dicho en el apartado anterior, la **STS de 21 de enero de 2010**, I.L. J 62, integra los períodos no trabajados de un trabajador fijo discontinuo con bases mínimas de cotización a la actividad contratada en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuados en la campaña correspondiente para el cálculo de la base reguladora de una incapacidad permanente.

En otro orden de cosas, las **SSTS de 19 de enero y de 3 de febrero de 2010**, I.L. J 36 y 135, aplican la doctrina unificada de entender que las tareas de control de incendios forestales es una competencia ordinaria y permanente de la Administración, que no puede ser válidamente articulada mediante modalidades de contratación por obra o servicio determinado, sino que la situación debe calificarse de indefinida discontinua.

En segundo lugar, la **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2009**, I.L. J 1747, declara el carácter fijo discontinuo de unos agentes de servicios auxilia-

res de una compañía aérea, que desarrollaban una relación articulada mediante contratos eventuales. La sentencia abunda en el carácter cíclico y periódico de los servicios prestados para la empresa demandada coincidentes con aumentos periódicos de la actividad de la empresa en las islas en determinados períodos del año. Además la sentencia aplica la doctrina de que a efectos del cómputo de la antigüedad de esta clase de trabajadores sólo se han de tener en cuenta los períodos de prestación efectiva de servicios en la empresa, pero no los períodos de inactividad.

En tercer lugar, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de septiembre de 2009**, I.L. J 2083, estudia la aplicación del plazo de caducidad del despido en los contratos de trabajadores fijos discontinuos que no se repiten en fechas ciertas. La sentencia estima que dados los antecedentes del inicio de actividades en otros años, la trabajadora no acreditó debidamente el inicio de actividades y el conocimiento de su no llamamiento en la fecha postulada en la demanda, por lo que la estimó caducada. Analizando también el tema de la caducidad del despido de un trabajador discontinuo, la **STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2009**, I.L. J 176, determina, en primer lugar, la naturaleza fija discontinua de la relación de un formador ocupacional que había sido contratado al amparo de contratos de obra y servicio, y, en segundo lugar, se estima que el cómputo del plazo de caducidad se inicia cuando el trabajador tiene constancia clara de la falta de llamamiento.

Finalmente, la **STSJ de Baleares de 13 de noviembre de 2009**, I.L. J 181, estima la acción de despido planteada por una trabajadora fija discontinua a la que se le había cesado sin que hubiera acabado la campaña y, en su lugar, se había ocupado a trabajadores eventuales.

C) Contrato de relevo y jubilación parcial

Cabe destacar en este período diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo. En primer lugar, las **SSTS de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 2009 y 26 de enero de 2010**, I.L. J 1722, 2132 y 19, que no admiten el acceso a la jubilación parcial del personal estatutario en tanto no se desarrolle reglamentariamente para este colectivo el artículo 166 LGSS. Las sentencias establecen que la modalidad de jubilación parcial sólo está claramente prevista y perfeccionada en el ordenamiento de la Seguridad Social (artículo 166.2) y desarrollada reglamentariamente en el Real Decreto 1131/2002, para los trabajadores por cuenta ajena (artículo 12.7 ET), pero necesita un desarrollo propio y específico, también reglamentario ex artículo 166.4 LGSS, respecto de quienes, como el personal estatutario de los servicios de salud, tienen un régimen jurídico muy distinto. Y ello aun cuando el estatuto marco lo contemple, pero condicionando esta posibilidad a que quienes tengan competencia para ello (las Comunidades Autónomas) así lo determinen en su ordenamiento específico “como consecuencia de un plan de recursos humanos” (artículo 26.4 Ley 55/2003).

En segundo lugar, la **STS de 25 de enero de 2010**, I.L. J 123, examina la posible responsabilidad empresarial por cese de un trabajador relevista derivado de la transmisión parcial de una empresa de transporte manteniendo su relación laboral en la nueva empresa, sin que la empresa originaria contrate a un nuevo relevista. El Tribunal Supremo entiende que

IV. Modalidades de Contratación

no cabe entender que exista una conducta fraudulenta por parte de la empresa originaria que justifique la aplicación de la responsabilidad empresarial de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002. Se establece que

“Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora no se resuelve”.

En tercer lugar, la **STS de 4 de noviembre de 2009**, I.L. J 1738, declara la ilegalidad de la modificación efectuada en los contratos suscritos por los jubilados parcialmente de una Administración autonómica en el sentido de transformar su anterior contrato indefinido en uno temporal. A estos efectos, se entiende que dicha modificación carece de base legal, pues el trabajador al acceder a la jubilación parcial, concierta un contrato a tiempo parcial, pero en idénticas condiciones de fijeza o de naturaleza indefinida en que venía prestando servicios a la empresa. Además, la sentencia, reconoce a estos trabajadores, en proporción a su tiempo de trabajo, el derecho a un complemento de productividad.

En cuarto lugar, la **STS de 9 de febrero de 2010**, I.L. J 229, examina la obligación empresarial de contratar a un nuevo relevista en el plazo de quince días, entendiendo que es un deber imperativo de resultado, del que el empresario no queda exento por haber tratado de procurarse por la vía oficial de gestión de empleo a nuevos trabajadores cuando ha existido una demora que supera el mencionado plazo.

Por otra parte, deben comentarse diversos pronunciamientos en suplicación. En primer término, se estima el derecho al acceso a la jubilación parcial al entender que concurrían los requisitos negados en vía administrativa, de que el jubilado parcial y el relevista desempeñaban tareas correspondientes al mismo grupo profesional y que la normativa no exige que ambos trabajadores tengan el mismo nivel retributivo (**STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2009**, I.L. J 1766). En segundo término, la **STS de Aragón de 26 de octubre de 2009**, I.L. J 1686, confirma una sanción impuesta por el INSS a un trabajador por compatibilizar una pensión de jubilación parcial causada en el Régimen General, con un trabajo a cuenta propia, aunque sea a tiempo parcial.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En este terreno, cabe reseñar la **STS de 16 de diciembre de 2009**, I.L. J 2147, que reitera la doctrina de declarar la incompetencia del orden social para determinar el mejor derecho para ser contratado de acuerdo con una bolsa de empleo en las administraciones públicas, siendo esta contratación previa al vínculo laboral y donde predomina el carácter de poder público en la actuación que debe regir la Administración.

B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral

La **STS de 4 de febrero de 2010**, I.L. J 127, declara que un proceso de consolidación como fijo a los contratados temporales, sin ningún proceso de selección, es contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben regir en la Administración pública.

En cuanto a la figura del contrato indefinido, pero no fijo, se aplica esta figura ante irregularidades en la contratación temporal de una empleada de un Ayuntamiento (**SSTSJ de Madrid de 27 y 30 de octubre de 2009**, I.L. J 2224, 2234 y 2240). Asimismo, se reitera en este período la doctrina jurisprudencial que considera discriminatoria la exclusión de los trabajadores indefinidos, pero no fijos, del derecho de opción en casos de despido disciplinario improcedente reconocido en convenio colectivo (**STS de 16 de diciembre 2009**, I.L. J 2145).

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) No cabe incluir el “complemento autonómico” en la paga extraordinaria de antigüedad. Junta de Castilla y León. Centros de enseñanza privados concertados. b) Diferencias en la liquidación por el cálculo de las pagas extras. Valor liberatorio del recibo de saldo y finiquito. c) Reclamación de salario base y plus de antigüedad. Prescripción y conflicto colectivo. d) Pagas extraordinarias de junio y diciembre. Pagas extraordinarias de septiembre y productividad abono anual. Abono semestral de éstas al cese de la relación laboral. Convenio Televisión Española. e) Diferencias salariales. Readmisión irregular. Dietas por desplazamiento y horas extras. Condena solidaria a las empresas demandadas. f) Reclamación de cantidad. Estimación parcial. Multa de tráfico. Reconvencción y compensación. g) Demanda de conflicto colectivo. Prescripción. Vinculación de un acuerdo previo entre empresa y representante de los trabajadores por el que se equipara en términos económicos a los pinches de cocina del hospital público donde presta sus servicios el demandante. Subrogación de las empresas. h) Complemento de jefatura de departamento: responsabilidad de la Administración hasta el límite presupuestario calculado mensualmente. i) Plus de turnicidad: absorción y compensación con la retribución superior abonada por la empresa. j) Plus de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos: abono a profesora de educación especial. k) Complemento de especial dedicación: complemento de puesto de trabajo: carácter no consolidable. l) Stock Options: momento en que es posible ejercitar la opción: despido improcedente. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso ordinario. No es necesaria una sentencia específica de despido. C) Protección del salario. a) Ejecución separada. No procede. Concurso iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, e inicio del trámite judicial efectivo de traba de bienes concretos

del deudor con posterioridad a dicha entrada en vigor. **2. Jornada de trabajo.**

A) Horas extraordinarias: Desestimación. Falta de prueba respecto de su realización.

3. Clasificación profesional. A) Concurrencia no colisiva de convenio colectivo y acuerdo de empresa. B) Fusión de secciones de una empresa: condición formal –nominal– o sustancial de los cambios habidos en la clasificación profesional.

4. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Modificación de turnos rotativos que afecta a la jornada y a los descansos previstos en el convenio colectivo. B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Dificil situación de la empresa. Desestimación. C) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Impugnación por el cauce del procedimiento ordinario. Adecuación. Incumplimiento empresarial de los trámites del artículo 41 ET. Modificación injustificada. Realización de trabajos en domingos. D) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Justificada. Cambio en el sistema retributivo (de destajo por el de rendimiento a prima). E) Modificación sustancial de las condiciones laborales pactadas por acuerdo extraestatutario. No se requiere acuerdo de trabajadores y empresa. Puede ser acordada por la empresa terminado el período de consultas. F) Modificación sustancial de las condiciones laborales. Incumplimiento de los trámites previstos en el artículo 41 ET. Procede su impugnación por los trámites del proceso ordinario. **5. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: Papel de la negociación colectiva. Cláusula de no competencia.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2009 y 1 y 2 de 2010 de la Revista de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1673 a 2274 y 1 a 306).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) No cabe incluir el “complemento autonómico”, en la paga extraordinaria de antigüedad. Junta de Castilla y León. Centros de enseñanza privados concertados

STS de 8 de octubre de 2009, (recurso de casación para la unificación de doctrina 3514/2008), I.L. J 1703. 1. Nuevamente el TS resuelve en recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por parte de la Consejería de Educación de la Junta

V. Dinámica de la Relación Laboral

de Castilla y León, derivada de la estimación parcial de la demanda sobre el cómputo del complemento autonómico en la paga extraordinaria de antigüedad de una docente en centro concertado. Sobre la interpretación del concepto de paga extraordinaria de antigüedad recogido en el artículo 61 del IV Convenio Colectivo de Enseñanza Privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos, por 25 años de servicios profesionales, y si en ésta debe incluirse “complemento autonómico”, fundamentando esta postura en la interpretación por separado de los vocablos mensualidad y extraordinaria, lo que supondría que la cuantía de la paga de antigüedad debería corresponderse a una mensualidad ordinaria, por cada quinquenio cumplido. Y que el adjetivo de extraordinaria es en referencia a que la paga de antigüedad por sí misma es extraordinaria, pues se percibe una única vez tras 25 años de servicio.

2. Reitera el TS como ya lo ha hecho en sentencias: TS, Sala de lo Social, Sentencia de 8 de octubre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3520/2008), I.L. J 1458; TS, Sala de lo Social, Sentencia de 6 de octubre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2784/2008), I.L. J 1460; TS, Sala de lo Social, Sentencia de 6 de octubre de 2009, (recurso de casación para la unificación de doctrina 2464/2008), I.L. J 1503; TS, Sala de lo Social, Sentencia de 16 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2477/2008), I.L. J 1326; TS, Sala de lo Social, Sentencia de 22 de julio de 2009, (recurso de casación para la unificación de doctrina 2463/2008), I.L. J 1422, TS, Sala de lo Social, Sentencia de 7 de julio de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2760/2008), I.L. J 1334, que no puede interpretarse por separado, por un lado, el vocablo mensualidad y, por otro, extraordinaria, sino que la expresión de “mensualidad extraordinaria” debe tenerse en cuenta e interpretarse como una oración gramática con unidad de expresión, para poder determinar su verdadero sentido, y en consecuencia forman un único sintagma que ineludiblemente se refiere a que es una mensualidad distinta con el importe de las pagas extraordinarias del artículo 59 de dicho convenio y no el importe de una paga ordinaria del artículo 61.

3. El TS mantiene en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, la tesis de la Administración recurrente, con una interpretación de ambos vocablos “mensualidad extraordinaria” como un único sintagma, y de forma totalmente literal, entendiendo que la separación de mensualidad y extraordinaria distorsiona la frase, dando lugar a interpretaciones equivocadas.

La paga extraordinaria por antigüedad debe ser igual que la cuantía de las pagas extraordinarias que se regula en el artículo 59 del convenio de constante referencia y, en consecuencia, los complementos retributivos autonómicos no están incluidos en ellas, puesto que el artículo 59 del Convenio establece que en las pagas extraordinarias, solamente se abonan los conceptos de salario, antigüedad y complementos específicos.

b) No caben diferencias salariales por absorción y compensación por conceptos salariales no homogéneos

STSJ Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2009, (recurso 960/2009), I.L. J 1834.

1. Se estima parcialmente la demanda presentada por la actora el 2 de abril de 2008 en

reclamación de diferencias salariales derivadas de la equiparación de categorías profesionales, tras Sentencia por conflicto colectivo del TSJ de Castilla-La Mancha que adquiere tras auto de la Sala de lo Social de inadmisión del recurso de casación de fecha 18 de diciembre de 2007, notificado a la demandante el día 4 de febrero de 2008, sentencia por la que se estima que la empresa demandada debe aplicar el Convenio Colectivo provincial del sector para actividades siderometalúrgicas de Guadalajara, en lugar del Convenio Colectivo de Comercio de Guadalajara. Por un lado, la empresa alega compensación de las cantidades por un complemento al puesto de trabajo que se le abona a la actora en virtud de una cláusula adicional del contrato de trabajo, que recogía que por necesidades de la empresa la trabajadora viene obligada a desempeñar tareas que se le encomienden dentro de su grupo profesional, abonándole un plus por realizar trabajos de superior categoría. Así mismo, la empresa demanda a la trabajadora el 11 de diciembre de 2007 por exceso de días de vacaciones, dictándose sentencia por la que se condenaba a pagar a la trabajadora la cantidad de 804,79 euros.

2. La empresa recurre ante la estimación parcial de instancia, denuncia la infracción del artículo 26.5 del ET que regula la compensación y la absorción de los conceptos salariales, y la segunda por infracción del artículo 59 del ET al entender que ha prescrito la acción para reclamar. En relación a la compensación y absorción y la infracción del artículo 26.5 ET, es decir, que se compense y absorba el complemento al puesto de trabajo referido en el computo anual del salario en el convenio de empresas siderometalúrgicas aplicable, es desestimado porque el complemento de puesto de trabajo de constante referencia está directamente relacionado con el artículo 39 del ET, es decir, que viene a remunerar la realización de tareas propias de una categoría o grupo profesional superior al que la trabajadora ostenta y no son por lo tanto conceptos homogéneos, y que por otro lado tiene su base en el propio contrato de trabajo, nexo contractual por decisión unilateral del empresario que impide que pueda declararse como condición más beneficiosa, que implica voluntad del empresario de atribuir a la trabajadora una ventaja o beneficio que supere las fuentes legales.

Se desestima el segundo motivo del recurso, de denuncia de prescripción, porque el plazo de prescripción de un año se computa, de acuerdo con los artículos 1969 del Código Civil y 59.2 del ET, la fecha a partir de la cual la acción puede ser ejercitada. Es a partir de la notificación del auto del TS de fecha 18 de diciembre de 2007, desestimando el recurso de casación interpuesto por la demandada, cuando adquiere firmeza la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha que declara la aplicación del Convenio Colectivo provincial del sector para actividades siderometalúrgicas de Guadalajara, referido convenio se publicó el 31 de agosto de 2006, lo que implica que la demanda de conflicto colectivo paralizó el plazo de prescripción antes de que transcurriera el plazo de un año.

3. La sentencia referida traslada al ámbito de la aplicación del artículo 26.5 del ET, es decir la absorción y compensación, y se acoge a la reiterada, constante y unificada doctrina que establece la necesidad de la homogeneidad de los conceptos para que sea aplicable la compensación y absorción (STCT de 17 de junio de 1987 Ar.13484; STCT de 13 de julio de 1987 Ar. 15831), y que en este caso no se da por ser un complemento al puesto de tra-

V. Dinámica de la Relación Laboral

bajo que se abona por el desempeño de unas determinadas tareas correspondientes a una categoría superior pactadas en contrato.

Sobre la institución de la prescripción en los conflictos colectivos, y que si bien es una materia en la que está unificada la doctrina del TS, apreciamos cómo sigue generando conflicto la interpretación del plazo a partir del cual se interrumpe la acción, dejando claro que interrumpe el plazo de prescripción que se hallara en curso en el momento de la prescripción del conflicto, tal y como afirma la STS 12 de junio de 2000, “esta Sala ha dicho reiteradamente que el ejercicio de aquella acción colectiva debe valorarse como una reclamación con los efectos interruptivos de la prescripción previstos en el artículo 1973 del Código Civil”, por eso hace referencia expresa a la publicación del convenio colectivo aplicable en el BOP en fecha 31 de agosto de 2006, fecha a partir de la cual se pudieron interponer las reclamaciones individuales, y en consecuencia, interrumpiendo el plazo de prescripción, la interposición de la demanda de conflicto colectivo.

c) Centro de enseñanza privada concertada. Profesor de bachillerato, no concertado. Complemento autonómico en proporción al número de horas trabajadas. En el acuerdo de julio de 2002 no se contempla el complemento de analogía de Castilla y León

STSJ de Castilla y León de 18 de noviembre de 2009, (recurso 1352/2009), I.L. J 1902.

1. El Acuerdo de 11 de julio de 2002 establecía que los docentes que impartan sus servicios, total o parcialmente, en niveles no concertados de bachillerato percibirán directamente de la empresa un complemento económico por una cuantía igual a la que la Junta de Castilla y León abone a los docentes del segundo ciclo de la ESO en concepto de complemento autonómico en proporción al número de horas semanales trabajadas en los niveles no concertados. En todo caso, la retribución bruta de los profesores de bachillerato no concertados, exceptuando complementos de antigüedad, no podrá exceder de la correspondiente a un docente de segundo ciclo de la ESO. A dicho complemento salarial se denomina complemento autonómico. El 6 de noviembre de 2002 se firmó por la Consejería de Educación y Cultura de Castilla y León y las Organizaciones sindicales más representativas, organizaciones patronales y de titulares, en cuyo artículo tercero se recoge el “Complemento de Analogía Retributiva”.

El actor reclama diferencias salariales del año 2007 por importe de 1.022,40 euros, por la aplicación indebida del acuerdo de 11 de julio de 2002, pues a lo largo de 2007 el actor ha impartido su jornada a razón de 12 horas semanales en bachillerato percibió 95,46 euros mensuales en concepto de “complemento pacto de Castilla y León, complemento este cuya cuantía en relación con un profesor de bachillerato no concertado a jornada completa se elevaría a 205 euros.

2. Fundamenta el trabajador recurrente para la estimación de su pretensión que la finalidad del Acuerdo de 11 de julio de 2002 fue las retribuciones de los docentes de los niveles no concertados de bachillerato con los del segundo ciclo de la ESO. El colegio demandado desde esta fecha ha sido retribuido por igual a ambos colectivos, por ello y sobre la base del principio *in dubio pro operario*.

La Sala desestima la pretensión porque entiende que la literalidad del acuerdo que no dejaba lugar a dudas, no era lograr la asimilación de salarios de los docentes de bachillerato con los profesores de segundo ciclo de la ESO, pues nada se establecía al respecto, sino que el fin era reconocer al primero de los colectivos citado un complemento retributivo denominado “complemento autonómico”, y ese complemento sí fue abonado a lo largo del año 2007 al demandante, y se hizo en estrictos términos del acuerdo, es decir, en función del número de horas docentes impartidas. Lo que realmente viene a solicitarse por el actor es el reconocimiento del complemento de analogía de Castilla y León, complemento que no está contemplado en el Acuerdo de julio de 2002, pues éste fue establecido por el acuerdo de 6 de noviembre de 2002, y que sí buscaba equiparar las retribuciones de los docentes de la enseñanza privada y pública, proceso de equiparación que se inició en diciembre de 2002 y que obligaba a la Administración regional, compromiso inexistente en los pactos de julio de 2002.

3. Resuelve nuevamente la Sala del TSJ de Castilla y León como ya lo había hecho con anterioridad en Sentencia de 26 de junio de 2009, recurso 791/2009, y en los mismos términos. Y tras el estudio literal de ambos complementos regulados en acuerdos diferentes (julio de 2002 complemento autonómico, y noviembre de 2002 complemento de analogía de Castilla y León), rechaza la pretensión del actor porque la Admisnitración educativa no estaba vinculada por el Acuerdo de julio de 2002 ni en razón del ámbito subjetivo de afectación, ni en razón de los fines pretendidos por unos acuerdos y otros, pues el de Julio de 2002 afecta a los docentes de los niveles no concertados de bachillerato y el de noviembre de 2002 a los docentes de la privada concertada.

d) 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 de 23 de junio de 2009 (recurso 1279/2009), I.L. J 1986; **STSJ de La Rioja de 20 de noviembre de 2009** (recurso 320/2009), I.L. J 2163; **STSJ de La Rioja de 20 de noviembre de 2009** (recurso 316/2009), I.L. J 2164; **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009** (recurso 3563/2009), I.L. J 74; **STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2009** (recurso 3978/2009), I.L. J 258. 1. En todas las sentencias reseñadas, y como consecuencia de la adhesión a un ERE, se centra la cuestión controvertida en la fijación del período durante el cual se devengan las respectivas pagas. 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 han sido abonadas como generadas anualmente y otras dos semestralmente; negando el

V. Dinámica de la Relación Laboral

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, por la forma de pago y cálculo del devengo de las pagas extraordinarias, 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 contradictoria 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, 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 de que el cese del trabajador se produzca antes del vencimiento del tiempo en que han de ser abonadas las pagas, el cálculo para el devengo de las pagas de septiembre y productividad sea anual y para julio y Navidad sea semestral.

En aplicación de la doctrina general en esta materia el 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, 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 admitido pacíficamente por los trabajadores, y no se ha probado el perjuicio económico para los trabajadores ni cuando la relación estaba viva ni en el momento de practicar la liquidación final de haberes, pues de otro modo, con alteración del sistema seguido, se daría un resultado eventualmente beneficioso injustificado y desprovisto de razón para los demandantes. Es difícilmente concebible pensar que si realmente se hubiera dado una situación perjudicial año tras año en el devengo de estas pagas extraordinarias no se hubieran desplegado acciones judiciales para exigir el devengo ahora solicitado.

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.

e) Estimación del plus distancia, no cabe absorción y compensación que es diferente a la reconversión

STSJ de Extremadura de 16 de junio de 2009 (recurso 219/2009), I.L. J 2003. 1. El actor reside a 28,3 kilómetros del centro de trabajo, la vivienda puesta a su disposición no cumple con el uso que le es propio, el actor además de los importes netos de las nóminas percibe trescientos euros con cincuenta y un céntimos mensuales por gastos, en aplicación del convenio Colectivo del Campo de la CA de Extremadura el demandante solicita entre otras cantidades el plus de distancia.

2. Estimada la pretensión recurre la empresa por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, por vulneración del artículo 26.5 del ET y la Jurisprudencia al respecto, alegando que ha quedado acreditado que el trabajador aparte del importe de las nóminas ha cobrado mayor importe del que solicita en aplicación del Convenio del campo, por lo que se dan los presupuestos del artículo 26.5 del ET, y la sentencia de instancia no admite el argumento de la demandada porque la demanda de reconversión no se hizo valer en el acto de conciliación. Argumenta y matiza la Sala del TSJ varias cuestiones, la primera, la diferencia existente entre solicitar la absorción y compensación total o parcial de la deuda, para la cual no es necesario anunciar y formalizar reconversión, y cuando el demandado ejercita una nueva pretensión susceptible de la condena del demandante que sí es necesario haber hecho valer la demanda reconversional en el acto de conciliación, y matiza que la empresa recurrente no solicitaba la condena del actor al pago de cantidad alguna aunque aluda al artículo 1202 del Código Civil, pues lo que realmente denuncia es el quebranto del artículo 26.5 del ET, que no ha sido infringido por la sentencia recurrida, porque el

V. Dinámica de la Relación Laboral

plus de distancia no es una partida salarial por lo que no espera la absorción y compensación, y porque en cualquier caso no quedó acreditado que el pago de los trescientos euros con cincuenta y un céntimos fueran abonados por el plus de distancia y no fueran por otros gastos como medias dietas, que también reclamaba el actor y no le han sido estimadas.

3. Como cuestión a realzar de esta sentencia, es que la absorción y compensación opera como técnica neutralizadora de los incrementos salariales que se produzcan por convenio colectivo, cuando los trabajadores vinieran percibiendo salarios superiores, en conjunto y cómputo anual, y por conceptos homogéneos, no opera en partidas extrasalariales indemnizaciones, gastos por el desempeño de la actividad laboral, y el plus de distancia no tiene carácter salarial (STS 5 de diciembre de 1996).

f) Diferencias salariales tras declaración de despido improcedente, con concreción de antigüedad, categoría y salario. Desestimación. Falta de acreditación de las diferencias salariales pedidas

STSJ de Murcia de 16 de septiembre de 2009, (recurso 480/2009), I.L. J 2015. 1. La actora presentó demanda en reclamación de despido, estimándose su pretensión declarado el despido improcedente, y los siguientes hechos probados, que la jornada real de la trabajadora no eran 18 horas sino 33 horas, percibiendo la trabajadora un salario en metálico superior al que señalaban las nóminas, que no se puede acreditar ante la dificultad probatoria al abonar la nómina el empresario en metálico y por importe distinto al que constaba en el boletín de nómina, por lo que el salario ha de ser el establecido en el Convenio aplicable que es el de Hostelería, que con la categoría profesional de ayudante de camarero y la jornada de 33 horas le corresponde un salario de 660,65 euros/mes. La trabajadora reconoce en la demanda que venía percibiendo 600 euros/mes. Se publican las nuevas tablas salariales del Convenio para los años 2007, y 2008, por importe respectivamente en la categoría profesional de la actora de 778,22 y 800,79, para una jornada completa. La base de cotización por la que la empresa cotizaba por la trabajadora era de 464,20 euros, si bien el salario que venía abonando en nómina era de 323,18 euros en concepto de salario base y 16,75 euros en concepto de dieta y transporte, y aunque en la nómina se le incluía la prorrata de pagas extraordinarias, no se abonaban de forma prorrateada, sino en las fechas correspondientes y en metálico.

Se desestima la demanda interpuesta por la actora por el concepto de diferencias salariales del período comprendido entre el 1 de marzo de 2007 y 28 de febrero de 2008 por falta de prueba.

2. La sentencia declara probado que la actora recibía un salario de 660,65 euros/mensuales, y 22,02 euros/días, transcribiendo los hechos probados de la anterior sentencia por despido. El recurso de la parte actora, en primer lugar, solicita, como modificación de hechos probados, que la cantidad diaria establecida no ha incluido la parte proporcional de las pagas extraordinarias, la rechaza la Sala puesto que tal modificación se solicita sobre la propia sentencia de despido, y los 22,02 euros diarios se fijan a los efectos del cálculo de los salarios de tramitación, concepto que incluye el citado prorrateo. En segundo lugar, solicita una ampliación para dejar constancia de las cantidades que debería haber cobrado y las diferencias netas al aplicar las tablas salariales del convenio colectivo, pues bien, aparte

del razonamiento ya expuesto, la fundamentación de la sentencia coincide con la versión de la parte actora, que reconoce haber cobrado 600 euros netos mensuales, lo que implica que la parte actora hace el cálculo de las diferencias salariales sustrayendo de la cantidad bruta que debe cobrar según convenio de la cantidad neta que le abonaba la empresa a la trabajadora.

3. Ante la dificultad que existe, para todas las partes implicadas y consecuentemente para el propio tribunal, de poder acreditar las cantidades en metálico que, por un lado, paga la parte demandada y, por otro, recoge la parte demandante, el Juzgado de instancia y la Sala coincidentes en este caso, optan por aplicar el criterio general, las tablas salariales del convenio colectivo recogen cantidades brutas, y así la primera sentencia de despido recoge el salario mensual y diario del convenio colectivo de hostelería correspondiente a una jornada de 33 horas, e incluyendo la parte proporcional de pagas extraordinarias, puesto que para el cálculo de la indemnización por despido y salarios de tramitación es el salario día que hay que tener en cuenta. Por otro lado, como único dato objetivo, que hace prueba por sí mismo, tiene la versión de la propia trabajadora que reconoce en la demanda interpuesta haber cobrado mensualmente 600 euros netos, es evidente que si de las cantidades brutas señaladas se procede a los descuentos legalmente establecidos, el neto que ha cobrado la parte actora es superior al establecido por el convenio colectivo.

g) Reclamación de comisiones. Plan individual de comisiones. No incongruencia de la sentencia ni indefensión

STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009, (recurso 3471/2009), I.L. 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 desde 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

V. Dinámica de la Relación Laboral

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 en el que se fijó un porcentaje 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 aun 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.

h) Diferencias salariales, plus de transporte condición más beneficiosa susceptible de absorción y compensación en cómputo anual

STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2009 (recurso 1707/2009), I.L. 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 un 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 un 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 reconvencción 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 deman-

dante 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 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 reconversión 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.

i) Plus de turnicidad: derecho al percibo sin que sea obstáculo la falta de autorización expresa de la Secretaría General para efectuar la jornada a turnos

STS de 10 de noviembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 440/2009), I.L. J 2035. 1. La trabajadora presta servicios en la Junta de Andalucía como personal laboral y desarrolla su jornada laboral en turnos rotativos durante ciclos semanales, en horario de 8:00 a 15:00 y de 15:30 a 22:30. Reclama las diferencias salariales a su favor en concepto de complemento de turnicidad. La cuestión que se plantea es si el personal laboral que presta servicios en la Junta de Andalucía y que realiza de forma efectiva su trabajo a turnos, tiene o no derecho a percibir el citado complemento cuando falta el acuerdo de la Comisión del Convenio, con la posterior autorización de

V. Dinámica de la Relación Laboral

la Secretaría General para la Administración Pública, para poder efectuar la jornada a turnos.

2. La sentencia de suplicación recurrida en casación unificadora por la empresa, confirma la del Juzgado de lo Social y ofrece una respuesta positiva considerando que la falta de autorización no es óbice para reconocer el devengo del complemento reclamado y ello porque la falta de autorización no es imputable a los trabajadores, que carecen de competencia para solicitarla, y en consecuencia al desarrollarse el trabajo a turnos por imposición empresarial los trabajadores tienen derecho al complemento. La sentencia dictada en unificación de doctrina por el TS entiende que la solución adoptada en suplicación es jurídicamente correcta y por tanto concluye que la realización efectiva del trabajo a turnos en las condiciones negociadas colectivamente comporta el derecho al percibo del correspondiente plus, sin que sea obstáculo la falta de autorización expresa de la Secretaría General para la Administración Pública para efectuar la jornada a turnos.

3. La solución adoptada por el TS tiene su apoyo en la interpretación efectuada por la Sala en relación a otros preceptos contenidos en diversos convenios colectivos del personal laboral de otras Comunidades Autónomas en las que se había establecido que el derecho al percibo de determinados complementos solamente sería efectivo a partir de su inclusión en la relación de puestos de trabajo correspondientes, habiendo declarado que ello no impedía que los trabajadores pudieran acudir a la vía judicial para reclamar su derecho. Además, esta sentencia sigue el criterio establecido en la Sentencia de 28 de junio de 2002, según el cual, la efectiva realización del trabajo a turnos, consentido y organizado por la Administración Pública, da derecho al percibo del plus de turnicidad a pesar de que no concurra la pertinente autorización de la Secretaría General o el previo acuerdo con la representación unitaria.

j) Trabajadora social en Centro de Protección de Menores: abono del plus de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos

STS de 3 de diciembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4370/2008), I.L. J 2045. 1. La actora es personal laboral de la Junta de Andalucía y presta servicios desde 2002 con la categoría profesional de Trabajadora Social en el Centro de Atención de Menores XXX, en el que es Directora. Este centro es de régimen abierto y está destinado a menores con circunstancias familiares o socioeconómicas desfavorables, si bien, algunos de ellos, excepcionalmente, cumplen medidas judiciales de reforma o tienen pendientes diligencias con la Fiscalía o con el Juzgado de Menores. La actora tiene contacto directo y diario con los menores ingresados en el centro y con sus familias. En 2006 pasaron por el centro 85 menores, de los que 1 cumplió medida judicial de reforma en régimen abierto. Solicita la trabajadora en su demanda el reconocimiento y pago del plus de penosidad previsto en el artículo 58 del VI Convenio colectivo del personal laboral, y devengado durante el año 2006, siendo estimada su pretensión por la sentencia de instancia. Pero la Sala de suplicación revoca dicha decisión siguiendo el criterio de la propia Sala, según el cual, dicho plus litigioso es un complemento de carácter funcional que está establecido para aquellos casos en que las tareas desempeñadas sean excepcionalmente penosas, lo que no se ha demostrado en este supuesto.

2. La sentencia dictada en unificación de doctrina estima el recurso y resuelve que el plus de penosidad ha de reconocerse respecto de aquellos trabajadores sociales que están en contacto con los menores del centro. Contacto que resulta normal, si tenemos en cuenta que entre las funciones propias del trabajador social está la de “fomentar la integración y participación de los beneficiarios en la vida del Centro”, y la de “estudiar, diagnosticar y tratar casos sociales”, y éstas exigen el trato directo con los ingresados y, en ocasiones, con mayor cercanía e intimidad, y por ello, con el consiguiente aumento del riesgo. En consecuencia, ese riesgo real en el trato constituye una carga física y, sobre todo, mental excesiva, pues obliga a la trabajadora social que presta servicios en el Centro, a mantenerse en permanente tensión para evitar ser objeto de intimidaciones y agresiones.

3. La cuestión ha sido ya examinada y resuelta por esta Sala, en Sentencias de 23 de octubre de 2008 y 29 de enero de 2009, ambas reconociendo el plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad. Consiguientemente, esta sentencia sigue el mismo criterio, tanto por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad, como por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina.

k) Plus de penosidad: abono procedente. El empresario no acredita qué parte de los incentivos retribuye la cantidad de trabajo y qué parte retribuye específicamente el trabajo penoso

STS de 22 de enero de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1769/2009), I.L. J 214. 1. El actor presta servicios en la empresa XXX con categoría profesional de oficial 2.^a En el año 2005 el actor soportaba durante toda la jornada, un nivel medio diario de ruido de 88.1 dB. Utilizaba durante su prestación de servicios protectores auditivos que le facilitaba la empresa. Con el uso de dichos protectores el actor soportaba, durante toda la jornada 72.7 dB. En dicho año estuvo expuesto a polvo de sílice durante las ocho horas de su jornada. El actor percibe en nómina un determinado importe por el concepto de incentivos. Con él se retribuye tanto la cantidad de trabajo como las circunstancias arduas de su puesto laboral. Interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Social reclamando el reconocimiento del citado plus, la sentencia deniega la pretensión del actor porque entiende que el Convenio Colectivo aplicable ampara la no retribución por tal concepto si la misma puede entenderse comprendida en el salario ya percibido, concluyendo que tal retribución ya se produce por el concepto de “incentivos”. La sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha revoca la dictada por el Juzgado de lo Social y declara el derecho del demandante a percibir mensualmente el complemento salarial por trabajo tóxico, peligroso o penoso en cuantía del 20% de salario base.

2. La sentencia dictada en unificación de doctrina por el TS desestima el recurso interpuesto por la empresa frente a la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha. Entiende el Tribunal que no ha quedado acreditado si la partida correspondiente a la compensación por el trabajo penoso alcanza o no el incremento previsto en el texto pactado en el convenio (20% del salario base), y ello por desconocerse qué parte de los incentivos salariales corresponden a la cantidad de trabajo y sus condiciones y qué parte retribuye específicamente

V. Dinámica de la Relación Laboral

camente el trabajo penoso, siendo obvio que la carga probatoria del pago corresponde al empresario. En conclusión, el empresario tiene que probar que le ha abonado el citado complemento, ahora bien, esto no se acredita con la simple invocación de que se le abona en el capítulo de incentivos, sino que es preciso diferenciar en nómina lo que se percibe por cada concepto de los que se integran en el genérico de incentivos y, por tanto, lo que percibió por el concreto plus de penosidad. Y todo ello puesto que siguiendo la pauta de interpretación de los contratos plasmada en el artículo 1288 CC, la oscuridad introducida por el empresario en la nómina no puede favorecer a éste.

3. La solución ofrecida por el Tribunal a la cuestión planteada es acertada toda vez que de la prueba practicada, en relación con la estructura del salario percibido por el actor, no ha quedado acreditado si la partida correspondiente a la compensación por el trabajo penoso alcanza o no el incremento previsto en el convenio colectivo. Además, conviene advertir que siendo el empresario el que ha establecido los incentivos en la estructura salarial, tiene la responsabilidad de mantener una estructura salarial clara que no genere confusiones y perjuicios para los trabajadores. En consecuencia, le corresponde a él determinar qué parte de los incentivos retribuye la cantidad de trabajo, y en qué condiciones, y qué parte retribuye el trabajo penoso.

1) Plus de penosidad por ruido: derecho al percibo cuando se alcanzan los 80 decibelios medidos con elementos de protección

STS de 25 de noviembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 556/2009), I.L. J 2271. 1. El actor presta servicios para la empresa XXX con categoría profesional de oficial de primera y puesto de trabajo de soldadura y montaje. Los niveles de ruido a los que está sometido el actor en su puesto de trabajo superan los 80 decibelios sin protección auricular y queda reducido a 51,4 decibelios con la correspondiente protección. Los trabajadores afectados por el ruido disponen de los adecuados elementos protectores. En octubre de 2007, presenta demanda jurídica reclamando la cantidad de 2.700 euros por el complemento de penosidad desde marzo de 2006 a febrero de 2007. El Juzgado de lo Social estimó la demanda. La sentencia fue revocada por la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada) de 10 de octubre de 2007. Contra dicha sentencia se presenta recurso de casación para la unificación de doctrina. Dicho recurso lo articula el recurrente sobre dos motivos. En primer lugar, denuncia la infracción de los artículos 4 a 11 del RD 286/2006 y, en segundo lugar, entiende que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial aceptada hasta ahora.

2. La cuestión que se analiza en esta sentencia es cuándo procede abonar el complemento de penosidad reconocido en el Convenio Colectivo, debiendo determinarse si procede su abono cuando el puesto de trabajo está sometido a un ruido superior a 80 decibelios, aun cuando con protección acústica no alcanza dicho valor, o dicho de otro modo, si es correcta la actuación de la empresa que sólo lo abona cuando aquel nivel de exposición supera los 80 decibelios con protección. Pues bien, la conclusión definitiva conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida. Los argumentos que utiliza el TS son los siguientes.

La Directiva 2003/10/CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido), como la norma de transposición a nuestro país de esta norma comunitaria, el RD 286/2006, de 10 de marzo, tienen un objeto determinado, que es proteger a los trabajadores contra los riesgos para su salud que les pueda originar la exposición al ruido para evitar la posible sordera. Siendo ello así, todos los preceptos de dicha normativa deben ser interpretados en función de esta finalidad preventiva. Y es por ello que la norma exige medir el nivel de ruido de puesto de trabajo sin protector, con la finalidad de conocer cuáles son las necesidades de protección, y sólo exige calcular el nivel de ruido cuando éste supera los 87 decibelios. En consecuencia, la norma pretende que se determine el nivel de ruido del puesto de trabajo para reducirlo con cascos protectores, estimando penoso el que supere los 80 decibelios, y por eso le exige protección. Para ello obliga al empresario a facilitar a sus trabajadores dichos protectores. Así pues, cuando con las medidas preventivas se consigue reducir el nivel de ruido por debajo de aquel límite legal, habrá que llegar a la conclusión de que se ha eliminado la penosidad, por lo mismo que no la soportan los trabajadores que están sufriendo un ruido de menos de 80 decibelios.

El criterio adoptado en esta sentencia, entendiéndose que la penosidad por ruido sólo puede afirmarse existente cuando “el ruido que llegue al oído” del trabajador alcanza los 80 decibelios, supone un cambio de doctrina jurisprudencial que el TS justifica por varias razones. Primero, porque mientras la jurisprudencia representada por las sentencias anteriores se centraba en la valoración del ruido en atención al “puesto de trabajo” sin trabajador, en la actual se está considerando que el ruido que se evalúa lo es en contemplación al “trabajador que desempeña ese puesto de trabajo” pues el puesto de trabajo objetivamente contemplado no es en sí mismo penoso ni tampoco lo sería si fuera servido por un robot o incluso por una persona completamente sorda. Segundo, porque además de esta diferencia interpretativa, se da la circunstancia de que aquellas sentencias partían de una consideración de penosidad derivada de una aparente doctrina consolidada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que consideraba la existencia de penosidad en atención al nivel de ruido del “puesto de trabajo” sin contemplación alguna de la protección personal que pudiera reducir aquel nivel, pero lo cierto es que esta doctrina no era expresiva de un criterio definitivo, puesto que otras sentencias reconocieron el complemento cuando se superaban los 80 decibelios.

Se trata de una cuestión reiteradamente discutida y discutible respecto de la cual ha incidido la normativa de prevención y respecto de la cual debe concluirse que tanto las normas de prevención como las normas reguladoras de la retribución, todas ellas relacionadas con la penosidad por ruido exigen ser interpretadas en función del trabajador que desempeña su trabajo en un determinado puesto, antes que en la mera atención objetiva al puesto de trabajo en cuestión.

3. Mediante voto particular siete Magistrados de la Sala manifiestan su discrepancia al parecer mayoritario que se recoge en la sentencia. Siguiendo la doctrina tradicional de la Sala en esta materia, así como la aplicación del RD 286/2006, estos Magistrados concluyen que la calificación del puesto de trabajo como excepcionalmente penoso debe acordarse al rebasar el límite máximo de los 80 decibelios, aunque quede atenuado por la utilización

V. Dinámica de la Relación Laboral

de las “orejeras” u otro medio adecuado de protección. El nivel determinante del devengo del complemento salarial debe ser el anterior a la aplicación de los equipos de protección individual, como había establecido la doctrina anterior de la Sala, que no hay razón alguna para modificar. El trabajador sigue prestando servicios en puesto que debe ser calificado de penoso y el convenio colectivo ninguna alusión hace a la atenuación de los equipos de protección individual. Por otra parte, la continua utilización de los equipos de protección podrá evitar –de ser suficientemente eficientes– el riesgo de sordera, con lo que el trabajo dejaría de ser “peligroso”, pero no puede privar de la calificación de “penoso”, pues sin duda lo es la utilización de aquellos mecanismos durante toda la jornada.

B) Fondo de Garantía Salarial

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

STS de 11 de noviembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 449/2009), I.L. J 1806. 1. La trabajadora reclama del FOGASA el abono de las prestaciones de garantía derivadas de la insolvencia empresarial. Se cuestiona concretamente, en la medida en que el artículo 33.2 del ET exige determinados títulos habilitantes, si se puede considerar idónea a tal efecto la sentencia dictada en proceso ordinario o si, por el contrario, se debe considerar exigible que el título habilitante para que pueda aparecer legalmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA cuestionada sea necesariamente una sentencia específica de despido.

2. El TS indica en la Sentencia comentada que la cuestión planteada ya tiene doctrina unificada de la Sala. Así, en la STS de 22 de enero de 2007 (R. 3011/2005) se señaló que “el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción por despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos”, doctrina reiterada en las posteriores SSTs de 3 de febrero, 4 de mayo y 6 y 27 de octubre de 2009 (R. 2226/2008, 2062/2008, 358/2009 y 582/2009, respectivamente), I.L. J 125, 539, 1522 e 1530 respectivamente.

3. Tal como se indica por parte del TS se reitera una doctrina unificada de la Sala referida a la consideración de las sentencias recaídas en procesos ordinarios como títulos habilitantes a los efectos indicados. En la STS comentada se recuerda lo indicado en la STS de 31 de enero de 2008 (R. 3863/2006), I.L. J 17, en donde se subraya que “a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria (no basta) con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que aquélla esté reconocida en alguno de los

títulos habilitantes que se concretan en el artículo 33.2 del ET”, como se ha indicado en numerosas ocasiones, pero que es evidente que dicho título habilitante existe en aquellos casos en que la petición se fundamenta en reconocimientos contenidos en sentencias firmes. “La finalidad del precepto de establecer controles de carácter básico para garantizar en la medida de lo posible la realidad y la certeza de los débitos cuyo pago tiene que asumir subsidiariamente el Fondo queda así debidamente garantizada”, como se señala en la STS de 4 de mayo de 2009, citada, y que reproducen las SSTS de 10 y de 12 de junio de 2009 (R. 2761/2008 y 3175/2008, respectivamente), I.L. J 689 y 872.

En el mismo sentido, las SSTS de 22 de junio y de 6 de julio de 2009 (R. 1960/2008 y 1477/2008), I.L. J 865 y 800.

b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Despedido 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), I.L. 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 artículo 123.2 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

V. Dinámica de la Relación Laboral

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), ET–.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) 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). 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.

3. Los profusos argumentos vertidos por el TS en cada uno de los tres recursos, aconsejan 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.

B) 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), I.L. 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 E.C. 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 se refiere a la limpieza de comedores y restauración alimentaria.

En fecha 23 de mayo de 2008, la empresa E.C. 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 de 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 Baleares 20 de diciembre de 2004, AS 362/05).

V. Dinámica de la Relación Laboral

C) Reducción de jornada. Procede modificación horaria a instancia de la trabajadora sobre previa reducción de jornada con concreción horaria acordada con la empresa

STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2009 (recurso 850/2009), I.L J 1838. 1. La STSJ de Castilla versa sobre una modificación horaria solicitada unilateralmente por una trabajadora que ya disfrutaba previamente de una reducción de jornada por guarda legal habiendo consensuado con la empresa la concreción horaria en la que debía desarrollarse citada reducción de jornada. En concreto, la trabajadora había solicitado en el año 2006 una reducción de su jornada semanal pasando de 40 a 26 horas semanales que se desarrollarían en turno de mañana de lunes a sábado. Posteriormente, en abril de 2008 solicita modificación horaria dentro de la misma reducción de jornada, pretendiendo una distribución horaria de lunes a viernes con exclusión de los sábados, alegando que los sábados no tiene a nadie con quien dejar a la menor.

Sobre estos antecedentes, la Sentencia de Instancia estima la demanda que es confirmada por la STSJ objeto de esta crónica.

2. El TSJ de Castilla-La Mancha estima la demanda interpuesta por la trabajadora, no sin antes recordar la doctrina del TS contenida en Sentencias de 13 y 16 de junio de 2008 y de 20 de mayo de 2009, que niega la posibilidad de solicitud unilateral de cambio de horario sin reducción de jornada como instrumento de conciliación de vida laboral y familiar. Recuerda la Sala la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS que distingue el contenido de lo dispuesto en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores de la regulación contenida en el artículo 37.5 y 6 del mismo texto legal. Así, mientras el artículo 34.8 exige previsión expresa en la negociación colectiva o acuerdo con el empresario para adaptar o redistribuir la jornada de trabajo por razones de conciliación de vida laboral y familiar (sin reducción de jornada) el artículo 37.5 y 6 atribuye al trabajador el derecho a la concreción horaria dentro de su jornada habitual cuando media simultánea reducción de jornada por las mismas razones de guarda legal.

Precisamente, en esta doctrina, la empresa apoya su denegación de la solicitud de la trabajadora, toda vez que entiende que la segunda solicitud de concreción horaria se hace sobre la misma jornada que ya disfrutara la trabajadora, por lo que invoca la aplicación del artículo 34.8 del E.T que exigiría el consenso con el empresario para que éste pudiera prosperar.

No comparte esta tesis la Sala de lo Social. Entiende la Sala que la concreción horaria solicitada por la trabajadora lo es dentro de una jornada reducida concedida por razón de guarda de un menor, por lo que resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 37.6 que atribuye al trabajador el derecho a la concreción horaria dentro de su jornada ordinaria.

Finalmente, este término, jornada ordinaria, también es objeto de debate en la Sentencia. Para la empresa, la jornada ordinaria de la trabajadora sería la coincidente con la desarrollada antes de la reducción por guarda legal, esto es, de lunes a sábados. Recuerda al respecto, la Sala de lo Social del TSJ que no existe una doctrina constitucional del término “jornada ordinaria”, ya que la STC 3/2007, de 15 de enero, declinó entrar en esta cuestión al considerarla materia de legalidad ordinaria, y no de dimensión constitucional. Ello no obstante, citada Sentencia recordaba que la interpretación y aplicación que se hiciere de este término

debería en cualquier caso adoptarse teniendo como criterio orientador el derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la CE) de las mujeres trabajadoras, así como la incidencia de la medida en el artículo 39 de la CE que mandata la protección a la familia y a la infancia.

Es precisamente, desde esta óptica, desde la que la Sala de lo Social del TSJ decide estimar la demanda, toda vez que se aprecia justificación de la solicitud en orden al adecuado cuidado de la menor, sin que el hecho de que el sábado sea el día de mayor trabajo en la empresa, impida a ésta medidas compensatorias tales como la contratación de trabajador sustituto para este día de la semana.

3. La materia objeto de esta crónica dista mucho de ser pacífica. Los Tribunales se encuentran divididos entre aquellos que efectúan una interpretación favorable a ejercicio del derecho a la reducción de jornada para facilitar la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, y aquellos que realizan una interpretación restrictiva y, atendiendo al tenor literal de la Ley, deniegan la facultad del trabajador de reducir su jornada eligiendo un turno fijo.

Ejemplos de la primera interpretación lo son la SAN de 28 de febrero de 2005 (AS 2005, 260). De la segunda interpretación más restrictiva, señalando que el trabajador no está facultado para elegir un turno fijo, cabe citar la STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2006 (AS 2006, 1689).

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Pacto de no concurrencia. Extinción del contrato durante el período de prueba por voluntad del empresario. Pervivencia de los efectos del pacto. Derecho a la compensación económica pactada

STS de 23 de noviembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3441/2008), I.L. J 2029. 1. El trabajador había incluido en su contrato de trabajo pacto de no competencia después de que la relación se hubiera extinguido. Cuando finaliza su contrato pero no la superación del período de prueba, presenta demanda en reclamación de la cantidad pactada en compensación del compromiso de no concurrencia.

2. Tanto la sentencia en instancia como la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid son favorables a la reclamación planteada. Presentado recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo entiende que “aunque los términos de las cláusulas litigiosas no resultan plenamente coincidentes (...) debe apreciarse la contradicción respecto de la concreta cuestión de si extinguido el contrato durante el período de prueba mantiene validez el pacto de no concurrencia pos-contractual”. Admitida la contradicción, el Tribunal considera que “la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato, como ocurre con el de no competencia pos-contractual. Durante el período de prueba el

V. Dinámica de la Relación Laboral

contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba, tanto más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de la terminación del contrato cualquiera que sea su causa”.

3. Una solución acorde con la alcanzada por las instancias precedentes y también con otras decisiones del Tribunal Supremo en relación tanto al período de prueba como al pacto de no competencia. En cuanto al primero, se trata únicamente de la potestad de cada una de las partes para rescindir el contrato de trabajo unilateralmente y sin causa (STS de 6 de mayo de 2009, recurso 665/2008). Por lo que respecta al segundo, corresponde a una obligación bilateral y recíproca que indemniza la restricción de la libertad al trabajo justificada en el interés comercial o industrial del empresario. Siendo esto así, es razonable valorar que la extinción provocada durante el período de prueba como resultado de la voluntad de una de las partes no predetermine el incumplimiento de un pacto generado para después de extinguido el contrato, sin que en éste se precise exclusión alguna sobre su aplicación según la forma de extinción contractual. La finalización durante el período de prueba no vacía de contenido las causas por las que se incluye un pacto de no competencia toda vez que el trabajador durante dicho período puede llegar a conocer datos de relevancia para el interés comercial o industrial del empleador que éste desea sean preservados mediante el pacto de una indemnización para la no competencia una vez extinguido el contrato.

B) Pacto de no concurrencia. Nulidad parcial coactiva o imperativa. Devolución por el trabajador de la cantidad percibida

STS de 30 de noviembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4161/2008), I.L. J 1812. 1. El trabajador se comprometió, por un período de doce meses desde la finalización de la relación laboral, a no prestar servicios por cuenta propia o ajena, o mediante cualquier otra fórmula de intermediación directa o indirecta, en empresas que realizaran una actividad igual o similar a la desempeñada hasta entonces. Para el caso de no cumplir dicho compromiso, se acordó el derecho de la empresa a percibir del trabajador una indemnización por daños y perjuicios en cuantía equivalente al doble de las cantidades satisfechas al trabajador, por el pacto de no competencia, desde el inicio de la relación laboral. En contraprestación de tal compromiso, el empleado obtuvo, bajo la denominación de “plus de no competencia”, la cantidad pactada de 675 euros mensuales, habiendo percibido por ese concepto un total de 7.222,50 euros durante algo más de diez meses y medio. La empresa le reclama un total de 14.445 euros (el doble de lo percibido por el “plus” correspondiente como cláusula penal pactada) o, subsidiariamente, la cantidad de 7.222.50 euros, más el 10% de interés en concepto de mora, como consecuencia del incumplimiento por el demandado del pacto de no concurrencia suscrito entre las partes. El trabajador, que ocupaba el puesto de “consultor”, comenzó a prestar servicios para otra empresa cuyo objeto social era la búsqueda, selección, formación, estudio de plantillas y servicios, trabajos y tareas relacionadas con el personal y los recursos humanos, especializada en “la búsqueda de directivos ofreciendo servicios de gestión de talento”. Por su parte, el objeto social de la empresa actora era “el ejercicio de la actividad

de consultoría en los campos de la gestión, selección y reclutamiento permanente de personal de todas las categorías profesionales”.

2. El Juzgado de lo Social de Madrid estimó la demanda sin el recargo por mora condenando al trabajador al abono de la indemnización con la cláusula penal incluida (un total de 14.445 euros). Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima sólo parcialmente la demanda e, interpretando que la compensación económica pactada no fue adecuada, obliga al trabajador a la devolución del importe de la compensación económica percibida (esto es, 7.222.50 euros) durante la vigencia de la relación laboral. Finalmente, el Tribunal Supremo confirma esta última solución admitiendo que “al margen de la corrección o no de la cláusula que penaliza con la restitución doble, cuestión esta planteada en el recurso empresarial sobre la que no nos ha sido posible pronunciarnos por falta del requisito de la contradicción, procede también, desestimar el recurso del trabajador porque, como se deduce de lo razonado, la cláusula que sólo sanciona con la devolución de lo percibido en compensación del pacto de no concurrencia no es más que la proporcionada consecuencia del incumplimiento del pacto por el trabajador, establecida expresamente en el propio acuerdo. Y como quiera que ésta ha sido, precisamente, la solución adoptada por la sentencia recurrida en razón a que la desproporción no alcanza a la obligación de reintegro de la exacta cantidad obtenida por el empleado, la conclusión que se impone, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9.1 del ET cuando establece la validez de lo que no resulte nulo, y por nuestra resumida doctrina (...) se impone la consecuente confirmación de la resolución impugnada”.

3. La Sentencia que se comenta acude a la tesis de la nulidad parcial para resolver la cuestión litigiosa y, entre la declaración de nulidad total de la cláusula de competencia por entender que la disposición penal resulta desproporcionada o admitir la validez plena de la misma, opta por la nulidad parcial. Se basa, fundamentalmente, en el artículo 9.1 de las LET en virtud del cual si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste deberá permanecer válido en lo restante, entendiéndose completado con los preceptos jurídicos adecuados. De esta forma, la nulidad parcial permite eliminar las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y a su preceptiva sustitución por el contenido de las normas que se intentan eludir, integrando lo que el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) ha denominado “nulidad parcial coactiva o imperativa” (STS 3 de noviembre de 2008, recurso 3962/2000). De alguna manera, se trata de la conversión de un contrato nulo, siempre que contenga los requisitos sustanciales o de forma, en un contrato válido. El Código Civil distingue entre la conversión formal y la material. Existe conversión formal cuando el negocio es nulo bajo la forma en que se ha hecho pero válido en cuanto tiene en sí otra querida por la ley (artículo 715 del CC). Es material, si el nuevo en que el primitivo puede transformarse pertenece a otro tipo. El problema se plantea cuando la ley no impone la conversión material. La formal deberá entenderse que es querida por las partes para que el negocio no cambie. Se impondrá, pues, en cada caso una tarea interpretativa de la voluntad de las partes a fin de averiguar si éstas habrían querido que el fin práctico perseguido se realizase a través de otro tipo contractual o negocial o, por el contrario, únicamente quisieron que el contrato fuera tal y como se realizó. En esa búsqueda se acude al principio de la buena fe del artículo 1258 del CC que conduce a afirmar que cada parte puede exigir el cumplimiento de las obligaciones

V. Dinámica de la Relación Laboral

que nacen del contrato y, si eso no fuera posible, aquellas otras que nacen del que pueda surgir de su conversión. Es cierto que en el Código Civil no existe precepto alguno que, de modo general, declare la nulidad parcial de un negocio jurídico. Pero sí se manifiestan en este sentido diferentes preceptos en cuanto que no determinan que las condiciones ilícitas anulan todo el negocio, sino únicamente la obligación que de ellas dependa (artículos 1155, 1260, 1316, 1317, 1416, 1608, todos del Código Civil, y respectivamente). En este sentido, el artículo 9.1 de la LET ha optado por mantener la validez parcial del contrato de trabajo, si resultase nula sólo una parte del mismo, entendiéndose completado con los preceptos jurídicos adecuados. De ahí que el Tribunal Supremo opte en esta sentencia por reequilibrar los términos del contrato de trabajo en conflicto, dejando al margen la aplicación de la cláusula penal sobre la que existen dudas aplicativas, permaneciendo el elemento indisociable del consentimiento contractual sobre la indemnización por parte del trabajador y de la relación de reciprocidad en el compromiso.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad interna: carácter de mínimo de derecho necesario de la previsión estatutaria

STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2009, (recurso 4803/2008), I.L. J 1769. 1 y 2. La STSJ de Cataluña núm. 7760/2009, de 27 de octubre, I.L. J 1769 (recurso 4803/2008) desestima la pretensión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de un trabajador destinado a un nuevo puesto de trabajo sin modificar su categoría, horario y sistema retributivo, excepción hecha en lo que a este último apartado concierne de la supresión de un complemento funcional no consolidable ligado al anterior puesto de trabajo. Pretensión desestimada por el Juzgado de lo Social.

3. Advierte la Sala que en las anteriores condiciones no estamos en presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo sino ante una movilidad funcional interna ex artículo 39 del ET. Precepto que “constituye un sistema de derechos mínimos necesarios que puede ser ampliado a favor de los trabajadores a través de la negociación colectiva, de modo que el convenio colectivo puede 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”. En concreto, el artículo 38 del Convenio Colectivo de aplicación demanda a estos efectos la causalidad de la movilidad interna en “necesidades justificadas de organización”, algo que la Sala considerada acreditado a la luz del ERE autorizado a la empresa y subsiguiente acuerdo de empresa, de los que se desprende el traslado de 14 trabajadores de sección, entre ellos el actor.

B) 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), I.L. J 1735. 1. La STS de 2 de noviembre de 2009, I.L. J 1735 (Recurso

u.d. 1344/2009) 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 periodo 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 la SSTS de 10 de diciembre de 2009 y de 14 de enero de 2010, I.L. J 2131 y 48 (recursos u.d. 2557/2008 y 32/2009) que conocen de sendas reclamaciones de cantidad sustentadas en movilidad funcional por la realización de funciones como perito judicial 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.

V. Dinámica de la Relación Laboral

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.

C) Ascensos: cláusula convencional de promoción profesional

SAN 124/2009, de 16 de octubre, I.L. J 1699. 1. La SAN 124/2009, de 16 de octubre, I.L. J 1699, conoce de la pretensión sindical articulada a través de un proceso de conflicto colectivo y consistente en que se reconozca la obligación de la empresa Bancaja de convocar “la cobertura de 23 plazas de nivel VIII, dirigida a los empleados de la empresa que a 21 de diciembre de 2004 tenían nivel XIII, XII o XI y en la actualidad tienen un nivel inferior a VIII y, asimismo, de 23 plazas de nivel VIII, por ascensos por capacitación, convocando a los empleados que a 31 de diciembre de 2007 tenían nivel XIII, XII o XI y en la actualidad tienen nivel inferior a VIII”.

2. Dicha pretensión se sustenta sobre la “promoción por capacitación” regulada en el artículo 26 Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro y que establece la obligación de convocar cada tres años oposiciones para garantizar el ascenso del 3% de la plantilla de los antedichos niveles al nivel VIII, computada ésta sobre el total de la plantilla adscrita a los mentados niveles el año anterior a la realización de las pruebas.

3. Opone la empresa formalmente prescripción respecto de la primera petición, relativa al primer ciclo trianual, por transcurso del plazo de prescripción desde la fecha en que pudo ejercitarse la acción, estimada por la Sala por transcurso del plazo de un año ex artículo 59 del ET desde esta fecha hasta la presentación de la papeleta de conciliación tratándose no de una mera acción declarativa sino que claramente incorpora una concreta obligación de hacer. Y en cuanto al segundo período trianual opone la empresa falta de acción por no haber transcurrido dichos tres años y no existir por consiguiente la señalada fecha de referencia a efectos del cómputo de plantilla, igualmente estimada por la Sala. En cuanto al fondo del asunto, aduce la empresa que a efectos de dicha cláusula, y dado su carácter dispositivo expresamente recogido en el apartado 26.5 del Convenio, que permitía su complemento o sustitución por acuerdo de empresa, se computaba cualquier designación directa, ascenso o consolidación de categoría pues así se acordó en el año 2004. Petición de fondo que, aunque de innecesaria manifestación para la Sala por acoger los anteriores motivos formales, es igualmente estimada entendiéndose que este acuerdo del año 2004 substituyó a la anterior cláusula y se ha visto debidamente cumplido.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Movilidad geográfica. Traslado definitivo de residencia habitual. No procede el percibo de dietas por desplazamiento

STSJ de La Rioja de 20 de noviembre de 2009 (recurso 312/2009), I.L. J 2160. 1. El trabajador viene prestando servicios para la empresa recurrente y en su contrato de trabajo tiene dispuesto una cláusula por la que la sociedad, debido a la actividad que desarrolla, tiene la facultad de desplazarle, incluso durante el período de prueba, a cualquier punto de España e incluso del extranjero. Éste fue traslado de Logroño a Tarragona alegando la empresa que el volumen en construcción de red para el cliente ONO, actividad que realizaba el actor en su centro de trabajo de adscripción, venía siendo prácticamente nulo. El trabajador refutó tal decisión mediante impugnación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica ex Artículo 138 de la LPL, siendo desestimada la demanda, fundando tal pronunciamiento en que la medida impugnada no constituía un traslado sino que se enmarcaba en el ámbito de la movilidad geográfica de la prestación de servicios en centros de trabajo móviles e itinerantes que se venía manteniendo como consecuencia de la actividad de la demandada desde los años 70.

El Convenio colectivo de empresa tiene regulado los desplazamientos y gastos disponiendo lo siguiente: “La empresa avisará al trabajador en caso de desplazamiento de una duración prevista superior a un mes, con una antelación mínima de 8 días. En los casos de desplazamientos de corta duración se avisará al menos al trabajador con una antelación de dos días laborables. En aquellos casos de imposible o difícil previsión, se informará por escrito al comité de empresa correspondiente o delegados de personal en su caso. –En defecto de gastos pagados, la empresa abonará una dieta al personal de 60 euros por desplazamiento que implique alojamiento y manutención–. Los desplazamientos a efectuar por las características o la carga de trabajo, con carácter general, no podrán ser nunca superiores a 3 meses, y serán realizados de forma rotativa, empezando por los menos antiguos y atendiendo a la categoría y especialidad tanto del trabajador como la obra para la que se le desplace”.

El trabajador interesó las dietas conforme al señalado precepto lo que fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Social.

2. La Sentencia de la Sala de lo Social revoca la sentencia al entender que la medida de la empresa no fue un traslado sino un desplazamiento, lo que así se dedujo en la sentencia que sobre tal extremo y por tal la eficacia de cosa juzgada (efecto positivo), pues de ésta se desprende que el pronunciamiento desestimatorio de la demanda interpuesta por el actor se funda en que la movilidad geográfica impugnada, al tratarse de una relación laboral que se desenvuelve en el ámbito de una empresa con centros móviles o itinerantes, “se encuentra excluida del régimen sustantivo en el que se apoya la modalidad procesal por la que discurre la litis por aplicación del Estatuto de los Trabajadores, artículo 40”, es decir, que el proceso especial de movilidad geográfica del artículo 138 de la LPL no es el adecuado para sustanciar las pretensiones dirigidas a impugnar las decisiones sobre movilidad

V. Dinámica de la Relación Laboral

geográfica adoptadas por empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes por no ser aplicables a las mismas las previsiones del artículo 40 del ET, dando por ello pie de recurso de suplicación contra la sentencia que no fue interpuesto, y sin realizar, en definitiva, un pronunciamiento sobre la calificación que ha de atribuirse, si traslado o desplazamiento, a la movilidad acordada por la empresa.

Por consiguiente la norma paccionada sobre desplazamientos no está contemplando el supuesto de traslado, es decir, con cambio definitivo de residencia habitual, sino que se refiere a los desplazamientos, con cambio de destino sólo de modo temporal, en cuanto que limita su duración a un máximo de tres meses (aunque de modo excepcional pueda superarse ese límite que, en todo caso, se entiende referido a una mayor duración temporal y no a una duración indefinida),..., y lo que en definitiva la compensación que el precepto establece es la propia del desplazamiento al consistir en dietas para cubrir los gastos de alojamiento y manutención que la movilidad temporal ocasiona pero que no es la compensación propia del traslado.

Sentado ello revoca la sentencia de instancia al no estar incluido el traslado del actor en los desplazamientos que regula la norma colectiva.

3. La sentencia refleja el respeto a lo fijado en la sentencia que impugnó la decisión del traslado –cosa juzgada, efecto positivo– y por tal descansa en que estamos ante un traslado y no desplazamiento y como el precepto que regula las dietas sólo contempla el desplazamiento no proceden dietas cuando el traslado es estable.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Movilidad funcional. Ius variandi. Convenio Colectivo. Requisito “necesidades justificadas de organización”. Existencia: ERE. Inexistencia de modificación sustancial de las condiciones laborales

STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2009 (recurso 4803/2008), I.L. J 1769. 1. El trabajador demandante venía prestando servicios en la empresa demandada en la fábrica de montaje de grifería con la categoría de especialista desde el 29 de agosto de 2000, adscrito a la sección 15-75, y en horario A (de lunes a viernes), en sistema de turnos de mañana y tarde (desde diciembre de 2007, y según acuerdo de 5 de diciembre de 2007, solamente turno de mañana y partido para ajustar la plantilla al programa de producción), con un complemento funcional 4-5-6. El día 28 de diciembre de 2007, la empresa comunicó al actor que a partir del 2 de enero de 2008 deberá prestar servicios en la sección de limpieza de vestuarios sección 18-62, en horario A (de lunes a viernes), sistema de turnos de mañana y tarde, complemento funcional 4. Con posterioridad se han trasladado a otros trabajadores siendo un total de 80. En septiembre de 2007 existió un acuerdo con la representación de los trabajadores ERE de suspensión del contrato de 46 trabajadores, 13 especialistas de la sección de grifería. Asimismo, se pactó el traslado de trabajadores de la sección señalada a otras plantas de la empresa. El trabajador padece una miopía severa en ambos ojos y ha sufrido un desprendimiento de retina en ojo derecho, éste fue declarado apto por los Servicios médicos de la empresa.

2. La sentencia de la Sala señala que no se discute que el cambio de puesto de trabajo haya supuesto modificación de la categoría profesional, del horario de trabajo o del sistema retributivo, pues el trabajador sigue realizando funciones de especialista en su nuevo puesto de trabajo, sujeto al mismo horario y que su retribución sólo se ha visto afectada por la supresión de un complemento funcional no consolidable ligado al desempeño del puesto de trabajo. Por tanto, no nos hallamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante un supuesto de movilidad funcional interna dentro de la misma categoría profesional, prevista en el artículo 39 del ET. El convenio colectivo de empresa regula tal movilidad funcional y dispone que, cuando no hay petición del interesado o mutuo acuerdo de las partes, la movilidad funcional sólo podrá responder a “necesidades justificadas de organización”, lo que aquí queda acreditado a tenor del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, del que resulta que a raíz del ERE autorizado, que supuso la suspensión temporal de contratos de 46 trabajadores, y del Acuerdo de 12 de septiembre de 2007 alcanzado entre la representación de los trabajadores y la empresa, el actor y 13 trabajadores más fueron trasladados de sección. Por tanto, de esa necesidad objetiva empresarial —que no se desvirtúa por la alegación no probada de traslado de personal de limpieza a la sección de montaje de grifería en la que estaba destinado el actor— no puede eludirse la movilidad acordada por la empresa invocando el criterio de mayor antigüedad, que no es prevalente ni decisorio, pues el convenio establece como único, criterio de selección el de la capacidad, no existiendo datos en el *factum* que avalen la entrada en juego del criterio de antigüedad. Por último el trabajador refiere en su recurso la inidoneidad física por limitaciones visuales, pero los servicios médicos de la empresa declararon que el actor era apto para ser cambiado de puesto de trabajo, no evidenciándose por lo expuesto incompatibilidad entre el trabajo del actor y sus limitaciones físicas. En su consecuencia se desestima el recurso y se confirma la sentencia desestimatoria de la instancia.

3. La sentencia parte de la inexistencia de modificación sustancial y encontramos ante una movilidad funcional de artículo 39 del ET, precepto legal que constituye un sistema de derechos mínimos necesarios que puede ser ampliado a favor de los trabajadores a través de la negociación colectiva, de modo que el convenio colectivo puede imponer una serie de condicionantes al ejercicio del *ius variandi* por el empresario en orden a la movilidad funcional del trabajador. En el presente supuesto el Convenio colectivo dispone la voluntariedad o la exigencia de “necesidades justificadas de organización”, circunstancias acreditadas como se ha expuesto.

B) Modificación colectiva de las condiciones de trabajo. Tiene su origen en pacto colectivo. Cambio en el horario o modificación sustancial, que no ha seguido los trámites del artículo 41 ET

STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de junio de 2009 (recurso 355/2009) I.L.J 1999.

1. El artículo 36.8 del Convenio Colectivo del Servicio Municipalizado de Autobuses Urbanos del Excmo. Ayuntamiento, fija los horarios de entrada, relevo y cese de servicio por unidad de línea en días laborables, festivos y domingos, fijando en cuanto a la línea Arcos-Eladio Perlado B las 7,20 horas como horario de entrada, fijando dicho precepto

V. Dinámica de la Relación Laboral

que el Servicio Municipalizado de Autobuses Urbanos del Excmo. Ayuntamiento podrá suprimir alguna de las líneas que se contienen en dicho precepto, así como modificarlas, ampliarlas o crear otras nuevas si así lo decidiese el órgano competente. En fecha 5 de marzo de 2.009 el Comité de Empresa del Servicio Municipalizado de Autobuses Urbanos del Excmo. Ayuntamiento recibió notificación de dicho Servicio Municipalizado señalando que a partir del día 9 de marzo de 2009 el servicio Arcos-Eladio Perlado B con hora de entrada en las cocheras actualmente a las 7:25 horas pasará a tener la entrada en línea a las 7:15 horas en Carretera de Arcos hacia Elacio Perlado, añadiéndose este nuevo viaje. De esta modificación se dará la oportuna publicidad tanto interna en el Servicio como a los propios usuarios. No se han seguido los trámites formales del artículo 41 del ET (de realización de período de consultas y notificación a los trabajadores con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad). El Comité de Empresa interesó la nulidad al entender una modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que fue declarado injustificado por el Juzgado de lo Social.

2. La Sala de lo Social examina el recurso en cuanto el recurrente alega no estar ante una modificación sustancial colectiva y en cuanto que no se ha producido modificación sustancial de condiciones de trabajo alguna. Respecto al aspecto formal, la sentencia recogiendo la STS de 17 de junio de 1998 (recurso 159/1998), o las de la propia Sala de lo Social que dicta la sentencia, destaca que lo que se denuncia por los trabajadores es el incumplimiento del artículo 36.8 del Convenio aplicable, es decir, una norma colectiva y, por lo tanto, el cauce utilizado es el correcto, como tal modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo. Respecto a la segunda cuestión recogiendo la STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2003 ésta señala que “lo que hay que examinar es si ha existido una modificación, o, por el contrario, la empresa actúa una facultad organizativa y directiva de trabajo de acuerdo a una jornada estipulada, y que no se ha modificado, si no es en los términos de acomodación a lo establecido en el convenio colectivo, fuente de las relaciones laborales a tenor del artículo 3 del ET...”. El artículo 41 del ET indica que entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo está el horario, y entiende que “la modificación de la jornada en cuatro horas anuales no justifica en modo alguno la acomodación de un nuevo horario, y, por tanto, excluimos que se trate de una simple facultad organizativa del tiempo de trabajo la actuada por la empresa (...). De otro lado, el cambio es importante: no sólo repercute en la jornada diaria, en un exceso de tiempo que acumula la empresa, y, en una modificación que trasciende a la esfera y órbita particular del trabajador. No es indiferente esos diez minutos diarios, ya de por sí, a nuestro juicio, suficientes para introducir un cambio en una prestación de trabajo, que puede repercutir sobre aquello que consideramos más importante, que es la vida del sujeto que se desarrolla en todas las esferas de la vida cotidiana [STS de 27 de octubre de 2003 (RJ 2003590)]. Además, repercute en otros días de trabajo puesto que la adecuación del calendario al horario que se venía realizando, supone una disponibilidad del tiempo del trabajador según conveniencia única y exclusiva de la empresa, sin haber realizado ningún tipo de negociación que normalmente llevara consigo cierta compensación”. La Sala entiende que estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva [artículo 41.1.b) y 2 del ET].

3. La Sala, como hemos destacado, destaca el aspecto formal del procedimiento colectivo pues la decisión empresarial incide en un precepto del Convenio Colectivo y por tal el

procedimiento colectivo es el adecuado. En lo que se refiere al fondo de la litis, entiende la Sala, ello sin entrar en un análisis exhaustivo de la incidencia de la modificación operada, en el concepto de sustancialidad, pero entiende que lo es la alteración de la jornada y por tal al no seguirse los trámites de consulta imprescindible (artículo 41.4 del ET), la consecuencia es la confirmación de que la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo es injustificada.

C) 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 de 17 de noviembre de 2009 (recurso 3471/2009) I.L. 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 descanso, 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 éstos. 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 plantea la empresa recurrente, en primer lugar, referido 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.

V. Dinámica de la Relación Laboral

D) Modificación de jornada y horarios. Condiciones más beneficiosas

STSJ Castilla y León (Burgos) de 26 de noviembre de 2009 (recurso 649/2009) I.L. J 195. 1. La trabajadora viene prestando servicios como titulado de grado medio (logopeda), y titulado 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 jornadas 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 incorpo-

radas 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.

E) Propina. Modificación de las condiciones de trabajo

STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2009 (recurso 5308/2009) I.L. 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 participaran 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 tercera 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 tampoco a otros trabajadores 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.

V. Dinámica de la Relación Laboral

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: Reingreso. Inexistencia de vacante

STSJ de Baleares de 26 de octubre de 2009 (recurso 261/2009), I.L. J 1765. 1. Los hechos base de la STSJ de Baleares de 26 de octubre de 2009 (I.L. J 1765) consisten en un supuesto en el que tras solicitar la demandante el reingreso con efectos de 1 de junio de 2008, mediante burofax de 25 de enero de 2008, la demandada le comunicó por igual conducto el día 2 de febrero la no existencia de vacante para hacer efectivo el reingreso, ofreciéndose a comunicarle cualquier vacante que se produjera antes del 1 de junio. Se acredita, igualmente, que entre la recepción de la solicitud y la comunicación de inexistencia de vacante la demandada pasó a una trabajadora con categoría de ayudante a la categoría de oficial que ostentaba la demandante.

2. Para la sentencia, que desestima la pretensión ejercitada, es lógico que tras el inicio de la situación de excedencia en septiembre de 2007 la demandada optara por reorganizar su plantilla y así lo hizo, no habiendo base para concluir que el ascenso y la contratación realizados tenían por objeto perjudicar a la demandante y no el de aquella reorganización, aparentemente necesaria por el vacío dejado por la demandante.

Añade que “la jurisprudencia que se señala no impide en absoluto que durante la excedencia voluntaria se proceda a la contratación de un trabajador para ocupar la vacante dejada por el excedente, ni a ascender a un trabajador de inferior categoría con igual finalidad de cubrir la vacante, pues el excedente voluntario no tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo”.

3. “En consecuencia, no existiendo vacante de igual o similar categoría ni en la fecha para la que se solicita el reingreso, ni siquiera en la fecha en que se solicita, no es posible reconocer tal derecho, manteniendo la demandante su derecho preferente al reingreso en vacante de igual o similar a la suya que puedan producirse”.

B) Excedencia voluntaria: Reingreso. Existencia de vacante

STSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 2009 (recurso 1316/2009), I.L. J 1893.1. La STSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 2009 (I.L. J 1893) analiza el supuesto de un trabajador al que la empresa concedió una excedencia voluntaria de un año de duración, excedencia coincidente con el año natural 2008. El 23 de diciembre de 2008 el trabajador instó el reingreso con efectos del 1 de enero de 2009, solicitud denegada por la empresa, al no existir vacante de igual o similar categoría a la del excedente, quien habría de permanecer en expectativa de reingreso hasta el momento de la génesis de una plaza vacante. Las funciones del trabajador pasaron a llevarse a cabo tras su excedencia por otro trabajador que causó baja en aquélla el 26 de febrero de 2009, asumiéndose las referidas funciones a partir de entonces por la presidenta de la empresa. Esa empleadora, de otra parte, convocó en abril de 2009 oferta para la incorporación a su plantilla de un técnico de gestión.

Frente a la sentencia que estimó la pretensión del trabajador, interpuso recurso la empresa alegando, en síntesis, que la situación de excedencia voluntaria no genera para el afectado

por ella sino un derecho potencial de reingreso o expectante del mismo, no siendo en modo alguno exigible que la realidad empresarial relativa a sus recursos humanos permanezca idéntica durante el tiempo de la excedencia. Sin embargo, la Sala no acepta esa tesis porque el puesto de trabajo que ocupaba el excedente no ha sido objeto de extinción, sino que su contenido funcional fue objeto de redistribución entre los efectivos de la empresa o de sucesiva asunción por parte de unos u otros de tales efectivos.

2. En definitiva, según la sentencia, “formando parte de lo obvio que la excedencia de trabajadores no interfiere ni altera de ninguna manera el ordinario ejercicio de las facultades directivas y organizativas del empresario, facultades esas que se conservan incólumes en todos los territorios de la gestión empresarial, es igualmente indiscutible que la decisión de redistribuir la actividad del excedente entre los efectivos humanos de los que se dispone, en lugar de acudir a la cobertura del puesto de trabajo en la forma en que se tenga por conveniente, es decisión que, en la dinámica de la situación en que la excedencia consiste y en el contexto del derecho de expectante reingreso del excedente, genera una consecuencia evidente: la existencia de vacante (...). vacancia que genera la inmediata materialización del derecho del excedente a su reingreso”.

3. De otra parte el perjuicio consiguiente a la injustificada readmisión del trabajador en situación de excedencia genera *ope legis* el perjuicio inherente a la no percepción del salario debido, por lo que surge la obligación para el empresario de abonar dicho salario en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

C) Excedencia por cuidado de hijo

STSJ de Galicia de 26 de junio de 2009 (recurso 3236/2006), I.L. J 1976). 1. La STSJ de Galicia de 26 de junio de 2009 (I.L. J 1976) resuelve el caso de una trabajadora que viene prestando sus servicios laborales para Xunta de Galicia y solicita la excedencia para cuidado de su hijo, que padece Síndrome de Down y que tiene ocho años de edad. El Convenio Colectivo de aplicación distingue entre la excedencia para el cuidado de hijos menores de tres años en cuyo caso se concede una excedencia de tres años y para el cuidado de familiares que establece un período de excedencia de dos años. Al tener el menor más de tres años la Xunta asimila tal situación al segundo de los supuestos, el contemplado para la excedencia “para el cuidado de familiares” y concede la excedencia prevista en el convenio para tal situación. La actora presenta demanda ante el Juzgado de lo Social que es estimada y formulado recurso de suplicación por la Xunta se desestima y se confirma la sentencia de instancia. Entiende la Sala, interpretando el concepto de parentesco, que si bien el hijo de la actora es mayor de tres años no puede incluirse para el supuesto contemplado para la excedencia “por cuidado de familiares” porque tal y como se contempla en el convenio no cabría reconocer la excedencia para el cuidado de hijo mayor de tres años y menor de ocho, en consecuencia debe asimilarse y conceder la excedencia contemplada para el primero de los supuestos (hijo menor de tres años).

2. En efecto, según la citada sentencia: “El artículo 24 del Convenio Colectivo, dedicado a la regulación de las excedencias, dispone en el apartado primero rubricado “Para el

V. Dinámica de la Relación Laboral

cuidado de hijos/as menores de tres años”, que “todos /as los/as trabajadores/as tendrán derecho a una excedencia por tiempo no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo/a contados desde la fecha de nacimiento de éste/a...”.

El apartado segundo del mismo precepto, que lleva por rúbrica “Para cuidado de familiares”, establece que “los/las trabajadores/as también tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años para atender el cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguineidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida...”.

3. Pues bien, a la luz de tal precepto, no compartimos la forma en la que la recurrente lo interpreta, porque además de que difícilmente, de seguirse tal postura, podría reconocerse una excedencia para hijos menores, mayores de tres años, madre e hijo son parientes de primer grado en línea recta ascendente, si consideramos al parentesco, como el vínculo que une a unas personas con otras, a la línea recta ascendente, como la relación que une al padre con el hijo, y al grado, como la distancia existente entre dos generaciones, sin poder obviarse tampoco el hecho de que se contemplan los dos tipos de excedencias en párrafos independientes, porque también es desigual, el plazo de duración establecido para cada una de ellas (tres años para el cuidado de hijos menores de tres años y dos años para el de familiares, justificándose la mayor duración de la primera, en las también más acuciantes necesidades de los menores de corta edad).

Requiriendo el precepto, que se trate de una excedencia hasta el segundo grado de consanguinidad, el parentesco entre la demandante y su hijo, queda incluido en el grupo primero y habiéndolo entendido así la Magistrada de instancia, fracasa el recurso de suplicación interpuesto por la Administración demandada.

D) Excedencia voluntaria. Indemnización. *Dies a quo*

STS de 3 de diciembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4016/2008), I.L. J 2118. 1. Afronta la STS de 3 de diciembre de 2009 (I.L. J 2118) la cuestión de determinar a partir de qué día incurre la empresa en mora en el cumplimiento del deber de reincorporar al excedente voluntario y está obligada a indemnizarle por los daños y perjuicios causados por esa acción.

2. Siguiendo la doctrina unificada se sitúa el referido *dies a quo* en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación previa a la demanda, cuando se trata de supuestos en los que la vacante se ha producido en fecha posterior a la petición de reingreso. Tal doctrina no se aplica, cuando al terminar el período de excedencia existe vacante de la categoría del trabajador excedente, pues en este caso los daños y perjuicios, salvo prueba en contrario, serán los causados desde el día en que terminó la excedencia voluntaria.

3. En definitiva, la solución se determina en función de dos factores: La fecha de producción de la vacante y la de petición de reingreso.

E) Excedencia Voluntaria: Reingreso . Derecho expectante

STS de 21 de enero de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1500/2009), I.L. J 32. 1. La STS 21 de enero de 2010 (I.L. J 32) plantea la cuestión del alcance del derecho del trabajador a reincorporarse a la empresa desde la situación de excedencia voluntaria común.

2. Para la sentencia analizada, el hecho de que las dos trabajadoras contratadas a tiempo parcial tras el pase del actor a la excedencia, no tuvieran la misma categoría de éste, no es obstáculo para que pudieran ser incorporadas a la plantilla de la empresa “para suplir la ausencia de aquél” en lo que a su trabajo ordinario se refiere; pues en los hechos probados consta que el actor “realizaba las mismas tareas que el resto de los trabajadores de la sección”; o lo que es igual, todos los trabajadores en la sección realizaban las mismas tareas, con independencia de la categoría de cada uno de ellos.

Recuerda la sentencia que la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que el derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o “expectante”, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso.

3. Por otro lado, reitera doctrina de la Sentencia de 14 de febrero de 2006, afirmando que “El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, “el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario”, muy digno de consideración, pero que de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica “conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa”.

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. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.
a) La indemnización: cuantía y cálculo. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.**
A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13 a 16 del año 2009.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración —con mayor o menor profusión o intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo, el Mutuo acuerdo de las partes [artículo 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado “Finiquito”, es analizada por la **STS de 10 de noviembre de 2009** (RCUD 475/2009) y **STSJ de Navarra de 7 de septiembre de 2009** (recurso 242/2009), I.L. J 1751, que le otorgan valor liberatorio al enjuiciar el supuesto de la válida extinción contractual dentro del período de prueba. La Sala argumenta en su F.J.2.º:

“La negación de la eficacia liberatoria del finiquito se ha producido en otros supuestos por completo distintos del presente, tales como: finiquitos tras contratos temporales fraudulentos, o firmados entre contrato y contrato que se suceden en una cadena, o suscritos a la finalización de períodos de trabajo fijo discontinuo (en acciones de despido) y también en casos en que claramente no se ha incluido un concepto determinado o se producen diferencias salariales por convenio posterior con efectos retroactivos (en acciones de reclamación de cantidad). Por lo que se refiere a los finiquitos firmados a la conclusión de un contrato por no superación del período de prueba, se ha declarado su ineficacia cuando tal período era inexistente, por haber sido rebasada su duración o por no haberse pactado por escrito, así en la Sentencia del TS de 19 de junio de 1990 y en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 5 de octubre de 2001. Pero ya se ha dicho que el caso analizado era diferente por las razones expuestas, por lo que se ha de dar plena validez al finiquito”.

A la extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación, en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, [artículo 49.1.g) E.T] se refiere la **STJCE de 10 de diciembre de 2009**, I.L. J 1680 (Asunto núm. C-323/2008). Confirma la sentencia de instancia que desestimaba la demanda de despido, en el supuesto de una trabajadora, en la que: “acreditada la relación laboral con el empresario manteniéndose hasta el fallecimiento de éste, del que tuvo oportuno conocimiento, y a partir del tal acaecimiento fue la esposa del finado la que continuó, en calidad de usufructuaria universal de la herencia del marido, con el desempeño y gestión del negocio de hostelería, haciendo abono de los salarios a la demandante y continuando la actividad empresarial de aquél hasta su jubilación”. El fallo rechaza la existencia de despido por jubilación de la titular del negocio, pronunciándose a favor de la extinción de la relación laboral. Para la Sala

“es claro que de conformidad con la ya consolidada doctrina sustentada por el Tribunal Supremo entre otras coincidentes Sentencias de 28 de junio de 1984, 16 de junio de 1988, 18 de diciembre de 1980 y 13 de marzo de 1992, la única empresaria y continuadora en la titularidad del negocio para la que la demandante siguió prestando servicios lo fue la aludida esposa del finado de conformidad con lo prevenido por el núm. 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores sin que pese a haberse producido, por razón de tales circunstancias, un cambio en la titularidad de la empresa, a tenor de lo determinado por el artículo 44 del mismo ET, a la demandante, en calidad de trabajadora, le correspondieran otros ni más derechos que los de quedar subrogado el nuevo empresario en los mismos

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

derechos y obligaciones del anterior. Y si –igualmente constatado como probado– el posterior 30 de junio de 2002 la referida y única titular del negocio decide jubilarse causando baja en el régimen especial de trabajadores autónomos y cerrando el establecimiento en el que desarrollaba su actividad de empresaria– sin que se haya discutido ni siquiera puesto en duda que la misma no reuniera las exigencias legales establecidas para adoptar tal decisión de jubilación– poniendo tal hecho en conocimiento de la trabajadora demandante, es claro que sea cual fuere el tamiz a que tales hechos y procederes se sometan sólo como determinantes de extinción de la relación laboral conforme a lo prevenido en el apartado g) del núm.1 del artículo 49 ET, y tan constante como reiterada doctrina sobre el mismo contenida entre otras coincidentes Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, 9 de abril de 1996, y 25 de abril y 20 de junio de 2000, puede jurídicamente valorarse al estimarlo y decidirlo”.

La **STSJ de Aragón de 7 de octubre de 2009**, (recurso 685/2009), I.L. J 1687, razona cómo para que pueda considerarse existente la dimisión de una trabajador es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato, y declara su inexistencia en el supuesto basado en un incumplimiento empresarial que carece de gravedad suficiente, consistente en el retraso en tres meses en el abono de los salarios. La Sala justifica el fallo:

“Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo puede producir desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo (SSTCT de 5 de mayo de 1988 y del TS de 26 de diciembre de 1986) (...) Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción”.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, (recurso 289/2009), I.L. J 1685, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia a una orden de la empresa, de un trabajador para ejecutar una obra, se negó a llevarlo a cabo. La Sala expone que

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda

comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados”.

De otro lado, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de junio de 2009**, (recurso 311/2009), I.L. J 1991, declara la procedencia de un despido basada en la obtención de una prueba, por la empresa, a través del ordenador portátil del trabajador, sin que ello suponga una violación del derecho a su intimidad. Alega la Sala que “El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar, se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” (SSTC 57/1994, FJ 6.º y 143/1994, FJ 6.º, por todas)”.

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la transgresión de la buena fe contractual [artículo 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2009**, (recurso 1784/2009), I.L. J 2079, que confirma la procedencia del despido de un trabajador que, de forma grave y culpable, actuando consciente y dolosamente, comete un hurto en la empresa penado en vía penal. La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual, expone:

“Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área de disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquéllas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el artículo 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (...) la jurisprudencia requiere –como hemos visto– para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992)”.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STSJ de Baleares de 23 de octubre de 2009**, (recurso 450/2009), I.L. J 1764, **STSJ de Andalucía de 6 de octubre de 2009**, (recurso 744/2009), I.L. J 1757 y **STSJ de Andalucía de 6 de noviembre de 2009**, (recurso 3883/2009), I.L. J 2195. Frente a las sentencias de instancia, que declararon la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores demandantes fundado en causas objetivas, las Salas declaran la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la disminución importante de la facturación y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la primera Sala, en su FJ único, razona:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto. (...) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (...) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...) Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante”.

Por el contrario, la **STSJ de La Rioja de 1 de octubre de 2009**, (recurso 288/2009), I.L. J 1683 la **STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2009**, (recurso 1626/2009), I.L. J 2077, la **STSJ de Murcia de 16 de noviembre de 2009**, (recurso 803/2009), I.L. J 2203 y, finalmente, la **STSJ de Andalucía de 6 de noviembre de 2009**, (recurso 1049/2009), I.L. J 2197, declaran improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello fundamenta el fallo, en su FJ 3.º, en que “los empleados no fueron contratados para la actividad de investigación que fue suprimida, ni se dedicaban a ella, sino que realizaban tareas ordinarias que continúan desarrollándose y sin que en esa actividad exista necesidad alguna de amortizar puestos de trabajo”.

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009**, (recurso 433/2009), I.L. J 1994, falla la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, en un supuesto de imposibilidad de poner a disposición del trabajador la indemnización, determinando que dicha posibilidad no produce la nulidad de la extinción.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2009**, (recurso 1589/2009), I.L. J 2083, al estimar la excepción de caducidad en el cómputo del plazo, en el supuesto de un trabajador fijo discontinuo, “ya se había superado el plazo de 20 días hábiles que para la caducidad de la acción de despido se establece en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores”, analiza la particularidad de la carga de la prueba que acredite el día de comienzo del cómputo o el momento en que el trabajador tiene conocimiento de la falta de convocatoria correspondiente.

A tal efecto la Sala determina: “Corresponde al trabajador acreditar la fecha en la que tiene conocimiento de la falta de convocatoria correspondiente, no bastando decir en la demanda que ese momento se sitúa el 27 de octubre de 2008 sino que es preciso llevar a la convicción judicial de que por haber iniciado la actividad en años anteriores en dicha fecha, el *dies a quo* debe situarse en la fecha que se postula”.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2009**, (recurso 289/2009), I.L. J 1685, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia a una orden de la empresa de un trabajador para ejecutar una obra.

La Sala expone que “El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados”.

De otro lado, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de junio de 2009**, (recurso 311/2009), I.L. J 1991, declara la procedencia de un despido basada en la obtención de una prueba, por la empresa, a través del ordenador portátil del trabajador, sin que ello suponga una violación del derecho a su intimidad. Alega la Sala que “El derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar, se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” (SSTC 57/1994, FJ 6.º y 143/1994, FJ 6.º por todas)”.

Finalmente, la **STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2009**, (recurso 1626/2009), I.L. J 2077 declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, al descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la Sala, en su FJ único, alega:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas. Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante”.

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la transgresión de la buena fe contractual [artículo 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2009**, (recurso 1784/2009), I.L. J 2079. que confirma la procedencia del despido de un trabajador que, de forma grave y culpable, actuando consciente y dolosamente, comete un hurto en la empresa penado en vía penal. La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual, expone:

“Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área de disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquéllas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el artículo 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (...) la jurisprudencia requiere –como hemos visto– para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992)”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STS de 10 de noviembre de 2009**, (Recurso u.d. 2514/2008), I.L. J 1801, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, por haber superado el límite máximo de edad para trabajar establecido en Convenio Colectivo, aduciendo la falta de adopción por la empresa de medidas de mantenimiento o mejora del empleo. Razona el Tribunal:

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“La Doctrina inicial de la STC 22/1981 que fue seguida por la jurisprudencia social, al sostener la validez de la jubilación pactada en Convenio cuando la misma se estableciese con la finalidad de promover una política de empleo y de mitigar en lo posible una situación de paro (así se expresan las SSTs de 28 de marzo de 1983; 11 de mayo de 1983; 30 de mayo de 1983; 11 de julio de 1985; 11 de julio de 1985; 12 de julio de 1985; 02 de junio de 1986; y 09 de diciembre de 1986); siquiera con posterioridad se hubiese impuesto el criterio rectificador de la STC 58/1985, afirmando el TS que ‘no resulta obligado que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados’ y ‘que es constitucional el pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación del Sistema de la Seguridad Social’ (así, las SSTs de 27 de octubre de 1987; 27 de octubre de 1987; 18 de diciembre de 1989; y 27 de diciembre de 1993 –rcud 4180/1992–). 3. Algunos años más tarde la inicial formulación constitucional se incorporó al Texto Refundido del ET [RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo], con una DA décima por cuya virtud se habilitaba expresamente al Gobierno y a la negociación colectiva para incorporar edades de jubilación forzosa, pero como medida de fomento del empleo; con lo que –es claro– se descartaba de forma definitiva la fijación de una jubilación forzosa de alcance general, pero a la par se ofrecía a la negociación colectiva –también al Gobierno– un instrumento para minorar el desempleo padecido en algunos sectores de producción. Y en la interpretación del precepto, la doctrina constitucional indica que ‘las precondiciones que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, con arreglo a nuestra doctrina [SSTC 22/1981, de 2 de julio; y 58/1995, de 30 de abril], las siguientes: 1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si (...) procede la percepción de pensión de jubilación. [...] 2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo’ (SSTC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6.º; y 341/2006, de 11 de Diciembre, FJ 3.º). Y que ‘la confluencia de un compromiso en el convenio que favorece la estabilidad en el empleo [...] durante toda su vigencia, y la constatación de que la empresa, en la aplicación de la cláusula de jubilación obligatoria, ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador, permiten apreciar la existencia de una justificación de la medida convencional y de un fundamento legítimo de la decisión empresarial, ligados a políticas de empleo’ (SSTC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6.º; en términos parecidos, la 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3.º)”.

La **STSJ de Murcia de 13 de octubre de 2009**, (recuso 779/2009) I.L. J 1675, analiza la improcedencia de un despido efectuado a un trabajador durante el período de prueba. Al respecto la Sala expone:

“Parte del contrato es ajustado a la ley y por ello, acreditado que el actor no pudo comenzar a prestar servicios con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, el cese se produce dentro del período de prueba pactado. En este sentido, tomando como fecha inicial de la relación de trabajo el que se dice en la sentencia es evidente que el cese, acordado más allá del tiempo fijado por las partes como período de prueba, ha de tacharse de despido

improcedente. En este sentido el Tribunal Supremo tiene declarado, S. de 05 de abril de 1991, que habiendo pactado un período de prueba de x días, comunicada la decisión extintiva dentro del plazo de vigencia del citado lapso, estableciendo el artículo 14 del ET la facultad potestativa de terminar la relación sin consecuencias derivadas de tal extinción, conforme establece el artículo 14.2 del cuerpo legal mencionado, es evidente que no se han cometido las vulneraciones acusadas lo que, en el presente caso, no ocurre. Ello es así por cuanto las posibilidades del artículo 14 quedan ceñidas al ámbito temporal fijado como de ‘prueba’ por lo que, según constante jurisprudencia y como se resume en la STS de 18 de febrero de 2002 dicho cómputo ha de contarse de fecha a fecha, por aplicación del artículo 5.º del Código Civil, debiendo calificarse como despido improcedente el cese acordado una vez que se ha completado dicho período de prueba”.

En el mismo sentido, la **STSJ de La Rioja de 18 de noviembre de 2009**, (recurso 309/2009) I.L. J 2159, al enjuiciar un supuesto de trabajador, despedido disciplinariamente por falta de asistencia al trabajo, confirma la sentencia de instancia que desestimaba la improcedencia de despido. Niega la Sala la existencia de un desistimiento del trabajador, a la vez que analiza los requisitos que deben concurrir en una dimisión voluntaria del trabajador:

“La dimisión voluntaria de su puesto de trabajo “decae, asimismo, por los propios términos de la doctrina jurisprudencial, que acepta la posibilidad de que el propio trabajador manifieste su voluntad de mantener la vigencia del vínculo contractual cuando no puede reincorporarse por continuar en situación de baja médica, tal y como acontece en el supuesto de autos, dado que para que concurra abandono del puesto de trabajo es necesario, cuando no se hace de forma expresa, que derive de forma inequívoca de conductas, acciones u omisiones que rotundamente evidencien la voluntad en tal sentido del aplicado –Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 27 de junio de 1983 y de 3 de junio e 1988–, esto es, y dicho de otro modo, que el consentimiento claro de causar baja voluntaria ha de evidenciarse –SSTS de 29 de junio de 1989 y de 2 de enero de 1990– o ha de constar una conducta que manifieste un deliberado propósito de dar por terminado el contrato –STS de 7 de mayo de 1990– y la actitud de la actora no puede tildarse de concluyente en cuanto a su voluntad de romper el nexo, sino todo lo contrario: lo quiso mantener vigente como demuestra el hecho de su intento de reincorporación”.

Finalmente, la **STSJ de Murcia de 16 de noviembre de 2009**, (recurso 942/2009) I.L. J 2217, y la **STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2009**, (recurso 3806/2009) I.L. J 2223, ante la falta de acreditación empresarial de la culpabilidad y gravedad de las acciones cometidas por sendos trabajadores, declaran los despidos improcedentes, por considerar inexistente, en tales supuestos, una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el cometido de sus trabajos. Para las Salas “Tales conductas no alcanzan a tener la gravedad (y entidad) suficientes para entenderlas incardinables en el citado artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STS de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 1713 (recurso u.d. 4004/2008), al analizar la relación existente entre la indemnización y los salarios de tramitación, determina que a esos efectos forman parte del salario todas las percepciones o remuneraciones del trabajador que traen causa, directa o indirecta, del trabajo prestado, excepto las cantidades correspondientes a un seguro de vida, salvo que exista pacto en contrario. Asimismo, expone que el ofrecimiento empresarial de la indemnización y de los salarios de tramitación “han de realizarse con la debida separación cuantitativa de forma que el trabajador tenga conocimiento cabal de las dos partes que componen la proposición empresarial. La ausencia de la apuntada separación, así como el desacierto, total o parcial, de los parámetros de cálculo manejados por la empresa para fijar la suma ofertada, conducirá a que la condena al pago de los salarios de tramitación se realice como si no hubiese tenido lugar el ofrecimiento patronal”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STS de 19 de noviembre de 2009**, (recurso u.d. 2329/2008) I.L. J 2268, haciéndose eco de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, en recientes sentencias, determina la nulidad objetiva y directa del despido efectuado a una trabajadora embarazada, a pesar de que su estado de gestación era desconocido por la empresa. La Sala fundamenta el fallo en los siguientes términos:

“La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa a la interpretación que deba darse al artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y en particular se trata de determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario. “(...) Finalmente y como argumento de refuerzo, se alude a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento. Sentencias dictadas en Sala General de 19 de julio de 2006, (Recs. 387/2005 y 1452/2005), reiteradas por la de 24 de julio de 2007 (Rec. 2520/2006). Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en sentencia de 17 de octubre de 2008 (Rec. 1957/2007), en la cual se señala: “Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en Sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal”.

Asimismo, la **STSJ de Murcia de 16 de noviembre de 2009**, (recurso 647/2009), I.L. J 2202, estima la nulidad del despido efectuado a un trabajador, delegado de sección sindical en la empresa, cuando ésta solapa el verdadero motivo de despido, en forma de

despido objetivo. Para ello, la Sala descarta la justificación del despido objetivo y declara su nulidad.

“Cuando menos habría de reputarse precipitada la decisión empresarial tomada en base a un simple dictamen médico (...) que revela que la dolencia es reversible, aun paliada en la actualidad con un cambio de puesto de trabajo adecuado a sus condiciones presentes (...) No habiéndose probado que la decisión empresarial de despido objetivo obedezca a causa justificada y acreditado el conocimiento por la empresa de la condición de delegado o secretario de la sección sindical de CCOO por parte del actor y su actuación en calidad de tal, ha de llegarse a la misma conclusión que el Juzgador de instancia y el recurso ha de desestimarse”.

La **STSJ de Murcia de 28 de septiembre de 2009**, (Recurso 759/2009), I.L. J 2020, estima la existencia de nulidad de un despido por causas objetivas por incumplimiento de los requisitos formales. Falla la nulidad por no cumplirse las normas que establece para el despido objetivo el artículo 53 del ET. La Sala fundamenta su fallo en los siguientes términos:

“de acuerdo con la doctrina a que se ha hecho referencia en el fundamento anterior, el recurso, que denuncia la infracción de los artículos 49.1.l) y 52.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, debe estimarse. En efecto, establecen las sentencias mencionadas que, produciéndose el cese como consecuencia de la ejecución de una sentencia firme del orden contencioso-administrativo que anula un procedimiento de selección, se trata de una extinción del contrato de trabajo de las previstas en el artículo 52.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que ha de ajustarse a las formalidades del artículo 53 del citado texto legal y, como no se cumplieron los requisitos previstos en este artículo –en concreto, la puesta a disposición de la indemnización, al ser subsanable la falta de preaviso–, el despido debe calificarse como nulo de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.4, sin perjuicio de que pueda procederse a un nuevo despido, cumpliendo tales exigencias, como prevé el precepto citado en relación con el artículo 122.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral. Por ello, se ha de casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, debe estimarse el recurso de esta clase interpuesto por la recurrente, declarando nulo su despido con las consecuencias inherentes a tal declaración, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas, conforme al artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2009**, (recurso 563/2009) I.L. J 1981, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad del despido en un supuesto de inexistencia de vulneración del derecho a la indemnidad de los trabajadores.

“La Sala desestima la nulidad del despido efectuado ante la ausencia de indicios de móvil discriminatorio que indique una vulneración del derecho a la indemnidad del trabajador afectado, declarando el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual”.

M.^a CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA
INMACULADA BAVIERA PUIG

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario

1. Consideración preliminar. 2. Libertad sindical. A) Contenido y alcance. a) Negación de información y medios técnicos por parte de la empresa. b) Participación en las comisiones de trabajo de los convenios colectivos. c) Comité de Empresa Europeo. No tiene función negociador de convenios colectivos. Elección de los miembros por acuerdo mayoritario. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Vulneración del derecho de libertad sindical. Conducta obstaculizadora de la empresa para negociar el fin del conflicto colectivo. C) Garantías de los delegados sindicales. a) Delegado sindical. Derechos y garantías. Número de trabajadores en la empresa o centro de trabajo: ha de tomarse como referencia el ámbito de actuación de la representación unitaria. b) Delegado sindical. Derecho al crédito horario cuando las funciones de representación no coinciden con la jornada de trabajo. c) Despido. Requisito de audiencia previa al delegado sindical. **3. Conflicto Colectivo.** A) El proceso de conflicto colectivo: elementos necesarios. B) El proceso de conflicto colectivo: Legitimación. **4 Huelga.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13, 14, 15 y 16 de 2009 y 1 y 2 de 2010 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia.

2. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Contenido esencial. Negación de información y medios técnicos por parte de la empresa

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 28.1 CE integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción

de los sindicatos (huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos, acción sindical) que constituyen el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical. Junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que pasen a engrosar o a añadirse a aquel núcleo esencial. De este modo, el derecho fundamental de libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por esos 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.

Así, el contenido esencial, en su vertiente de libertad de actuación sindical, se refiere la **STS de 30 de noviembre de 2009**, I.L. J 2176, cuando confirma la sentencia de instancia que entendía que vulneraba este derecho la conducta empresarial consistente en negar al sindicato actor, a través de la sección sindical que le representaba, acceso a información relativa a la previsión de futuras contrataciones laborales, así como copia básica de los contratos celebrados. En efecto, la sentencia entiende que tales facultades no se integran dentro del contenido del artículo 64 ET, no constituye una manifestación de la administración del convenio, sino de la libertad sindical, entroncándose directamente dentro del elenco de actuaciones contenido en el artículo 10.3 LOLS.

Controvertido es el segundo de los supuestos referido al uso de los medios telemáticos de propiedad de la empresa por parte del sindicato. En concreto, el sindicato CSIT-Unión Profesional solicitó de su empleadora la autorización de uso de una cuenta de correo electrónico a través de la cual poder transmitir información sindical. La empresa lo denegó y el sindicato promovió el reconocimiento de este derecho. La **STSJ de Madrid de 4 diciembre de 2009**, I.L. J 252, reitera la doctrina sentada en la conocida STC 281/2005 en el sentido que existe el derecho a utilizar los medios electrónicos con que cuenta la empresa pero con límites, de carácter subjetivo y material, concretados en los siguientes extremos: la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario laboral no puede producir perturbación en el trabajo; el uso del correo tampoco puede perjudicar el uso específico empresarial preordenado con esa herramienta laboral; tampoco puede ocasionar gravámenes adicionales para la empresa, singularmente, la asunción de mayores costes. De todo lo cual se deduce que el sindicato tiene derecho a hacer uso con fines sindicales del correo electrónico con que cuenta la empleadora, siempre que ese uso se haga dentro de los límites que se han indicado.

b) Participación en las comisiones de trabajo de los convenios colectivos

La limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en él.

El sindicato Comisión de Trabajadores Asamblearios (CTA) demanda frente a Iberia LAE, el comité intercentros de dicha empresa y diversas entidades sindicales, sobre tutela de la libertad sindical. El comportamiento alegado como lesión de tal derecho ha sido la cons-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

titución y funcionamiento sin participación del sindicato de tres comisiones de trabajo previstas en el XVII Convenio Colectivo de Iberia LAE y su personal de tierra. Se trata de la comisión de igualdad, de la comisión de empleo para el estudio de medidas encaminadas a situar a la empresa en una posición de competitividad y de la comisión de productividad para preparar medidas de adaptación de determinados colectivos a cambios tecnológicos y productivos.

La exclusión de la presencia de tales comisiones, aduce el sindicato, vulnera su derecho de libertad sindical en cuanto que éstas son en realidad “comisiones negociadoras” de pactos colectivos, y en cuanto que CTA tiene derecho a participar en sus trabajos, ya que, aunque no consideró oportuno suscribir el citado Convenio Colectivo, sí formó parte de la comisión creada para su negociación y está presente además en el comité intercentros de la empresa.

La **STS de 19 de enero de 2010**, u.d., I.L. J 37, desestima la pretensión señalando que la aplicación de principio de “proporcionalidad representativa” en los órganos colegiados encargados de la negociación colectiva establecida en nuestro ordenamiento laboral tiene como presupuesto que se trate efectivamente de “comisiones negociadoras” y no de “comisiones de trabajo” encargadas del estudio o de la preparación de propuestas para futuros acuerdos. Pues bien, es esta última la naturaleza de las comisiones controvertidas en este conflicto, a la vista de las disposiciones del citado Convenio Colectivo que las ha creado. Esta condición de meras comisiones de trabajo se confirma con lo establecido en la disposición transitoria vigésima novena del propio Convenio Colectivo, según la cual, “Los acuerdos que se adopten por las distintas comisiones de trabajo creadas al amparo del presente convenio y que supongan una modificación del mismo deberán ser ratificadas, en su caso, por la comisión negociadora para su inclusión en el texto de dicho convenio”.

c) Comité de Empresa Europeo. No tiene función negociador de convenios colectivos. Elección de los miembros por acuerdo mayoritario

En el acuerdo del Comité de Empresa Europeo de la empresa AIRBUS, S.L. se estableció una composición de 18 miembros más 2 expertos de AIRBUS, atribuidos según la correspondencia con el número de miembros y representaciones de los trabajadores de cada Estado. En las últimas elecciones a representantes de los trabajadores celebradas en la empresa AIRBUS España, se obtuvieron los siguientes resultados: CCOO 28; CGT 11; UGT 9; Otros 5 (ATP) Otros 2 (ATP). Por acuerdo del Comité Interempresas se acordó por mayoría la elección de 2 representantes, uno, perteneciente a CCOO y otro, a UGT. El sindicato CGT alega que se ha lesionado su derecho de libertad sindical al habersele excluido del Comité de Empresa Europeo, quedando por ello al margen de las facultades negociadoras, y por tanto no poder tomar parte en la negociación colectiva, a pesar de ser la segunda organización sindical con representación en la empresa teniendo el carácter de más representativa respecto de los representantes legales de los trabajadores en AIRBUS, en el conjunto del Estado español.

La **STS de 16 de diciembre de 2009**, I.L. J 3, señala que el Comité Europeo no es un órgano de representación unitaria, ni por tanto implica un ejercicio de actividad sindical vinculado a la negociación colectiva y no hay precepto alguno en la normativa española o

comunitaria que permita sostener que la composición en lo que al banco social respecta de aquel órgano haya de ser proporcional al resultado de las elecciones correspondientes a representantes unitarios en la empresa. Conviene recordar que como se desprende de la Ley 10/1997, de 24 de abril, que traspone a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 94/45/CE, y establece su artículo 1.º, 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”.

Por otra parte, esa composición del Comité Europeo, resultado de la elección por mayoría, se adecua a las competencias que normativamente se le atribuyen y que, en contra de las afirmaciones del recurrente, no contienen facultades de negociación, ni por ello se ha producido una vulneración del derecho de libertad sindical del artículo 28 CE, en su vertiente del derecho a la negociación colectiva, contenido en el artículo 6.3 de la LOLS. Además, debe recordarse que no en todas las comisiones o comités que se creen en el seno de la empresa con participación de los trabajadores han de tener forzosamente una composición proporcional en paralelo con la prevista para la negociación colectiva. En este sentido, el artículo 27 de la Ley 10/1997 sobre designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el comité de empresa europeo, el cual establece, en su apartado primero, que “Los representantes que deban formar parte de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados”.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Vulneración del derecho de libertad sindical. Conducta obstaculizadora de la empresa para negociar el fin del conflicto colectivo

El Sindicato SECCRA interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales contra la Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid, sobre vulneración de la libertad sindical alegando, en síntesis, que después de haber alcanzado ante la empresa un acuerdo para negociar sobre el objeto del conflicto colectivo que tenían pendiente, dicha negociación se hizo imposible por los obstáculos puestos por la parte empresarial que pretendía llevar a cabo la negociación con el comité de empresa y no con el sindicato.

La **STS de 14 de diciembre de 2009**, I.L. J 15, aprecia que se desprende suficientemente una conducta obstaculizadora de la empresa impidiendo que las negociaciones para resolver el conflicto colectivo llegasen a buen término, como lo demuestra el que la empresa pretendiese configurar un órgano paritario de negociación distinto del acordado (se pretende negociar con el órgano de representación unitaria, el Comité de Empresa, cuando lo acordado había sido negociar con tres personas pertenecientes al sindicato, que era el que tenía la condición de “parte” en el conflicto colectivo). Y, asimismo, aparece suficientemente acreditado que con tal conducta el sindicato demandante experimentó a partir de aquellas fechas una baja de afiliaciones que pueden atribuirse razonablemente a la situa-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ción de imposibilidad en que se veía el sindicato para culminar la resolución favorable del conflicto colectivo, lo que implica una vulneración de su derecho a la libertad sindical de negociación, en cuanto ningún sindicato debe experimentar consecuencias desfavorables por el ejercicio legítimo de un derecho.

C) Facilidades y garantías de los delegados sindicales

a) Delegado sindical. Derechos y garantías. Número de trabajadores en la empresa o centro de trabajo: ha de tomarse como referencia el ámbito de actuación de la representación unitaria

Para que el delegado sindical pueda disfrutar de las garantías previstas por el legislador en el artículo 68 ET es preciso que concurren los requisitos exigidos en el artículo 10.1 LOLS: a) que la empresa o, en su caso, el centro de trabajo dé ocupación a más de 250 trabajadores y b) que el sindicato tenga presencia en el comité de empresa. Pues bien, la posibilidad de acudir al centro de trabajo o a la empresa para salvar el requisito de 250 trabajadores en plantilla no es algo que quede al arbitrio de ninguna de las partes, sino que está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa. En definitiva, el ámbito de representación sindical ha de coincidir con el de la representación unitaria. De esta manera, si los trabajadores participan en la empresa mediante comités de centro, la exigencia de 250 trabajadores del artículo 10.1 LOLS ha de referirse a cada uno de ellos individualmente considerado, y no al conjunto de la empresa. Si, por el contrario, las elecciones sindicales se celebraron para obtener la representación de varios centros de trabajo, el cómputo de plantilla se realizará tomando en consideración el número de trabajadores afectados por ellas [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009, I.L. J 1967].

b) Delegado sindical. Derecho al crédito horario cuando las funciones de representación no coinciden con la jornada de trabajo

Como sabemos, el artículo 68.e) ET reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a un crédito de horas mensuales retribuidas para realizar las funciones de representación que tienen encomendadas. Uno de los problemas que plantea este precepto es el derecho al crédito horario cuando el ejercicio de estas funciones representativas no coincide con la jornada de trabajo, en cuyo caso se discute si éste debe considerarse tiempo de trabajo efectivo, reduciendo en consecuencia la jornada de trabajo del representante en proporción al tiempo empleado en la actividad representativa.

Aun cuando el legislador no establece el momento en que se han de ejercer las funciones de representación, partiendo de que nos encontramos ante permisos de carácter retribuido cuyo ejercicio exige previo aviso y justificación [artículo 68.e) ET, en relación con el artículo 37.3.e) del mismo cuerpo legal], los tribunales parten de la regla general de tomar sólo en consideración las horas de representación que coincidan con la jornada de trabajo, de forma que cuando no se dé tal coincidencia aquéllas no se concebirán como tiempo de trabajo efectivo. Ahora bien, esta regla ha de adaptarse a la finalidad de la propia garantía. De ahí, que los tribunales hayan admitido algunas excepciones: a) cuando el representante

tenga asignado un horario nocturno, habida cuenta de que las funciones de representación se ejercen normalmente durante el día; b) cuando la jornada del representante no coincida con la de la totalidad de los trabajadores en la empresa, por trabajar en régimen de turnos, pues en caso contrario se llegaría a la inadecuada solución de atribuir a estos trabajadores la carga de ampliar su jornada de trabajo en las horas que durante otros turnos dedicaran a su actividad de representación.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de junio de 2009**, I.L. J 1998, aplica esta misma interpretación teleológica cuando la solicitud del crédito horario obedece a la asistencia a una reunión del sindicato, convocada a nivel sectorial o intersindical, en la medida en que el horario de ésta no ha sido fijado por el propio representante a su conveniencia, ni por su sección sindical. En el supuesto enjuiciado por esta sentencia, un delegado sindical de CCOO había solicitado a la empresa compensación horaria por acudir a una reunión sindical los días 5 de diciembre de 17:30 a 20:30 h. y el 7 de diciembre, de 18:00 a 21:00 h.; solicitud que le fue denegada con base a que el trabajador había acudido a las reuniones del sindicato en su tiempo libre. El tribunal entiende que debe compensarse al representante las horas dedicadas a su actividad sindical, aun fuera de su jornada de trabajo, pues una interpretación contraria implicaría la ampliación de la jornada de trabajo de los representantes por el mero cumplimiento de las funciones propias de su cargo.

c) Despido. Requisito de audiencia previa al delegado sindical

Salvo la concurrencia de excepcionales circunstancias, la finalidad del trámite de audiencia previa, cual es influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada por la empresa, no se compagina bien con la fijación empresarial de un breve plazo de audiencia a los delegados sindicales. Se ha considerado por parte de la doctrina jurisprudencial que con un solo día de plazo para la audiencia no es presumible que por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado (STS de 12 de julio de 2006).

Sobre el requisito de audiencia previa se plantea precisamente la siguiente problemática. La trabajadora está afiliada al sindicato Fasga, lo que es conocido por la empresa que efectúa el descuento de la cuota sindical en la nómina. Dicho sindicato ha constituido una sección sindical en la empresa y cuenta con un delegado de ésta. El jefe de personal llamó a la trabajadora, la informó de los hechos, solicitó una explicación y le anunció que iba a ser despedida. Durante la entrevista, a la que también asistió el marido de la trabajadora, llamó al delegado de la sección sindical de Fasga en la empresa que se incorporó a la reunión. Tras comentar los hechos se procedió a la entrega de la carta de despido a la trabajadora. La reunión, en total, duró una hora y media.

La **STSJ de Baleares de 24 de noviembre de 2009**, I.L. J 184, aplicando la doctrina descrita al despido de la trabajadora, alcanza la conclusión que la empresa ya tenía tomada la firme decisión de despedir a la trabajadora cuando se puso en contacto con el delegado sindical. Y una audiencia de estas características no deja margen para que el delegado trate de influir en la voluntad de la empresa ni para que ésta pueda reconsiderar su decisión extintiva. Dicho en otros términos, la audiencia no pudo lograr su finalidad, de suerte que en

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

puridad sólo sirvió para dar al delegado noticia anticipada del despido de la trabajadora, el cual se materializó de inmediato. Por todo ello, debe concluirse que la empresa no respetó el requisito de audiencia al delegado sindical previo al despido previsto en el artículo 55 del ET en los términos que exige la jurisprudencia.

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) El proceso de conflicto colectivo: elementos necesarios

La cuestión elemental en materia procesal respecto de los conflictos colectivos es el establecimiento de las notas identificadoras del propio conflicto colectivo, único que puede seguirse por la modalidad procesal regulada en los artículos 151 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

El conflicto colectivo implica: a) la existencia de un conflicto actual; b) su carácter jurídico, diferenciándose así del conflicto de intereses, y c) su índole colectiva. En relación con este último, se establecen a su vez dos requisitos. Uno subjetivo, que implica la existencia de un grupo homogéneo, definido por caracteres objetivos que lo configuran, y otro objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo. Pues bien, el cumplimiento de estos requisitos y por ende la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo es lo que se cuestiona en la **STS de 9 de noviembre de 2009**, I.L. J 1796, en la que se determina que se está ante un conflicto plural que afecta a 300 trabajadores pero no todos ellos en la misma situación, ya que éstos ni han accedido al puesto en la misma fecha, ni han sido del mismo modo contratados ni consta que los educadores hayan ostentado previamente la categoría de educadores de disminuidos, cuando lo que se postulaba en la demanda era la declaración de que las funciones propias de la categoría de educador son las previstas únicamente en el anexo I del convenio de aplicación.

Además, hay que tener en cuenta que la nota finalista es la marca de diferencia entre el conflicto colectivo jurídico y el de reglamentación, económico o de intereses. El conflicto jurídico presupone que la controversia puede ser solventada, aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica establecida por la Ley, el convenio colectivo o una práctica de empresa. El conflicto de intereses tiene por finalidad la modificación de la norma colectiva, pacto o acuerdo, a través de la supresión, adición o reducción de las condiciones contempladas en tales normas. La declaración de que se está ante uno de los conflictos colectivos últimos es lo que pretende el recurrente de la **SAN de 23 de noviembre de 2009**, I.L. J 1885, en la que el presupuesto del conflicto es que la empresa no abonaba la paga de facturación. El conflicto colectivo pretende que los trabajadores que ingresaron en la empresa a partir de la fecha 1 de enero de 2008, percibieran proporcionalmente al tiempo trabajado la paga de facturación. La Audiencia Nacional declara la adecuación del procedimiento puesto que lo que se pretendía era la correcta interpretación del artículo 9.a) del convenio colectivo, y en ningún caso la modificación de esta norma. El tribunal entiende que se cumplen con las notas subjetivas, objetivas y finalistas requeridas por la jurisprudencia para validar el procedimiento, aunque posteriormente no se estima la demanda.

No obstante, hay que diferenciar que una cosa es la afectación de la controversia, que debe ser a un colectivo, tal y como hemos visto, y otra es los efectos que el conflicto despliega sobre los trabajadores afectados, que en todo caso es individualizable. Por ello, el hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un interés individualizable en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada la modalidad procesal del artículo 151 LPL, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Así ocurre en la **STS de 2 de diciembre de 2009**, I.L. J 1825, en la que la pretensión del sindicato era que se reconociera al efecto el derecho de los trabajadores afectados a disfrutar del descanso diario siguiendo una determinada interpretación de la regla convencional sobre la que hay discrepancia.

Es adecuada la vía del conflicto colectivo si se dan sus dos elementos básicos: uno, de carácter subjetivo, determinado por la afectación general en el sentido de considerar al grupo genérico de trabajadores no como mera pluralidad de individuos agregados sino como conjunto estructurado a partir de una cierta homogeneidad; y otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general marcado por su naturaleza indivisible que corresponde al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros. Ésta es la materia que analiza la **STS de 10 de diciembre de 2009**, I.L. J 2139, a propósito de la reclamación de una gratificación extraordinaria formulada en la instancia por representación sindical a favor de un grupo de trabajadores con motivo del cincuentenario de la entidad bancaria demandada, que únicamente abonó su importe a quienes acudieron a la comida de Navidad, con exclusión de los ausentes a tal evento.

Es manifiesto que la pretensión del sindicato entraña naturaleza colectiva al combatirse en sede jurisdiccional una decisión o práctica de la empresa que afecta de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores, aunque pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual. Se dan, pues, los requisitos exigidos en este punto por el artículo 151.1 LPL.

Tampoco se ejercita acción de condena, sino la declaración del derecho al abono de la cantidad de la que ilícitamente fuera privada una gran parte de la plantilla por causa de su inasistencia al citado acto social de empresa; sin que tampoco se aprecie la concurrencia de conflicto de intereses o económico alguno, toda vez la controversia es susceptible de resolución mediante la aplicación de norma jurídica sin que se pretenda alterar el marco preestablecido suplantando la actividad negociadora de las partes. Y ello sin perjuicio de la cuestión de fondo, sobre la naturaleza de la gratificación como condición más beneficiosa o mero acto de liberalidad, en la que la Sala no entra por respeto al inalterado relato de hechos probados, cuya revisión la recurrente no lleva a efecto, y que viene a impedir un pronunciamiento distinto al emitido en la instancia por falta de presupuesto procesal adecuado.

Aunque no se trata de un elemento necesario estrictamente, sí que se convierte en requisito fundamental, la intervención previa de la comisión paritaria en los supuestos de conflictos colectivos, cuando así quede establecida en pacto, acuerdo o convenio colectivo.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Las excepciones procesales deben articularse con fundamento y base argumental. Por ello no cabe sostener defecto en el modo de proponer la demanda sólo manteniendo que parece una reclamación de cantidad porque es manifiesto que la pretensión declarativa de un derecho —que afecta a un grupo genérico de trabajadores en el marco de unos acuerdos adoptados sobre un Plan de Pensiones— es materia propia de conflicto colectivo y no evidencia reclamación alguna sobre pago concreto. La **SAN de 22 de diciembre de 2009**, I.L. J 2257, analiza esta cuestión procesal previa planteada por la entidad bancaria recurrente junto al incumplimiento de determinados requisitos preprocesales que reprocha al sindicato demandante.

Así, y en referencia a este último aspecto, sienta que la voluntad de las partes debe ser acatada, de tal suerte que si el convenio dispone un trámite previo de mediación ante la comisión paritaria antes de acudir al órgano judicial no existe excusa para salvar su observancia, por lo que no cabe sostener un conflicto colectivo sin que el debate se haya apurado previamente en el marco del administrador ordinario del convenio encargado de interpretar su contenido. Estamos, pues, en presencia de un requisito de obligado cumplimiento que impide el libre ejercicio de la acción conforme reiterado criterio jurisprudencial y que hace del mismo trámite inexcusable como pone de relieve el constante juicio de constitucionalidad que viene mereciendo desde que fuera así proclamado en la STC 217/1991, de 14 de noviembre.

Además, se destaca su carácter proporcionado y se justifica tanto por el beneficio que proporciona a las partes resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema como por no cerrar ni impedir el paso a las distintas vías jurisdiccionales tras intentar una solución de primera mano y proximidad como expresión del principio de autonomía colectiva y más en concreto del derecho de negociación colectiva conforme al artículo 37.1 CE, que no sólo ampara la vía de los conflictos colectivos sino también la de crear los medios propios y autónomos para solventarlos como utilidad provechosa del sistema de relaciones laborales, no impuesta por el legislador sino por las organizaciones que libremente así lo disponen.

B) El proceso de conflicto colectivo: Legitimación

Es línea dominante de jurisprudencia admitir que, en materia de representatividad de las partes en los convenios colectivos, se presume que quienes participan en la negociación y conclusión de un convenio colectivo ostentan representatividad suficiente a lo largo de todo el proceso, debiendo soportar la carga de la prueba quienes la impugnan. Ésta es la cuestión que debate la sentencia del **STS de 3 de diciembre de 2009**, I.L. J 2047, que termina rechazando la tesis de la asociación empresarial recurrente partidaria de negar legitimación tanto a las de ámbito provincial por tener el convenio un ámbito territorial superior como a las de ámbito nacional que no agrupen en su seno a empresas sin cobertura en todo el ámbito funcional del convenio colectivo.

Conforme al criterio sustentado en la citada resolución del Alto Tribunal no cabe, pues, impugnar sin más la implantación de una determinada asociación, sino que corresponde aportar al proceso los datos precisos de su eventual falta de representación, aun cuando se haga reconocimiento expreso de que los porcentajes sobre los niveles de adscripción de los empresarios del sector y de nivel de ocupación de trabajadores (que para la legitimación

inicial cuestionada requiere el artículo 87.1 ET) no siempre resulten fiables al no existir registros oficiales que los contemplen.

4. HUELGA

Ante la negativa de la empresa a convocar la mesa para negociar el pacto de empresa cabe la convocatoria de huelga indefinida puesto que con ello no se pretende alterar el convenio colectivo vigente de distinto ámbito –cuyo contenido deja intacto– sino que se limita a establecer determinadas mejoras en el concreto espacio del centro de trabajo afectado por la contienda. Éste es el objeto que estudia la **sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 2261, recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina, en el marco del conflicto entablado entre el comité de huelga y empresa de atención a personas mayores con domicilio en la provincia de Guipúzcoa.

Examinada la sentencia de contraste, se advierte que aquí las materias objeto del pacto se encontraban reguladas expresamente y con detalle en el convenio colectivo del sector por lo que se entendía que la huelga era ilegal al contrariarse el deber de paz y la vinculación a lo convenido. De ahí que, según la recurrida, no exista contradicción entre las sentencias comparadas al evidenciarse que las huelgas de ambos supuestos tienen distintos objetivos.

La ilicitud de las llamadas huelgas novatorias que el artículo 11.c) del Real Decreto-Ley 17/1977 contempla fue en su día examinada por la STC 11/1981, que no excluye una separación radical entre vigencia de convenio y huelga, sino que lo que prohíbe expresamente es la huelga para alterar lo pactado en un convenio durante la vigencia del mismo, de cuya literalidad no cabe extraer consecuencias interesadas sobre las que el texto no se pronuncia. Así debemos llegar a una sólida conclusión: se admite la huelga para reaccionar contra un incumplimiento de la parte empresarial o cuando se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

Es, pues, la huelga un instrumento de presión en el marco de la negociación colectiva, pero también –y conforme a su naturaleza profesional– un medio vinculado al deber de paz y a la defensa en general de los intereses de los trabajadores que cabe utilizar durante la vigencia del convenio colectivo cuando no exista la pretensión de modificar lo en él establecido. Y ello presidido por el marco normativo de los artículos 84 y 89.1.2.º ET, que, respectivamente, imponen la obligación de afectar un convenio anterior por otro posterior y excluyen la de negociar para alterar uno vigente, a salvo de los supuestos excepcionales en que sí se admite conforme a los artículos 83.2 y 84.2.º del mismo texto legal.

La sentencia recurrida se muestra partidaria de autorizar la negociación en las materias no reguladas directamente por el convenio provincial que las omite, por lo que la huelga no es novatoria y por tanto debe declararse legal, además que no cabe impedir las negociaciones ulteriores de mejora de las condiciones de trabajo pactadas en virtud del principio de complementariedad. Por contra, la de contraste impide utilizar la huelga para impulsar una negociación concurrente.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Pero no existe identidad de supuestos porque en el supuesto estudiado se advierte una unidad de negociación en el centro de trabajo admitida por el convenio estatal aplicable y ese aspecto diferenciador es factor bastante y con relevancia para determinar la licitud de la huelga, por cuanto en éste se dispone que los conflictos de concurrencia entre la regulación contenida en dichos convenios y el propio pacto estatal se resolverá a favor del convenio que sea más favorable.

La **SAN de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1697, desestima la demanda que pretende la declaración de la huelga como ilegal en el presente caso. Se trata de un supuesto en el que el demandante solicita la aplicación del artículo 17.2 del RD 17/1977, por cuanto entiende que no se puede ejercer el derecho de huelga cuando se utiliza para la solución de la controversia el procedimiento de conflicto colectivo (siempre que haya sido iniciado por los propios trabajadores). El Tribunal dice que para que se despliegue la prohibición del artículo 17.2 del RD 17/1977 es necesario que concurra una doble identidad entre el conflicto y la huelga, tanto en sus objetivos cuanto en los trabajadores afectados, sosteniéndose que la carga de la prueba de ambos extremos compete a quien defiende la ilicitud de la huelga. Pues bien, en este caso, entiende el Tribunal que no hay concurrencia de las identidades exigidas por cuanto el conflicto colectivo jurídico impugnaba la convocatoria de movilidad geográfica para la cobertura de puestos con carácter definitivo de algunas categorías profesionales, mientras que la huelga promovida por el mismo sindicato pretendía la realización de una convocatoria de movilidad funcional, no coincidiendo por tanto el objeto del conflicto y de la huelga.

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. A) Inexistencia. Negociación de un acuerdo interprofesional o convenio colectivo sobre estructura de la negociación colectiva. B) Inexistencia. Comité de empresa europeo. C) Inexistencia. Medios de prueba de la falta de la representatividad de la que depende la legitimación. D) Momento al que debe ir referida la apreciación de la representatividad de la que depende la legitimación inicial. E) 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. **2. Procedimiento de negociación.** A) Mayoría requerida para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. **3. Contenido “normativo” del convenio colectivo.** A) Límites. Respeto del principio de igualdad. **IV. Concurrencia de convenios colectivos.** **V. Impugnación “directa” del convenio colectivo.** **VI. Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova, números 13 a 16, ambos incluidos, de 2009, y 1 y 2 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. Por la novedad del asunto tratado resulta de particular interés 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**A) 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**, I.L. 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.

B) 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**, I.L. J 3).

C) Inexistencia. Medios de prueba de la falta de la representatividad de la que depende la legitimación

La presunción favorable a la legitimación para negociar de las asociaciones empresariales firmantes del convenio, derivada del reconocimiento de dicha legitimación por la contraparte de éste o de la superación del control de su legalidad por la autoridad laboral admite prueba en contrario. Puede servir a tales efectos la certificación de la Agencia Tributaria sobre el número de empresas que se dedican a actividades incluidas en el ámbito funcional del convenio y el número de personas a las que tales empresas hayan practicado retenciones por rendimientos del trabajo (**STS de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1797).

D) 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**, I.L. J 61:

VIII. Negociación Colectiva

“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”.

E) 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**, I.L. 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, 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, rec. 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 eclesástico (...) 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 eclesíastica 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

A) 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**, I.L. 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

VIII. Negociación Colectiva

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

A) Límites. Respeto del principio de igualdad

No se ajusta a las exigencias de este principio la cláusula del convenio colectivo que establece una cuantía diferente para el complemento de antigüedad en función, exclusivamente, de la fecha de ingreso en la empresa de los trabajadores. Tiene ocasión de volverlo a señalar la **STS de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 1731:

“Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial (...) que viene a decir que el tiempo de ingreso en la empresa no es por sí solo un elemento objetivo, razonable y proporcionado de diferenciación de la retribución del trabajo en convenio colectivo, aunque sí puede serlo cuando viene acompañado de otros factores concomitantes con virtualidad justificativa, y que en el caso enjuiciado la empresa no ha acreditado la existencia de estos factores justificativos, pues no lo son, desde luego, los argumentos generales sobre la autonomía colectiva y la licitud en abstracto del complemento de antigüedad, la conclusión a la que se llega es al rechazo de la señalada denuncia, pues (...) en el presente caso la diferencia de trato no aparece justificada más que en la distinta fecha de ingreso de unos y otros trabajadores en la empresa, sin que se haya acreditado que concurra ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente tanto cuantitativa como cualitativamente (sic), equilibradas y compensadas que pudiera justificar la diferencia entre empleados antiguos y modernos”.

No ocurre lo mismo con los preceptos del convenio que someten transitoriamente a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa a reglas salariales y de clasificación profesional diferentes atendiendo a razones objetivas y razonadas, derivadas de los diferentes sistemas retributivos y grupos profesionales que regían en la empresa de procedencia. Así lo entiende, en relación con los trabajadores de Terra Networks España y Telefónica Data España incorporados a Telefónica de España, SAU a raíz de la absorción de las dos primeras empresas por esta última, la **SAN de 6 de noviembre de 2009**, I.L. J 1889:

“En este caso, las situaciones de partida no son homogéneas, antes al contrario, son muy diferentes (...). Por otra parte, la desigualdad de trato en materia de clasificación profesional y retributiva está justificada en los preceptos del propio convenio en razones objetivas y proporcionadas al fin que se pretende y, además, tiene carácter transitorio, su vigencia

está vinculada a la del convenio. Este convenio tiene respecto de los trabajadores absorbidos el carácter de plan de integración con la duración del mismo. Al final de la vigencia se unificarán las condiciones de todos los trabajadores mediante acuerdo o, a falta de él, se aplicará el sistema antiguo para todos”.

Con carácter general, tampoco cabe apreciar vulneración del principio de igualdad, ni, en rigor, la existencia de una doble escala salarial basada en la fecha de ingreso en la empresa, en la cláusula del convenio que suprime el complemento de antigüedad para todo el personal incluido en el ámbito de aplicación de éste, sin perjuicio de reconocer el derecho de cada uno de los trabajadores que viniesen cobrándolo con anterioridad a percibir, en su sustitución, una cantidad invariable equivalente al importe que hasta entonces se les abonase por aquél. El criterio, ya antiguo, aparece nuevamente aplicado por la **STS de 2 de diciembre de 2009**, I.L. J 2051:

“Como ha declarado reiteradamente esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en una línea jurisprudencial de la que son exponentes, entre otras, STS 1 de abril de 2003 (rec. 85/2002), STS 15 de junio de 2008 (rec. 45/2007) y 7 de julio de 2009 (rec. 96/2007), las cláusulas de los convenios colectivos que suprimen a partir de una determinada fecha el complemento de antigüedad, manteniendo no obstante la percepción de los complementos ya devengados en cuantía invariable o ‘congelada’, son válidas en principio. La supresión pro futuro de tal complemento se puede justificar por el principio de autonomía colectiva. Y la conservación de un plus o complemento que, para los trabajadores más veteranos, sustituya al complemento de antigüedad ya devengado por los mismos tiene objetiva y razonable justificación, bien en su caso en el principio de autonomía contractual que impone el respeto a derechos adquiridos contractualmente, bien, para el supuesto de que el origen del complemento de antigüedad no hubiera sido el contrato de trabajo sino el convenio colectivo, en atención al hecho de la permanencia prolongada del trabajador al servicio del mismo empresario y a la consiguiente razonable expectativa de conservar, en cuantía invariable, condiciones de retribución ya disfrutadas. En suma, nos encontramos aquí ante el factor objetivo de la ‘duración’ del trabajo que nuestra jurisprudencia ha incluido expresamente entre los que, en determinadas circunstancias, pueden justificar diferencias de trato en materia de retribuciones (...).

Como también hemos declarado reiteradamente, no es de aplicación a disposiciones convencionales sobre el complemento de antigüedad como la enjuiciada en el caso la doctrina jurisprudencial restrictiva de las cláusulas de ‘doble escala salarial’ basada exclusivamente en la fecha de ingreso del trabajador en la empresa (entre otras, STS 3 de octubre de 2000, rec. 4611/1999; STS 6 de noviembre de 2007; rec. 2809/2006; STS 20 de febrero de 2008; rec. 4560/2006; STS 25 de julio de 2008, rec. 4323/2007). En realidad, a diferencia de lo que ocurre en estas sentencias sobre doble escala salarial en el complemento de antigüedad, no estamos en el presente litigio ante una verdadera ‘doble escala’ o valoración distinta del complemento de antigüedad para dos grupos de trabajadores en función de la fecha de su ingreso en la empresa, sino ante la supresión de dicho complemento de antigüedad, respetando, para los trabajadores que ya lo venían percibiendo, la obtención de un plus sustitutivo del mismo en la cuantía ‘congelada’ que aquéllos ya habían alcanzado”.

VIII. Negociación Colectiva

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**, I.L. 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 no 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**, I.L. 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 del acuerdo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo alcanzado entre la empresa y los represen-

tantes legales de los trabajadores (**SSAN de 23 y 25 de noviembre de 2009**, I.L. J 1884 y 1883). También 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**, I.L. 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 1004 (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) o 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 161 de la Ley de Procedimiento Laboral sólo se la atribuye para depurar los convenios colectivos estatutarios. Le 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 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 16 de mayo de 2001 –rec. 1191/01–; 18 de febrero de 2003 –rec. 1/02–; 29 de enero de 2004 –rec. 8/03–; y 14 de octubre de 2008 –rec. 129/07–), 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 consecuen-

VIII. Negociación Colectiva

cias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia (SSTS 10 de mayo de 1995 –rec. 994/93–; 12 de febrero de 1996 –rec. 3489/93–; y 25 de marzo de 1997 –rec. 1749/96–)”.

6. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la nulidad de la cláusula que atribuye a la comisión paritaria una facultad de negociación sobre materias no contempladas en el convenio colectivo, **SAN de 21 de diciembre de 2009**, I.L. J 2256:

“La petición subsidiaria del sindicato actor incide sobre el artículo 10.2.c) del convenio (...). Dispone tal precepto lo siguiente: ‘son funciones de esta comisión paritaria: la obtención de acuerdos sobre todas aquellas materias no reguladas en el presente convenio y que, a criterio de las partes presentes en la comisión, sea necesario incorporar al texto del mismo para mejor adoptarlo a la realidad productiva o laboral existente en cada momento’.

La redacción de tal artículo no se acomoda a lo que dispone el artículo 85.3.e) del ET. De la inclusión de éste dentro de lo que se denomina ‘contenido del convenio’ se deduce que no pueden las comisiones paritarias desempeñar funciones negociadoras al margen o fuera del convenio por lo que no es lícito que, en su seno, se acuerde ‘sobre todas aquellas materias no reguladas en el presente convenio’, como literalmente se dice”.

B) Por los Tribunales laborales

Criterios de interpretación. Recuerda la necesidad de proceder a la interpretación del convenio colectivo teniendo en cuenta tanto las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos, así como, dentro de estas últimas, 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”, la **STSJ de La Rioja de 20 de noviembre de 2009**, I.L. J 2157. Cuando las palabras empleadas “son claras y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de las mismas” (**STS de 21 de diciembre de 2009**, I.L. J 2144).

General primacía de la interpretación llevada a cabo por el juzgador a quo. Insisten en ello la **STSJ de La Rioja de 20 de noviembre de 2009** I.L. J 2157 y la **STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 2238. 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” (**STS de 9 de diciembre de 2009**, I.L. J 1829).

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) Recargo de prestaciones. C) Responsabilidad empresarial.
D) Indemnización por daños y perjuicios. **9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales.** A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos. B) Régimen especial de los Trabajadores del Mar. **14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad social.** A) Competencia del orden jurisdiccional social. B) Sentencia. C) Recurso de suplicación. D) Intereses de mora procesal

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

En el supuesto enjuiciado por la **STS de 29 de octubre de 2009**, I.L. J 1719, el INSS denegó a la actora, profesora de religión, la solicitud de pensión de incapacidad permanente absoluta por no reunir el período mínimo de cotización de quince años ni acreditar tres años dentro de los diez anteriores al hecho causante. El INSS sólo reconoció a la trabajadora un total de 115 días cotizados correspondientes al período de 8 de junio de 1998 a 14 de septiembre de 1998. Se da la circunstancia que la trabajadora había prestado sus servicios en un centro docente público desde el inicio del curso 1984-1985 hasta el 30 de junio de 1996. En primera instancia se le reconoció a la actora una pensión de incapacidad permanente en grado total para la profesión habitual, declarando la responsabilidad del Ministerio de Educación. Recurrida la sentencia por el Ministerio de Educación en suplicación, el TSJ declaró responsable exclusivo del pago de la pensión al INSS.

El Tribunal Supremo, tomando en consideración la doctrina aplicada por la STS de 10 de marzo de 2009 en un supuesto similar, declara responsable del pago de la pensión al Ministerio de Educación. En la sentencia citada se parte de la premisa de que es el Ministerio de Educación en cuanto Administración contratante el verdadero empleador y que, en aplicación del artículo 15.1 LGSS, tiene la obligación de cotizar por sus trabajadores desde el inicio de su actividad laboral. Entiende, en consecuencia, que el Ministerio de Educación debe responder del pago de la pensión aunque de forma proporcional a la incidencia del descubierto.

Prestación derivada de accidente de trabajo y principio de automaticidad. La MATEPSS anticipa el pago en casos de responsabilidad directa del empresario motivada por reiterados incumplimientos de la obligación de cotizar. Responsabilidad subsidiaria del INSS. En la **STS de 10 de noviembre de 2010**, I.L. J 1737, el Tribunal Supremo admite el recurso de unificación de doctrina presentado por el INSS. Mantiene así lo que ya es una consolidada doctrina del propio Tribunal Supremo —en la interpretación del artículo 95.2 y 3 de la Ley de Seguridad Social de 1966 (Decreto 907/1966)— según la cual

“en el supuesto de accidente de trabajo y enfermedad profesional la falta de cotización rupturista o expresiva de una voluntad de incumplimiento acarrea la responsabilidad del empresario sin perjuicio de los deberes de anticipo de la Mutua y de la garantía subsidiaria y final del INSS”.

Interpretación de “períodos de ocupación cotizada” a efectos de causar la prestación contributiva por desempleo de un trabajador eventual. Cómputo de sábados, domingos, festivos y vacaciones. La **STS de 17 de diciembre de 2009**, I.L. J 2181, determinó si el trabajador recurrente, de profesión estibador portuario y afiliado al Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores del Mar, tenía derecho a causar prestación contributiva por desempleo. El Instituto Social de la Marina había denegado al trabajador la prestación por desempleo por no acreditar los 360 días de ocupación cotizada exigibles. El trabajador había trabajado de lunes a viernes para diferentes empresas y con jornadas distintas reuniendo 233 días cotizados. El trabajador recurre en unificación la doctrina mantenida por la STSJ de Galicia, de 13 de marzo de 2009, según la cual, el trabajador no debe

IX. Seguridad Social

considerarse fijo discontinuo sino eventual y no le es aplicable la normativa aplicable a los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas (Orden de 30 de mayo de 1991 por la que se da nueva regulación a los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industrias de conservas vegetales dentro del Régimen General de la Seguridad Social).

La sentencia estudiada emplea los argumentos ya expuestos por la STS de 4 de noviembre de 2008 para un supuesto idéntico. En ella se hace una interpretación del término “ocupación cotizada” previsto en el artículo 210.1 LGSS para determinar el período de cotización exigible para causar la prestación contributiva por desempleo. El Tribunal Supremo entiende aplicable a este supuesto la misma jurisprudencia que en materia de protección por desempleo se aplica a los trabajadores fijos discontinuos y que se plasmó en la STS de 13 de marzo de 2002. Según esta doctrina,

“la expresión períodos de ocupación cotizada 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 de 30 de mayo de 1991, el artículo 6 de ésta considera como cotizado por cada día trabajado real y efectivo 1,33 días o 1,61 días según la jornada se desarrolle, respectivamente de lunes a sábado o de lunes a viernes...”.

El Tribunal Supremo considera aplicable al caso enjuiciado la misma solución legislativa porque

“si el salario diario cobrado por el estibador portuario, cinco días a la semana, incluye la parte proporcional del salario del sábado y del domingo de esa semana y la parte proporcional del salario de los días festivos y de las vacaciones, resulta que la cotización por el salario de ese día, también incluye la de los días prorrateados, lo que supone que cotiza por ellos, razón por la que los mismos deben computar para calcular el período de ocupación cotizada que acredita”.

Cómputo de período de carencia de la pensión del SOVI. Aplicación de la disposición adicional 44 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**, ILJ 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 cuadragesima cuarta 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 cuadragesima cuarta 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 cuadragésima cuarta de la 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

En la **STS de 21 de octubre de 2009**, u.d., I.L. J 1711, se analiza el caso de una beneficiaria de pensión de invalidez no contributiva que, tras aportar en plazo y forma declaración de ingresos propios y de la unidad familiar, ve revisado de oficio su expediente por la entidad gestora quien declara el cobro indebido de parte de la prestación por superar el límite máximo de ingresos de la unidad familiar. Recurre la beneficiaria al entender que la entidad gestora no está facultada para reclamar dicho reintegro de oficio si no acude al procedimiento del artículo 145.1 LPL.

La Sala, tras reiterar unas consideraciones previas ya expuestas en pronunciamientos anteriores sobre la aplicación del artículo 145 LPL —cuándo procede la regla general sita en su apartado 1.º y cuándo la excepción establecida en el 2.º—, afirma que el supuesto objeto de enjuiciamiento no encaja plenamente en aquel precepto en tanto que el motivo de la revisión es la aportación por la beneficiaria de la documentación oportuna sin que conste en la misma irregularidad alguna. No estamos, por tanto, ante la “revisión de un acto declarativo de reconocimiento de una prestación incluido en el artículo 145 ... sino ante un acto de gestión ordinaria por el que se adapta la cuantía de la prestación reconocida a una circunstancia sobrevenida después de su reconocimiento”. En este sentido, sostiene la Sala, la diferencia entre ambos casos es clara: la revisión supone reconsiderar un elemento del acto que ya existía al momento de ser dictado; la gestión ordinaria enfrenta un hecho sobrevenido que, por lo tanto, no se conocía. Los actos de gestión ordinaria no se someten a lo dispuesto en el artículo 145 LPL y, así, el reintegro responde al “ajuste del desfase temporal ... entre la manifestación de la causa sobrevenida y la declaración del efecto jurídico que de la misma deriva en el régimen de la prestación”, por lo que concluye su procedencia, rechazando el recurso de la beneficiaria.

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2009**, I.L. J 1892, resuelve un supuesto relativo al reintegro de la prestación de desempleo cuando se ha producido un reconocimiento judicial del derecho al devengo de salarios de tramitación. A tal fin, se sigue el criterio doctrinal establecido por el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de marzo y 8

IX. Seguridad Social

de abril de 2009 (recursos 9470/2007 y 659/2008, respectivamente). Se resuelve cuándo procede dicho reintegro tras la modificación del artículo 209 LGGG operada por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre. Así, concluye que, para que proceda dicho reintegro, debe darse un supuesto concreto cual es que no existiera la percepción de los salarios de tramitación, ni con cargo a la empresa, ni con cargo al Fondo de Garantía Salarial. No basta el mero reconocimiento del derecho a su devengo sino que se hace precisa su efectiva percepción para que proceda el reintegro de la prestación de desempleo que coincida temporalmente con el período a que corresponda aquélla.

Finalmente, cabe señalar que la **STS de 24 de febrero de 2009**, u.d., IL J 2023, constituye uno de los múltiples ejemplos señalados en números anteriores de esta publicación en relación a la aplicación de la doctrina ya consolidada del Tribunal Supremo sobre la procedencia del reintegro de la prestación por desempleo cuando se suceden contratos temporales fraudulentos. En este sentido, sólo se hace necesario recordar que el dato relevante para que se produzca el reintegro mencionado recae en la efectiva producción de un daño económico al ente gestor: sólo si la suscripción del contrato temporal fraudulento ha dado origen a la prestación, procederá el reintegro de ésta; *a contrario*, no se producirá, si de haberse realizado correctamente la contratación, el trabajador hubiera generado el derecho a la prestación.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La **STS de 10 de diciembre de 2009**, I.L. J 2068, analiza si es accidente *in itinere* el que le ocurrió a un trabajador cuando se dirigía al centro de salud. La empresa había autorizado al trabajador para acudir a la consulta médica, produciéndose el accidente cuando el trabajador se desplazaba a su domicilio a fin de coger su cartilla médica. La sentencia llega a la conclusión que ello es una diligencia privada, sin conexión con el trabajo, aunque se realice con autorización del empresario.

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**, I.L. J 242).

Para la **STSJ de Murcia de 16 de noviembre de 2009**, I.L. J 2218, sí que se produce el nexo causal entre el ictus y el esfuerzo llevado a cabo por parte del trabajador para ir al lugar de trabajo —al desatascar el coche—, por lo que se concluye que sí que estamos ante un accidente *in itinere*. También para la **STSJ de Extremadura de 14 de diciembre de 2009**, I.L. J 293, en la que se produce el suicidio de un trabajador derivado de estrés laboral.

La **STSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2009**, I.L. 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.

B) Recargo de prestaciones

En la **STS de 12 de noviembre de 2009**, I.L. J 2173, se reitera la doctrina sobre la falta de audiencia a la empresa en un supuesto de recargo de prestaciones por falta de medidas

de seguridad. Según la sentencia, ello no implica la nulidad de actuaciones, al no existir indefensión, puesto que no es aplicable ni el artículo 62.1 de la LRJAPC –ya que la falta de audiencia a la empresa no equivale a la falta total y absoluta del procedimiento– ni el artículo 63.2 LRJAPC –porque la omisión de la audiencia no ha impedido al acto administrativo alcanzar su fin–.

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**, I.L. J 42).

Según la **STS de 18 de enero de 2010**, I.L. 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 LGSS. Debe tenerse en cuenta que se parte del carácter prestacional del recargo ex artículo 123 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**, I.L. 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**, I.L. J 200.

Según la **STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 1768, existió omisión de medidas de seguridad y salud en el trabajo. Ahora bien, no es suficiente que se produzca la omisión de medidas de seguridad o prevención, sino que es necesario que dicho incumplimiento sea la causa determinante del daño producido, premisa que en el presente supuesto no se da, pues al desconocerse la causa directa e inmediata del accidente, no estamos en condiciones de afirmar que, de haber adoptado la empresa la diligencia debida, el accidente no se habría producido. En la **STSJ de Valencia de 13 de octubre de 2010**, I.L. J 1774, se concluye que la empresa cumplió con todas las medidas de seguridad, en especial de los exámenes médicos.

C) Responsabilidad empresarial

En la **STS de 10 de noviembre de 2009**, I.L. J 1737, la cuestión que se plantea consiste en determinar si, en los supuestos de prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo en los que se declare la responsabilidad empresarial directa a su abono por haber incumplido sus obligaciones de Seguridad Social, se debe o no declarar la responsabilidad por anticipo por parte de la MATEP. La sentencia opta por la respuesta positiva, dada la obligación de anticipar el pago derivada del principio de automaticidad de las prestaciones de la Mutua. En caso de insolvencia empresarial, responde el INSS subsidiariamente.

Para la **STS de 16 de diciembre de 2009**, I.L. J 17, en la que se plantea un supuesto de responsabilidad empresarial por descubierto en el pago de cotizaciones (25 meses) y pos-

IX. Seguridad Social

terior 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.

Para la **STSJ de Navarra de 18 de septiembre de 2009**, I.L. J 1752, el plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil no puede comenzar a contarse desde la fecha del accidente mismo o del alta médica, sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de las lesiones. No quiere esto decir que la situación médica de un accidentado quede indefinidamente imprejuizada a efectos de responsabilidad, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que las secuelas se presumen definitivas desde la firmeza de la correspondiente resolución de invalidez o incapacidad (STS de 4 de julio de 2006).

En la **STSJ de Extremadura de 19 de noviembre de 2009**, I.L. J 1926, se condena solidariamente al subcontratista y al contratista principal, ya que debe extenderse la responsabilidad a la indemnización de naturaleza salarial por muerte o incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en convenio aplicable.

D) Indemnización por daños y perjuicios

La **STS de 14 de diciembre de 2009**, I.L. 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**, I.L. J 96.

Para la **STS de 26 de enero de 2010**, I.L. 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.

En la **STSJ de Extremadura de 11 de junio de 2009**, I.L. J 2002, se desestima la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios sobre la base de que estamos ante una responsabilidad subjetiva o culpabilística en el sentido tradicional. En la **STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2009**, I.L. J 2008, se clasifica los tres tipos de responsabilidad que es posible generar por accidente laboral: 1) la contractual del artículo 1101 CC; 2) la extracontractual del artículo 1902 CC, y la derivada de un ilícito penal. Al hablar de responsabilidad contractual –así como la extracontractual–, la base de la responsabilidad descansa en ambos casos en la culpa o negligencia del agente que origina el daño, y la apreciación de este requisito está siempre en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La **STS de 10 de noviembre de 2010**, I.L. J 1737, en unificación de doctrina, determina que la Mutua aseguradora es responsable del anticipo de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo, aun en el supuesto de responsabilidad empresarial directa a su abono por haber incumplido sus obligaciones de Seguridad Social.

En la sentencia de suplicación ya se declaraba la responsabilidad directa de la empresa. Sin embargo, el INSS solicitó aclaración de ésta mediante la adición al fallo de la expresión “con anticipo por la mutua”, pero ello le fue denegado por entenderse que era una cuestión jurídica ya resuelta en la sentencia.

El INSS recurrente solicita que se declare la responsabilidad empresarial añadiendo que su anticipo le corresponde a la Mutua, siendo la responsabilidad del INSS subsidiaria frente a la prestación en caso de insolvencia del empresario (Sentencia de contraste invocada la STS de 16 de mayo de 2007).

El Tribunal Supremo declara que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste, la cual recoge la doctrina establecida en la STS de 1 de febrero de 2000 y que ha sido largamente seguida en posteriores sentencias: al ser la Mutua inexorablemente responsable del anticipo de la prestación, se cumple así con el principio de automaticidad. Por otra parte, y para aclarar las diferentes consecuencias derivadas de la declaración de responsabilidad directa empresarial al abono de las prestaciones, el Tribunal también cita la STS de 27 de abril de 2007 en donde se dice que “en el supuesto de accidente de trabajo y enfermedad profesional la falta de cotización rupturista o expresiva de una voluntad de incumplimiento acarrea la responsabilidad del empresario sin perjuicio de los deberes de anticipo de la mutua y de la garantía subsidiaria y final del INSS”.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La **STS de 16 de noviembre de 2009**, I.L. J 2031, con relación al reintegro de gastos ocasionados por la realización de un diagnóstico genético en la sanidad privada, a fin de que, a la vista de él, la sanidad pública realizara a la beneficiaria el tratamiento de reproducción asistida, entiende que no reviste el carácter de urgencia vital por no suponer un peligro de muerte inminente, ni de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona.

En un supuesto en el que los servicios médicos de la MATEP en donde la trabajadora venía siendo tratada desde el acaecimiento de un accidente de trabajo, rechazan continuar dando asistencia sanitaria, pasando a negar la existencia de la lesión y la propia contingencia actualizadora de la situación de incapacidad, contradiciendo la resolución del INSS en la que se establece como contingencia el accidente de trabajo, la trabajadora decide acudir a la sanidad externa, entendiéndose por la **STSJ de La Rioja de 24 de septiembre de 2009**, I.L. J 2101, que la denegación totalmente injustificada de la asistencia sanitaria que debió dispensarse a la trabajadora, es la determinante de los gastos por ella abonados y

IX. Seguridad Social

el determinante también de la responsabilidad de la MATEP en su reintegro al corresponderle abonar “el coste de las prestaciones por causa de accidente de trabajo sufrido por el personal al servicio de los asociados”.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

Respecto a la responsabilidad en el abono de prestaciones de Seguridad Social en los diferentes casos de incumplimientos empresariales en las obligaciones de alta y cotización la **STS de 15 de octubre de 2009**, I.L. J 1875, dictada para la unificación de doctrina, recuerda que cuando se trata de un falta absoluta de alta en la Seguridad Social la responsabilidad recae, única y exclusivamente, en la empresa incumplidora de este deber empresarial, sin que, por tanto, exista obligación alguna de anticipo ni para el INSS ni para la Mutua Colaboradora si es ésta la aseguradora, ya que no rige el principio de automaticidad de las prestaciones, tratándose al tiempo de un supuesto en el que tampoco surge responsabilidad subsidiaria para el INSS.

En cambio, si de lo que se trata es de un defecto de aseguramiento bien por infracotización o por la cualificación, cuantía y reiteración de los descubiertos en el abono de las cotizaciones de la Seguridad Social, la obligación de la entidad aseguradora, sea ésta el INSS o la Mutua Patronal de Accidentes, procede el adelanto del subsidio, sin perjuicio del ulterior resarcimiento a cargo de la empresa incumplidora. Así en aquellos casos como el analizado por la sentencia para un supuesto de incapacidad temporal en los que la Mutua Patronal asume, en función colaboradora, la protección de las contingencias comunes además de las derivadas de accidente de trabajo, el INSS sólo asume la responsabilidad subsidiaria cuando se produce una situación de insolvencia de la Mutua pero no de la empresa incumplidora de sus obligaciones de cotización con la Seguridad Social.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de noviembre 2009**, I.L. J 2092, analizando un supuesto en el que la Mutua ante la negativa del paciente a someterse a un tratamiento quirúrgico, procede sin más a cursar un alta, sin que conste la curación del paciente, considera que el alta debe reputarse indebida.

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**, I.L. 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.

12. MATERNIDAD

En la **STSJ de Murcia de 21 de septiembre de 2009**, I.L. J 2165, se entiende que, para que se aprecie el riesgo durante el embarazo que desencadena la protección legal, lo decisivo es que el riesgo exista en el puesto de trabajo ocupado y que obliga a la suspensión del contrato de trabajo prevista en el artículo 45.1.1.d) ET.

La **STS de 16 de diciembre de 2009**, I.L. 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**, I.L. J 189, durante el período de prueba no se pide al 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 Asturias de 6 de noviembre de 2009**, I.L. J 1847, se plantea un caso harto sencillo pero no muy habitual. El supuesto examinado es una declaración de Incapacidad Permanente Absoluta reconocida a una persona afiliada al RETA, encuadrada en éste por razón de ser el socio gerente de una empresa familiar. La sentencia de instancia reconoció que el interesado presentaba básicamente un trastorno depresivo recurrente, acompañado de dependencia a medicamentos psicotrópicos y algunas algias en el aparato locomotor. La entidad gestora argumentó con éxito que la persona interesada había iniciado tratamiento psiquiátrico desde el año 1986, es decir, una docena de años antes a su alta en el RETA. El Tribunal consideró este hecho como demostrativo de unas dolencias claramente preexistentes a la afiliación, por lo que no podían ser tomadas en consideración. Sólo queda por reseñar que en la sentencia no se halla ninguna referencia a que se hubiese argumentado nada en cuanto a una agravación de las preexistentes dolencias.

En la **STSJ de Extremadura, de 19 de noviembre de 2009**, I.L. J 1925, se examina un supuesto en el que el juzgador de instancia confirmó la decisión de la entidad gestora de denegar una Incapacidad Permanente solicitada por quien se hallaba encuadrado en el RETA en razón de regentar un taller de carpintería. Lo decisivo es que, una vez desestimadas las pretensiones del recurrente de modificar los hechos probados en base a unos informes médicos que la parte consideraba más idóneos que los considerados por el juzgador, la argumentación del Tribunal se apoya no tan sólo en los dictámenes médicos sino también sobre el hecho de que su condición de autónomo le confiere un mayor margen de respuesta activa frente a las secuelas padecidas, en cuanto excluye la sujeción a las exigencias de un empleador, posibilita el uso de los servicios de un ayudante para las tareas más difíciles, y facilita la autorganización de la actividad en funciones de las propias condiciones físicas y de su evolución. Y muy parecida argumentación, aunque precedida de una innecesaria exposición de la doctrina general sobre el concepto de incapacidad, es la que se utiliza en la **STSJ de Extremadura, de 23 de noviembre de 2009**, I.L. J 1929, reproduciendo en lo esencial la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en la STS de 18 de julio de 1990 acerca del mayor margen de autorganización de los trabajadores autónomos.

En la **STS de 24 de noviembre de 2009**, I.L. J 2174, se reitera sin añadir ninguna consideración relevante la doctrina establecida en la **STS de 1 de abril de 2009**, I.L. J 436, acerca de la fecha en la que debe ubicarse el hecho causante en los supuestos de recaída en una Incapacidad Temporal, tema sobre el que se habían producido pronunciamientos dispares no sólo entre Tribunales Superiores en el ámbito autonómico, sino también en la misma

IX. Seguridad Social

Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Para unificar la doctrina el Tribunal diferencia los conceptos de recaída (baja por la misma o similar enfermedad sin haber agotado la duración máxima y sin interrupción por seis meses de actividad) de la recidiva (nuevas bajas por la misma enfermedad tras haber agotado el período máximo); constata que los artículos 130 y 131 bis LGSS obligan para las recidivas que en la fecha de la segunda baja se acrediten los requisitos, por lo que deduce que en las recaídas debe aplicarse una solución distinta: considerar que al tratarse de un proceso único en el que los requisitos deben acreditarse en el momento de causar la primigenia situación de Incapacidad Temporal. Para ello no es óbice que no existan rentas a las cuales sustituir en la fecha de la segunda baja por recaída, ya que lo que se quiere tutelar es precisamente la incapacidad de aceptar un empleo adecuado o incluso de cualquier tipo. El Tribunal finaliza con algunas afirmaciones cautelares acerca de a) que tal solución no tan sólo es aplicable al RETA sino también a todos los regímenes de la Seguridad Social; b) la posibilidad de que en algunos casos concretos la proximidad al fraude imponga otras soluciones casuísticas, y c) que mantiene la interpretación amplia que permite que en caso de que la inicial baja sea sin reconocimiento del subsidio la posterior puede reconocer el derecho en caso de cumplirse con todos los requisitos, notamente el de la carencia exigible.

B) Régimen especial de los Trabajadores del Mar

El Tribunal Supremo aborda en la **STS de 9 de diciembre de 2009**, I.L. J 2074, la impugnación de la modificación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación aplicables a los estibadores portuarios llevada a cabo en el Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre. La impugnación la suscribe una Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar que, aun cuando pueda no ser muy conocida en el ámbito general, ostenta la representatividad de nada menos que del 73,13% del total de delegados de personal y miembros de comités de empresa del ámbito de la estiba portuaria. Apoyándose en tal representatividad se formula un reproche de nulidad básicamente por falta de audiencia a la organización recurrente. El Tribunal, además de constatar que las modificaciones realizadas son mínimas puesto que reproducen en lo esencial lo ya estatuido en el Real Decreto 2390/2004, rechaza de plano la pretendida nulidad, ya que la doctrina tradicional mantiene que la audiencia es sólo preceptiva cuando se trate de organizaciones que por ley ostenten la representación o defensa de intereses generales o corporativos, pero no así cuando se trate de asociaciones de carácter voluntario.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia del orden jurisdiccional social

En la **STSJ de Castilla León de 2 de diciembre de 2010**, I.L. J 290, se dirime la cuestión si la jurisdicción social es la jurisdicción competente para conocer de la acción indemnizato-

ria 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.

B) Sentencia

Según la **STSJ de Valencia de 5 de octubre de 2009**, I.L. J 1782, no procede la nulidad de la sentencia por insuficiencia de hechos probados. Por la vía del artículo 191.b LPL cabe la solicitud de ampliación de hechos (a través de la adición o revisión fáctica basada en documentos o pericias obrantes en autos).

C) Recurso de suplicación

Para la determinación de la cuantía litigiosa a efectos de acceso al recurso de suplicación, la **STS de 11 de noviembre de 2009**, I.L. J 1728, señala que, tratándose de prestaciones de Seguridad Social, cuando exclusivamente se reclaman diferencias entre la pensión reconocida y pensión pretendida, no es aplicable el mandato del artículo 189.1.c) LPL, sino el artículo 178.3 LPL, que lo fija en el importe de la prestación de un año.

La **STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 2238, recuerda que no puede soslayarse las mínimas exigencias técnicas propias del recurso de suplicación, como son que se señale de manera precisa las normas sustantivas o la jurisprudencia que se estimen infringidas, y que se razone de qué modo concreto se produjo la infracción.

D) Intereses de mora procesal

Según la **STSJ de Extremadura de 3 de noviembre de 2009**, I.L. J 1917, desde que fuere dictada sentencia, el devengo de un interés anula igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley, y, en este caso, no se contiene, en la sentencia que se ejecuta condena al pago de una cantidad de dinero líquida, sino un recargo del 40% sobre las prestaciones de Seguridad Social. Por ello, el capital será determinado por la Entidad gestora o el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

IGNASI AREAL CALAMA

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

EUSEBI COLÁS NEILA

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Sumario*

- 1. Consideración preliminar. 2. 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) Compatibilidades 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) Compatibilidades e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, Financiación y Pago. G) Valoración final. **3. 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. **4. 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. **5. 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.

(* Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

I. 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 13 a 16 de 2009 y 1 y 2 de 2010 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

II. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

a) Sujetos beneficiarios

Por **STS de 21 de abril de 2010**, I.L. J 303, se resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INEM relacionado con el tratamiento que ha de dispensarse, a efectos de lucrar prestaciones por desempleo, al apoderado de una sociedad mercantil con amplias facultades decisorias.

Según el Tribunal Supremo, la doctrina correcta es entender que el trabajador, como administrador societario está excluido de la prestación por desempleo, en virtud del artículo 97 LGSS, en relación con el artículo 7.1.a) de la misma ley, por su calidad de administrador solidario de la sociedad, con amplísimos poderes que implicaban, entre otras, funciones de dirección y gerencia de aquélla.

D) Cuantía y dinámica de la acción protectora

El cálculo de la base reguladora en los supuestos de reducción de jornada, es una cuestión que se ha planteado en numerosas ocasiones ante los tribunales.

En este caso, la **STS de 21 de febrero de 2010**, I.L. J 233, entiende en unificación de doctrina que en el caso de reducción de jornada por guarda legal, la base reguladora se determina por el promedio de las bases por las que se haya cotizado a la contingencia de desempleo durante los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, en virtud del artículo 211.1 LGSS. Si bien es cierto que existen sentencias en sentido contrario, como la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2001, en la que se llegó a la conclusión de que la reducción de jornada se trata de una situación provisional que no debe influir en el cálculo de la base reguladora de una prestación de desempleo total.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que la adecuada aplicación del artículo 211.1 LGSS conlleva entender que no puede darse el mismo trato a un beneficiario que ha disfrutado en los últimos 180 días de una reducción de jornada que a otro que no ha estado en tal situación. Esto no supone trato discriminatorio alguno pues no existe identidad entre quien trabaja a tiempo completo y quien lo hace con jornada reducida.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 14 de marzo de 2010**, I.L. J 415, aunque dejando claro que, al margen de las alegaciones de las partes, la regulación actual de esta cuestión puede resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro más completo

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, pero la superación de estas posibles insuficiencias, con la asunción del coste financiero que ello implica, corresponde al legislador y no a los órganos judiciales. También mantiene esta doctrina la **STS de 2 de diciembre de 2009**, I.L. J 565, aunque ésta cuenta con un voto particular en sentido opuesto, basado en la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar y en el perjuicio que para ella conlleva la aplicación de esta doctrina.

E) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b) Subsidio de prejubilación

Como sabemos, uno de los requisitos exigidos por la ley para acceder al subsidio por desempleo es el de la inscripción como demandante de empleo desde la situación legal de desempleo. Esta cuestión ha sido objeto de atención por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones y de nuevo vuelve a resolver un recurso en este sentido en la **STS de 14 de febrero de 2010**, I.L. J 138.

El problema fundamental se centra en la divergencia existente entre el artículo 215 LGSS que, en relación con la inscripción como demandante de empleo, sólo exige que tal inscripción se mantenga durante un mes sin rechazar oferta de empleo adecuada, y el artículo 7.3.b) del RD 625/1985, a tenor del cual tal inscripción ha de mantenerse de forma ininterrumpida desde la situación legal de desempleo.

Según el Tribunal Supremo, desde una interpretación finalista del artículo 215.1.1.3 LGSS, hay que entender que dicho precepto está contemplando la situación de quien accede al subsidio para mayores de 52 años inmediatamente después de extinguida la prestación contributiva y por ello no exige más requisitos que los generales del artículo 215.1.1.1 LGSS.

Sin embargo, las situaciones en las que existe una gran separación entre una y otra prestación, como el caso que se plantea en este recurso, no encajan directamente en las previsiones del legislador, por lo que para una correcta solución del caso hay que distinguir entre los solicitantes que durante un gran período de tiempo se apartaron del mundo del trabajo y sólo se dan de alta para cobrar el subsidio, en cuyo caso no se considerarán en situación real de desempleo, porque la inscripción con sólo un mes de antelación no es suficiente para acreditar su voluntad de trabajar, de aquellos otros que aun cuando hayan permanecido al margen de la oficina de empleo, sin embargo han acreditado su interés por trabajar inscribiéndose varios meses antes como demandantes de empleo en la oficina correspondiente.

Según este criterio interpretativo, el Tribunal Supremo entiende que el actor tiene derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, pues ha acreditado su voluntad de trabajo, primero, trabajando durante un corto período de tiempo y, luego, permaneciendo como demandante de empleo durante un tiempo suficiente para dar ocasión a que se le ofreciera un nuevo trabajo.

La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina, **STS de 17 de enero de 2010**, I.L. J 242), consiste en determinar si las cotizaciones efectuadas al INEM durante el subsidio asistencial por desempleo de los mayores de 52 años, son computables a efectos de carencia para causar derecho a la pensión de jubilación, cuando el hecho causante se produce con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Es doctrina consolidada y uniforme que en materia de prestaciones de Seguridad Social la legislación aplicable es la vigente en el momento de producirse el hecho causante de la prestación.

La fecha del hecho causante en este caso es el 17 de enero de 1999, por tanto, ya era de aplicación la DA vigésimo octava de la Ley 50/1998, según la cual, “Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 218 de esta ley, tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta ley, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 LGSS ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años”.

En el caso planteado, las únicas cotizaciones a la Seguridad Social española que justifica la actora son las efectuadas en su nombre por el INEM durante un período de 6 años y 5 meses aproximadamente en que aquélla fue perceptora del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, y éstas carecen por imperio de la mencionada disposición adicional de validez y eficacia jurídica para acreditar tanto la carencia genérica de 15 años de cotización, como la específica de 2 años dentro de los 15 inmediatamente anteriores al hecho causante.

Por tanto, teniendo en cuenta que en la fecha en que el INEM efectuó las cotizaciones que se cuestionan no existía ninguna norma legal que las concediera validez a los efectos de carencia que aquí se discuten, y que las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio de desempleo no podían servir para completar una carencia que era necesario acreditar antes de comenzar a percibirlo, procede estimar el recurso de casación de doctrina planteado por el INEM.

III. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa y objetivos de política de empleo

La **SAN, Sala de lo Social, 31/2010, de 26 de marzo**, en relación con el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro para 2007-2010, aplica la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a las exigencias de medidas de política de empleo para la validez de las

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa. En el caso concreto se concluye que los preceptos convencionales, impugnados por CIC (Confederación Intersindical de Cajas), se ajustaron plenamente al mandato de la DA décima ET, debiendo subrayarse que no sólo cumplieron los requisitos establecidos en la norma, sino que lo hicieron de modo claro y concreto, no constituyendo por tanto una manifestación abstracta o genérica, como denuncia la jurisprudencia, sino una especificación concreta que acredita una obligación clara, consistente en la creación de 3.000 empleos brutos como contrapartida real y efectiva a la jubilación obligatoria, cumpliéndose eficazmente también la obligación de pactarlas en el convenio colectivo, no quedando duda de la relación interactiva entre la jubilación forzosa, contemplada en el artículo 7 del convenio y la política de creación de empleo, regulada en la DA primera del propio convenio, habiéndose demostrado por otra parte, que el cumplimiento de lo pactado se controló efectivamente en la Comisión Mixta de Interpretación del convenio, descartándose, por consiguiente, cualquier duda sobre la transparencia del proceso de nuevas contrataciones.

d) Derecho transitorio

– Pensión SOVI

La **STS de 18 de febrero de 2010**, u.d., I.L J 235, se pronuncia sobre la aplicación a la pensión SOVI de la disposición adicional cuadragesima cuarta LGSS, introducida por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre. La STSJ del País Vasco de 7 de abril de 2009, había aplicado dicha disposición a la pensión SOVI, considerando que la modificación realizada por la Ley Orgánica citada, introduce una remoción a la discriminación sufrida por la mujer a causa del tratamiento desfavorable por su maternidad e incompatible con los artículos 9 y 14 de la CE, concluyendo que la reforma debe extenderse a todo régimen contributivo, en el cual ha de incluirse el SOVI. El Tribunal Supremo en esta sentencia reconoce, en el mismo sentido, que si bien no hay expresa mención al SOVI, la interpretación que ha de hacerse de la disposición adicional cuadragesima cuarta LGSS no permite afirmar su exclusión, de forma que el beneficio otorgado en esta disposición se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan. En consecuencia el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios por cada parto es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause.

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 de 21 de enero de 2010**, u.d., I.L. J. 30, 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 habrá de aplicar no obstante el segundo párrafo y el límite antes dicho. En definitiva, ello comporta, como señala la **STS de 25 de enero de 2010**, u.d., I.L. J 28, 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. Iguales pronunciamientos se contienen en las **SSTS de 15 de enero de 2010**, u.d., I.L. J 46; **21 de enero de 2010**, I.L. J 59; **2 de febrero de 2010**, I.L. J 136; **4 de febrero de 2010**, I.L. J 140; **3 de febrero de 2010**, I.L. J 148; **1 de febrero de 2010**, I.L. J 158; **2 de febrero de 2010**, I.L. J 159; **2 de febrero de 2010**, I.L. J 163; **11 de febrero de 2010**, I.L. J 224; **18 de febrero de 2010**, I.L. J 234; **9 de febrero de 2010**, I.L. J 238; **4 de febrero de 2010**, I.L. J 278; **25 de febrero de 2010**, I.L. J 354; **12 de febrero de 2010**, I.L. J 416.

IV. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

La **STSJ de La Rioja de 4 de junio de 2009**, I. L. J 1965, aplica la reiterada doctrina, según la cual, en la ámbito de la evaluación y declaración de los grados de IP total y parcial, las “tareas fundamentales” de una profesión “deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (IPT), o dificultada su realización en el treinta y tres por ciento o más de su rendimiento (IPP), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino “por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral”, así como que tales incapacidades se predicen “de la profesión habitual y no del puesto de trabajo concreto que se desempeñe en una empresa”.

b) Requisitos del beneficiario

Cuando se trata de una contingencia profesional (enfermedad profesional) no se aplica la regla del artículo 138.1 LGSS, de la que se derivaría como regla general la posibilidad de acceder a la prestación por IP desde una situación de jubilación o de requisitos para obtenerla, siempre que la contingencia sea profesional. El Tribunal Supremo considera esta interpretación coherente con el artículo 36.9 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

donde se asimila al alta a quienes hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en el régimen correspondiente, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debido a dicha contingencia [**STS de 5 de noviembre de 2009**, u.d., I.L. J 1742].

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

Para el cálculo de la base reguladora de la prestación de IP, cuando se trata de un trabajador a tiempo parcial “puro” (no de un fijo discontinuo), la integración de las lagunas de cotización se realiza por la base mínima y en proporción a las horas contratadas o por las que hubiera cotizado de hallarse en activo en su condición de contratado a tiempo parcial (*ex artículo* disposición adicional Séptima LGSS; artículo 7.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre), pero el tiempo no trabajado no se integra con las bases mínimas de cotización [**STS de 6 de noviembre de 2009**, u.d., I.L. J 2263; siguiendo la doctrina ya sentada por la STS de 22 de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1580].

d) Dinámica de la protección

Conforme al artículo 131 bis.3 LGSS la fecha de efectos económicos de la declaración de IP tras prórroga extraordinaria de la IT, es la de la calificación de la IP. Frente a la regla general de que los efectos económicos de la declaración de la IP se retrotraen hasta el momento del agotamiento del plazo máximo de duración de la IT o del alta médica con propuesta de declaración de IP cuando la pensión reconocida sea superior al subsidio percibido (artículo 131 bis.3 LGSS); existe la regla específica del párrafo 2.º de dicho precepto, donde para el supuesto de que se haya acordado la prórroga extraordinaria prevista en el artículo 131 bis.2 LGSS (en atención a que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado haga necesario demorar la calificación), para el que inequívocamente establece que “los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta”, pues con la nueva regulación se persigue (Exposición de Motivos de la Ley 66/1997) “evitar que los efectos de la declaración de invalidez permanente se retrotraigan a una fecha en la que no consta la existencia de lesiones definitivas”; **STS de 6 de noviembre de 2009**, u.d., I. L. J 1741.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La **STS de 1 de diciembre de 2009**, u.d., I. L. J 2050, aborda la cuestión de la compatibilidad de la IPA con una determinada actividad laboral. Para ello procede a un análisis del artículo 141.2 LGSS, señalando que la definición legal de la IPA no debe entenderse en un sentido literal y estricto, pues siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos. Por ello, la calificación de la IPA es “un juicio problemático de las expectativas de empleo” del trabajador. El TS considera que el artículo 141.2 LGSS “se orienta a una noción flexible de compatibilidad”.

Por un lado, lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas –la de la pensión y la del trabajo–, sino la relación entre el trabajo y el estado del incapacitado, de forma que lo que se prohíbe en el primer inciso de la norma “es el ejercicio de aquellas actividades que no sean “compatibles” –en el sentido de inadecuadas o perjudiciales– con el “estado” –no con la pensión– del beneficiario”. De otro lado, considera que el segundo inciso del precepto debe interpretarse no como una regla de incompatibilidad (exclusión de la pensión por la percepción de una renta de trabajo), “sino ante la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño pone de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido”. En consecuencia, no procede en tales casos la suspensión por incompatibilidad, sino la iniciación del expediente de revisión. Ahora bien, el desempeño del trabajo puede no suponer una mejoría en el estado del inválido, pero puede poner de relieve que ese estado ya no resulta determinante de la incapacidad reconocida, caso en el que estaríamos no ante un supuesto de incompatibilidad, sino ante una revisión por error de diagnóstico. Así pues, conforme a la doctrina del TS, la única incompatibilidad que formula el artículo 141.2 LGSS para la pensión de IPA es la relativa a las actividades que sean “incompatibles” en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado, de manera que el “desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico”. El legislador no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión de IPA y las rentas del trabajo; “la incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado”.

V. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

El artículo 174.2 LGSS, en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, establece que, además de reunir los requisitos en cada caso exigidos para la pensión de viudedad, el derecho a esta prestación de las personas separadas judicialmente o divorciadas quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante; con este requisito adicional, la finalidad de la pensión de viudedad es, además de hacer incompatible la pensión de viudedad con la pensión compensatoria, la de hacer que la pensión tenga un carácter de renta de sustitución (lo que ya se ha comentado en estas páginas), excluyendo por ello del derecho a la pensión de viudedad a los separados o divorciados que no sufran una pérdida de ingresos por el fallecimiento del causante, por lo que la pensión se reserva para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes (interpretación que reitera la **STSJ de La Rioja de 17 de diciembre de 2009**, I.L. J 336).

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Tal y como hemos comentado en pasados números, la Ley 40/2007 dio nueva redacción al artículo 174 LGSS, introduciendo en nuestro ordenamiento la prestación de viudedad para las parejas de hecho, si bien, lejos de ser un reconocimiento generalizado o amplio, se ha efectuado desde él *numerus clausus*, tal y como así lo define la **STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2009**, I.L. J 370, lo que supone una definición estricta, pues sólo se reconoce a las uniones de hecho que pueden asimilarse prácticamente a la unión matrimonial, como unión a la vez formal y material (formalidad solemne y continuidad fáctica según la citada sentencia). En efecto, el precepto exige, como en el matrimonio, la constitución solemne del vínculo a través de la inscripción registral o la formalización de documento público (nos encontramos pues ante una “pareja de hecho solemne”), pero como dice el redactor de la citada sentencia –de forma acertada en el fondo y en la redacción–, “la diferencia está en que no se exige ceremonia nupcial, lo que se compensa con una mayor demanda de período de convivencia ininterrumpida –5 años– lo que quizás haga baladé el ahorro de la boda”, a ello hay que añadir “como resonancia tradicional” que se prohíbe el divorcio de la pareja de hecho (solemne) al condicionar la prestación a que la convivencia sea “hasta la muerte”; no puedo aquí dejar de recoger la conclusión –acertada y brillante– a la que llega el redactor de esta sentencia: “la nueva regulación configura una pareja de hecho solemne y vitalicia que difícilmente podrían adivinar los españoles alérgicos a mezclar el papeleo con sus relaciones sexuales”.

A lo anterior hay que añadir, que tal y como establece la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, concurren unas determinadas circunstancias: entre ellas, la exigencia de hijos comunes, lo que supone, según la sentencia que estamos comentando, una especie de “posesión de estado” que da certeza y objetividad al vínculo como acto de tracto continuo en términos equivalentes al tracto único de la inscripción (para redondear la igualdad se añade un año de convivencia –durante al menos seis, frente a no inferior de cinco del artículo 174.3–). Para esta sentencia, “el legislador no pretende con su referencia a los hijos comunes establecer una nueva protección filial sino compensar la falta de formalización solemne de la unión de hecho, con otra exigencia de similar objetividad acreditativa”, es decir, nos encontramos ante “una exigencia transitoria y a la vez adicional, en el sentido de accesoriedad de la norma que la establece y que por ello puede absorberse en la norma principal”.

En el caso de autos, la pareja de hecho se inscribió en el registro público con una antelación mayor de la ordinaria de dos años antes del fallecimiento, cumpliendo por tanto la previsión de la norma estable o principal –el artículo 174.3–, careciendo de sentido condicionar el reconocimiento de la prestación al acreditamiento de la norma defectiva o suplementaria prevista para el caso de falta de inscripción, es decir, y tal y como concluye la sentencia, “cumpliendo las exigencias mayores y definitivas de la Ley no necesita cumplir además las exigencias provisionales establecidas para ampliar –no restringir– los supuestos de parejas de hecho cubiertos por la nueva legislación, pues, de lo contrario se transformaría una DA aperturista en una norma restrictiva”. En definitiva, el cumplimiento de los requisitos máximos de la norma, y en concreto, la inscripción pública con más de dos años de anterioridad al fallecimiento, supone que no le sea exigible el coyuntural

requisito sustitutorio de la existencia de hijos comunes, que no exige la regulación definitiva de las uniones de hecho.

c) Prestaciones a favor de familiares

El artículo 176.2 LGSS, dedicado a las prestaciones familiares, reconoce el derecho a la pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o invalidez, en quienes se den, una serie –numerada– de circunstancias pero “en los términos que se establezcan en los Reglamentos Generales”; esta remisión a los Reglamentos Generales de desarrollo de la Ley, también se recoge en el apartado uno del mismo artículo, si bien se efectúa en términos más amplios que los del apartado segundo. Fue la Ley de Financiación y Perfeccionamiento, de 21 de junio de 1972, la que incluyó entre los beneficiarios de estas prestaciones a las hijas del causante y a su cargo, siempre que fuesen mayores de 45 años, solteras o viudas y careciesen de medios propios de vida. Esta previsión se desarrolló por el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que en su artículo cinco exigía acreditar dedicación prolongada al servicio del causante además de cumplir los requisitos contenidos en los apartados c), d) y e) del número 1 del artículo 40 del Reglamento General de Prestaciones Económicas del Régimen General de la Seguridad Social –el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre–. Entre estos requisitos se encuentra que los beneficiarios carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil (condición que igualmente se fija para el resto de familiares que pueden acceder a esta pensión); como concluye la **STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009**, I.L. J 318, el tratamiento separado de los distintos beneficiarios de la pensión no impide que a unos y a otros se les exija, por vía reglamentaria, carecer de medios de subsistencia y no tener familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos; de forma acertada concluye que “esta uniformidad de régimen, extensiva también a otras condiciones, responde a que la razón de ser para el reconocimiento de la prestación a los diferentes beneficiarios es la misma, por lo que no se justifican variaciones de trato en el requisito común de carencia de rentas”, añadiendo que “el hecho de que el actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social sea posterior a las normas reglamentarias, como también lo era el anterior de 1874, no supone su derogación automática, pues no existe incompatibilidad alguna y la norma legal necesita completarse, según su propio tenor, por medio de un desarrollo reglamentario”.

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) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. a) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales. b) Infracciones en materia de Seguridad Social. c) Obstrucción a la labor inspectora.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral han aparecido en los últimos meses, en concreto, los publicados en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13, 14, 15, y 16 de 2009, así como en los números 1 y 2 de 2010. Por otra parte, la crónica se nutre también de otros pronunciamientos de las salas de lo C-A. Por lo demás, con carácter preliminar, interesa destacar alguna que otra novedad normativa que ha introducido en esta materia la reforma aprobada por el RD-L 10/2010, de 16 de junio, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

En efecto, teniendo en cuenta que la reforma en cuestión incorpora una serie de medidas que tienen por objeto mejorar los mecanismos de intermediación laboral para fomentar las oportunidades de acceso al empleo, el capítulo cuarto se destina a regular legalmente la actividad de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, así como a modificar la legislación aplicable a las empresas de trabajo temporal; pues bien, a partir de ahí, resulta enteramente lógico que el RDL se ocupe –en concreto, el artículo 18– de adaptar la legislación sobre infracciones y sanciones en el orden social a la nueva regulación en la materia.

En este sentido, de entrada, se da una nueva rúbrica a la subsección primera de la sección tercera del capítulo segundo (artículos 14 a 16), que queda redactado como “Infracciones de los empresarios, de las agencias de colocación y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional para el empleo”.

En segundo lugar, en el terreno de las infracciones muy graves, se modifica la redacción del apartado 1 del artículo 16, infracciones muy graves, en la que se elimina la referen-

cia al ejercicio de actividades de mediación con finalidad lucrativa, quedando redactado del siguiente modo: “Ejercer actividades de intermediación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”. Por otra parte, en el mismo terreno, se amplía el tipo infractor del artículo 16.2 LISOS, al considerarse ahora también constitutivo de infracción la solicitud de datos de carácter personal en los procesos de selección; así, el precepto queda redactado del siguiente modo: “Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”.

En tercer lugar, hay una pluralidad de preceptos en los que el cambio producido en gran medida lo que procura es adaptar el tipo infractor a la existencia lícita de las agencias provocadas de colocación con finalidad lucrativa y a las competencias de los servicios públicos de empleo; en esta línea se inscriben las modificaciones operadas en los artículos 17.1. “(1. Leves. a) No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja en el convenio de colaboración, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada. b) No devolver en plazo, salvo causa justificada, a los servicios públicos de empleo o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja en el convenio de colaboración, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos”], 17.2 (“Graves: rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o negarse a participar en programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo. A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por colocación adecuada la que reúna los requisitos establecidos en el artículo 231.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en aquellos aspectos en los que sea de aplicación a los demandantes de empleo no solicitantes ni beneficiarios de prestaciones por desempleo”), 24.3.a) (“No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada”) y 25.4. [“En el caso de solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial: a) Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada. b) Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de

XI. Administración Laboral

inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo o en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos”).

En cuarto lugar, las modificaciones introducidas en la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal, conducen a que se modifiquen también ciertos tipos infractores que sobre ellas se contienen en la LISOS, en concreto, los artículos 18.3.b) (“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 determinados legal o convencionalmente”) y 19.3.c) (“La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o la salud en el trabajo determinados legal o convencionalmente, entendiéndose cometida una infracción por cada contrato en tales circunstancias”). Seguramente, en realidad, la referencia normativa debe entenderse referida a los artículos 18.3.c) y 19.3.b).

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, de entrada hay que destacar la **STS de 31 de marzo de 2010**, Sala Tercera, (recurso 457/2008), en la que recuerda que la aplicación del principio *non bis in idem* en este ámbito exige la existencia no sólo de una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos. Por ello, en el caso de autos niega que pueda ser invocado por la empresa sancionada en vía administrativa, pues la sentencia penal condenó a tres personas (el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra así como el encargado general de seguridad de la empresa) como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la propia empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo.

En segundo lugar, la **STS de 23 de febrero de 2010**, Sala Tercera, (recurso 243/2008) reitera un criterio ya asentado en la jurisprudencia acerca del *dies ad quem* de la caducidad de los expedientes sancionadores en el orden social. Así, el plazo en cuestión se cierra no sólo cuando se haya dictado resolución —como podría deducirse de la DA Única del RD 1125/2001—, sino cuando se haya dictado la resolución, tal y como se prevé en el artículo 44 de la Ley 30/1992. Por su parte la **STSJ de Murcia 5 de febrero de 2010**, Sala C-A, (recurso 3/2006), recuerda que una vez caducado el expediente sancionador y procedido a su archivo, nada impide su reapertura mientras la infracción no haya prescrito, como ya ha señalado el TS. Asimismo, la sentencia se detiene en justificar las razones por las cuales la denegación de una determinada práctica probatoria no determina la nulidad del expediente en la medida en que no ha generado indefensión:

“Esta alegación, sin embargo, no puede tener acogida, pues la denegación de ambas pruebas está debidamente motivada. Y por lo que respecta a la primera de ellas es evidente que las interesadas podían aportar copia de los contratos de arrendamiento de las máquinas elevadoras, o el correspondiente documento suscrito por las empresas arrendatarias en que

se acreditaran los contratos. Pero en todo caso el hecho que se pretendía acreditar carecía de relevancia, y carece también en esta vía jurisdiccional, pues en ningún momento se señala en el acta que los trabajos se realizaran siempre de la misma forma en que se estaban desarrollando en la fecha de la visita, limitándose a constatar los hechos que en esa visita concreta fueron apreciados por el Inspector actuante. En lo que se refiere a la prueba testifical, corresponde al Instructor del expediente la admisión de las pruebas, pudiendo rechazar las que considere impertinentes o inútiles siempre que se haga de forma motivada y la necesidad, pertinencia o relevancia de la prueba no se desprenda de forma patente de las actuaciones del procedimiento, como sucedió en el presente supuesto. Por tanto, no se ha ocasionado ninguna indefensión a las actoras, que además han podido solicitar de nuevo dichas pruebas en sede jurisdiccional”.

En tercer lugar, merece la pena detenerse en la **STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2010**, Sala C-A, (recurso 266/2009), pues sostiene un criterio diverso al comentado en otras crónicas sobre las condiciones que deben darse para que surja la obligación de la administración de proceder a la apertura de oficio ante la jurisdicción social ex artículo 149.1 LPL. Pues bien, el tribunal sostiene lo siguiente:

“Del tenor literal del precepto de la ley de procedimiento laboral puede deducirse que no basta con que la empresa simplemente niegue la existencia de una relación laboral máxima teniendo en cuenta lo que resulta del acta de infracción y de las manifestaciones de las trabajadoras extranjeras que demuestran la existencia de una presunción de ajenidad en la prestación de los servicios de alterne.

En consecuencia, no es necesario la remisión a la jurisdicción laboral para que ésta diga si existe relación laboral y supeditar a dicho pronunciamiento la efectividad de la sanción”.

En fin, la **STS de 2 de marzo de 2010, Sala Tercera**, I.L. J 109 /2010, vuelve sobre ciertos criterios ya consagrados para calcular la cuantía litigiosa de un asunto de cara a determinar el acceso al recurso de casación en unificación de doctrina, en concreto, el relativo a que cuando en una resolución se impone una sanción cuyo importe en realidad es la suma de una pluralidad de sanciones impuestas por la comisión de una pluralidad de infracciones (en el caso, 22), hay que estar, a efectos del recurso, a la cuantía de cada una de esas sanciones individualmente consideradas y si de ese modo no se supera la cuantía litigiosa mínima, el recurso no procede. Por su parte, en materia aledaña a la indicada, la **STS de 9 de marzo de 2010**, Sala Tercera, (recurso 41/2008), reitera la doctrina sobre el tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 en los procesos que estuvieran pendientes de tramitación ante aquéllas antes de tal fecha, versando sobre materias cuya competencia corresponda, en virtud de las modificaciones introducidas por la mencionada Ley Orgánica en el artículo 8 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Al respecto, como ya ha dicho constantemente la Sala, dichas resoluciones no son susceptibles de recurso de casación, ni ordinario ni para la unificación de doctrina, ex artículos 8.2.b), 86.1 y 96.1 y disposición transitoria tercera de la Ley de esta Jurisdicción y disposición transitoria décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

XI. Administración Laboral

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

En esta sede son múltiples los pronunciamientos que recuerdan los criterios clásicos sobre fundamento, requisitos y alcance de la presunción de certeza que acompaña a las actas de la Inspección: **STS de 4 de diciembre de 2009**, Sala Tercera, I.L. J 1881; **STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 2009**, Sala C-A, (recurso 358/2008); **STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2010**, Sala C-A, (recurso 266/2009); **STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2009**, Sala C-A, (recurso 415/2008); con todo, entre las mismas, merece la pena la del TSJ de Madrid, en la que al hilo de una sanción impuesta a una empresa por infracción en materia de extranjería, por haber ofrecido realizar unas prácticas a un antiguo alumno extranjero, se discutía sobre si existía relación laboral o no, pues de existir, al carecer de permiso de trabajo, la empresa habría incurrido en infracción laboral. El núcleo de la sentencia gira sobre el valor probatorio de las actas, que en este caso decae, pues, el acta en cuestión:

“no recoge dato alguno expresivo de la existencia de relación de trabajo por cuenta ajena, por lo que, aparte de no ajustarse a la exigencia formal del artículo 23.b) del Decreto 1860/1975, finalísticamente interpretado, como exige el artículo 3.1 del Código Civil, es materialmente insusceptible de operar como prueba de algo que no se contiene en ella, faltando así los elementos precisos, como se ha dicho, para que se le pueda atribuir, respecto de la cuestionada existencia de relación laboral, la eficacia probatoria que, en general y para las actas que se extiendan con arreglo a los requisitos exigidos en el artículo 52.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, se otorga por este precepto”.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales

En primer lugar, en el terreno de las infracciones en materia preventiva, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de febrero de 2010**, Sala CA, rec. 1451/2008, anula la sanción a una empresa por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 13.2 LISOS, en relación con el artículo 1 del Decreto de 1957 sobre trabajos prohibidos a menores, al entender que concurría una imprudencia temeraria por parte del menor.

“Sin perjuicio de reproducir lo dicho antes sobre la acreditación por parte de la empresa de la adopción de todas las medidas de seguridad exigibles en el uso de la máquina, en el momento de la ocurrencia del accidente, entiende la Sala que la sentencia no ha ponderado de forma correcta las circunstancias valoradas a la hora de deducir la existencia de culpa *in vigilando* en la actuación de la empresa sancionada, pues, despreciando el testimonio del trabajador (en el que reconoce haber actuado aprovechando la ausencia del oficial al que auxiliaba, impulsado por su deseo de demostrar su valía profesional y desobedeciendo las órdenes expresas de uso de la máquina), concluye que la empresa debió vigilarle para impedir tal uso, lo que, en nuestra opinión, excede de lo normalmente exigible, incluso en el caso de tratarse de un trabajador menor, cuando se ha evidenciado que por su edad –17 años–, tenía la conciencia suficiente sobre el alcance de sus actos y por tanto sobre el riesgo que asumía de forma voluntaria al quebrantar la prohibición de la empresa de usar

la máquina peligrosa, incurriendo en una conducta temeraria, excluyente de la responsabilidad de la empresa, conforme a la Jurisprudencia expuesta”.

b) Infracciones en materia de Seguridad Social

En segundo lugar, en el terreno de las infracciones de los beneficiarios de la SS, la **STSJ de La Rioja de 1 de diciembre de 2009**, Sala C-A, (recurso 115/2009) considera acertada la imposición a una beneficiaria del subsidio para mayores de 52 años de la pérdida de la prestación por compatibilizar su percepción con la realización de trabajos a tiempo parcial, a pesar de que la empresa no le hubiera dado de alta ni suscrito por escrito el contrato de trabajo.

c) Obstrucción a la labor inspectora

Finalmente, hay que mencionar dos pronunciamientos sobre obstrucción a la labor inspectora: por un lado, la **STS de 4 de diciembre de 2009**, Sala Tercera, en la que se confirma la sanción impuesta al empresario por no facilitar dicho sujeto la documentación requerida, según consta en el acta no habiéndose aportado prueba en contrario que desvirtuase la eficacia probatoria del acta inspectora; por otro, la **STSJ de Extremadura de 4 de febrero de 2010**, Sala C-A, (recurso 100/2010), donde la conducta descrita en el acta de infracción era una negativa voluntaria e intencionada a cumplir un requerimiento para identificar a todos los trabajadores que se encontraban en la finca recogiendo la uva, y de los que la demandante –por encontrarse empleados en su finca– estaba obligada a dar información. Estos hechos encajan perfectamente en el artículo 5.4.a) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que contempla como supuesto específico de infracción muy grave la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad.

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) Descuentos por cargas fiscales y de Seguridad Social sobre los salarios de tramitación. B) Reclamación de cantidad contra la Administración autonómica. C) Daños y perjuicios por accidente laboral. D) Empresa en concurso. Reclamación de salarios. E) Relación laboral. Arquitecto que presta servicios para un Ayuntamiento. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Perito tasador. Compañía de seguros. B) Méritos para acceder a procesos de selección de la Administración. C) Administradores societarios. Teoría del vínculo. **4. Acumulación. Acciones. 5. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de legitimación activa. D) Inadecuación de procedimiento. E) Prescripción. **6. Práctica de la prueba.** A) Carga de la prueba. B) Denegación. Prueba testifical. **7. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Inexistencia. b) Existencia. B) Motivación insuficiente. **8. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación. B) Reclamación al Estado. C) Exención. D) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. **9. Recurso de Suplicación.** A) Acceso al recurso: a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. c) Clasificación profesional. d) Impugnación de laudo arbitral. e) Conciliación de la vida familiar y laboral. f) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. 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.** A) Infracción del ordenamiento jurídico. B) Error de hecho. C) Cuestión nueva. **12. Recurso de revisión.** A) Documentos recobrados. B) Maquinación fraudulenta. C) Caducidad. **13. Temeridad y mala fe.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 13 al 16 (ambos inclusive) del año 2009 y en los números 1 y 2 del año 2010 de la Revista Información

Laboral-Jurisprudencia. Se destaca la **STS de 27 de octubre de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 1713, por cuanto confirma una vez más que el reconocimiento de improcedencia del despido y la correspondiente comunicación al trabajador a efectos de limitar el devengo de salarios de tramitación, pueden realizarse hasta la fecha de la conciliación judicial. También merecen especial atención la **STS de 9 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 10 y la **STSJ de Madrid de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1990; ambas aplican la denominada “teoría del vínculo” y declaran la incompetencia del orden social en supuestos en los que el demandante había ocupado el cargo de administrador. Por último, en relación con el acceso al recurso de suplicación, resulta de interés la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1968. Esta sentencia declara que sí es posible recurrir en suplicación la sentencia de instancia derivada de una pretensión del derecho a desarrollar –por razón de cuidado de un hijo menor– la jornada íntegra en un horario distinto, ya que en este caso no se solicitaba una concreción horaria derivada de la reducción de jornada por motivos de conciliación.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Descuentos por cargas fiscales y de Seguridad Social sobre los salarios de tramitación

En su **STS de 24 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2114, el Alto Tribunal rectifica en parte su previa doctrina sobre la incompetencia del orden social, para resolver sobre la procedencia o no de descontar de los salarios de tramitación las retenciones a cuenta del IRPF y la cuota obrera a la Seguridad Social. El TS declara la competencia del orden social cuando la cuestión del descuento se plantea de forma incidental con motivo de la ejecución de lo resuelto en sentencia firme o en conciliación judicial.

B) Reclamación de cantidad contra la Administración autonómica

La **STS de 29 de enero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. 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 no actúa en calidad de Administración Pública sino en su condición de empleadora.

C) Daños y perjuicios por accidente laboral

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de diciembre de 2009**, I.L. J 290, con cita de la doctrina del TS en la materia, declara la competencia del 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 con la que se produjo el accidente laboral y las compañías aseguradoras de ambas. La sentencia llega a esta conclusión en tanto que determinar si ha existido un incumplimiento laboral, con-

XII. El Proceso Laboral

cretamente, 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.

D) Empresa en concurso. 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**, I.L. J 292.

E) Relación laboral. Arquitecto que presta servicios para un Ayuntamiento

Se analiza en la **STS de 23 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2269, si la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda por despido planteada por un arquitecto que prestaba servicios para un Ayuntamiento. El TS declara que la relación que vinculaba a las partes es de naturaleza laboral, toda vez que: el profesional estaba obligado a despachar con el Ayuntamiento los informes sobre los asuntos que se le indicaban; tenía que acudir al Ayuntamiento, al menos una vez por semana, para atender y resolver las consultas de los ciudadanos; percibía una cantidad fija mensual con independencia del número de informes realizados o consultas atendidas, y no asumía los gastos derivados de la prestación de sus servicios, siendo el Ayuntamiento quien asumía éstos.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Perito tasador. Compañía de seguros

La **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2009**, I.L. J 1959, declara la incompetencia del orden social para conocer de una demanda por despido interpuesta por un perito contra una empresa aseguradora, toda vez que éste trabajaba en régimen de no exclusividad, con total libertad y autonomía, se le retribuía por cada acto de peritación o informe realizado y los medios materiales con los que desarrollaba su trabajo eran de su propiedad. Asimismo, la sentencia apunta que el hecho de que la empresa impartiera al perito determinadas directrices e instrucciones sobre la forma de realizar el trabajo, dirigidas a homogeneizar, formas de trabajo de todos los peritos, no supuso limitación alguna de la autonomía y libertad que disponía para desempeñar sus funciones.

B) Méritos para acceder a procesos de selección de la Administración

Las **SSTS de 5 de noviembre y 22 de diciembre de 2009, y de 19 y 29 de enero de 2010**, I.L. J 1818, 2120, 40 y 124, todas ellas 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, a efectos 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 se pre-

tende 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.

C) Administradores societarios. Teoría del vínculo

Con cita de la doctrina unificada en esta materia, la **STS de 9 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. 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. Ante la demanda de despido planteada por quien ha compaginado una relación laboral común con su cargo de miembro del consejo de administración de la sociedad, la **STSJ de Madrid de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1990, declara la incompetencia del orden social para conocer de esta reclamación. La sentencia razona que, al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, son de aplicación las previsiones que recoge la normativa relativa a sociedades y, concretamente, las que hacen referencia a la posibilidad de compatibilizar una relación laboral y formar parte del consejo de administración, exigiéndose para ello que exista un acuerdo de la Junta General autorizando dicha compatibilidad. Como quiera que en el caso enjuiciado no existía ningún acuerdo de la Junta General en tal sentido, la sentencia entiende que la relación que vincula a las partes es la societaria, por lo que el conocimiento de la cuestión corresponde al orden jurisdiccional civil.

4. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La **STS de 14 de octubre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1877, analiza si procede –y en qué condiciones– la acumulación a una acción de despido de la pretensión de declaración de cesión ilegal de trabajadores vinculada a las previsiones del artículo 43 ET. La Sala afirma que existen determinados supuestos donde es necesario que, en el seno de un proceso de despido, se examinen y resuelvan otras cuestiones “previas” o de carácter “prejudicial interno” necesarias para establecer las consecuencias del despido, si bien, una vez concluida la cesión, no cabrá el ejercicio de la acción de fijeza aunque aquélla haya sido de carácter ilegal.

5. EXCEPCIONES

A) Caducidad

No se aprecia la caducidad de la acción de despido alegada por la empresa en el supuesto contemplado en la **STS de 9 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2061. El Tribunal consideró que el trabajador cumplió con la previa presentación de la papeleta de conciliación en el órgano conciliador del lugar de su domicilio –Vitoria– y, habiendo sido

XII. El Proceso Laboral

citada la empresa en forma por el órgano conciliador de dicho lugar, dicha presentación suspendió a todos los efectos el plazo de caducidad de la acción de despido, a pesar de que tanto el lugar de prestación de los servicios como el domicilio social de la empresa se encontraban en Miranda de Ebro (Burgos). Por su parte, la **STS de 8 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. 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 16 de noviembre de 2009**, I.L. J 2217, al contener un análisis de distintos supuestos de comunicación de la carta de despido al trabajador a efectos de su consideración como notificación válida a efectos del inicio del cómputo del plazo de caducidad del artículo 59.3 ET. Así, no considera el TSJ que deba producir dicho efecto el envío de burofax, que no llegó a ser entregado al trabajador, al no encontrarse éste en su domicilio y no haber acudido a recogerlo al servicio de correos. Ese mismo Tribunal, en la **STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2009**, I.L. J 264, 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 Tribunal 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. Finalmente, es de destacar la **STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2009**, I.L. 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.

B) Cosa juzgada

Concurren los elementos requeridos para apreciar el efecto positivo de cosa juzgada en el supuesto tratado en la **SAN de 12 de febrero de 2010**, I.L. J 279. Se trataba en este caso de la impugnación de determinados artículos de un convenio colectivo, y esa misma Sala se había pronunciado sobre artículos idénticos de un convenio que, si bien era cronológicamente anterior, era del mismo ámbito.

C) Falta de legitimación activa

La **SAN de 1 de diciembre de 2009**, I.L. J 2248, aprecia la falta de legitimación activa de la administración pública demandante en un procedimiento de impugnación de convenio colectivo, ya que ésta no ostentaba la condición de empresa afectada por la aplicación de

convenio impugnado, al operar a través de contratas administrativas que adjudicaba a los verdaderos empresarios.

D) Inadecuación de procedimiento

En el supuesto tratado en la **STS de 29 de octubre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1710, un sindicato pretendía –a través del procedimiento de tutela de libertad sindical– que se declarasen nulos los acuerdos suscritos y no publicados entre la Administración pública autonómica y otros sindicatos no demandantes. La Sala confirma la excepción de inadecuación de procedimiento declarada por el TSJ, al descartar que la demanda contuviera una denuncia de lesión de la actividad sindical en sí misma y apreciar que su propósito principal era, por el contrario, la anulación de determinados pactos y la reparación de hipotéticos daños. Por su parte, la inadecuación de procedimiento en una demanda de conflicto colectivo ha sido también estimada en la **STS de 9 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1796. El TS aprecia que no cabía deducir que el objeto de la litis –la declaración de cuáles eran las funciones propias de una categoría prevista en un convenio colectivo– fuera un conflicto colectivo, sino más bien un “conflicto plural”, al no existir una situación homogénea entre todos los trabajadores afectados. Por el contrario, la **SAN de 23 de noviembre de 2009**, I.L. J 1885, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento en un procedimiento de conflicto colectivo que afectaba a un grupo de trabajadores que reclamaban el abono de ciertas cantidades en aplicación del convenio colectivo, considerando que concurrían las notas subjetivas, objetivas y finalistas requeridas por la jurisprudencia para validar el procedimiento instado. Tampoco es estimada la excepción de inadecuación de procedimiento en la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, I.L. J 78. Se declara por el TSJ que el derecho interesado que se postulaba, no lo era para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino en cuanto colectivo, con independencia del cual fuese el número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo.

E) Prescripción

La interposición de un conflicto colectivo no enerva la prescripción ya producida respecto de mensualidades anteriores. Así, según confirma la **STS de 9 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2054, 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. También en relación con la prescripción, en la **STS de 14 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2135, se cuestiona si el plazo de prescripción de una acción de condena al pago de una cantidad debía quedar interrumpido hasta la conclusión de una acción declarativa del derecho que condicionaba la existencia del crédito. Considera el TS que, si bien las acciones ejercitadas tenían una indudable conexión causal, se trataba de dos acciones diferenciadas en su objeto, y que el plazo de prescripción no se interrumpe por el ejercicio de acciones meramente declarativas que no son requisito necesario para exigir el abono de cantidades ya devengadas.

XII. El Proceso Laboral

6. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Carga de la prueba

La **STS de 19 de enero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. 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. La **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2009**, I.L. J 211, razona sobre la carga de probar hechos negativos en un procedimiento por despido y 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.

B) Denegación. Prueba testifical

Declara la **STSJ de Valencia de 6 de octubre de 2009**, I.L. J 1790, que existe nulidad de actuaciones por haberse negado el juez de instancia a aceptar el interrogatorio de testigos, ante lo que se elevó en el juicio la protesta oportuna. La Sala fundamenta su decisión en que la denegación de ese medio de prueba fue injustificada y generó indefensión a la parte solicitante: esta prueba estaba estrechamente relacionada con la impugnación del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad objeto del pleito y, precisamente, el juzgador desestimó la demanda y declaró esa omisión de medidas en base a unos hechos que no tuvieron en cuenta la testifical denegada.

7. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Inexistencia

“(...) no cualquier defecto en la redacción y motivación de la sentencia da lugar a la nulidad; para que ello ocurra, el desajuste que provoca la incongruencia ha de ser de tal calibre que provoque una auténtica indefensión a la parte y en el caso de la incongruencia interna ha de determinar que no sea posible ante la contradicción existente determinar con seguridad cuál ha sido el sentido de la resolución (...)”. Así razona la **STSJ de Madrid**

de 27 de octubre de 2009, I.L. J 2239, y declara la inexistencia de incongruencia en un supuesto en el que se pretendía el reconocimiento de determinadas fechas de antigüedad en la empresa. Según el TSJ, tras examinar detenidamente la sentencia impugnada es posible determinar a qué fechas de antigüedad se refiere ésta a efectos indemnizatorios, sin que sea preciso acordar su nulidad, pues ésta se configura por la jurisprudencia como último remedio procesal. Tampoco incurre en incongruencia la sentencia que concede una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, aun cuando se pedía derivada de accidente de trabajo. Así lo declara la **STS de 3 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. 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**, I.L. 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.

b) Existencia

Las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 4 de noviembre –dos– y de 3 de diciembre de 2009**, I.L. J 2099, 2100 y 304, declaran 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 limitados del derecho postulado. De otro lado, la **STSJ de Murcia de 2 de noviembre de 2009**, I.L. J 2207, estima la existencia de incongruencia por generar la sentencia indefensión a la parte actora. En el caso analizado, la actora –que había causado baja voluntaria– interpuso reclamación de cantidad solicitando su liquidación, así como diferencias salariales por trabajos de superior categoría. El juzgado desestimó su pretensión al no considerar acreditada la realización de trabajos de categoría superior, sin pronunciarse respecto de los otros conceptos salariales reclamados. La sentencia de suplicación declara la nulidad de la resolución de instancia, al entender que ésta no dio respuesta a todos los pedimentos de la demanda lo que causó indefensión de la parte. También la **STS de 3 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2128, declara la existencia de incongruencia omisiva y, por ende, la nulidad de la sentencia de instancia dictada por la AN en un proceso de conflicto colectivo. Entiende el TS que no se dio debida respuesta a las excepciones de jurisdicción y de inadecuación de procedimiento planteadas, al haberse obviado toda consideración y motivación de éstas.

XII. El Proceso Laboral

B) Motivación insuficiente

En un procedimiento de conflicto colectivo, la **STS de 16 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. 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.

8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Limitación

La importante **STS de 27 de octubre de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 1713, reitera la doctrina de la Sala de 3 de noviembre de 2008. El TS estima que el reconocimiento de improcedencia del despido y la correspondiente comunicación al trabajador a efectos de limitar el devengo de salarios de tramitación, habrán de realizarse desde la fecha del despido hasta la de la conciliación, y entiende que el término “conciliación” previsto en el último inciso del artículo 56.2 ET se refiere a la conciliación judicial.

B) Reclamación al Estado

La **STS de 22 de octubre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1872, declara en unificación de doctrina que la responsabilidad del Estado por los salarios de tramitación correspondientes al exceso al que se refieren los artículos 57.1 ET y 116.1 LPL, se extiende a aquellos devengados hasta la fecha de la notificación –al empresario– de la sentencia que declaró la improcedencia del despido, y no hasta la fecha en la que se dictó esa sentencia.

C) Exención

La **STS de 18 de enero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. 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’ (...).”.

D) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

Resulta de interés la **STS de 17 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2041, pues en ella se resume la doctrina de la Sala sobre los supuestos de error excusable en el depósito de la indemnización con el fin de limitar los salarios de tramitación. En este caso, se declara la existencia de ese error excusable, no sólo porque la diferencia en la cuantía no era relevante, sino porque esa diferencia se debía a una discrepancia en la categoría profesional de la actora, quien, sólo y por primera vez, discutió esa categoría en el pleito por despido. Por su parte, la **STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2009**, I.L. J 2008, declara igualmente la aplicación de error excusable en un supuesto en el que, ante la existencia de una sucesión de contratos temporales, la empresa calculó la indemnización sin considerar el primero de ellos, por entender que quedó extinguido. Asimismo, otra de las discrepancias surgidas en la cuantía de la indemnización era si ésta debía ser calculada a razón de 45 días de salario por año de servicio o, por el contrario, a razón de 33 días, al haberse convertido en indefinido el último contrato temporal, concluyéndose la aplicación de esta menor indemnización. También la **STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2009**, I.L. J 70, declara excusable el error de la empresa en el importe indemnizatorio ofrecido y depositado. A tales efectos, 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 era de muy escasa cuantía.

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La **STS de 16 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2070, resume del modo siguiente la doctrina del TS sobre la afectación general: (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 apreciarlas son tres: notoriedad, haber sido alegado y probado en juicio o que el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 12 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1815. Ambas sentencias afirman que, no será necesaria la previa alegación y prueba en juicio cuando se dé la notoriedad sobre la afectación

XII. El Proceso Laboral

masiva, o cuando el asunto posea claramente un contenido de generalidad. En particular, la **STS de 14 de octubre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1705, en un supuesto de reclamación de cantidades reconocidas en el convenio colectivo como complementos por incapacidad temporal, niega la existencia de afectación general pese a que el convenio colectivo afectaba a más de trescientos trabajadores porque no todos ellos se encontraban en incapacidad temporal. Por el contrario, la **STS de 25 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1821, acepta la existencia de afectación general en reclamación generalizada por exceso de jornada por el tiempo del bocadillo. La **STS de 28 de enero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. 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, I.L. 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 (...)”. La **STS de 11 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1728, analiza la determinación de la cuantía litigiosa cuando se reclaman diferencias entre la pensión reconocida y la pensión pretendida; en este tipo de supuestos no es aplicable el artículo 189.1.c) de la LPL, por lo que para determinar la cuantía se ha de recurrir a lo que preveía el artículo 178.3 de la LPL de 1980: el importe anual de la prestación.

c) Clasificación profesional

La **STS de 7 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2042, confirma la irrecurribilidad en suplicación de las sentencias dictadas en procedimientos de clasificación profesional aunque éstos lleven aparejadas reclamaciones de cantidad por diferencias salariales cuyo importe supere el límite cuantitativo necesario para recurrir en suplicación. Sin embargo, el TS señala que será posible recurrir en suplicación las sentencias dictadas en procedimientos de reconocimiento de derecho y salarios, aunque se solicite el salario correspondiente a una categoría profesional superior siempre que dicho procedimiento no se vincule al de clasificación profesional.

d) Impugnación de laudo arbitral

La **STS de 2 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. 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, por 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 en estos supuestos 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.

e) Conciliación de la vida familiar y laboral

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1968, considera que sí es posible recurrir en suplicación cuando lo que se discute es el derecho, por razón de cuidado de su hijo menor, a realizar un turno fijo de mañana, frente a los de mañana, tarde y noche que tenía encomendados la trabajadora. Fundamenta su decisión el TSJ en que en este caso no se solicitó reducción de jornada y su concreción a efectos de conciliación, sino simplemente desarrollar la jornada íntegra en un horario distinto.

f) Modificación sustancial de condiciones de trabajo

La **STS de 11 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1736, en unificación de doctrina, admite el recurso de suplicación contra una sentencia recaída en un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que ésta fue realizada sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 ET y, en consecuencia, debe estar sometida al régimen general de recursos establecido por la LPL, y no al específico del artículo 138.4 LPL que no admite recurso. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 10 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1811.

B) Legitimación

En un supuesto cuyo objeto de debate se centra en el derecho o no a una prestación por incapacidad, la **STS de 11 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1794, reconoce la legitimación del INSS para recurrir en suplicación, pese a que la Mutua no formalizó el recurso que tenía anunciado. Tal legitimación deriva del hecho de que el INSS había sido expresamente condenado a estar y pasar por el reconocimiento de la incapacidad temporal.

C) Revisión de hechos probados

La **STSJ de Madrid de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1985, tras reiterar la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación sintetiza la reiterada doctrina del TS en relación con lo que la propia sentencia denomina “reglas básicas” que debe cumplir el recurso cuando se analiza por la vía del artículo 191.b) LPL. Dichas reglas básicas se resumen del modo siguiente: (i) la revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada; (ii) no es posible solicitar una revisión fáctica con fundamento en las mismas pruebas que sirvieron para su constatación; (iii) en el supuesto de documentos extraordinarios debe prevalecer la solución fáctica del juez de instancia, y (iv) no pueden introducirse en sede de suplicación cuestiones nuevas que no hayan sido objeto de alegación en la instancia. En la misma línea se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 30 de junio de 2009**, I.L. J 2014. En cuanto a los documentos hábiles para llevar a cabo la modificación fáctica, el hecho probado de una sentencia no puede servir para modificar un hecho probado de la sentencia recurrida según afirma la **STSJ de Valencia de 13 de octubre de 2009**, I.L. J 1780, así como tampoco una prueba testifical

XII. El Proceso Laboral

es hábil para la modificación de hechos, según la **STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2009**, I.L. J 1940. Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2009**, I.L. J 1835, recuerda la necesidad de identificar los documentos en los que se basa la modificación de hechos probados.

D) Infracción de normas

La **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2009**, I.L. 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, la estructura del recurso exige si la parte no está de acuerdo con los hechos probados que, primero, intente su modificación y, seguidamente, extraiga las consecuencias jurídicas de la modificación de los hechos, alegando las normas y la jurisprudencia que estime infringidas. La **STSJ de Valencia de 13 de octubre de 2009**, I.L. J 1772, señala que el recurso presentado carece de las mínimas exigencias formales por cuanto no se menciona el artículo 191 LPL ni el apartado en el que se incardina el recurso. Recoge también la esencialidad de concretar la norma jurídica que se considera infringida. La **STSJ de Baleares de 9 de noviembre de 2009**, I.L. J 1841, desestima el recurso puesto que únicamente contenía modificación de hechos probados pero no censura jurídica.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La **STS de 17 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. J 277, señala la inexistencia de interés casacional en procesos sobre reconocimiento de una incapacidad permanente, por la dificultad de determinar el sentido de la norma en una línea interpretativa con vocación de generalidad. Por ello, el TS considera que este tipo de litigios carece de interés (o contenido) casacional por cuanto la sentencia que se pudiera dictar sería ineficaz en orden a su invocación en procedimientos posteriores. Por otra parte, en la **STS de 3 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2034, el TS recuerda su reiterada doctrina que afirma la dificultad de apreciar falta de contradicción para recurrir en casación en relación con los supuestos previstos en cualquiera de los apartados del artículo 50 ET. Igualmente, la **STS de 2 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1744, declara la inexistencia de interés casacional, en un procedimiento en el que se discute sobre la calificación (fija o indefinida) que deba darse a los contratos, en un caso de cesión ilegal de trabajadores en una empresa pública. Y ello por cuanto la doctrina sobre la que se dictó la sentencia recurrida coincidía con la jurisprudencia del TS sobre la cuestión controvertida.

B) Falta de contradicción

La **STS de 16 de diciembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2072, 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 la misma línea se pronuncian las **SSTS de 10, 12 y 18 de febrero de 2010**, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 141, 151 y 222. Sobre la falta de contradicción como causa de inadmisión del recurso de casación se pronuncia también la **STS de 15 de febrero de 2010**, I.L. J 243, que afirma que no es suficiente que exista cierta similitud entre la sentencia recurrida y la de contraste sino que es necesario que concurra la identidad sustancial que exige el artículo 217 LPL. En idéntico sentido se pronuncia la **STS de 9 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. J 236. La **STS de 15 de octubre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1706, en sede de ejecución de sentencia, niega la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste: la sentencia recurrida resuelve entregar al trabajador la totalidad de lo consignado, sin retención fiscal, por considerar que la empresa había disfrutado de un plazo razonable para acreditar el ingreso de las retenciones, cuestión que no se suscita en la sentencia de contraste. Considera también la **STS de 9 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1725, que no cabe apreciar contradicción en un proceso sobre incapacidad, puesto que las pretensiones del recurrente son diferentes a las que fueron resueltas por la sentencia de contraste. Igualmente, la **STS de 10 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1734 dispone que no existe contradicción en un supuesto en el que la regulación convencional de la llamada a los trabajadores fijos discontinuos no es exactamente coincidente.

C) Cuestión nueva

Las **SSTS de 5 y 8 de febrero de 2010**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 138 y 166, consideran como cuestión nueva, que debe conllevar la inadmisión del recurso de casación en unificación de doctrina, todo motivo planteado en casación que no coincida con los formulados en el recurso de suplicación. Por ello, será causa de inadmisión del recurso que las normas citadas no guarden la necesaria relación con las cuestiones debatidas 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 declara la **STS de 2 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. J 146.

11. RECURSO DE CASACIÓN

A) Infracción del ordenamiento jurídico

En un procedimiento de conflicto colectivo, la **STS de 24 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2027, desestima el recurso de casación por limitarse la recurrente a invocar la infracción de un precepto “(...) sin establecer juicio lógico entre el precepto invocado,

XII. El Proceso Laboral

el firme relato histórico y la argumentación de la sentencia limitándose a reproducir el texto de un precepto del Convenio Colectivo aplicable en los años 2003 a 2005 (...)

B) Error de hecho

La **STS de 8 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. J 142, recoge la doctrina contenida en sentencias anteriores dictadas por 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 alterar el fallo de la sentencia recurrida. 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.

C) Cuestión nueva

La **STS de 26 de octubre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1720, en un proceso sobre despido objetivo, entiende que es cuestión nueva no susceptible de examen la aplicación del artículo 51 o 53 ET a las extinciones contractuales del supuesto de hecho, puesto que tal cuestión no fue objeto de controversia en suplicación.

XII. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documentos recobrados

Resulta interesante la **STS de 26 de noviembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 2025, en la cual se recuerda que, si bien la redacción actual del artículo 510.1 LEC sustituye el término “se recobraren” del anterior artículo 1976.1 LEC de 1881, por el de “obtuvieren”, ello no obsta a que en cualquier caso la revisión de una sentencia firme sólo sea posible cuando se obtengan, después de pronunciada la sentencia, documentos decisivos de fecha anterior a la sentencia cuya revisión se pretende. La utilización del verbo “obtener” permite interponer recurso de revisión a la parte que nunca hubiera tenido tales documentos, pero no permite la revisión de una sentencia firme mediante documentos de fecha posterior a la sentencia que se impugna.

B) Maquinación fraudulenta

Estima la **STS de 13 de octubre de 2009**, I.L. J 1879, el recurso de revisión interpuesto, en materia de pensión de viudedad, por considerar que la ocultación de las segundas nupcias es una maquinación fraudulenta ya que su estatus de casada hubiera impedido el acceso a la pensión de viudedad.

C) Caducidad

La **STS de 1 de febrero de 2010**, Sala Cuarta, I.L. J 156, afirma que 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. No es suficiente manifestar que el recurso se interpone en tiempo hábil, sino que el recurrente habrá de acreditar el día en el que tuvo conocimiento de los documentos o del fraude que se invoca como motivo de revisión.

13. TEMERIDAD Y MALA FE

La **STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2009**, I.L. J 1933, dictada en sede de despido, impone a la empresa que no compareció al acto de conciliación (y no justificó su incomparecencia) pese a estar citada debidamente, una multa pecuniaria a tenor del artículo 66.3 LPL. Además, el Tribunal determina que hay que imponer a la empresa el abono de los honorarios del Letrado de la parte actora, no sólo en cuanto a los atinentes al recurso en cuantía de 300 euros, sino también a los de la instancia en la cantidad que resulte.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
LUIS AGUILAR ROMERA
ANA NAVASCUÉS SARRATEA
INÉS RÍOS GARCÍA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario**

1. Prueba de la infracción de las medidas de seguridad y requisitos de la responsabilidad empresarial. 2. Derecho al cobro de indemnizaciones pactadas en convenio colectivo y pago de los intereses de mora. 3. alcance de la responsabilidad empresarial y del incumplimiento del trámite de audiencia previa al empresario antes de la imposición del recargo de prestaciones.

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en los números XIII a XVI de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* del año 2009.

1. PRUEBA DE LA INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

En el número XIII encontramos tres sentencias relacionadas con el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo y todas sobre el recargo de prestaciones. La primera **STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 1768, sobre la utilización correcta de los equipos de protección individual y la necesidad de probar las circunstancias del siniestro para que concurra responsabilidad empresarial. El Tribunal desestima el recurso presentado por un trabajador solicitando el reconocimiento y el aumento del porcentaje del recargo de prestaciones, porque, si bien es cierto que la deuda de seguridad del empresario comprende dar órdenes e instrucciones para la correcta utilización de los equipos de protección, así como vigilar que los trabajadores hacen un uso correcto de éstos, en el caso analizado no quedan suficientemente acreditadas las causas del siniestro y consiguientemente no se prueba que el incumplimiento del empresario fuese la causa determinante del daño producido.

En la segunda sentencia, **STSJ de Valencia de 13 de octubre de 2009**, I.L. J 1774, desestima la imposición del recargo al concurrir por parte de la empresa una actitud diligente en materia de prevención de riesgos laborales

La tercera, **STSJ de Valencia de 5 de octubre de 2009**, I.L. J 1782, se ocupa de los requisitos que han de concurrir para determinar la existencia de responsabilidad empresarial e imponer, de esta manera, el recargo. En ella, el TSJ de Valencia recuerda que los requisitos son tres, a saber: incumplimiento de alguna medida de seguridad general o específica; prueba de la causación de un daño efectivo al trabajador, y, por último, la existencia de una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso.

2. DERECHO AL COBRO DE INDEMNIZACIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO Y PAGO DE LOS INTERESES DE MORA

En el número XIV se recogen tres pronunciamientos, en concreto las **SSTSJ de Extremadura de 3 de noviembre de 2009**, I.L. J 1917, que desestima el pago de intereses de la mora procesal suscitada en relación al recargo de prestaciones; la de **19 de noviembre de 2009**, I.L. J 1926, sobre la condena solidaria para las empresas contratista y subcontratista en el pago de una indemnización pactada en convenio colectivo a raíz de un accidente de trabajo; y, por último, el fallo de la **STSJ de Galicia de 19 de noviembre de 2009**, I.L. J 1937, acerca del deber de seguridad del empresario y el alcance de la responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento, que aplica la ya conocida tradicional doctrina sobre esta cuestión.

De los tres fallos es importante detenernos en el primero de ellos. La STSJ de Extremadura de 3 de noviembre de 2009 entiende que no procede el pago de los intereses de la mora procesal, según lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la Sentencia ejecutada no condena al pago de una cantidad de dinero líquida por medio del recargo de prestaciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.4 de la LGSS de 1966, ya que esta norma obliga únicamente a que el empresario constituya el capital necesario para que se proceda al abono según lo que determinen los Organismos encargados.

Considera la Sala que la misma interpretación se desprende del artículo 69 del RD 1415/2004 que establece que la ejecución de las Sentencias en las que se imponga a una empresa responsabilidad en el abono de una pensión de la Seguridad Social exige, como requisito previo, la fijación de un capital-coste, que es lo que se puede ejecutar ya que la pensión no la puede abonar directamente el empresario al beneficiario.

Por lo tanto, a juicio del Tribunal Superior, lo determinante en esta cuestión es que haya una condena de una cantidad de dinero líquida, no bastando una resolución judicial de condena a un pago, para que los intereses se cobren, porque es la resolución la que determina inequívocamente el importe exacto de una condena que no precisa más actos posteriores para determinar su importe. Este requisito no se cumple en las Sentencias que se limitan a condenar al pago de un recargo del 40% sobre las prestaciones económicas derivadas de un accidente de trabajo ya que ello exige conocer su importe. La razón de esta interpretación es que la finalidad de los intereses de mora es evitar el perjuicio que sufre el acreedor por el retraso con el que se le abona la cantidad a la que ha sido condenado el deudor por la propia actitud de éste y no cuando no tiene que hacer el pago directo de la cantidad objeto de la condena sino que se procede a la capitalización de dicho importe por un tercero, en este caso, la TGSS. En este sentido, afirma el Tribunal que la cuantía de dicha capitalización se fija tras realizar una serie de complejos cálculos que excluyen la idea de liquidez exigida por la norma como expresión de pago directo e inmediato.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

3. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL Y DEL INCUMPLIMIENTO DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA PREVIA AL EMPRESARIO ANTES DE LA IMPOSICIÓN DEL RECARGO DE PRESTACIONES

En cuanto a los números XV y XVI existe un pronunciamiento en cada uno de ellos relacionado con el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.

En primer lugar, la sentencia del **STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2009**, I.L. J 2088), que trata de cuestiones relacionadas con el alcance de la responsabilidad empresarial ante un accidente de trabajo. La sentencia parte del principio de que en el marco del contrato de trabajo, se pueden generar tres tipos de responsabilidad: la contractual (artículo 1101 CC), extracontractual (artículo 1902 CC), y la derivada de un ilícito penal. Este fallo se centra fundamentalmente en analizar la responsabilidad contractual. Considera la Sala que la no observancia de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales da lugar a un incumplimiento contractual. Y que, al igual que sucede con la responsabilidad extracontractual, su fundamento se encuentra en la culpa o negligencia de quien origina el daño para lo cual habrá que tener siempre en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso según la apreciación de los jueces. En este caso no se condena al empresario ya que las pruebas alegadas no tuvieron la entidad suficiente para acreditar el incumplimiento contractual.

En segundo lugar, el TS, en su **STS de 12 de noviembre de 2009**, I.L. J 2173, analiza un tema relacionado con el recargo de prestaciones aunque la cuestión realmente importante es determinar si la falta de audiencia de la empresa a la hora de imponerlo supone o no la nulidad de las actuaciones por acaecer indefensión en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) en relación con el artículo 11 de la Orden de 18 de enero de 1996 que desarrolla el RD 1300/1995, de 21 de junio.

Al respecto, el Tribunal, siguiendo la doctrina ya existente en esta materia, entiende que la LRJPAC es aplicable a la actividad del INSS a la hora de reconocer las prestaciones de la SS, y que es preceptivo cumplir con el trámite de audiencia dada la condición de interesado que ostenta la empresa, pero considera que su omisión no supone una vulneración de dicha ley, ya que la falta de audiencia no implica una falta total y absoluta del procedimiento, ni tampoco una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al tratarse de un proceso administrativo y no judicial y porque la omisión de la audiencia impidió que el acto administrativo alcanzase su fin.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNÁIZ



Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**VV.AA. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y
J. MERCADER UGUINA (directores)**

**La Reforma del mercado de trabajo.
Ley 35/2010, de 17 de septiembre**

[Lex Nova, 1.ª ed., Valladolid, septiembre 2010,
330 páginas]

LEX NOVA

El libro sobre La reforma del mercado de trabajo. Comentarios a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, realiza un complejo y práctico análisis de las importantes modificaciones que esta norma introduce en nuestra legislación laboral, convirtiéndose así en una útil herramienta para desentrañar e interpretar en detalle el significado y alcance de esta amplia y compleja reforma, de especial interés para quienes juegan un papel protagonista en las relaciones laborales: Jueces y Magistrados de lo Social, Inspectores de Trabajo, profesores de Universidad, responsables de relaciones en las empresas, abogados, asesores sindicales, graduados sociales, diplomados de relaciones laborales, etc. Fruto de una intensa negociación parlamentaria, la Ley tiene su origen en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, aunque, no obstante, presenta significativas novedades y regula materias no abordadas por el citado Real Decreto-Ley.

La Ley 35/2010 reforma nuestro mercado de trabajo en materias tan importantes como la contratación laboral, la regulación de la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el “descuelgue salarial” y los ERE suspensivos y de reducción de jornada. Asimismo, se reforman tanto el despido objetivo como el despido colectivo (ERE extintivos), redefiniéndose sus causas y previéndose que parte de la indemnización sea a cargo del FOGASA y, en un futuro, del Fondo de Capitalización. Se establecen nuevas bonificaciones a la contratación y se reforma la legislación sobre intermediación laboral, agencias de colocación y ETT.

Finalmente, la Ley introduce previsiones específicas en materias tales como la formación profesional en el trabajo, igualdad entre mujeres y hombres, trabajo de discapacitados, planes específicos de la Inspección de Trabajo, mejora en la gestión de la IT, faltas de asistencia al trabajo y límites a las prestaciones salariales en especie.

Todo ello sin olvidar que la Ley ordena y prefigura futuras reformas en la Ley de Procedimiento Laboral, en la regulación de la negociación colectiva y en el desarrollo reglamentario de la tramitación de los ERE. De ahí surge la importancia de conocer las bases sobre las que la Ley 35/2010 prevé que se articulen esas futuras reformas.

VV.AA. J. VIDA SORIA (director), J.M. VIÑAS ARMADA (coord.)

Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico

[Lex Nova, 6ª ed., Valladolid, septiembre 2010, 435 páginas]

LEX NOVA

Este manual ha sido elaborado por profesores universitarios, expertos en la materia, con el objetivo de ser un instrumento adecuado para la formación en materia preventiva, dando respuesta, por un lado, al programa oficial para el desempeño de las funciones de nivel básico, conforme al anexo IV del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero; y, por otro, a los descriptores de la materia troncal “Seguridad en el Trabajo” de los Planes de Estudio que conducen al título universitario de Diplomado en Relaciones Laborales. Incluye el tratamiento específico de las peculiaridades de la aplicación de la prevención en el ámbito de la Administración Pública.

Esta sexta edición, actualizada con las reformas de 2010, incorpora importantes novedades en su texto, fundamentalmente debidas a la publicación de las recientes y relevantes reformas legislativas entre las que destacan: el nuevo marco normativo básico de la Unión Europea; las modificaciones en la Ley de prevención de Riesgos; las modificaciones en el reglamento de los Servicios de Prevención; nuevos reglamentos básicos dictados en desarrollo de la Ley de Prevención; etc.

A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ

El recurso de suplicación: cuestiones prácticas, jurisprudencia, formularios y preguntas con respuesta

[Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, junio 2010, 270 páginas]

LEX NOVA

La finalidad de este libro, que alcanza su 2.ª edición, es proporcionar al profesional del Derecho Laboral todos los elementos necesarios para realizar con garantía los trámites complejos del recurso de suplicación.

En esta monografía se analizan de forma práctica las siguientes cuestiones: Naturaleza del recurso de suplicación, órgano competente, legitimación para interponer el recurso, resoluciones recurribles y no recurribles en suplicación, determinación de la cuantía a efectos del recurso, objeto del recurso, anuncio del recurso, interposición e impugnación del recurso, actos ante la sala del tribunal superior de justicia, resolución del recurso. Asimismo, se incluye toda la jurisprudencia más relevante de cada una de sus fases procesales. También se incorporan los formularios necesarios para que el profesional tenga una plantilla a partir de la cual pueda confeccionar sus propios escritos. Por último, se recogen todas aquellas preguntas que con mayor frecuencia se suele plantear el profesional cuando tiene que realizar un trámite, obteniendo una respuesta práctica para resolver su duda, a la que se incorpora el criterio jurisprudencial aplicable a cada supuesto.

VV.AA. F. FERNÁNDEZ ZAPICO (coord.)

**Coordinadores de seguridad y salud
en el sector de la construcción.
Manual para la formación**

[Lex Nova 4ª ed., Valladolid, septiembre 2010,
970 páginas]

LEX NOVA

La “Coordinación de actividades empresariales” en el sector de la construcción, tal y como se recoge en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, ha de ser ejercida a través del técnico competente designado por el promotor, creándose al efecto la figura de los “Coordinadores de Seguridad y Salud”. Por otro lado, la Guía Técnica sobre seguridad y salud en las obras de construcción, elaborada y publicada por el INSHT, señala que es necesario y conveniente que el coordinador tenga la formación adecuada en el campo de la prevención de riesgos laborales, debiendo ajustarse a los cometidos que se determinan en el Real Decreto 1627/1997.

Este manual desarrolla el contenido del programa de formación mínimo que han de cursar los referidos coordinadores, y lo hace de una manera práctica y operativa a lo largo de sus tres apartados (ámbito jurídico, edificación y obra civil). Asimismo, para la elaboración de este manual los autores han tenido en cuenta los últimos cambios normativos en materia preventiva: el nuevo Reglamento de máquinas, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 29 de diciembre de 2009, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre conocida como “Ley ómnibus”, cuya regulación definitiva de algunos de sus contenidos se ha materializado con el RD 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Reglamento de los Servicios de Prevención; la Ley Reguladora de la Subcontratación en el sector de la construcción, y el RD 1627/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de

construcción; respecto a este último, entre otros aspectos, se anula la necesidad de efectuar avisos previos y se regula la comunicación de la apertura del centro de trabajo, cuestiones ambas de gran repercusión en el sector de la construcción.

Esta cuarta edición, se convierte en un instrumento novedoso y necesario para la formación preventiva y el posterior ejercicio de las funciones y tareas de los colectivos implicados. Incluye CD-ROM y contenidos “On-Line” de prevención gratis.

**F.J. LLANEZA ÁLVAREZ, F. FERNANDEZ
ZAPICO, B. FERNÁNDEZ MUÑIZ y
D. IGLESIAS PASTRANA**

**Manual para la formación del auditor
en prevención de riesgos laborales
(aplicaciones y casos prácticos)**

[Lex Nova 3.ª ed., Valladolid, agosto 2010,
772 páginas]

LEX NOVA

La auditoría en prevención de riesgos laborales es un instrumento básico de gestión que persigue ser reflejo del sistema preventivo de la empresa, valorando su eficacia y detectando la deficiencias que puedan implicar los incumplimientos normativos, para permitir la adopción de decisiones dirigidas a su perfeccionamiento y mejora. Con la modificación incorporada por el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, en el Capítulo V –“Auditorías”– del Reglamento de los Servicios de Prevención, se ha visto más reforzado el papel de aquellas, con un desarrollo extenso y una regulación que aborda definiciones, plazos y contenidos del plan de auditoría.

En este manual, que alcanza su tercera edición, que toma como referencia la citada reforma normativa, se analiza el contenido,

notas bibliográficas

la metodología y el procedimiento a seguir en el desarrollo de una auditoría del sistema de gestión de prevención de riesgos laborales. Su principal objetivo es constituir una eficaz y práctica herramienta de estudio, consulta y trabajo para todos aquellos prevenicionistas interesados en adquirir la formación necesaria para

ejercer profesionalmente como auditores del sistema de gestión de prevención de riesgos laborales y en conocer las distintas técnicas auditoras. Incluye CD-ROM con programa para cumplimentar fichas de verificación y emitir planes e informes de auditoría y contenidos "On-Line" de prevención.

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.

