

revista

Justicia

Labora

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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna 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] **La determinación del convenio aplicable en la sucesión de empresa, un repaso jurisprudencial**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA

- [13] **La dirección del proceso laboral tras la reforma de las leyes procesales de 3 de noviembre de 2009**

FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ-PEGO

- [63] **La formalización del contrato del trabajador autónomo dependiente: ¿requisito constitutivo o meramente probatorio?**

RUBÉN DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN

- [33] **La readmisión por despido nulo del trabajador temporal**

ANA ISABEL GARCÍA SALAS

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

- [71] **I. FUENTES DEL DERECHO**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

- [109] **III. EMPRESARIO**
JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

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

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

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

- [203] **VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
JAVIER GÁRATE CASTRO

- [211] **IX. SEGURIDAD SOCIAL**
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

- [237] **XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [245] **XII. EL PROCESO LABORAL**
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

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

[271] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA DETERMINACION DEL CONVENIO APLICABLE EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA, UN REPASO JURISPRUDENCIAL

En los supuestos de transmisión de empresa, se ha cuestionado la existencia de una situación real de concurrencia de convenios colectivos dado que habitualmente en las empresas afectadas por el cambio de titularidad rigen convenios distintos: hay un convenio (el aplicable en la empresa transmitida) que entra dentro del ámbito propio de otro (el que objetivamente, y de acuerdo con los criterios territorial y funcional, rige en la empresa adquirente). Esta hipotética situación de conflicto ha sido resuelta por el artículo 44.4 ET que establece reglas específicas al respecto. El tenor literal del citado precepto contiene una regla general (“Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida”) reforzada a través de la coextensión temporal de la misma (“Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de la expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte de aplicación en la entidad económica transmitida”). A la citada regla general acompaña una excepción, pues la misma resultará de aplicación: “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la cesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores”.

La opción por la conservación del convenio aplicable a la entidad transmitida plantea un sinnúmero de cuestiones de no siempre fácil solución. En el juego de intereses que la citada norma incorpora, la preferencia se otorga a la tutela de los derechos de los trabajadores de la entidad adquirida, lo que evita, sin duda, la imposición unilateral de condiciones por parte del nuevo adquirente. Se apuesta, de este modo, por el acuerdo posterior a la transmisión como método de homogeneización de condiciones laborales. Pero es también evidente que la posición del nuevo adquirente se encuentra severamente afectada. Condicionado tras su inversión económica a un ajuste de condiciones que pasa necesariamente por el acuerdo y la conservación del estatuto precedente de condiciones fueran cuales fueran éstas, la decisión empresarial se encuentra penalizada. Y ello porque quien vaya a hacerse cargo de la misma puede querer, legítimamente, tener la garantía, de que las condiciones de trabajo y costes laborales resultan asumibles, situación que, de acuerdo con la regulación vigente, resulta una posibilidad, en muchos casos, más que difícil.

Es cierto que la jurisprudencia ha venido subrayando que la subrogación empresarial sólo abarca “aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la subrogación, es decir, los que el interesado hubiese ya consolidado y adquirido” por lo que se excluyen las meras “expectativas” (STS 5 de diciembre de 1992, *Periódico que se integra en Medios de Comunicación del Estado*), o que “el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al trabajo cualquier intento de regulación homogénea” (STS 13 de febrero de 1997, *Asunto de Profesoras de Centro Privado adscritas a un Centro de la Comunidad de Madrid*). En suma, que la subrogación “no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba” (STS 20 de enero de 1997, *Asunto Constitución en Telefónica de la filial Telefónica Servicios Móviles*). Pero lo cierto y verdad es que junto a las citadas afirmaciones, la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de la expresión “la fecha de expiración”, utilizada por el artículo 44.4 ET para referirse al límite temporal de aplicación del convenio colectivo de la entidad cedida, ha venido a plantear numerosos problemas prácticos.

La determinación del convenio colectivo aplicable en la empresa o unidad transferida, por una parte, y la de la fecha final de su vigencia, por otra, resultan, en muchos casos, tareas complejas. La desafortunada redacción legal, trasunto de la empleada en la Directiva 2001/23/CE, dificulta la especificación del momento en que debe entenderse que procede la sucesión convencional. Dificultad a la que se añade el hecho de que la normativa estatutaria contempla mecanismos jurídicos que permiten tanto extender la vigencia más allá de la fecha inicialmente pactada (artículo 86.2 ET) como ampliar, a través de la regla de la ultraactividad, la eficacia temporal del convenio colectivo una vez ha llegado el término previsto (artículo 86.3 ET).

La homogeneización de condiciones de trabajo en la entidad resultante de un proceso de transmisión empresarial encuentra un importante escollo en la aplicación de la regla de la ultraactividad que contempla el artículo 86.3 ET al convenio de la empresa cedente. Buen ejemplo de esta cuestionable solución puede hallarse en las SSTS de 22 de marzo de 2002, *Asunto Absorción de empresas en el Grupo Indra*, y 30 de septiembre de 2003, *Asunto Alton Ods*.

En la primera de ellas, la “Federación Estatal Minerometalúrgica” de CC.OO., la “Federación de Metal, Construcción y Afines” de UGT y la “Unión Sindical Obrera” (USO) presentaron conjuntamente tres demandas de conflicto colectivo, que se tramitaron acumuladas en un solo proceso, dirigidas todas frente a la empresa “Indra Sistemas, S.A.” que había procedido a la absorción de las empresas “Indra Atra, S.A.”, “Indra Sca, S.A.” e “Indra Ssi, S.A.”. Pedían los iniciadores del conflicto que se declarara, en síntesis: que “Indra Sistemas, S.A.” se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones de las empresas absorbidas; que, por ello, ha de aplicar a los trabajadores de las absorbidas el contenido normativo del convenio colectivo que regía en su respectiva empresa de origen; el derecho de los trabajadores subrogados a seguir disfrutando de las condiciones de jornada, horario, salario, antigüedad y demás que regían antes de que “Indra Sistemas, S.A.” procediera a su absorción. Esta última empresa se encontraba sometida al Convenio Colectivo del Sector de la Industria Siderometalúrgica. Se trataba de determinar, a la luz de las

normas nacionales y comunitarias invocadas, si los Convenios Colectivos de las empresas absorbidas, vencidos y denunciados, seguían siendo de aplicación en su integridad a los trabajadores procedentes de aquéllas, con preferencia al Convenio que resultaba de aplicación a la empresa absorbente.

El citado pronunciamiento subraya que conforme a lo dispuesto en el artículo 86.3 ET, la vigencia del contenido normativo del Convenio denunciado —las cláusulas obligacionales pierden toda vigencia con la denuncia, según explica el mismo precepto— “una vez concluida la duración pactada se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio Convenio”. El examen de los que fueron denunciados por las empresas cedentes muestra que ninguno de ellos incluye pacto alguno al respecto. Para tales casos, el precepto contiene una previsión supletoria: “en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo”. Es evidente, pues, que en la fecha en que se produjo la sucesión empresarial, los tres citados Convenios de empresa se encontraban en fase de ultraactividad y constituían el marco regulador de las relaciones laborales en las que quedó subrogada la empresa cesionaria por mandato del artículo 44.1 ET.

Al anterior argumento se añade uno de gran importancia y es el relativo a la interpretación del término “fecha de extinción” utilizado por el artículo 44.4 ET. El citado pronunciamiento recuerda que el artículo 3.3 de la Directiva 98/50 utiliza como términos sinónimos los de “extinción” y “expiración”, e impone al cesionario la obligación de mantener sus condiciones “hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”. Garantía que, por cierto, ha asumido el legislador español. Sobre esta base concluye la Sentencia que “la palabra extinción significa, en su acepción literal, la acción o efecto de extinguir o extinguirse; y extinguir es “hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente”. Por su parte, expiración, significa acción y efecto de expirar; y expirar es “acabar la vida”. Y es evidente que, mientras se mantiene la vigencia de las cláusulas normativas de un Convenio Colectivo, éste estará, en todo caso, en trance de desaparición paulatina, pero no podrá decirse de él que ha cesado en todos sus efectos o que ha acabado su vida”.

Por consiguiente, el Convenio en fase de ultraactividad ex artículo 86.3 ET sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de “aplicación de otro convenio colectivo”, no se refiere al que ya estaba vigente “ex ante” la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Y en este caso no se ha acreditado la entrada en vigor “ex post”, de ningún nuevo Convenio Colectivo que sea de aplicación a la empresa absorbente.

Así las cosas, es evidente que “Indra Sistemas, S.A.” no podía imponer unilateralmente a los trabajadores cedidos el Convenio Colectivo por el que aquella se regía antes de la transmisión, ya que no existe norma que le otorgue dicha facultad. Aceptar su decisión supondría la pérdida automática de efectos de los convenios colectivos de las cedentes, por el simple hecho de la cesión, en contra de la garantía de subrogación y de la estabilidad

en el empleo que impone el artículo 44 ET. Conforme a lo expuesto, se alcanzan las siguientes conclusiones: 1.ª) La empresa adquirente “Indra Sistemas, S.A.” está obligada a respetar para los trabajadores subrogados provenientes de las otras tres empresas del grupo absorbidas, el convenio colectivo que regía las relaciones de trabajo en cada una de ellas y se encontraba en fase de ultraactividad en la fecha de la transmisión. 2.ª) Esa obligación debe subsistir, salvo pacto en contrario establecido tras la transmisión mediante acuerdo de empresa alcanzado entre la cesionaria y los representantes de los trabajadores, hasta que, después de producida la subrogación, entre en vigor o sea aplicable a “Indra Sistemas, S.A.” un nuevo convenio. 3.ª) Por consiguiente, mientras ello no ocurra, no tenía ni tiene dicha empresa potestad para, unilateralmente, modificar el estatuto laboral de tales trabajadores, o imponerles otras condiciones distintas, aunque lo pretendiera con la loable intención de armonizar las diversas situaciones laborales que existen en su seno tras la subrogación.

La citada solución resulta ciertamente cuestionable por varios motivos. En primer lugar, por el uso del artículo 86.3 ET que la misma realiza. El fundamento de la citada regla debe situarse en la necesidad de impedir la existencia de vacíos de regulación, evitándose, así, que durante el período de negociación la plantilla vuelva a sus condiciones contractuales o a los mínimos legales. De igual modo, por esta vía se facilita que las partes contratantes negocien sin apremios procurándose una transición pacífica entre convenios. Ninguna de las citadas finalidades concurre en el caso que nos ocupa. En segundo término, el citado pronunciamiento interpreta expresiones del Derecho comunitario (tomadas literalmente de la Directiva) a la luz del Derecho nacional. El concepto “expiración” o “extinción”, en el lenguaje de la Directiva, posee una distinta significación que en nuestro derecho interno y, en todo caso, “expirar”, es acabar la vida, y como la vida del convenio no acaba, porque se prorroga hasta que entre en vigor otro nuevo que lo sustituya, el convenio, en puridad, no expira nunca si no existe otro convenio posterior, lo que contradice la citada tesis. Las consecuencias de dicha interpretación son evidentes desde el punto de vista productivo y competitivo de la empresa que asume un proceso de este tipo, consecuencias que no se encuentran matizadas en nuestro país tal y como permitía la propia Directiva: “Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año”.

Una segunda cuestión para la reflexión es la relativa a la aplicación del convenio colectivo a aquellos trabajadores que son contratados por la empresa cesionaria con posterioridad a la transmisión. Un supuesto de interés en este punto es el resuelto por la STS 3 de junio de 2002, Asunto *Retevisión*, en el que se sentó la doctrina de que si la empresa adquirente carecía de convenio colectivo aplicable, las nuevas contrataciones debían regularse de acuerdo con la autonomía individual contractual sin que la empresa se encontrase obligada a aplicar a los nuevos trabajadores las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente.

El Ente Público de la Red Técnica de Televisión fue creado en virtud de lo dispuesto en la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, como institución independiente para la prestación de servicios de transportes y difusión de señales de televisión para emisoras tanto públicas

como privadas. El Ente Público se había subrogado en los derechos y obligaciones derivados de las funciones que tenía “Radio Televisión Española” (RTVE). Las representaciones del Ente Público y de los trabajadores suscribieron unos acuerdos de adhesión en virtud de los cuales se convino que la regulación aplicable sería la de la entidad de procedencia (VII Convenio Colectivo de RTVE). Con posterioridad las relaciones laborales entre el Ente Público y el personal a su servicio se han regido por convenios colectivos propios.

Por Decreto-Ley 6/1996, de 7 de julio, se le confiere al Ente Público servicios de telefonía y, entre otros asuntos, se estableció su constitución como sociedad anónima a la que debía aportar la totalidad de los bienes y derechos que integran la red pública de telecomunicaciones, disponiéndose, asimismo, la integración del personal a su servicio en la nueva sociedad, conservando todos los derechos que tuvieran en el momento de dicha integración, compromiso éste que deberían respetar las entidades que se adjudicaron, por concurso, acciones de la sociedad. En diciembre de 1996, quedó constituida la Sociedad “Retevisión S.A.”, transfiriéndose a la misma el personal procedente del Ente Público, en fecha 1 de enero de 1997. La actividad de esta nueva empresa abarca la antigua del Ente Público de señales de televisión y la nueva de telefonía fija. Las relaciones de trabajo entre el Ente Público y sus empleados se rigió por un Primer Convenio Colectivo en vigor desde el 1 de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1992 y el Segundo, cuya vigencia se extendió hasta el 31 de diciembre de 1996, fue denunciado por la representación de los trabajadores y no sustituido por ningún otro Convenio de eficacia general hasta fecha posterior a la sentencia recurrida y al propio recurso interpuesto frente a ella.

Retevisión, S.A., desde el mes de noviembre de 1997, coincidiendo con la adjudicación de la licencia de telefonía básica, ha formalizado para el departamento de trabajo denominado Call Center, contratos de duración determinada, con condiciones laborales específicas, sin sujeción a las previstas en el II Convenio del Ente Público y en especial en materia de jornada, horario y salario. El departamento de Call Center está funcionalmente separado de la oficina de apoyo administrativo, la cual no atiende la contratación de clientes y de la de Bookin, área donde se hace la reserva de circuitos y cuyo personal procede del Ente Público. La oficina de Call Center realiza el primer contacto telefónico con el cliente que en el argot se conoce como Front-office —actividad objeto también de subcontratación— y en especial el Back-office, esto es, la canalización y orientación de la problemática concreta que plantea cada cliente en relación a su contrato, en especial problemas de facturación e impagos, funciones ambas que se entienden integradas en el concepto mercantil de Tele Marketing.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resolvió inicialmente el conflicto colectivo planteado por el Sindicato de Trabajadores de Empresas de la Comunicación (SITEC) frente a la empresa “Retevisión, S.A.”, en el que se pretendía que se declarase la vigencia del contenido normativo del segundo Convenio Colectivo de Retevisión para todos los trabajadores de las empresas demandadas y en especial para los departamentos de Call Center de los centros de trabajo de Madrid y Barcelona, reconociendo todas las condiciones de trabajo en dicho Convenio relativas a jornada, horario, vacaciones, descansos, salarios, categorías, complementos salariales, licencias y excedencias.

La STS 3 de junio de 2002, en interpretación del artículo 44 ET, concluyó que “la única obligación que de tales normas se desprende para la empresa, es la de garantizar a los trabajadores de los que se hizo cargo la nueva sociedad, procedentes del Ente Público cedente, el disfrute de la integridad de las condiciones laborales derivadas del Convenio anterior, en tanto éste no sea sustituido por otro que, de conformidad con los artículos 82 y siguientes del ET, pudiera resultar aplicable”, que “de ninguno de los preceptos mencionados cabe extraer la conclusión de que en caso de traspaso o sucesión de empresas, los derechos que han de mantenerse a los trabajadores afectados por ella deben extenderse también a los trabajadores contratados con posterioridad a dicha situación”. Del artículo 44 ET y del propio texto de la Directiva, artículo 3, se desprende que mientras no existiese un Convenio Colectivo negociado por los legítimos representantes de la empresa y de los trabajadores de “Retevisión, S.A.”, ésta sólo venía obligada a mantener las repetidas condiciones que traían consolidados los trabajadores afectados por el traspaso. En las nuevas contrataciones, a falta de Convenio, ha de entrar en juego la autonomía contractual individual, tal y como sucedió en el supuesto aquí analizado. Y añade, “el hecho de que a determinados trabajadores de contrataciones posteriores al traspaso se les haya podido reconocer en tales pactos individuales la aplicación del Convenio de la empresa cedente, no altera la regla general antes desarrollada sino que la reafirma, desde el momento en que tales condiciones se han fijado en esos casos precisamente en uso de la autonomía negociada individual, a falta de la colectiva y constituyen situaciones excepcionales que no alteran la situación general que motivó el conflicto y que, desde luego, en sí mismas no suponen tampoco el nacimiento de una obligación de asumir el repetido Convenio para todos los trabajadores afectados”.

Especial interés reviste el supuesto que resuelve la STS 3 de noviembre de 2009, Asunto *Fusión entre Cableuropa, SAU. (ONO) y Auna*. Las circunstancias concurrentes resultan sumamente relevantes. El 4 de noviembre de 2005 se eleva a público el contrato de compraventa privado realizado el veintinueve de julio de 2005 por la sociedad “Cableuropa, SAU”. (ONO) del 100% del capital de “Auna Telecomunicaciones, SAU”, pasando a denominarse esta última, a partir del 25 de mayo de 2006, “Esto Es Ono, SA”. La empresa “Cableuropa, SAU”. (ONO) venía rigiéndose por el Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica. Por su parte, en la empresa “Auna Telecomunicaciones SAU” las relaciones laborales estaban reguladas por su propio convenio. Ambos convenios concluían su vigencia el 31 de diciembre de 2006.

El citado proceso de compra de acciones llevó consigo la consolidación de actividades, ofertándose a partir de entonces al mercado un único catálogo de productos identificables bajo la marca explotada por “Cableuropa, SAU”. (ONO), desapareciendo cualquier referencia a los productos, marcas o logotipos concernientes a “Auna Telecomunicaciones, SAU”. Desde ese momento las plantillas de ambas empresas quedan fusionadas. El 30 de enero de 2006 se celebra una reunión extraordinaria de las Secciones Sindicales de CC.OO, STC y UGT. En el punto primero del acta de esta reunión se dice lo siguiente: “Grupo de empresas”. “Tras la adquisición por parte de ‘Cableuropa, SAU’ (ONO) del 100% del accionariado de la entidad mercantil ‘Auna Telecomunicaciones SAU’, [...],

nos encontramos a efectos laborales, ante la conformación de un Grupo de empresas. Técnicamente, nuestra jurisprudencia y doctrina científica interpreta que el grupo de empresas es un conjunto de entidades mercantiles con la concurrencia de características del mismo tales como símbolos externos, la permeabilidad de los servicios prestados, la participación plena en el capital social, la ostentación de una sola Dirección, bajo lo que es, en definitiva, una única organización empresarial”. Igualmente, desde la fecha de la integración de actividades, cualquier nueva contratación de trabajadores que se hiciera en cualquier centro de trabajo de las dos empresas, se realizaba incluyendo una cláusula específica en la que el convenio colectivo de aplicación a esa nueva contratación sería el convenio colectivo sectorial.

Lo característico del caso es que por un interés económico y fiscal del grupo empresarial, el proceso se realiza mediante la fórmula de “fusión por absorción inversa”, lo que supone, en la práctica, que la mercantil que técnicamente subsiste es la empresa comprada, desapareciendo la empresa compradora. Tras la citada fusión, “Esto es ONO, SAU” asumió la denominación social de su anterior accionista único (absorbido en la fusión), “Cableuropa, SAU”. De este modo, la empresa “Cableuropa, SA”, constituida el 2 de febrero de 1993 se extingue por absorción por fusión el 2 de octubre de 2006. Paralelamente, con fecha 6 de noviembre de 2006, se inscribe en el Registro Mercantil el cambio de denominación de la empresa “Esto Es Ono, SA” por el de “Cableuropa, SA”, nombre perteneciente a la absorbida a la que sucede conforme al artículo 418 del RRM y mantiene el CIF correspondiente a la antigua “Auna Telecomunicaciones SAU”.

Así las cosas, uno de los sindicatos planteó procedimiento de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional. Dicho conflicto afectaba, según estimación del sindicato promotor, a más de cuatrocientos trabajadores que son todos los que fueron contratados por la empresa Esto “Es Ono, SAU”, a partir de 2 de octubre de 2006 y los contratados por la empresa “Cableuropa, SAU”, a partir de 6 de noviembre de 2006. El objeto del procedimiento era solicitar de la Sala un fallo por el cual se determinase que el convenio colectivo de aplicación a todos aquellos nuevos contratos que realizase la nueva empresa resultante del proceso de sucesión sea el de la empresa que ha subsistido en el proceso de fusión mercantil, entendiéndose que, habiendo una única sociedad tras la fusión por absorción, y que dicha sociedad se corresponde con la antigua “Auna Telecomunicaciones SAU”, debería ser el convenio propio de dicha empresa el que se aplicara a las nuevas contrataciones, y ello hasta que se consiguiera obtener un acuerdo en el convenio colectivo para homogeneizar las condiciones laborales de la entidad resultante.

Entiende el Tribunal Supremo que “no existe base legal, como pretende el recurrente al no tratarse de un mero cambio de nombre, para aplicar a los nuevos contratos de trabajo que se realizaron tras la fusión por absorción por la entidad absorbente un convenio colectivo distinto a aquel por el que se venía rigiendo esta última, en concreto el Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica, publicado en el BOE de 23 de septiembre de 2004, con vigencia hasta 31 de diciembre de 2006, que se encontraba en la fecha del juicio en periodo de ultraactividad de su contenido normativo”. De modo que “como destaca la empresa recurrida, desde el momento en que se produce la sucesión de empresa el convenio colectivo aplicable a los nuevos contratos

de trabajo que se realicen será el de la empresa que haya sido la dominante en el proceso de sucesión, es decir, la empresa adquirente. Es, por tanto, rechazable la pretensión del Sindicato recurrente de que se aplique a los nuevos trabajadores el convenio colectivo propio de la sociedad absorbida, sin que el artículo 44 ET contenga previsiones respecto a los contratos de trabajo que se inicien una vez acaecida la posible sucesión empresarial, sino exclusivamente respecto de los trabajadores afectados por la sucesión cuya problemática no se cuestiona en el presente litigio”. Y, en fin, “tampoco de lo dispuesto en los invocados como infringidos artículos 82.3 y 86.3 ET, relativos a la eficacia y a la vigencia de los convenios colectivos, resultan de aplicación a la cuestión debatida, salvo para confirmar la obligada aplicatoriedad del convenio colectivo del sector, a falta de otro específico, a la empresa demandada absorbente y a los nuevos trabajadores que se incluyan dentro de su ámbito de aplicación tras la fusión, tanto más cuando ni siquiera se plantea ni justifica la posible desigualdad trascendente entre los antiguos y los nuevos trabajadores que no estuviera amparada en el artículo 44 ET y en su interpretación jurisprudencial”.

Es evidente que la solución legal a la cuestión del convenio colectivo aplicable en las sucesiones de empresas ofrece numerosos problemas. Las respuestas jurisprudenciales resultan plenamente coherentes con un precepto, el artículo 44.4 ET, que tras su finalidad garantista ofrece importantes notas de rigidez. En un contexto como el actual de grave crisis económica se hacen necesarias respuestas más flexibles y más sensibles a las necesidades de competitividad empresarial.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

La dirección del proceso laboral tras la reforma de las leyes procesales de 3 de noviembre de 2009

FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ-PEGO

Magistrado del Tribunal Supremo

Resumen

LA DIRECCIÓN DEL PROCESO LABORAL TRAS LA REFORMA DE LAS LEYES PROCESALES DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2009

Obediente a la reforma orgánica judicial de 23 de diciembre de 2003, la de las leyes procesales (entre ellas la Ley de Procedimiento Laboral) de 3 de noviembre de 2009 responde a un concepto restringido de la función de juzgar y encomienda a los secretarios judiciales no sólo la tramitación del proceso y la dirección de la oficina judicial, sino también gran parte de los actos de dirección del proceso, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia en el desempeño de tales funciones y sin sometimiento a la potestad judicial, lo

que debe considerarse disconforme con la Constitución.

Se exponen aquí las nuevas competencias de posible naturaleza jurisdiccional asignadas a los secretarios judiciales en el proceso laboral y los recursos que cabe interponer contra las resoluciones que dicten, con especial atención a los supuestos en que son susceptibles de un recurso de revisión ante el juez o tribunal. Este recurso es jurídicamente incalificable y no equivale a la dirección del proceso, que propende así a obtener un carácter predominantemente administrativo.

Abstract

THE MANAGEMENT OF THE LABOR PROCEEDINGS FURTHER TO THE AMENDMENT OF THE PROCEDURAL LAWS OF NOVEMBER 3RD, 2009.

According to the organic judicial amendment of 23rd December, 2003, that of the procedural (among them the Law of Labor Procedure) laws of November 3rd, 2009 reflects a restricted concept of the judging role and it not only entrusts the procedure of the proceedings and the management of the judicial office to the court clerks, but also a great part of the acts

of the proceedings management, dependent upon the Ministry of Justice in the performing of such duties and without submission to the legal authority, what should be considered in disagreement with the Constitution.

The article below deals with the new matters under the scope of court clerks of judicial nature in the labor proceeding and the appeals that may

be lodged against the court order, with special attention to those cases subject to be appealed before the judge or court. This appeal is legally

indefinable and has nothing to do with proceeding management that tends to become a predominantly administrative process.

Sumario

I. Objetivo y significación de la reforma procesal de 2009. A) Objetivo legal explícito de la reforma. B) El antecedente orgánico judicial. C) Anticipación del análisis de constitucionalidad. **II. Competencias jurisdiccionales del secretario judicial en la ley de procedimiento laboral reformada.** A) Ámbito general de la competencia y resoluciones del secretario judicial. B) La aplicación de los principios que establece el artículo 74.1 de la Ley de procedimiento laboral y la del principio procesal de igualdad de partes. C) Subsanación de defectos y admisión de la demanda. D) Llamada a juicio del Fondo de Garantía Salarial. E) La orden de hacer las comunicaciones por edictos y en tablón de anuncios. F) Señalamiento de vistas y juicios. G) Suspensiones de los actos de conciliación y juicio. H) Desistimiento tácito de la demanda por no asistir al acto de conciliación. I) La desaprobación de lo convenido en el acto de conciliación. J) Precisiones sobre la apreciación de defectos subsanables y sobre decisiones que ponen fin al trámite en los recursos de suplicación y de casación. K) Funciones decisorias en ejecución de sentencias. L) Examen especial del trámite sobre acumulación de ejecuciones.

III. La inexistente dirección judicial del proceso mediante el recurso de revisión. A) Recursos contra las resoluciones del secretario judicial. B) Ámbito, significación y naturaleza del recurso de revisión. C) Supuestos concretos en que la LPL permite interponer recurso de revisión. D) Decretos no recurribles: el equívoco párrafo inicial del artículo 186.1. **IV. Recapitulación crítica y conclusión práctica.**

I. OBJETIVO Y SIGNIFICACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL DE 2009

A) Objetivo legal explícito de la reforma

La Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, declara en su primer párrafo que esa nueva oficina es uno de los medios esenciales para conseguir que la inaplazable

reforma de la Justicia responda al derecho de los ciudadanos a un servicio público de ésta “ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales”. Esta pretendida plenitud constitucional creo que debe ser objeto de especial atención por parte del jurista que estudie este nuevo ordenamiento procesal.

Revela seguidamente la Exposición de Motivos el propósito legal: “Se trata, en síntesis, de que los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar, y a ello tiende el nuevo modelo de la Oficina Judicial (...) En este nuevo diseño jugarán un papel de primer orden los (funcionarios) integrantes del Cuerpo Jurídico Superior de Secretarios Judiciales”. A ellos son atribuidas “no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma”. Y añade, ya en su apartado III: “El objetivo primordial compartido en la reforma de todas las leyes procesales es, por tanto, la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales, por otro”.

En consonancia con tales criterios, las resoluciones procesales ya no son únicamente judiciales sino también del secretario, que dicta diligencias y decretos, estos últimos motivados y recurribles en “revisión” ante el juez o tribunal, pero sólo cuando pongan fin al procedimiento o impidan su continuación y en aquellos casos en que expresamente lo prevea la ley (artículos 49 y 186 de la LPL, en relación con los también reformados 206 y 454 bis de la LEC).

B) El antecedente orgánico judicial

Para entender adecuadamente el alcance de la reforma procesal que nos ocupa es necesario conocer su precedente inmediato, constituido por la LO 19/2003, de 23 de diciembre. Esta Ley modifica profundamente la LOPJ, teniendo como fines primordiales la reforma de la oficina judicial y la atribución exclusiva de su dirección en el aspecto técnico-procesal a los secretarios judiciales. Los artículos 454.2 y 457 de la LOPJ así modificada les confieren las competencias de organización, gestión, inspección y dirección del personal en el indicado aspecto, sin

**LAS RESOLUCIONES
PROCESALES YA NO SON
ÚNICAMENTE JUDICIALES,
SINO TAMBIÉN
DEL SECRETARIO**

intervención alguna del juez o tribunal, porque, según el informe que había emitido en su día el CGPJ al anteproyecto de dicha Ley Orgánica, la idea legal es desligar a los jueces y magistrados de cuantas funciones no fuesen estrictamente jurisdiccionales. Lo mismo a lo que tiende la actual reforma procesal.

Y aquí radica la cuestión clave, que es la de definir los límites de la función de juzgar y, más concretamente, si es tarea jurisdiccional la dirección del proceso. La LOPJ modificada atribuye a los secretarios judiciales, junto a la dirección técnica del personal, las funciones de impulso y de tramitación de los procesos, así como cuantas competencias les confieran las leyes procesales en las materias de ejecución, jurisdicción voluntaria, conciliaciones y “cualesquiera otras que expresamente se prevean” (artículo 456). Estas competencias son las que enseguida vamos a examinar, con referencia al procedimiento laboral.

Pero es de la máxima importancia destacar previamente que su desempeño tiene lugar “bajo la superior dependencia del Ministerio de Justicia”, jerárquicamente estructurada a través del Secretario de Gobierno y del Secretario Coordinador Provincial correspondientes (artículos 452.1 y 463), y, por lo tanto, sin sometimiento al juez o tribunal. De este modo, no sólo queda desconectado el juez o tribunal de la oficina judicial, sino que, además, y sobre todo, puede considerarse alterada la naturaleza judicial del proceso, en cuanto que su tramitación, e incluso su dirección, pasan a tener carácter administrativo. Y es que el problema no tiene mucho que ver con la capacitación jurídica de los secretarios judiciales, innecesariamente ponderada en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma procesal, sino que radica en que la LOPJ subordina su cometido funcional al Ministerio de Justicia y lo extrae del ámbito judicial, con lo que no se trata tanto de aliviar el trabajo de los jueces como de suplantarlos.

Ante ello se hace preciso, en primer término, replantearse la naturaleza misma, judicial o administrativa, de la tramitación del proceso, lo que debe hacerse desde perspectiva constitucional y, en segundo lugar, analizar las competencias que la ley procesal (concretamente aquí la Ley de Procedimiento Laboral) confiere al secretario judicial, no sólo para conocerlas sino también para determinar si son ajenas o no a la función de juzgar y, consiguientemente, si pueden ser desempeñadas bajo la dependencia del poder ejecutivo por ser meramente auxiliares de dicha función, o si invaden la dirección del proceso, que el artículo 165 de la propia LOPJ mantiene bajo potestad judicial.

La Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de 2003 ordenó al Gobierno que en el plazo de un año remitiese a las Cortes los proyectos de ley necesarios para adaptar las normas procesales a las orgánicas. La ley objeto del presente estudio es el resultado, tardío como viene siendo habitual, de dicho mandato.

C) Anticipación del análisis de constitucionalidad

La mera lectura de los preceptos constitucionales referentes a la tutela judicial y al desempeño de las funciones judiciales conduce a afirmar que el proceso forma parte de aquel derecho fundamental, cuya satisfacción viene encomendada exclusivamente a los jueces y magistrados. En su estricta literalidad, el “derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces

La dirección del proceso laboral tras la reforma de noviembre de 2009

y tribunales” no se limita a la decisión final del pleito o de la causa, sino que se extiende al derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”, entre otros requisitos de índole procesal que impone el artículo 24 de la Constitución Española. El desempeño de las funciones conducentes a dispensar la tutela judicial, extensiva a ese derecho al proceso, compete a los “jueces y magistrados integrantes del poder judicial (...) sometidos únicamente al imperio de la ley”, mediante “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos (...) según las normas de competencia y procedimiento” que las leyes establezcan (artículo 117.1 y 3 de la CE). Carecería de sentido esta referencia constitucional a las normas procesales si su aplicación pudiera ser ajena a la potestad jurisdiccional y a la función de juzgar.

Pero no se trata sólo de una clara interpretación literal, sino también de entender que ello es así porque el proceso es instrumento inseparable, condicionante incluso, de la resolución final que pudiera adoptarse, lo que determina que, en rigor, ninguna actuación procesal pueda ser excluida de la potestad jurisdiccional. Y menos aún si se trata de resoluciones que requieran valoración de hechos y razonamientos jurídicos por afectar a garantías procesales o a otros derechos subjetivos.

Así lo ha entendido el Consejo General del Poder Judicial en el extenso y razonado informe que emitió el 29 de octubre de 2008 sobre el anteproyecto de la Ley de reforma procesal. Una de sus primeras y más importantes observaciones, contenida entre las “Consideraciones generales al anteproyecto”, sugiere la distinción normativa de dos categorías de actos procesales: los de dirección y los de ejecución o de mero trámite. Los primeros son los que condicionan directamente el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que corresponden exclusivamente a los jueces y tribunales, tal como dispone el artículo 117.3 de la CE. Esa dirección judicial del proceso no puede ejercerse al margen de la oficina judicial, por razones de eficacia del servicio público de la Justicia a los ciudadanos. “Ello excluye la configuración de compartimentos estancos, de un lado, el juzgador y, de otro, el secretario judicial, que supondría el debilitamiento del impulso procesal mismo como consecuencia de la quiebra del principio de unidad en el ejercicio del Poder Judicial”.

La propuesta del informe sobre esta importante consideración general es el mantenimiento del artículo 179.1 de la LEC (extensivo al proceso laboral) en los términos vigentes al ser proyectada la reforma, con la adición de un párrafo que dijera: “Corresponderá al secretario judicial el impulso del proceso mediante los correspondientes actos de ejecución o de mero trámite que no afecten a la dirección de aquél”. Si hubiese sido aceptado este primordial criterio, como procedía por su conformidad con el mandato constitucional, el anteproyecto tendría que haber sido retirado, más que solamente modificado.

II. COMPETENCIAS JURISDICCIONALES DEL SECRETARIO JUDICIAL EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL REFORMADA

A) Ámbito general de la competencia y resoluciones del secretario judicial

La Exposición de Motivos de la Ley de reforma procesal dedica larga atención, en sus apartados III y IV, al intento de justificar que no tienen carácter necesariamente judicial

determinadas funciones procesales, principalmente relativas a la iniciación del procedimiento, su terminación en ciertos casos, la acumulación de acciones, la conciliación, la fase procesal de ejecución y los señalamientos de toda clase de vistas, entre otras.

Previamente se explica que “salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al secretario judicial”, garantizándose así “que el juez o tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la labor que le atribuyen la Constitución y las leyes como función propia y exclusiva: juzgar y ejecutar lo juzgado”. Tal como vengo diciendo, nos encontramos ante una acepción legal restringida del cometido que debe considerarse constitucionalmente asignado al poder judicial, puesto que se opta por la atribución preferente de las competencias procesales al secretario, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, salvo los trámites que afecten a la estricta y no definida tarea jurisdiccional.

Bajo la rúbrica “De las resoluciones procesales”, el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Laboral, tras haber aludido a las providencias, autos y sentencias de los jueces y tribunales, establece en su número 2 que los secretarios judiciales resolverán por medio de diligencias y decretos, sin más precisiones. Es necesario, por ello, acudir al artículo 206 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que separa esas dos “clases” de resoluciones procesales, las judiciales y las de los secretarios, y define cada una de ellas, con origen en lo que ya había establecido sobre estas últimas el artículo 456 de la LOPJ modificada en 2003.

Las diligencias pueden ser de ordenación y de constancia, comunicación o ejecución. Los decretos se dictarán “cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto”. Esta sucinta relación se solapa en parte con la más extensa que contiene el apartado anterior del mismo artículo sobre el objeto de los autos, lo que es por sí solo revelador de que no existe una clara delimitación general entre las competencias procesales de los jueces y los secretarios y, sobre todo, de que éstos asumen funciones judiciales, como se comprobará al examinar seguidamente las de mayor relevancia que les vienen asignadas a lo largo del articulado de la LPL.

B) La aplicación de los principios que establece el artículo 74.1 de la Ley de procedimiento laboral y la del principio procesal de igualdad de partes

Ya no serán únicamente los jueces y tribunales quienes interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad, sino también los secretarios judiciales “en su función de ordenación del procedimiento y demás competencias atribuidas por el artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, tal como dispone el reformado artículo 74.1 de la LPL. El informe del CGPJ sobre el anteproyecto fue adverso a la modificación del precepto, porque va más lejos de la obligación que tienen todos cuantos actúan ante la Administración de Justicia de hacerlo con sujeción a dichos principios, ya que implica una tarea de pon-

deración de éstos en función de las garantías fundamentales del proceso, cuya tutela corresponde a los jueces u tribunales.

Con mayor claridad aun ha de considerarse exclusivamente judicial la facultad de aplicar e interpretar, desde la Administración de Justicia, las normas procesales conforme a otros principios que exceden del ámbito procedimental o formal y que poseen un rango superior a los enunciados, ya que afectan más directamente a los derechos y garantías de las partes, como son el principio de oportunidad de defensa, el de igualdad de partes (con su peculiar adaptación al carácter social de esta rama del Derecho), y los dimanantes de los deberes procesales de buena fe (proscripción del abuso del derecho y del fraude de ley) a que hace referencia el artículo 75.1 de la LPL. Tales son los criterios a que habrán de ajustarse las funciones rectoras del proceso que, con invasión de las judiciales, encomienda ahora la ley a los secretarios bajo dependencia administrativa.

Precisamente, la interpretación y aplicación del principio procesal de igualdad de partes han sido sustraídas del ámbito de las competencias judiciales en el concreto supuesto del artículo 21.3: “Si en cualquier otra actuación, diversa al acto del juicio, cualquiera de las partes pretendiese actuar asistido de letrado, el secretario judicial adoptará las medidas oportunas para garantizar la igualdad de las partes”. No se dice cuáles puedan ser tales medidas, en contraste con la decisión reglada del órgano judicial prevista en el apartado anterior del mismo artículo cuando la pretensión de ser asistido de letrado se refiriese al acto del juicio, lo que hace más censurable la reforma que se comenta.

C) Subsanación de defectos y admisión de la demanda

Establece el nuevo artículo 81.1 que “El secretario judicial advertirá a la parte de los defectos u omisiones de carácter formal en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane...”. Añade el número 3 del mismo artículo que admitirá la demanda si se subsanaren o dará cuenta al tribunal en caso contrario para que resuelva sobre su admisión.

Se han suprimido las “imprecisiones” de entre los vicios subsanables de la demanda y han quedado reducidos éstos a los defectos u omisiones “de carácter formal”. Aquí empiezan los problemas, porque la LPL no especifica cuáles tengan tal carácter. Del artículo 82.1 parece deducirse que no lo tienen los requisitos consistentes en la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y la súplica en los

**LA LPL NO ESPECIFICA
CUÁLES SON LOS
DEFECTOS U OMISIONES
“DE CARÁCTER FORMAL”**

términos adecuados a ella, puesto que dice que “admitida la demanda, una vez verificada la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 80.1 en sus apartados c) y d)”, el secretario efectuará el señalamiento de los actos de conciliación y juicio. Con ello cabe entender que el defectuoso cumplimiento de estos requisitos de la demanda no será objeto de la oportunidad de subsanación, sino causa directa de inadmisión judicial (lo que es discutible, por regresivo y disconforme con la doctrina del Tribunal Constitucional), pero, en cualquier caso, lo que el precepto no aclara es si tal verificación y la derivada admisión de la demanda competen al juez o al secretario. Es preciso acudir a la Exposición de Motivos de la Ley de reforma procesal, al artículo 404 de la LEC y al artículo 5.1 de la LPL para saber, al menos, dos cosas: la primera, que, en definitiva, corresponde siempre al secretario judicial admitir la demanda y al juez o tribunal su inadmisión, en su caso; y la segunda, que el secretario no limita su cometido al examen de los requisitos formales, sino que lo extiende al de la jurisdicción y la competencia funcional y territorial, para admitir la demanda si considera competente al órgano judicial que la recibe o, en caso contrario, dar cuenta al juez o tribunal para que pueda dictar el auto a que se refiere el citado artículo 5.1 de la LPL, previo cumplimiento del trámite de audiencias impuesto por el número 3 del mismo artículo. Ese enjuiciamiento inicial de la jurisdicción y la competencia del órgano judicial por el secretario, tanto si la afirma como si aprecia la procedencia de dar cuenta al juez o tribunal al efecto de posible inadmisión de la demanda, excede de un examen meramente formal y presupone el de su contenido jurídico material, al que hacen referencia los requisitos que establecen los apartados c) y d) del artículo 80 LPL.

Tampoco tendrá siempre carácter formal el requisito de designar en la demanda a cuantos deban ser llamados al proceso, incluido en el apartado b) del artículo 80.1, porque implicará, a veces, la apreciación de posible litisconsorcio pasivo necesario (por ejemplo, si se acciona sobre una responsabilidad mancomunada o sobre un derecho preferencial).

El artículo 130, concretamente, impone al secretario el deber de examinar si la demanda en que se impugne un laudo arbitral electoral (artículo 76 del ET) ha sido dirigida contra todos los afectados a que se refiere, tanto específica como genéricamente, el artículo 129, para admitirla en caso afirmativo o, en el contrario, citar a las partes de comparecencia ante el órgano judicial para que éste decida sobre el litisconsorcio.

Más claramente aun, excede del ámbito formal la apreciación del precedente ejercicio acumulado de acciones. Establece el artículo 27.6 que cuando se presenten demandas con acumulación objetiva o subjetiva de acciones, el secretario judicial verificará que concurren los presupuestos que lo permiten (se entiende que para admitir la demanda si así lo estima), añadiendo el artículo 28.1 que si se ejercitaren acciones indebidamente acumuladas requerirá al demandante para que subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener, y que si no lo hiciera dará cuenta al tribunal para que acuerde el archivo de la demanda, en su caso.

La apreciación por el secretario judicial de defectos subsanables y derivada advertencia a efectos de subsanación se reproduce en las modalidades procesales en que son demandantes las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social (artículo 145 bis.2: revisión de actos declarativos de derechos) o la autoridad laboral (artículos 148.1,

La dirección del proceso laboral tras la reforma de noviembre de 2009

156 y 162.3, referentes al procedimiento de oficio, al de conflictos colectivos y al de impugnación de convenios colectivos, respectivamente), sin duda para hacer notar que dichos organismos públicos no están exentos de ese trámite. Aplicaciones concretas de éste contienen los artículos 139 (acreditar la reclamación previa en materia de Seguridad Social) y 141 (identificación de la entidad gestora o Mutua en demandas por accidente de trabajo o enfermedad profesional). Alguna complejidad mayor ofrecerá el análisis de las demandas por despido, dada la dificultad de calificar como formales o de contenido jurídico material los requisitos adicionales a los comunes que exige el artículo 104.

Aunque fuese posible no compartir la tesis de que todas las actuaciones procesales, incluso de mera tramitación, deben estar sometidas a potestad judicial, la importancia de la demanda en su doble consideración de acto iniciador del proceso y, sobre todo, de instrumento del ejercicio de la acción obsta a que pueda ser admitida sin intervención del juez o tribunal. La calificación de la acción que en la demanda se ejercita determina la jurisdicción competente y la expresa o implícita adopción de cuantas otras decisiones rectoras del proceso han quedado enunciadas, y de alguna más que no lo ha sido, como la modalidad procesal que haya de seguirse. Desde perspectiva constitucional, el derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva que se ejercita en la demanda recaba una respuesta efectivamente judicial desde el comienzo mismo del proceso. Pero, además, tal derecho corresponde también en cierto modo al demandado, en cuanto no debe serle impuesta extrajudicialmente la carga de tener que defenderse a lo largo de todo un proceso iniciado mediante una demanda que no debió ser admitida, puesto que es claro que no tiene iguales consecuencias la desestimación de la demanda en sentencia de contenido procesal que su inicial inadmisión.

D) Llamada a juicio del Fondo de Garantía Salarial

El artículo 23.2 pone a cargo del secretario judicial el deber de citar como parte al Fondo de Garantía Salarial en los supuestos de empresas sujetas a procedimientos concursales o ya declaradas insolventes o desaparecidas. Razona con buen criterio el informe emitido por el CGPJ sobre el anteproyecto que no se trata de una simple citación, como parece en una primera lectura, sino de una llamada al proceso impuesta *ex lege* y que, por lo tanto, ha de ser efectuada de oficio, a fin de que la relación jurídico-procesal quede correctamente constituida. Ello obsta a que tal iniciativa pueda ser considerada como un acto de mera tramitación. La versión anterior del mismo precepto asignaba esa decisión al juez, aunque decía impropiaemente que “citará” al Fondo, en lugar de decir que “ordenará que se cite”. Por razonarlo con distintas palabras, se está en presencia de un litisconsorcio pasivo necesario, cuya apreciación excede con mucho de la de un requisito de carácter formal.

E) La orden de hacer las comunicaciones por edictos y en tablón de anuncios

Cuando no se hubiera conseguido la comunicación personal al interesado tras la utilización de cuantos medios de indagación del domicilio establece la propia ley (artículo 59.1), el nuevo artículo 59.2 transfiere al secretario judicial el cometido, antes confiado al juez o tribunal, de ordenar que el acto de comunicación se haga por edictos, con adver-

tencia de que las siguientes comunicaciones se harán mediante el tablón de anuncios de la oficina judicial, salvo que se trate de emplazamiento o de notificar autos o sentencias. La decisión viene a ser equivalente a la de rebeldía del demandado, caso de que la comunicación se refiera al mismo, aunque formalmente no sea necesario en el proceso laboral declarar tal situación para la celebración de los actos de conciliación y juicio ante la incomparecencia injustificada del demandado (artículo 83.3), y que el reformado artículo 496.1 de la LEC encomienda también al secretario. El informe del CGPJ considera que esta decisión debió mantenerse en manos del juez o tribunal, por cuanto comporta un régimen excepcional de comunicaciones que repercute en la posibilidad de que la parte afectada ejercite sus derechos procesales.

F) Señalamiento de vistas y juicios

Según el artículo 82.1, “el secretario judicial señalará (...) el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio”, especificándose al final del apartado que “en el señalamiento de vistas y juicios el secretario judicial atenderá a los criterios establecidos en el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Aunque se trata de un precepto que regula el proceso ordinario, es aplicable a todas las modalidades procesales, en cuyas normas se prevé expresamente la atribución de esa competencia al secretario, así como al recurso de casación respecto de la vista cuya celebración puede acordar la Sala (artículo 212.3).

En su versión de anteproyecto, el artículo 182.1 de la LEC encomendaba al secretario el señalamiento de las vistas sin obediencia judicial alguna, sino atendiendo a diversas circunstancias, tales como la disponibilidad de sala y la organización de recursos humanos, y “teniendo en cuenta (...) las indicaciones y criterios de carácter general y, en particular, sobre la duración estimada de los actos a señalar que le hayan sido proporcionados” por el juez o el presidente de sala o sección. El CGPJ informó muy desfavorablemente el precepto porque el señalamiento de los juicios y las vistas es un acto de dirección del proceso e íntimamente vinculado a la función jurisdiccional y al estatuto judicial en relación con la complejidad de los asuntos y la capacidad resolutoria, de tal modo que la actividad de los jueces y tribunales quedaría sometida a las decisiones del secretario. Secundariamente hizo notar el Consejo que son impropios de una ley procesal los condicionamientos sobre recursos humanos y disponibilidad de sala de vistas, además de que su previsión debería estar supeditada a la de los señalamientos. No fue atendida tan razonable censura, pero tuvieron mediano éxito las activas protestas de jueces y asociaciones judiciales, que dieron lugar a que la casi totalidad de los grupos parlamentarios presentase ante el Congreso el 21 de mayo de 2009 una enmienda según la cual, en síntesis, los jueces y presidentes de sala o sección “fijarán los criterios generales y darán las concretas y específicas instrucciones con arreglo a las cuales se realizará el señalamiento de las vistas o trámites equivalentes”, cuya fecha y hora será establecida por los secretarios judiciales “sujetándose a los criterios e instrucciones anteriores y gestionando una agenda programada de señalamientos”, en la que habrán de tener en cuenta otras circunstancias, entre ellas los condicionamientos extraprocesales aludidos. El texto

definitivo, así enmendado, no es plenamente satisfactorio por cuanto se trata de una materia en la que resulta especialmente rechazable toda injerencia en la exclusiva decisión del juez o tribunal, sólo susceptible de la intervención que hubiera de corresponder a los órganos de gobierno del propio poder judicial.

G) Suspensiones de los actos de conciliación y juicio

El artículo 83.1 ha sido reformado para conferir al secretario las mismas facultades que antes tenía en la materia el órgano judicial: “A petición de ambas partes o por motivos justificados, acreditados ante el secretario judicial, podrá éste suspender por una sola vez” dichos actos, con nuevo señalamiento dentro de los diez días siguientes. “Excepcionalmente y por circunstancias graves adecuadamente probadas podrá acordarse una segunda suspensión”, sigue diciendo el precepto sin otra alteración que la implícita de atribuir al secretario esas funciones de apreciar la gravedad de las circunstancias, recibir las pruebas, acordar la suspensión excepcional y efectuar nuevo señalamiento. Tales criterios valorativos de hechos determinantes de decisiones, incluso excepcionales, que atañen de modo importante a la dirección del proceso, a la actividad del órgano judicial y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, integrante del de tutela judicial, es claro que no son actos de impulso o tramitación, ni de ejecución, sino que tienen manifiesto carácter jurisdiccional. Así vino a informarlo en vano el CGPJ con referencia a similares normas contenidas en la reforma de los artículos 183.3 y 188 de la LEC.

EL SECRETARIO VA A APORTAR CRITERIOS VALORATIVOS QUE NO SON ACTOS DE IMPULSO O VALORACIÓN, SINO QUE TIENEN CARÁCTER JURISDICCIONAL

H) Desistimiento tácito de la demanda por no asistir al acto de conciliación

El secretario judicial tendrá por desistido de su demanda al actor que no comparezca a dicho acto ni alegue justa causa que motive su suspensión, según el artículo 83.2. Se está nuevamente en presencia de una decisión grave afectante al derecho a la tutela judicial del demandante y que, además, puede estar fundada en la apreciación y calificación de una causa justificativa, esto es, en el enjuiciamiento de la situación producida. La naturaleza jurisdiccional de esa competencia viene adicionalmente refrendada por el hecho de que el propio precepto la atribuye al juez o tribunal cuando se trata de la inasistencia al juicio, sin que ni la función de enjuiciamiento ni la importante decisión consecuente se alteren por venir asignada al secretario

judicial la labor mediadora del acto de conciliación, que será objeto de subsiguiente análisis en lo concerniente al presente estudio.

Por otra parte, tanto el artículo 456.4 de la LOPJ modificada como el artículo 206.2.2ª de la LEC establecen que el secretario judicial dictará decreto cuando ponga término al procedimiento del que tuviera atribuida competencia exclusiva, aunque el artículo 206.1.2ª de la LEC contempla la posibilidad de que la ley disponga que se adopten por decreto las decisiones que pongan fin anticipado a una instancia o un recurso, pero lo hace un tanto incidentalmente y como excepción a la regla general de que en tales casos se dicte auto, esto es, resolución judicial motivada. Y es lo cierto que la competencia que el artículo 83.2 de la LPL atribuye al secretario se circunscribe al acto de conciliación, en consonancia con la enumeración de materias que contiene el artículo 456.3 de la LOPJ como ámbito específico de las competencias de los secretarios judiciales, cuyo apartado c) se refiere a las “conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia”. Pero la decisión de tener por desistido de la demanda al actor que no hubiera comparecido a dicho acto, salvo justa causa a criterio del secretario, pone fin al proceso mismo en su integridad. Cuanto ha sido razonado permite concluir que el tratamiento de esa incomparecencia debió ser el mismo que se aplica a los defectos u omisiones de la demanda que no hubieran sido subsanados pese a la advertencia de que lo fuesen: dar cuenta al juez o tribunal para que resuelva sobre la terminación del procedimiento, teniendo por desistido, o no, al demandante.

l) La desaprobación de lo convenido en el acto de conciliación

Merece ser elogiada la medida de asignar al secretario judicial la tarea mediadora del intento de conciliación inmediatamente anterior a la celebración del juicio, en aplicación de competencias ordenadas por el antes citado artículo 456.3.c) de la LOPJ, porque exonera al juez de una carga de trabajo apreciable, de índole no jurisdiccional, y evita los serios inconvenientes que tiene intentar la conciliación ante el propio juez que ha de resolver el pleito. Pero el artículo 84.2 hace asumir al secretario una potestad decisoria extraordinaria que debió continuar siendo exclusivamente propia del juez o tribunal, cual es la de no aprobar el acuerdo conciliatorio si estima que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o abuso de derecho, advirtiendo entonces a las partes que deben comparecer a presencia judicial para la celebración del juicio. Lo correcto hubiera sido que diese cuenta del acuerdo no aprobado y de su parecer sobre él al juez o tribunal para ser adoptada por éste la decisión que procediere. Tal es el criterio expresado en el informe del CGPJ. Es notable que ni siquiera se conceda recurso de revisión contra ese decreto que desaprueba la conciliación, a salvo las consideraciones que se harán al tratar de dicho recurso.

De modo análogo, el artículo 148.2.b), referente al procedimiento de oficio, traspasa al secretario el deber que antes imponía al órgano judicial, consistente en autorizar la conciliación tan sólo cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción. Se entiende, con arreglo al artículo 146.a), que se trata de los perjuicios económicos afectantes a trabajadores, que hubieran sido apreciados en el acta de la Inspección de Trabajo en que tenga origen la resolución de la autoridad laboral

promotora del procedimiento. Esta función no puede dejar de ser jurisdiccional porque constituye un enjuiciamiento dentro del proceso, en cuanto comporta una decisión que versa sobre ese total y efectivo resarcimiento de los perjuicios irrogados a los trabajadores. Tal decisión requiere una previa tarea valorativa, en primer lugar, de los datos referentes a su importe, que normalmente será, pero no ha de ser necesariamente, el que se hubiera apreciado en el acta de infracción, y, en segundo lugar, pero más importante, de los elementos de convicción que permitan afirmar o negar la cumplida satisfacción del importe de los perjuicios, tales como el compromiso sobre la forma del pago y las garantías que ofrezca el deudor, en su caso.

J) Precisiones sobre la apreciación de defectos subsanables y sobre decisiones que ponen fin al trámite en los recursos de suplicación y de casación

De los artículos 193, 197, 207 y 209 se viene a deducir, en síntesis, que corresponden al secretario judicial las decisiones favorables a la apertura de dichos recursos, por considerar que la parte recurrente ha cumplido los requisitos formales en sus diversas fases (anuncio e interposición en el de suplicación y preparación y comparecencia ante el TS en el de casación), así como la apreciación de defectos u omisiones subsanables, con la consiguiente advertencia y oportunidad de subsanación a la parte. Y compete a los respectivos órganos judiciales, también en términos generales y en síntesis, acordar la finalización del trámite del recurso si los defectos advertidos no hubieran sido subsanados. Se trata, pues, de una distribución de competencias análoga a la adoptada sobre la admisión, o no, de la demanda y a la que son aplicables, *mutatis mutandis*, las observaciones que se hicieron entonces. El informe del CGPJ al anteproyecto opina, con referencia al recurso de apelación en el proceso civil, que la resolución que tiene por preparado ese recurso debiera ser judicial, y no del secretario, porque impone a la parte recurrida el sometimiento a una instancia procesal y le priva de la firmeza que pudiera haber obtenido la sentencia impugnada.

Es importante observar que los artículos 193.3 (anuncio del recurso de suplicación), 197 (examen inicial de dicho recurso, una vez recibidos los autos en la Sala del TSJ), 207.3 (preparación del recurso de casación) y 209 (primer trámite del recurso de casación en la Sala Cuarta del TS, tras la comparecencia del recurrente) están todos ellos redactados en forma tal que literalmente imponen al órgano judicial la decisión consecuente a la falta de subsanación de los defectos u omisiones advertidos por el secretario, sin posibilidad de discrepar de su apreciación, puesto que dicen que si no hubieran sido subsanados se dictará auto poniendo fin al trámite de recurso o declarando su inadmisión. De aceptarse esta interpretación literal, el examen judicial de las actuaciones al efecto de que se trata habría de efectuarse únicamente para resolver el recurso de reposición o el de queja que, según los casos, pudiera interponer el recurrente contra el referido auto. Pero es más razonable entender que se está ante una defectuosa redacción de los citados preceptos, en los que se debió establecer explícitamente que el Juez o la Sala resolverán lo que proceda sobre la admisión, o no, del trámite de recurso en cuestión.

Por último en este apartado, los artículos 208.3 y 221.1 ponen a cargo del secretario judicial de la Sala Cuarta del TS sendas decisiones en que se tiene por finalizado el trámite del recurso de casación. Conforme al primero de dichos preceptos, si el recurrente que

no hubiera solicitado abogado de oficio dejase transcurrir el tiempo concedido para el emplazamiento sin comparecer ante la Sala, el secretario judicial declarará desierto el recurso y devolverá las actuaciones a la Sala de procedencia. Y el segundo de los preceptos citados, referente al recurso de casación para la unificación de doctrina, establece que el secretario judicial dictará decreto poniendo fin al trámite del recurso si la parte que lo hubiera preparado omitiera la presentación del escrito de interposición ante la Sala del TS dentro de los veinte días siguientes al del emplazamiento. Se trata de competencias excepcionales, ya que, como quedó anteriormente expuesto, el artículo 456.4 de la LOPJ limita el ámbito de los decretos que pongan término al procedimiento a los supuestos en que tal procedimiento sea competencia exclusiva del secretario, aunque el artículo 206 de la LEC, que desarrolla el mandato orgánico, no haya sido íntegramente fiel a éste. Puesto que ambas decisiones afectan directamente al derecho de tutela judicial, parece incontestable que debieran ser judiciales. Aunque el artículo 208.3 no haya especificado que la resolución del secretario sea adoptada en forma de decreto, sin duda habrá de serlo con arreglo a las normas citadas de la LOPJ y de la LEC.

K) Funciones decisorias en ejecución de sentencias

El ámbito impuesto a la potestad jurisdiccional por el artículo 117.3 de la CE no abarca la directa actuación de ejecutar lo juzgado, sino la de hacerlo ejecutar. Por lo tanto, debe considerarse constitucionalmente correcta la extensión de las facultades ejecutivas del secretario judicial, ya prevista en el artículo 456.3.a) de la LOPJ modificado por la LO 19/2003. Pero sería necesario que las ejerciese bajo la dependencia del poder judicial, y no del ejecutivo, porque de lo contrario será éste, y no aquél, quien esté “haciendo ejecutar lo juzgado”. El Libro Blanco de la Justicia (CGPJ, 8 de septiembre de 1997) propuso la ampliación de las funciones de los secretarios judiciales, previa vinculación de ellos al CGPJ, especialmente en materia de ejecución de sentencias, hasta el punto de que, una vez ordenada por el juez la ejecución, toda la actividad derivada de tal orden debiera ser realizada por el secretario, “regresando la ejecución al juez sólo cuando se suscite algún incidente que requiera decisión sobre derechos”. Este esencial límite se traspasa en los preceptos ahora reformados que se dirán seguidamente, sin que, además, las decisiones del secretario sean siquiera susceptibles de recurso de revisión en la casi totalidad de los supuestos.

– La imposición de apremios pecuniarios a cargo de la parte que ofrezca resistencia al cumplimiento de lo que se le haya ordenado en ejecución, fijando la cuantía con arreglo a la conducta y capacidad económica del apremiado (artículo 239.2).

– La concesión de aplazamiento cuando el cumplimiento inmediato de la obligación que se ejecuta pudiera ocasionar a los trabajadores dependientes del ejecutado perjuicios desproporcionados en relación con los que causaría el retraso al ejecutante, por poner en peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales en la empresa deudora (artículo 243.1).

– El establecimiento provisional de los criterios de distribución entre los acreedores y la concreción de las cantidades correspondientes a cada uno, cuando las cantidades obte-

nidas en la ejecución dineraria no hayan sido suficientes para cubrir la totalidad de los créditos y algún acreedor alegase preferencia, sin que se presente por los acreedores propuesta común de distribución (artículo 269.3).

– La adopción de las medidas necesarias para que el trabajador continúe percibiendo su salario, permanezca en alta y con cotización en la Seguridad Social y mantenga el carácter representativo de los trabajadores, en su caso, cuando la sentencia por despido condenatoria a la readmisión hubiera de ser ejecutada en sus propios términos y el empresario no diese cumplimiento a la orden judicial de reposición correcta en el puesto de trabajo, tras la comparecencia y el auto que previene el artículo 281. Aparentemente se trata de un acto de mera ejecución reglada de lo ya acordado judicialmente, incluso con apercibimiento de adoptar dichas medidas, pero (aparte de la importancia de éstas, como hace notar el informe del CGPJ) la apreciación de que el empresario no ha cumplido la orden de readmisión o lo ha hecho en forma incorrecta constituye o puede constituir un reiterado enjuiciamiento de la situación producida, aunque la LPL no lo haya regulado expresamente como tal (artículo 282).

– La prórroga, hasta dos meses, del plazo de uno en que el trabajador debe abandonar la vivienda que ocupare por razón del contrato de trabajo cuya extinción se hubiera declarado por resolución firme, si existe motivo fundado para tal prórroga (artículo 283.1).

L) Examen especial del trámite sobre acumulación de ejecuciones

Su regulación se ubica en el Título dedicado a las acumulaciones en general, concretamente en los artículos 37 al 39, no en el Libro IV, dedicado a la ejecución de sentencias. El artículo 37 establece que el secretario acordará la acumulación de ejecuciones cuando existan indicios de insuficiencia de los bienes del deudor para satisfacer el total dinerario de los créditos que se ejecuten o bien cuando lo impongan criterios de economía y de conexión entre las obligaciones cuya ejecución se pretenda. Se trata de decisiones adoptadas en virtud de la ponderación de las referidas circunstancias, lo que constituye tarea de enjuiciamiento, no de tramitación procesal.

El artículo 39, que regula el incidente de acumulación de ejecuciones que se tramiten en distintos órganos judiciales, confiere a los secretarios de uno y otro, en muy breve síntesis, la competencia tanto para acordar la acumulación y el requerimiento

**LA SALA DE LO SOCIAL
SUPERIOR COMÚN
RESOLVERÁ SOBRE
LA PROCEDENCIA
DE LA ACUMULACIÓN**

de remisión de las actuaciones como para acceder, o no, a ello. Solamente es impugnabile en revisión el decreto que acepta el requerimiento. Pero lo más notable es que, según el artículo 39.4, si el secretario al que se hubiera considerado competente para decretar la acumulación la estimara improcedente o si el requerido no accediera a ella, habrán de elevar ambos las actuaciones a la Sala de lo Social superior común, que “resolverá sobre la procedencia de la acumulación y determinará el Juzgado competente para conocer de las ejecuciones”. Se está en presencia de una regulación que puede ser calificada, como mínimo, de extraña, ya que no sólo se encomiendan a los secretarios funciones rectoras de los procesos de ejecución, sino que además la Sala del Tribunal Superior habrá de resolver la discrepancia entre los decretos dictados por aquéllos, sin intervención de los jueces, en una especie de recurso *per saltum* que hace evidente la naturaleza judicial de las funciones asignadas a los secretarios en este trámite.

III. LA INEXISTENTE DIRECCIÓN JUDICIAL DEL PROCESO MEDIANTE EL RECURSO DE REVISIÓN

A) Recursos contra las resoluciones del secretario judicial

Bajo la rúbrica “De los recursos contra las providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos”, común a las resoluciones judiciales y a las del secretario, el artículo 184.1 establece que contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el propio secretario judicial, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión. Es superfluo el requisito expreso del carácter “no definitivo” de los decretos recurribles en reposición, puesto que ya se excluyen los que lo sean en revisión; pero el término utilizado, y no el de firmeza, es el que corresponde a la naturaleza administrativa de la actuación del secretario. Sobra también el calificativo de “directo” aplicado al recurso de revisión, que se repite en varios preceptos y es mera reminiscencia del proyecto de ley que llegó hasta el Senado, en el que la interposición de este recurso requería la previa del de reposición, salvo que fuese expresamente previsto como directo. Ya no es así en el texto definitivo, en el que ambos recursos se configuran alternativos, tal como resulta del transcrito artículo 184.1 y reitera el 186.1: “Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno...”

Los respectivos trámites están regulados en los artículos 185 y 186.2. De ellos interesa destacar aquí únicamente que en el escrito de interposición de uno y otro ha de ser invocada la infracción que se entienda producida y que compete al secretario admitir y al juez o tribunal resolver el de revisión.

B) Ámbito, significación y naturaleza del recurso de revisión

Conforme a los párrafos segundo y tercero del artículo 186.1 de la LPL, en términos sustancialmente idénticos a los del artículo 454 bis.1 de la LEC, cabe interponer este recurso contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación y

en aquellos casos en que expresamente se prevea. Debe considerarse razonable afirmar, ante ello, que la regla general es que los decretos del secretario judicial son irrecurribles y que el recurso de revisión está previsto con carácter excepcional, pues tal es la calificación que corresponde a la limitada posibilidad de interponerlo cuando la ley lo autorice expresamente en cada supuesto concreto, o bien se trate de decretos que pongan fin al procedimiento u obsten a su continuación, lo que ha de tenerse por infrecuente en su propio enunciado.

Consecuentemente, en contra de lo que dice la Exposición de Motivos de la Ley que nos ocupa, es insostenible que este recurso signifique que los jueces y tribunales mantienen su función constitucional rectora del proceso, acogida en el artículo 165 de la LOPJ, ni que alcance a justificar las nuevas competencias que asume el secretario judicial. Así lo ha informado certeramente el CGPJ, refiriéndose al recurso de revisión que regula la LEC en términos concordantes con los de la LPL: “(...) cuando se trate del ejercicio de funciones jurisdiccionales, no puede entenderse que la eventual revisión judicial de la decisión del secretario judicial constituya un expediente válido para conferirle unas atribuciones que no le corresponden por ser de exclusiva competencia jurisdiccional, pues en estos supuestos de decisiones intraprocesales la decisión judicial ha de ser necesariamente de primer grado, sin que pueda ser sustituida por una posible revisión judicial de lo resuelto por el secretario judicial, no sólo porque en el marco de un proceso judicial no se ha de obligar al justiciable a pasar por un doble filtro hasta llegar a la decisión judicial, sino porque la falta de ejercicio de la facultad de recurrir consolidaría y daría estado jurídico a una decisión adoptada por quien no le compete”.

En cuanto a la naturaleza del recurso y de la resolución que en él se impugna, el referido informe ha dejado previamente dicho que “(...) desde el punto de vista dogmático esta impugnación es de difícil categorización conforme a los criterios tradicionales de clasificación de los recursos, pues no se trata, obviamente, de un recurso no devolutivo, pero tampoco es devolutivo, pues no conoce de él un órgano judicial superior, sin que pueda prescindirse de la naturaleza procesal tanto de la resolución recurrida –que no es administrativa– como del propio recurso, si se pretende asimilarlo al recurso contencioso-administrativo. Este problema no resulta meramente académico, sino que además de apuntar a una tendencia a la administrativización del proceso, afecta a la naturaleza jurídica del instituto y puede tener importantes repercusiones jurídicas prácticas (por ejemplo, en aplicación de la analogía ante lagunas legales)”.

La opinión del CGPJ viene a denunciar inequívocamente la irregularidad de que sean ejercidas funciones decisorias procesales bajo dependencia administrativa. Las resoluciones del secretario, sean o no recurribles en revisión, son administrativas por razón del sujeto y de su sometimiento funcional (esto es, de la resolución misma) a la autoridad del Ministerio de Justicia, pero no son actos administrativos por razón de la materia, ya que no tiene esta naturaleza el proceso. En esta atribución de funciones judiciales al poder ejecutivo radica, en suma, la clamorosa inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Procesal.

C) Supuestos concretos en que la LPL permite interponer recurso de revisión

Este recurso se aleja aún más de su pretendida condición legal de instrumento para la dirección judicial del proceso al ser constatada la escasez de los preceptos en que la LPL lo

admite expresamente. Pese a las numerosas e importantes competencias que asume el secretario, ello ocurre tan sólo en dos preceptos, a los que se añade un tercero estrictamente adjetivo o procedimental. Son los que expongo a continuación:

– El artículo 39.3, sobre el incidente de acumulación de ejecuciones seguidas ante órganos judiciales distintos, establece que “cabrá recurso directo de revisión” contra el decreto que hubiera dictado el secretario del órgano judicial requerido accediendo a la acumulación y acordando remitir al requirente las actuaciones. Ningún otro decreto de los que pueden dictarse en esa compleja tramitación es susceptible del recurso, como ya dije al comentar las competencias sobre la acumulación de ejecuciones.

– El artículo 243.1 confiere al secretario judicial, como también fue visto, la potestativa concesión de aplazamiento al deudor en determinadas circunstancias, “mediante decreto recurrible directamente en revisión”. Ninguno más de cuantos tienen cabida en la fase de ejecución, salvo el recién expuesto en el incidente de acumulación.

–Y el meramente procedimental, al solo efecto de admitir, o no, el recurso de reposición, está previsto en el artículo 185.2, si el secretario no admite dicho recurso contra diligencias de ordenación y decretos, lo que ha de hacer también “mediante decreto directamente recurrible en revisión”.

Cuatro son los supuestos en que la LPL dispone, o puede entenderse que dispone, que el secretario judicial dicte decreto por el que se ponga fin al procedimiento o impida su continuación, recurribles en revisión con arreglo al tercer párrafo del artículo 186.1:

– El primero de tales supuestos aunque no venga expresamente establecido que se dicte decreto, sería el que, conforme al artículo 83.2, acuerda tener por desistido de su demanda al actor que injustificadamente no comparezca al acto de conciliación.

– El segundo, por el orden de los artículos, el decreto que aprueba la avenencia en el acto conciliación, puesto que el artículo 84.1 ordena expresamente que acuerde el archivo de las actuaciones. Es improbable que se plantee en la práctica esta impugnación, pero debiera ser recurrible el decreto que desaprueba la conciliación con arreglo al artículo 84.2, y no lo es porque no pone fin al proceso ni el precepto autoriza expresamente el recurso. Lo mismo cabe decir de las equivalentes decisiones a que se refiere el artículo 148.2.b), en el procedimiento de oficio.

– Debe considerarse decisión recurrible, en tercer lugar, la de declarar desierto el recurso de casación y devolver las actuaciones a la Sala de procedencia si el recurrente obligado a comparecer ante la Sala del Tribunal Supremo no lo hiciese dentro del término concedido para el emplazamiento, puesto que ha de adoptarse por decreto que pone fin al proceso, aunque el artículo 208.3 no lo diga expresamente.

–Y, por último, el artículo 221.1 dispone que “el secretario judicial dictará decreto poniendo fin al trámite del recurso”, que es el de casación para la unificación de doctrina, si la parte que lo hubiera preparado no presentase el escrito de interposición ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro de los veinte días siguientes al día en que se le hizo el emplazamiento.

D) Decretos no recurribles: el equívoco párrafo inicial del artículo 186.1

Establece el citado precepto que contra los decretos dictados en reposición no se dará recurso alguno, pero añade “sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva”. Esta dicción legal resulta equívoca porque pudiera pretenderse interpretable, con arreglo a su implícita literalidad, en el sentido de quedar vinculado el juez o tribunal a lo que haya sido resuelto por decreto no recurrible, sin posibilidad de modificación en la sentencia o “resolución definitiva”. No es así, obviamente, ya que la decisión judicial última de cada fase del proceso habrá de extenderse a todas las cuestiones planteadas, resolviendo incluso de oficio la mayoría de las de naturaleza procesal. Por lo tanto, este precepto debió decir “sin perjuicio de la decisión que adopte el juez o tribunal en su sentencia o resolución definitiva y de reproducir la cuestión al recurrir contra ésta, en su caso”. Y así habrá de ser aplicado.

IV. RECAPITULACIÓN CRÍTICA Y CONCLUSIÓN PRÁCTICA

La inusual unanimidad parlamentaria con que ha sido aprobada la reforma de las leyes procesales, cuya parcela laboral hemos visto, puede llevar a considerar que tal vez estemos ante un nuevo modo de entender el Estado de Derecho y el principio de división de poderes que le sirve de soporte. O tal vez se haya pretendido solamente una reforma procesal de bajo coste, sin aumentar el escaso número de jueces y de órganos judiciales, acudiendo a los inveteradamente desaprovechados conocimientos jurídicos de los secretarios judiciales para sustituir a los jueces en el proceso bajo dependencia administrativa. Pero en cualquiera de ambos supuestos haría falta haber reformado antes la Constitución.

El Libro Blanco de la Justicia (CGPJ-1997, ya citado), tras propugnar la ampliación de los cometidos asignados a los secretarios judiciales y la remodelación de la oficina judicial, e incluso defender las competencias autonómicas en la gestión de los medios auxiliares de la administración de Justicia, reclamó repetidamente (págs. 134 y 321) para el CGPJ cuantas competencias fuesen atinentes a los secretarios judiciales, “acercándose el régimen de los secretarios al del personal de carácter judicial”, esto es, al de los jueces y magistrados. La LOPJ, en su modificación por la LO 19/2003, ha seguido sólo en parte esas recomendaciones porque ha sentado las bases para la re-

**LA SUBORDINACIÓN
DE LOS SECRETARIOS
AL MINISTERIO
DE JUSTICIA VICIA
DE RAÍZ TODA
LA REFORMA PROCESAL**

modelación de la oficina judicial y ampliado los cometidos asignados a los secretarios, sometiendo su desempeño a los principios de legalidad e imparcialidad, pero también, contradictoriamente, al de unidad de actuación y dependencia jerárquica (artículo 452.1). Esta subordinación al Ministerio de Justicia (artículo 463) vicia de raíz toda la reforma procesal porque el principio de legalidad judicial, conexo con el de independencia, se define en el artículo 117.1 de la CE como el sometimiento único al imperio de la ley, esto es, con exclusión del acatamiento a disposiciones intermedias que es propio de la actuación administrativa. El artículo 6 de la LOPJ desarrolla el mandato constitucional: “Los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”. Este precepto data del 15 de septiembre de 1870, fecha de la primera LOPJ, impulsada por Montero Ríos, y ha venido rigiendo las decisiones tanto de carácter sustantivo como procesal. Hasta ahora.

No hay motivos para esperar, infortunadamente, que los secretarios y las oficinas judiciales (más exactamente de la Administración de Justicia), se integren en el poder judicial ni, menos aún, que sea interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de reforma procesal que nos ocupa. Sin embargo, es posible que el análisis efectuado en el presente estudio no quede limitado al ámbito teórico y doctrinal, sino que preste algún servicio a la aplicación práctica del Derecho. En primer lugar, porque surgirá, sin duda, la ocasión de invocar eficazmente, a través de los recursos que autorice el ordenamiento en cada caso, la prevalencia de los principios de legalidad e imparcialidad sobre los de unidad y dependencia jerárquica que el citado artículo 452.1 de la LOPJ impone a la actuación de los secretarios judiciales. Y, en segundo lugar, pero no menos importante, porque también la habrá de hacer valer la dimensión constitucional del proceso y la, en mi opinión, inconstitucionalidad de las reformas procesales de 2009, específicamente mediante eventual ejercicio del recurso de amparo. Recordemos, a este último efecto, que son innumerables los pronunciamientos del TC en materia procesal, como corresponde a la evidente integración del derecho al proceso en el de tutela judicial, únicamente dispensable por jueces y tribunales. Interesa aquí citar al respecto el libro editado por el CGPJ con el número XVII de los “Cuadernos de Derecho Judicial” de 1996, en el que se recogen las ponencias del curso de formación para jueces y magistrados titulado “El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, de las que son autores Francisco BLAT GIMENO, Ricardo BODAS MARTÍN, José FOLGUERA CRESPO, Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Vicente GIMENO SENDRA, Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE, María Dolores ROMÁN de la TORRE y Fernando SALINAS MOLINA.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

ANA ISABEL GARCÍA SALAS

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

Resumen

LA READMISIÓN POR DESPIDO NULO DEL TRABAJADOR TEMPORAL

Declarado nulo el despido de un trabajador con contrato de duración determinada, puede suceder que, llegado el momento de proceder a la readmisión, el contrato haya vencido por algunas de las causas previstas en el artículo 49.1 ET. La viabilidad o no de la readmisión del trabajador por la empresa en estos casos ha originado interesantísimos debates, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, sobre la

interpretación que debe hacerse de los distintos preceptos legales relacionados y sobre las soluciones que han de aplicarse. No obstante, el tema aún hoy presenta algunas contradicciones, las cuales son analizadas para proponer alternativas acordes con la verdadera voluntad del legislador sobre cuáles deben ser las consecuencias para las partes implicadas de ese acto sancionado con la nulidad.

Abstract

THE REINSTATEMENT OF A VOID DISMISSAL FIXED-TERM EMPLOYEE

After the dismissal of a fixed-term employee is declared void it may happen that by the time their reinstatement must be made effective the employment contract has reached its term. Whether the order for reinstatement in these cases should be kept is a very interesting issue that has been extensively discussed by academics

and really controversial in the judicial sphere. However, a number of contradictory solutions still prevail, and they are here analysed in order to put forward alternative solutions consistent with the legislature's will on what effects a void dismissal should originate.

Sumario

I. Planteamiento del tema. A) Las dificultades en la aplicación de la sanción de ineficacia sobre los actos jurídicos nulos. B) La doctrina del Tribunal Supremo reconociendo el derecho a indemnización una vez expirado el contrato temporal, sólo en los casos de despido improcedente. **II. Las reglas fijadas por la normativa procesal acerca de la obligación de readmisión del trabajador despedido.** A) La modalidad de ejecución de sentencias de despido en sus propios términos. B) El debate planteado sobre la imposibilidad de la obligación de readmitir y su transformación en otra diferente en los casos no previstos en el artículo 284 LPL. a) La interpretación literal que rechaza la indemnización sustitutoria. b) La postura que niega la posibilidad de readmisión vencido el contrato temporal. c) Las disfunciones provocadas sobre el régimen jurídico aplicable. **III. La viabilidad de la readmisión por despido nulo en los contratos temporales ya vencidos.** A) La readmisión ante la invalidez del término del contrato temporal. a) La invalidez del término por inexistencia de la preceptiva denuncia. b) La invalidez del término por nulidad de la decisión extintiva. B) La readmisión ante un despido nulo efectuado con anterioridad al vencimiento del contrato. **IV. Las circunstancias de una prórroga legal o judicial del contrato tras la condena de readmisión.** A) La duración del contrato prorrogado tras la condena de readmisión. B) Los problemas organizativos derivados de la desaparición del objeto del contrato.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

A) Las dificultades en la aplicación de la sanción de ineficacia sobre los actos jurídicos nulos

De todos es sabido que la aplicación de una de las consecuencias de la sanción de nulidad a los negocios o actos jurídicos afectados por ella, como es la ineficacia de sus efectos —y aun sin dudar de su proporcionalidad ante la gravedad de las irregularidades de la mayoría de los que así se sancionan— supone en muchas ocasiones un sinfín de complicaciones en el tráfico jurídico. De hecho, el alcance de esta ineficacia ha llegado a moderarse en diversos casos en los que no podría calificarse más que de injusta, cuando no de beneficiosa para el

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

propio sujeto infractor¹, quebrando el denominado principio de efectividad de la sanción de nulidad².

Algún ejemplo de ello podemos encontrarlo en la propia normativa laboral, como el del artículo 9.2 ET que, ante la nulidad del contrato de trabajo, permite que el trabajador exija al menos la remuneración correspondiente por el trabajo ya prestado. Se trata de un caso de nulidad total por infracción de los requisitos básicos del contrato o de las reglas de capacidad de los contratantes, cuya consecuencia directa debería ser la consideración de inexistencia de dicho contrato, sin producir por tanto los efectos jurídicos que tiene previstos —o lo que es lo mismo, su ineficacia—. Esto se traduciría en la desaparición de la relación laboral, la cual no va a producir efectos; pero no sólo *ex post*, sino también *ex ante*: para el Derecho, lo nulo es como si no hubiera existido. Comoquiera que ello podría significar, como poco, un enriquecimiento injusto del empresario que se ha beneficiado de los servicios efectivamente prestados por el trabajador, y que una declaración de nulidad los consideraría como no prestados, la normativa laboral establece que, aun siendo ineficaz el contrato de trabajo, el trabajador podrá exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido, que le corresponda por el trabajo ya prestado.

Más ambiciosa resultó incluso la mejora que, del artículo 9.2 ET, se estableció en el artículo 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero³, para los supuestos en los que un empresario tuviera empleado a un trabajador extranjero sin la correspondiente autorización. Aun no cumpliendo con este requisito, el contrato no quedaría invalidado respecto a los derechos del trabajador extranjero, aunque con la consiguiente responsabilidad empresarial. Dicha norma no sólo fue unánimemente aceptada, sin perjuicio de los importantes problemas interpretativos que sin duda planteaba respecto al reconocimiento de algunos de estos derechos, sino que fue calificada de norma innovadora⁴.

**AUN SIENDO INEFICAZ
EL CONTRATO,
EL TRABAJADOR PUEDE
EXIGIR LA REMUNERACIÓN
CORRESPONDIENTE
A UN CONTRATO VÁLIDO**

(1) “Hay diversas especies de ineficacia o nulidad de los actos jurídicos (...) los casos de nulidad por violación de una prescripción o prohibición legal pertenecen a la categoría de la nulidad absoluta; pero en ellos no debe hablarse de inexistencia, pues, como apunta De Castro, sólo se excluyen las consecuencias favorables para el infractor, no las que se deriven de la ilicitud del propio acto (pena, indemnización) o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero, y es posible, cuando el fin de la ley se dirija sólo contra un aspecto del acto, que se limite la anulación a lo hecho contra la ley, manteniendo la validez en lo restante” (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol.I, Reus, 2005, pág. 616). Esta misma circunstancia es apuntada por CARRASCO PERERA, A. en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Tomo I, Vol.I, *Revista de Derecho Privado*, 1992, pág. 775.

(2) CARRASCO PERERA, A.: “Comentarios al Código Civil...”, *op. cit.*, pág. 826: “la sanción de nulidad no sirve como medida de prevención general cuando esta sanción de nulidad conviene a los intereses de la parte no protegida por la norma, que prefiere la nulidad a la validez acomodada a la medida legal”.

(3) Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(4) Sobre este tema, véase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: Los efectos de su carencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, pág. 110.

En la misma línea, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, reconoció posteriormente a los trabajadores extranjeros sin autorización una serie de derechos laborales colectivos, entre otros derechos fundamentales genéricos, declarando inconstitucional un gran número de preceptos legales que limitaban el disfrute de estos derechos a los ciudadanos que se encontraban en esta situación.

En otras ocasiones, no obstante, no ha sido así, y se ha llevado la consideración de ineficacia a su máxima expresión. Son los casos de nulidad radical de determinados comportamientos por vulneración de derechos fundamentales. Con el objetivo de compensar en todo lo posible al sujeto perjudicado, se pretende, por ejemplo, entre otras medidas, la reposición de la situación al momento anterior a producirse el acto nulo. Así lo expresa, por ejemplo, el artículo 180.1 LPL en el marco del procedimiento ahora denominado “De la tutela de los derechos fundamentales”⁵.

Algo parecido sucede cuando abordamos las consecuencias de la calificación de despido nulo por haber incurrido en alguna de las causas prohibidas en los artículos 53.4 o 55.5 ET. Dice el artículo 55.6 ET que “el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”. También la STC 104/1987, de 17 de junio, confirmó el alcance de la ineficacia del acto nulo en este caso sin ninguna fisura: “la declaración de nulidad radical del despido debe traer consigo el restablecimiento del contrato de trabajo en los mismos términos en los que existía en el momento del despido”. La ineficacia del despido como acto nulo se va a traducir principalmente en el no reconocimiento de los efectos jurídicos que son propios del despido válido (la extinción de la relación laboral y la cesación de la obligación empresarial de abonar el salario); lo que le diferencia en gran medida de una declaración de improcedencia, que sí permite confirmar la extinción llevada a cabo por el empresario a cambio de una condena indemnizatoria tasada, cuando el despido –aunque injusto– no incurre en móviles o situaciones prohibidas expresamente.

El ambicioso objetivo que tiene la consideración de ineficacia del acto del despido tampoco está exento de complicaciones en su aplicación⁶, como cualquier otro acto sometido a esta ficción jurídica. Pongamos el ejemplo del tema que nos ocupa en este trabajo y que es paradigma de las dificultades jurídicas y prácticas que la cuestión plantea: el caso es el del trabajador con contrato de duración determinada, que es despedido en el contexto de algunas de las situaciones descritas por los artículos 53.4 o 55.5 ET, y que, por tanto, tiene derecho a ser readmitido cuando se declare judicialmente la nulidad de ese despido. En el supuesto descrito, ninguna diferencia aparente habría entre la readmisión de un trabajador indefinido o la del trabajador con contrato de duración determinada si no fuera porque puede producirse una situación al margen de las circunstancias del propio despido que afecte a toda la previsión efectuada por la Ley para este tipo de extinción; esto es, que llegado el momento de tener que producirse la readmisión del trabajador, el contrato se haya extinguido por algunas de las causas previstas en el artículo 49.1 ET –por las causas

(5) Según la reforma efectuada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (artículo décimo).

(6) “En el plano comparado, a la readmisión se la ha catalogado, incluso, de especie en peligro de extinción”, como detalla GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas, 2009, pág. 41.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

válidamente consignadas en el contrato (condiciones resolutorias) o por el cumplimiento del tiempo convenido o realización de la obra o servicio que fuera objeto del contrato—.

Esta situación ha provocado un auténtico dilema en cuanto a su desenlace. Concretamente había que plantearse si llevar a efecto de alguna manera la readmisión del trabajador despedido cumpliendo con la obligación prevista o si, por el contrario, argumentando la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de readmisión por haber vencido el contrato temporal, dejar de aplicar una de las consecuencias emblemáticas de la sanción de nulidad como es reponer la situación afectada al momento anterior a producirse el acto nulo —que es lo que, en nuestra opinión, pondría verdaderamente de manifiesto su ineficacia—. La cuestión —ya debatida, pues viene siendo tratada por doctrina y jurisprudencia durante las dos últimas décadas al menos— puede que aún no esté del todo resuelta, teniendo en cuenta las notables oscilaciones en los argumentos y en las conclusiones que se han venido produciendo en este tiempo, así como la falta de consenso sobre ellos originando interesantísimos debates.

B) La doctrina del Tribunal Supremo reconociendo el derecho a indemnización una vez expirado el contrato temporal, sólo en los casos de despido improcedente

La sentencia clave, en este sentido, fue la STS de 29 de enero de 1997⁷. Hasta entonces, los Tribunales venían entendiendo que la condena a la readmisión no podía ser materia de pronunciamiento en un contrato que ya estaba vencido el día que se dictó la sentencia⁸. Como consecuencia de ello, tampoco se preveía la aplicación de las reglas indemnizatorias para supuestos de despidos improcedentes dispuestas en el artículo 56.1 ET, en tanto en cuanto la inexistencia de la alternativa de reincorporación del trabajador provoca que la exigencia de indemnización devenga incongruente, condenándose únicamente al abono de salarios que se hubieran debido percibir de no haber mediado el despido⁹. Sin embargo, la STSJ de Navarra de 17 de noviembre de 1992¹⁰ empezó a desmarcarse de esta línea interpretativa para añadir a tales salarios la indemnización prevista en el artículo 56.1 ET. Y ello por tres motivos¹¹: 1) la reparación del daño causado, más allá de ser privado ilegítimamente de la posibilidad de trabajar que ya cubren los salarios, 2) el respeto al principio de no discriminación, para no tratar de manera distinta al trabajador temporal que al indefinido, y 3) la proscripción del despido libre, por entender la indemnización por despido improcedente como una consecuencia fundamental de la causalidad en el despido¹².

(7) Recurso 3461/1995.

(8) Véase, por ejemplo, la STS de 6 de noviembre de 1992 (recurso 524/1992)

(9) Como comentaron SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M. en “La indemnización por despido en los contratos temporales”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 1002, pág. 3158.

(10) AS 1992, 5622.

(11) Según exponen SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: “La indemnización por despido...”, *op. cit.*, pág. 3153.

(12) Al respecto, no obstante, apunta MIÑAMBRES PUIG, C.: (“Contrato de trabajo temporal y despido disciplinario improcedente: ¿obligación de indemnizar?”, *Actualidad Laboral*, núm. 30, 1997, pág. 2174): “Afirmar por ello que existe despido libre cuando no se prevé obligación alguna de indemnizar al trabajador cuyo contrato venció con anterioridad a la senten-

La STS de 29 de enero de 1997 confirmó el cambio de doctrina “que podría calificarse de espectacular”¹³, y que ha sido aplicada de forma reiterada por la jurisprudencia posterior hasta la actualidad¹⁴. Así, a propósito de un despido calificado de improcedente durante la vigencia de un contrato temporal que, sin embargo, finaliza antes de la sentencia –y sobre la base del artículo 1134 CC (“el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable”)–, el TS entiende que desaparece un término de la obligación alternativa del artículo 56 ET al no ser posible la readmisión del trabajador, dado que el contrato venció antes de dictarse la sentencia, pero mantiene la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa (la indemnización)¹⁵; “porque en nuestro ordenamiento laboral la indemnización es consecuencia del daño producido rigiendo el principio de indemnización tasada de los perjuicios causados por despido improcedente, que no son sólo los materiales (pérdida de salario y puesto de trabajo) sino otros de naturaleza inmaterial (pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo), perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa con independencia de la naturaleza del contrato que deben ser indemnizados”.

Con esta solución, el TS parecía dejar claras dos cuestiones: 1ª. que se ratificaba en la idea de que, finalizada la vigencia del contrato de trabajo, no es posible la readmisión del trabajador; pero 2ª. que, al mantener un miembro de la obligación alternativa en un caso de despido improcedente, el despido producido con anterioridad al vencimiento del contrato temporal puede producir efectos (aunque la sentencia recayera con carácter posterior a dicho vencimiento).

Ciertamente, el cambio de doctrina tuvo una repercusión directa en los despidos improcedentes. Por un lado, se impedía que el empresario se librara al menos de indemnizar; aunque también es cierto que, dentro ya del marco de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, –que permite la exención del abono de salarios de tramitación por consignación judicial de la indemnización–, si no se hubiera reconocido indemnización, no existiría la posibilidad de consignarla por parte del empresario y, por tanto, tampoco la exención del abono de salarios de trámite. Y, por otro lado, se contribuyó a disminuir las diferencias entre trabajadores indefinidos y trabajadores temporales respecto a sus derechos y condiciones de trabajo; pues, se haya extinguido o no el contrato de trabajo, e independientemente de si se permite la opción de readmitir, en ambos casos el trabajador tendrá derecho a la indemnización por despido improcedente¹⁶.

cia, es desconocer la función reparadora de los daños y perjuicios causados que cumplen los salarios de tramitación en este caso, al pago de los cuales, si de un despido libre se tratara, no estaría obligado nunca el empresario”.

(13) MIÑAMBRES PUIG, C.: “Contrato de trabajo temporal...”, *op. cit.*, pág. 2165.

(14) Véase recientemente la STS de 23 de julio de 2009 (recurso 1187/2008).

(15) Esta doctrina también ha sido aplicada en los últimos años por los Tribunales en suplicación, como en la STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2007 (Rec. 3090/2007), en un caso de despido improcedente de trabajadoras que carecían de permiso de trabajo y de residencia, ante la imposibilidad de su readmisión: “el deudor no tiene derecho a elegir entre prestaciones imposibles, y no siendo posible la readmisión, por la inactividad y pasividad del empresario, se ha de estar a la prestación alternativa, esto es, a la indemnización”.

(16) Como advierte MIÑAMBRES PUIG, C.: “Contrato de trabajo temporal...”, *op. cit.*, pág. 2173.

Con esta resolución, se había encontrado, por tanto, una solución más o menos aceptada a los casos de despidos de trabajadores temporales con declaración de improcedencia. Pero ¿y si la calificación del despido no es de improcedencia, sino de nulidad? Atendiendo al régimen jurídico del despido improcedente, la decisión de considerar imposible la readmisión pudo derivar en un momento dado en no desdeñar la alternativa de la indemnización; pero, si no existe tal alternativa prevista en la Ley, como ocurre con el despido nulo ¿volveríamos a la solución inicial de no readmitir ni indemnizar, condenando únicamente al abono de los salarios de trámite? Si ello es así, la doctrina del TS del año 1997 estaría permitiendo que tratásemos de manera más favorable una calificación de despido nulo que una de despido improcedente cuando el contrato temporal del trabajador se hubiese extinguido por llegada del término o de la condición resolutoria. Y no creemos que esto sea lo que se pretende por la norma sustantiva, sino más bien al contrario: que los efectos de la nulidad sean más favorables para el trabajador, pues se corresponde con unas causas consideradas más graves y atentatorias de derechos.

II. LAS REGLAS FIJADAS POR LA NORMATIVA PROCESAL ACERCA DE LA OBLIGACIÓN DE READMISIÓN DEL TRABAJADOR DESPEDIDO

Son muchas las dudas planteadas, por tanto, acerca de cómo cumplir en estos casos con los efectos previstos en el ET para los despidos nulos, y, en especial, con la obligación de readmisión del trabajador despedido. Algunas de esas dudas pueden ser despejadas, o al menos reconducidas, por la normativa procesal relativa a la ejecución forzosa. Y es que, si bien la obligación de readmisión se encontrará normalmente contenida en la sentencia que resuelva el proceso tras la calificación de nulidad del despido y no implica necesariamente la aplicación de las reglas sobre ejecución —pues existe lógicamente la posibilidad de cumplimiento voluntario por parte del empresario—, las normas sobre ejecución definitiva aportan algunas reglas que deben ser apreciadas, y que no son más que manifestaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Fundamentalmente, hay que atender a la modalidad de ejecución de sentencias en sus propios términos (artículo 280.1 LPL), que ha suscitado un importante debate sobre la posible transformación de la obligación de readmitir en otra diferente cuando la readmisión es imposible. Una segunda regla, relacionada con el principio de inmodificabilidad de las sentencias

**SE HA SUSCITADO
UN DEBATE SOBRE
LA TRANSFORMACIÓN
DE LA OBLIGACIÓN
DE READMITIR CUANDO
DICHA READMISIÓN
ES IMPOSIBLE**

que se ejecutan, abundaría en el problema cuando la imposibilidad de readmisión se produce entre la sentencia de despido y la de ejecución de la anterior.

A) La modalidad de ejecución de sentencias de despido en sus propios términos

Dice el artículo 280.1 LPL que “La sentencia será ejecutada en sus propios términos cuando: a) El trabajador despedido fuera representante y, declarada la improcedencia del despido, optara por la readmisión. b) Declare la nulidad del despido”¹⁷. La ejecución “en sus propios términos” implica que la obligación de readmisión *in natura* del trabajador no pueda ser sustituida por la de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Doctrina consolidada del TC (véase la STC 110/1999, de 14 de junio) la fundamenta en el propio artículo 24.1 CE: “La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en la mismas se reconocen no sería otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna”.

Y, si bien nada obsta a que trabajador y empresario acuerden otra solución alcanzada legalmente que pueda poner fin al contrato por otras vías, no debe olvidarse que, a estos efectos, el artículo 245 LPL prohíbe la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador. Y, por supuesto, según reiterada doctrina judicial¹⁸, no es posible que el trabajador solicite unilateralmente en la demanda de despido nulo la sustitución de la readmisión por la extinción con indemnización¹⁹.

El único caso permitido *ex lege* para proceder a la sustitución de la obligación de readmisión por una indemnización es el recogido en el artículo 284 LPL²⁰, que reconoce que, ante la imposibilidad de readmisión por cese o cierre de la empresa, se adoptarán las medidas sustitutivas del artículo 279.2 LPL: compensación económica de la readmisión

(17) La STS de 26 de diciembre de 2000 (recurso 61/2000) extiende esta obligación de cumplimiento *in natura* a los casos en los que el derecho de opción del trabajador se establece en convenio colectivo como una garantía más en caso de despido disciplinario improcedente, y así lo fundamenta: “las previsiones del artículo 280 LPL pueden ser aplicadas cuando las partes mutua y voluntariamente deciden que lo sean en determinados supuestos, como en este caso. No se puede decir, por un lado, que se garantiza el derecho a la readmisión del trabajador improcedentemente despedido y, por otro, cuando ha de llevarse a cabo tal incorporación, invocar la imposibilidad de hacerlo y ampararse en la limitación de supuestos del precepto que expresamente se quiso incorporar, aunque sea de forma indirecta, a las relaciones entre las partes firmantes del Convenio. Lo contrario sería dejar en manos de una de las partes el cumplimiento de lo pactado, lo que equivaldría en este caso a la desaparición real de la garantía, el vaciamiento de su contenido y la desnaturalización total del pacto. (...) declarando el derecho del actor a ser integrado en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, sin que sea posible sustituir tal pronunciamiento por una indemnización sustitutoria, salvo, naturalmente, que las partes llegaran a un acuerdo en tal sentido, aplicándose, en caso de que no se diese cumplimiento a tal mandato, las previsiones contenidas en el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

(18) Por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2008, recurso 502/2008. En relación con esta doctrina judicial, véanse precedentes en ORTIZ LALLANA, M.C.: *La ejecución de sentencias de despido*, ACARL, 1995, pág. 119.

(19) Ya lo confirma GARCÍA PAREDES, M.L. en sus comentarios al artículo 284 LPL, en DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral, comentada y con jurisprudencia*, La Ley, 2006, pág. 1890: “El trabajador no puede renunciar o transigir una sentencia en la que la condena de readmisión debe ejecutarse en sus propios términos ni el empresario puede eludir su exacto cumplimiento, pretendiendo sustituir la obligación de readmitir por la de indemnizar”.

(20) “Conclusión que aparece reforzada por la desaparición del antiguo artículo 213 LPL que aceptaba el mutuo acuerdo de las partes implicadas como sistema de reparación de la desatención empresarial del deber de ocupación efectiva” (ORTIZ LALLANA, M.C.: *La ejecución...*, op. cit., pág. 278). También considera que apoya esta tesis la desaparición del precepto NAVARRO NIETO, F. (*La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, Tirant lo blanch, 2005, pág. 132).

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

indebida más indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. La explicación es indiscutible²¹: “El cierre o cese de la empresa evidencia la dificultad o impedimento de reincorporar al trabajador a la empresa, al no existir ésta o cesar en su actividad, de forma que se objetiva la imposibilidad de la readmisión. Es una absoluta incapacidad de hacer efectiva la readmisión del trabajador demandante”.

El artículo 284 LPL es, por tanto, la excepción a la regla del artículo 280.1 LPL, en consonancia a su vez con el genérico artículo 18.2 LOPJ, según el cual: “Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. (...)”²². En este contexto de excepcionalidad del artículo 284 LPL, se ha valorado como una solución correcta la de sustituir la readmisión por el equivalente monetario²³. La imposibilidad absoluta en la práctica para reconstruir la relación laboral, porque una de las partes ha desaparecido, impide cumplir con la readmisión como consecuencia natural del acto nulo; pero la Ley vuelve a considerar el principio de efectividad de la sanción de nulidad y adopta la medida posible más favorable al sujeto protegido por la norma, como es que reciba al menos una indemnización compensatoria.

B) El debate planteado sobre la imposibilidad de la obligación de readmitir y su transformación en otra diferente en los casos no previstos en el artículo 284 LPL

La doctrina deja de ser pacífica en aquellos otros casos calificados como de incumplimiento imposible, pero que no coinciden con el único presupuesto legal de imposibilidad de readmisión, según el artículo 284 LPL: el cierre o cese de actividad de la empresa. El supuesto concreto que analizamos en este trabajo se enmarcaría precisamente dentro de estos casos que plantean la “imposibilidad” de readmisión por la concurrencia de otras circunstancias distintas a las del artículo 284 LPL, pero nada desdeñables –como la llegada del término o condición resolutoria del contrato temporal–. Este evidente vacío normativo²⁴ para resolver *ex lege* esos otros casos dudosos ha provocado distintos posicionamientos, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

(21) DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.), *Ley de Procedimiento Laboral*, op.cit., pág. 1911.

(22) Y, según lo desarrolla ORTIZ LALLANA, M.C.: *La ejecución...*, op.cit., pág. 51: “salvo que concurren supuestos de imposibilidad acreditada, las sentencias deberán cumplirse en sus propios términos (artículos 118 CE, 18.2 LOPJ, 239 y 280 LPL); si bien, la imposibilidad deberá acreditarse cumplidamente (por el ejecutado) y el cumplimiento por sustitución sólo procederá una vez agotadas razonablemente las medidas necesarias para lograr el cumplimiento en el trámite incidental, en su caso. Concurriendo tales razones de imposibilidad, el órgano judicial podrá sustituir la obligación contenida en el título por el equivalente pecuniario o aun por otro tipo de prestación análoga a la que hubiera resultado imposible, fijándose en todo caso, la indemnización que proceda en la parte no susceptible de cumplimiento pleno”.

(23) Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido”, *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 1991, pág. 244: “no se opera una novación extintiva de la obligación original, sino que se despliegan los mecanismos de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones, que sujetan a ellos el patrimonio del deudor y que están consagrados en el CC (artículo 1911), si bien se trata de un despliegue de responsabilidad objetiva, en que la culpa del deudor resulta irrelevante para apreciar su existencia y, en su caso, para cuantificar el daño causado. (...) en este caso, como en otros muchos de la normativa laboral, la mera imposibilidad de cumplimiento no genera la extinción de la obligación, siendo precisa la declaración judicial, con eficacia constitutiva”.

(24) Como ya afirman SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M. (“La indemnización por despido...”, op.cit., pág. 3160): “No siendo posible en el caso que se estudia dicha reincorporación, todas las demás previsiones legales, que

a) La interpretación literal que rechaza la indemnización sustitutoria

Por un lado, se ha insistido en que “sólo se podrá sustituir la readmisión por la obligación de indemnizar cuando concurren las circunstancias que se recogen en el artículo 284 LPL”²⁵, que son las que el legislador ha tomado en cuenta como de imposible cumplimiento de la obligación de readmisión. Se añade que “los Tribunales han dado una interpretación literal y sistemática a este precepto, poniendo de manifiesto su carácter excepcional, no susceptible de interpretación extensiva ni aplicable por vía de interpretación analógica”²⁶, Y, en algún caso, así ha podido comprobarse, de manera tajante²⁷.

Siguiendo este criterio absoluto de literalidad, consideran algunos autores que ni siquiera se incluiría en la excepción del artículo 284 LPL el supuesto en el que “haya desaparecido el puesto de trabajo o la concreta actividad laboral desarrollada por el trabajador”²⁸; pues, en tal caso, habría que proceder a la readmisión del trabajador aplicando en la medida de lo posible las reglas previstas en el artículo 39 ET²⁹, procurando el exacto cumplimiento de la Ley. Más claro resulta cuando ni siquiera ha desaparecido el puesto y lo que se alega por la empresa es falta de vacante³⁰. En la misma línea, “se ha negado que se pueda transformar la readmisión obligada en indemnización con extinción del contrato de trabajo en aquellos supuestos en los que, no cesando la actividad de la empresa, desaparece una unidad productiva de la misma o una instalación industrial”³¹. Al respecto, la doctrina judicial en alguna ocasión ha entendido, no obstante, que si la empresa no podía readmitir al trabajador despedido en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad al despido, la recolocación del trabajador en otro centro de trabajo en los que la empresa continuara con su actividad –por no poder readmitirlo en el que efectivamente prestaba servicios–, implicaba la imposibilidad de cumplimiento íntegro de la sentencia en sus

se conciben teniendo en cuenta como punto de partida la readmisión, son inadaptables a los casos en que la Sentencia es posterior a la llegada del término previsto como extintivo de la relación laboral. Por eso, aunque los tribunales afirman que regulan estos supuestos conforme a las previsiones legales para los despidos injustificados, lo cierto es que existe un vacío legal y que el mismo, con mayor o menos acierto, se rellena por la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales. Precisamente, lo que quizá proceda acometer a partir de tal afirmación es la indagación sobre si la construcción aplicada a estos supuestos se acompasa con los principios que inspiran la regulación del despido”.

(25) DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral*, op.cit., pág. 1890.

(26) DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral*, op.cit., pág. 1912.

(27) STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2002 (recurso 2910/2001): “La condena de un empresario a readmitir a un trabajador, derivada de un despido nulo, no cabe ejecutarla sustituyéndola por la extinción de la relación laboral y condena al pago de una indemnización, sino que ha de hacerse en sus propios términos, tal y como lo ordena el artículo 280.1 LPL, acudiendo a las concretas medidas coercitivas establecidas en el artículo 282 LPL, previa resolución que ordene la reposición del trabajador en su puesto y apercibimiento de esas posibles medidas (artículo 281.2 LPL). Bien es verdad que esa imposibilidad de sustitución no es absoluta, debiendo decretarse ésta cuando la readmisión resulta imposible, pero no por cualquier causa, sino únicamente cuando esa imposibilidad proviene del cese o cierre de la empresa obligada a la misma (artículo 284 LPL). B) Consta, en el caso de autos, que la Residencia Nuestra Señora de Begoña mantiene su actividad. Yerra, pues, el Juzgado al considerar que la sustitución procede en supuestos en que la readmisión resulta imposible por causas ajenas a las dos mencionadas y, en concreto, por la que aquí ha acontecido: una nueva extinción del contrato de trabajo por haber quedado convalidada en vía judicial la decisión de amortización de la plaza en la que formalmente se amparó la inicial decisión de extinguir el contrato de trabajo de la demandante”.

(28) BADIOLA SÁNCHEZ, A.: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Lex Nova, 2003, pág. 661.

(29) CACHÓN VILLAR, P.M.: “Ejecución: despidos”, *Diccionario Procesal Social*, Civitas, 1996, págs. 130 y ss.

(30) STSJ de Andalucía de 27 de septiembre de 1993 (AS 1993, 4059).

(31) DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.): *Ley de Procedimiento Laboral*, op.cit., pág. 1911.

propios términos –y, por tanto, readmisión irregular–, permitiendo su sustitución por la correspondiente indemnización por daños y perjuicios³².

b) La postura que niega la posibilidad de readmisión vencido el contrato temporal

Pero esta interpretación rigurosa parece no hacer efecto cuando se trata de la readmisión ante un contrato temporal ya vencido. Ya apuntamos que existe una pauta marcada por el TS indicando que, en cualquier caso, esta modalidad de ejecución *in natura* no podrá llevarse a cabo si entendemos extinguida la relación laboral³³. Incluso alguna doctrina judicial reconoce que “la readmisión debe producirse, pero con el límite derivado de la naturaleza temporal del contrato, lo que supone, en definitiva, que la readmisión no produce ningún efecto”³⁴. Son, como se ha reconocido, problemas “de ajuste entre la duración temporal de la relación laboral y unas normas que parecen pensadas para las relaciones laborales de carácter indefinido”³⁵.

Es por ello que tampoco es difícil encontrar sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que, tras declarar el despido nulo, no tienen ningún problema en reconocer directamente la imposibilidad de readmisión por extinción del contrato de duración determinada del trabajador despedido; aun tratándose de un caso no excepcionado legalmente para el cumplimiento de la obligación de readmisión³⁶, “interpretado no tan sólo desde un punto de vista gramatical (como propone la parte recurrente), sino también tomando en consideración el resto de criterios hermenéuticos que se establecen en el artículo 3.1 del Código Civil”³⁷. Para simplificar aún más la resolución de estos

**SE PROPONE UNA
INTERPRETACIÓN MÁS LAXA
DEL ARTÍCULO 284 LPL
AMPLIANDO
SU EXCEPCIONALIDAD
EN SUPUESTOS
NO EXPRESAMENTE
PREVISTOS EN ÉL**

(32) STSJ del País Vasco de 8 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4294).

(33) En particular, la STS de 6 de noviembre de 1992, ya citada con anterioridad. Véase toda la jurisprudencia anterior en GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Civitas, 1995, pág. 90.

(34) SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: “La indemnización por despido...”, *op. cit.*, pág. 3156: “Y es que el concepto de readmisión está indisolublemente unido a la reanudación de la relación de trabajo; por eso, aunque estas sentencias denominen ‘readmisión’ a los efectos que de la misma se derivan, lo que se produce no puede identificarse de tal modo. Esta institución comporta dicha reanudación de la relación laboral ‘en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido’, y esto, obviamente, no es posible en las relaciones agotadas al momento de recaer sentencia”.

(35) VICENTE PALACIO, A.: *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant Monografías, 1996, pág. 409.

(36) Como manifestaba la STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2003 (recurso 593/2003): “y ello aunque no se haya producido el cese o cierre de la empresa, que prevé el artículo 284 LPL, puesto que ello también debe aplicarse a otras situaciones de imposibilidad efectiva de cumplimiento del Fallo declarando la nulidad del despido”.

(37) Sobre un caso similar, la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2004 (recurso 2110/2003) argumenta asimismo sus criterios interpretativos en esta materia: “Es cierto que mediante una literal lectura del precepto, podría colegirse que la facultad conferida al juez para transformar la obligación de readmisión, en extinción de la relación laboral y la correspondiente obligación de indemnizar conforme a los parámetros del artículo 279.2 del mismo texto legal, únicamente es viable para los supuestos en que: ‘... se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada’. Sin embargo, tanto las reglas hermenéuticas contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil, como las establecidas en los artículos 5.1 y 18.2 de la LOPJ, no sólo aconsejan, sino que imponen una interpretación extensiva del artículo 284 de la

casos, tampoco dudan en hacer referencia literal a la doctrina de la STS de 29 de enero de 1997 —y las que le suceden— para condenar en consecuencia a una indemnización sustitutoria; claro que coincidente con la que correspondería al despido improcedente, que es el objeto sobre el que trata la STS de referencia en este caso³⁸.

Esta línea parece ser la seguida también por un buen número de autores que, ante el problema de tener que cumplir con una obligación de readmisión que sea “inviabile”³⁹, con posibles consecuencias perjudiciales para el trabajador que ni es readmitido ni cobra indemnización sustitutoria, realizan una extensión de los principios generales que han inspirado precisamente la excepción del artículo 284 LPL⁴⁰. Lo que se propone es una interpretación más laxa del artículo 284 LPL mediante la ampliación de la excepcionalidad planteada a otros casos no previstos expresamente en él.

En algunos casos, las propuestas se amparan en otras normas generales como el propio artículo 18.2 LOPJ, calificándolo “como verdadera norma de cierre del sistema”⁴¹; así como en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva⁴², entendiéndose que no habría otra manera de satisfacerlo —que, por cierto, es el mismo derecho fundamental alegado para justificar la existencia del principio de ejecución de sentencia en sus propios términos—. No cabe duda de que se trata de una interpretación sólida y construida sobre la base de que los principios generales aplicables en materia de ejecución de sentencias primarían sobre la consideración de la LPL como norma especial. Pero no creemos, sin embargo, que sea una solución definitiva al problema planteado.

LPL. (...). A mayor abundamiento, esta solución también ha quedado avalada por la doctrina judicial de esa Sala, recogida en su Sentencia de 5 de octubre de 1998, en referencia a la extinción de la relación laboral a través de un incidente de no readmisión cuando ya se había producido la extinción de la relación laboral a través de un ERE, y por tanto en donde se confirma, en un supuesto semejante al debatido en autos, esta opción jurisdiccional del órgano ejecutante”.

(38) Entre otras muchas, la STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2005 (recurso 93/2005) o la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006 (recurso 151/2006).

(39) Así, ORTIZ LALLANA, M.C.: *La ejecución...*, op. cit., pág. 275: “La solución prevista por el artículo 284 lo es frente a la imposibilidad de cumplimiento de la obligación y no frente al supuesto concreto al que parece reconducirse y que constituye uno de los posibles dentro del género más amplio de eventos imposibilitantes. Por tanto, se proyecta sobre todos los casos de despido, cuando deba tener lugar la readmisión (...). Aunque en la cotidianidad la aplicación del precepto pueda centrarse en el referido supuesto, no es técnicamente correcto limitarla al régimen propio y exclusivo de un modelo de despido, sino que, con perspectivas más amplias, debe examinarse como una solución genérica, que pretende hacer frente a las dificultades enfrentadas al modelo de ejecución específica de la sentencia por causas nacidas con posterioridad a la constitución del título que imposibiliten la obligación de readmitir”. En sentido parecido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La ejecución forzosa...”, op. cit., pág. 242.

(40) Hay algunos ejemplos en la LEC, norma supletoria de la LPL, que avalan la posibilidad de utilizar medidas sustitutorias, sobre todo atendiendo a los intereses del ejecutante (NAVARRO NIETO, F.: *La ejecución judicial...*, op. cit., pág. 134).

(41) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La ejecución forzosa...”, op. cit., pág. 245.

(42) Así, entre otros ejemplos, NAVARRO NIETO, F.: *La ejecución judicial...*, op. cit., pág. 131: “En este caso, se entiende que el órgano judicial puede desplegar una serie de medidas que probablemente girarían en torno a la indemnización del artículo 284 LPL. Lo cierto es que siendo inviable la readmisión y no pudiéndose transformar la condena en indemnización sustitutoria, realmente se llega al vaciamiento del contenido de la resolución judicial, frustrando la tutela judicial efectiva”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La ejecución forzosa...”, op. cit., pág. 239: “Estos inconvenientes, que el juez deberá valorar caso por caso a través del proceso incidental del artículo 235 LPL, generarán el derecho a sustituir la ejecución específica por una ejecución por equivalente (...). Los eventuales problemas de constitucionalidad de esta solución se descartarán teniendo en cuenta las tantas veces proclamada admisibilidad de la ejecución por equivalente desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, así como la necesidad de respetar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”.

c) Las disfunciones provocadas sobre el régimen jurídico aplicable

Dentro de un ordenamiento jurídico laboral que busca un mínimo de coherencia interna, lo que realmente sorprende es que se haya tenido que llegar a justificar la extensión del artículo 284 LPL simplemente por presentarse como la única solución, en los casos en que la readmisión se plantea habiendo vencido el contrato temporal del trabajador despedido, “para no llegar al absurdo de condenar con más fuerza los despidos improcedentes que los despidos nulos”⁴³, que es una sensación que directamente provoca la doctrina de la STS de 29 de enero de 1997 ya comentada. Está claro que si nos limitamos a restringir la aplicación del artículo 284 LPL sin más a los supuestos en él expresamente previstos, y no damos una solución alternativa a aquellos otros que se han “catalogado” también como de imposible incumplimiento, la situación no puede calificarse más que de injusta –o incluso ilegal si atendemos al espíritu de la Ley– al dar peor tratamiento desde el punto de vista del trabajador a los despidos nulos que a los improcedentes.

Efectivamente, los despidos nulos en los casos no incluidos en el artículo 284 LPL no generarían para el trabajador derecho a la readmisión ni a la indemnización sustitutoria, y sí generarían derecho a indemnización los despidos improcedentes al ser los únicos reconocidos en la STS mencionada. Aunque, en esta misma lógica, lo que se ha llegado a criticar, por otro lado, no es que se abone una indemnización en los despidos improcedentes y no en los nulos, sino que se abone también en los improcedentes cuando el contrato ha vencido⁴⁴, lo que supondría volver a la doctrina anterior a 1997.

Y, como otra disfunción más de la solución aportada por la STS de 29 de enero de 1997, se ha señalado asimismo que “hacer depender, de hecho, la obligación de indemnizar de un factor tan aleatorio como la ‘velocidad’ con que el órgano judicial va a resolver el asunto en relación al término del contrato conduce a resultados incomprensibles”⁴⁵. Y es que la única forma de que el despido nulo generara automáticamente algún derecho más que los propios salarios de trámite sería que el contrato aún estuviera en vigor, pero en el caso de los contratos de duración determinada dicha circunstancia es aleatoria e insatisfactoria. Así, podría darse el caso de que si el órgano judicial fallara poco antes de extinguirse el contrato, habría readmisión “en las mismas condiciones que regían con anterioridad, hasta la extinción de su contrato, con abono de los salarios de tramitación”⁴⁶, pero no habría indemnización por despido (aunque sí podría haberla llegado el momento por extinción del contrato temporal en las modalidades previstas); y el trabajador pronto estaría sin empleo por vencimiento de su contrato. Pero si el órgano judicial fallara poco después, el trabajador no sólo cobraría todos los salarios dejados de percibir como si hubiera estado trabajando, sino que además cobraría la indemnización por despido improcedente o indemnización sustitutoria al no ser posible la readmisión. Y parece lógico pensar que esta

(43) RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Tirant lo blanch, 1999, pág. 452.

(44) SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: “La indemnización por despido...”, *op. cit.*, pág. 3159: “En estos supuestos de despido nulo, en que la actuación empresarial merece una sanción más grave que cuando el despido es calificado de improcedente, se producirían unas consecuencias menos favorables para el trabajador que en los casos de despido improcedente. Así, pues resulta absurdo afirmar que debe abonarse indemnización en los despidos improcedentes cuando el contrato ya ha llegado a su término al dictarse la sentencia en que así se calificaba”.

(45) RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, *op. cit.*, pág. 454.

(46) Como resuelve, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005 (recurso 2230/2004) en un caso como éste.

indemnización sería sensiblemente superior a la establecida por término del contrato de duración determinada.

En conclusión, estaríamos ante un caso claro en el que resulta ser más ventajosa la indemnización que la readmisión. Por tanto, ante una calificación de despido nulo, al no haber opción entre ambas alternativas, sus efectos terminan siendo absurdamente menos favorables para el trabajador temporal cuyo contrato está a punto de extinguirse que la menos grave calificación de improcedencia. Esta incongruencia sólo podría salvarse acompañando a la condena de nulidad y a los efectos que le son propios (readmisión y salarios dejados de percibir) de una indemnización adicional por daños y perjuicios, que sería considerablemente superior a la del despido improcedente de un trabajador de relativamente poca antigüedad⁴⁷; respondiendo así al hecho de que lo más grave en estos casos no es tanto la pérdida del empleo (que se presenta más o menos de manera inminente por causas distintas al despido), sino el daño ocasionado por la discriminación o la vulneración de derechos que dan lugar a la consideración de despido nulo.

En otro orden de cosas, en la hipótesis de que la alegada imposibilidad de la readmisión —en nuestro caso, por finalización de la duración del contrato temporal— hubiese aparecido en el intervalo temporal que pueda ir entre la sentencia que declara nulo el despido y la ejecutoria, sí hay pronunciamientos importantes en el propio orden constitucional. En este caso, se discuten además principios adicionales de la materia de ejecución de sentencias no comentados hasta el momento, que nos sugieren un punto de partida más concreto que el genérico respeto al principio de tutela judicial efectiva.

Ya se ha comprobado cómo en ocasiones se recurre al principio general de Derecho Procesal, según el cual, “cuando lo ordenado en una sentencia deviene física o jurídicamente de ejecución imposible, se ha de sustituir por la indemnización”. Sin embargo, pudiendo ser esto así, desde la perspectiva en concreto del principio de inmodificabilidad de las sentencias que se ejecutan, si la sentencia que declara la nulidad del despido no aprecia dicha imposibilidad atendiendo a las circunstancias concurrentes, a la sentencia dictada en incidente de no readmisión queda proscrito reabrir el debate, introducir cuestiones nuevas o alterar el sentido de la sentencia que se ejecuta, incluso cuando se observase con posterioridad que ésta no resultó ajustada a la legalidad⁴⁸. Pero si la causa de imposibilidad de readmisión se produjera, no antes de dictar sentencia de despido, sino entre ésta y la ejecutoria, enfrentándose ambas a diferentes situaciones, la ejecución consistiría en la aplicación de las consecuencias legalmente fijadas para la nueva situación —en consonancia con la lógica *rebus sic stantibus*—.

Con esto, el TC está permitiendo al juzgador en ejecución reaccionar ante un cambio de circunstancias y aplicar una solución distinta de la prevista en la sentencia que se ejecuta, pero aplicando la Ley a esa nueva situación. El Alto Tribunal considera, por tanto, lógico entender, por el principio *rebus sic stantibus*, que la LPL haya optado por crear la excepción

(47) De hecho, al tratarse de un trabajo temporal, ya se ha propuesto una indemnización por despido improcedente en “cuantía menor que la del artículo 56 ET, porque el daño principal, la pérdida del puesto de trabajo, no se produce” (SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: “La indemnización por despido...”, *op. cit.*, págs. 3160 y ss.)

(48) Entre otras, SSTC 219/1994, de 18 de julio y 3/1998, de 12 de enero.

del artículo 284 LPL. Pero parece muy tajante a la hora de limitar su ampliación por interpretación extensiva, en un claro alegato por el cumplimiento exacto de las previsiones legales. Así lo planteaba la mencionada STC 3/1998, aplicable al caso que analizamos: “la readmisión del trabajador constituye la consecuencia fijada legalmente para el despido nulo, siendo la propia norma la que prefigura el contenido del pronunciamiento judicial y, consecuentemente, el objeto de la ejecución, sin más excepciones que las previstas por ella misma. La solución legal vigente no atribuye al empleador la opción por la extinción, propia del despido improcedente, ni prevé en ejecución la sustitución de la readmisión por aquella salvo que se acredite el cierre de la empresa”. Volvemos al punto de partida; esto es, cómo ejecutar la obligación de readmisión por despido nulo cuando ha llegado a término o se ha cumplido la condición resolutoria del contrato temporal del trabajador despedido.

III. LA VIABILIDAD DE LA READMISIÓN POR DESPIDO NULO EN LOS CONTRATOS TEMPORALES YA VENCIDOS

A pesar de toda la cascada de opiniones y propuestas interpretativas de gran calado y consistencia, hasta ahora no puede decirse que se haya llegado a ninguna solución que se presente como inatacable desde alguno de sus flancos. Esto nos mantiene en un estado de inseguridad jurídica en el tema, al arbitrio de cualquier nueva sentencia que aporte más soluciones bien argumentadas que den nuevamente un giro copernicano a todo lo dicho hasta ahora, como ocurrió en fechas pasadas. Incluso la principal premisa de la que se ha venido partiendo hasta ahora, en cuanto a que “la incidencia en un contrato temporal de la declaración de nulidad de un despido, producido durante la vigencia del contrato, no puede llegar a convertir a aquél en indefinido, ni siquiera a prolongar su duración más allá del momento en que, ajustadamente a su propia naturaleza y a las normas que regulan su extinción debiera darse por concluso”⁴⁹, porque el órgano judicial –se había dicho– no tiene “el poder de extender la vigencia de la relación laboral más allá del tiempo para que fue concertada”⁵⁰, no es incuestionable del todo.

En primer lugar, en cuanto la inaplicabilidad de la obligación de readmitir una vez expirado el contrato temporal, coincidi-

(49) STS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9814).

(50) MIÑAMBRES PUIG, C.: “Contrato de trabajo temporal...”, *op. cit.*, pág. 2167.

**LA LEY SEÑALA
LA READMISIÓN
COMO CONSECUENCIA
INELUDIBLE DE
LOS DESPIDOS NULOS**

mos plenamente con SEMPERE NAVARRO y CARDENAL CARRO⁵¹ en que “esta posición (con o sin fundamentos explicitados) no está exenta de dificultades o puntos débiles, pues la Ley señala la readmisión como consecuencia ineludible de los despidos injustificados, y para obviar tales efectos haría falta un serio soporte normativo, máxime si se recuerda que en esta materia de las consecuencias inherentes al acto extintivo patronal ‘los pronunciamientos de despido nulo o improcedente son de contenido reglado o imperativo’”. Efectivamente, tanto la LPL como el ET, al regular este tema no dejan lugar a más excepciones que las que expresamente se prevén –lo que debe respetarse, según ha manifestado el TC, como acabamos de ver en el epígrafe anterior–. El argumento de la imposibilidad de readmisión por expiración del contrato sin más –conlleve o no indemnización sustitutoria– no deja de ser una excepción no prevista legalmente, y cuya justificación a efectos interpretativos no demuestra tampoco la imposibilidad práctica de cumplir lo establecido en la Ley. Ciertamente estamos ante una postura jurisprudencial no exenta de importancia, con un amplio respaldo doctrinal, pero que ha creado una excepción a la Ley que debiera respetar al máximo lo querido por ella.

Así, si la comparamos con la única excepción legal a la condena de readmisión, la del artículo 284 LPL, esta última se fundamenta en que si la actividad empresarial no continúa, la reconstrucción de la relación laboral es absolutamente imposible; y así lo será no sólo *de iure*, sino también *de facto*. Pero, “mientras continúe la actividad empresarial, la reconstrucción de la relación laboral no es técnicamente imposible”⁵² ni *de iure* ni *de facto*. Cuando el contrato de trabajo se ha extinguido ya por motivos diferentes al propio despido, se alega la inviabilidad de una condena de readmisión, pero lo cierto es que, en la realidad de los hechos, la empresa continúa con su actividad y puede estar en disposición de readmitir –con más o menos dificultades, pero superables mediante el recurso a distintas instituciones laborales, como más adelante se comentará–. Es más, incluso se ha recordado que, si se produjese cese o cierre de la empresa, pero éste no fuese definitivo, sino temporal, “el contrato entraría en un período de suspensión, volviendo a tener vigencia en cuanto terminara dicha situación temporal”⁵³.

En resumen, puesto que la solución de aplicar indemnizaciones sustitutorias –aun más cercana a parámetros de justicia material, en nuestra opinión, que la eliminación de cualquier tipo de compensación en este sentido– no termina de ser plenamente satisfactoria desde un punto de vista técnico-jurídico (como lo demuestra también la proliferación de recursos fundados en este mismo argumento), los casos en que un contrato agota su vigencia durante la tramitación judicial del despido que finalmente es declarado nulo –o con opción de readmisión por el representante, en el marco de las garantías que protegen contra el despido a estos sujetos– deben intentar resolverse, a nuestro modo de ver, y en la medida de lo posible, con la readmisión, que es la consecuencia realmente prevista por la Ley.

(51) SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: “La indemnización por despido...”, *op. cit.*, págs. 3154 y 3155.

(52) Coincidimos con ORTIZ LALLANA, M.C.: *La ejecución...*, *op. cit.*, pág. 276. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La ejecución forzosa...”, *op. cit.*, pág. 242.

(53) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El cumplimiento...*, *op. cit.*, pág. 233.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

En segundo lugar, también puede apreciarse que la premisa construida sobre la base de que el órgano judicial no tiene potestad para extender la duración del contrato, tiene a su vez algunas excepciones. Si lo que se intenta es respetar la voluntad manifestada por las partes en el contrato como único origen de la determinación de la duración del contrato, lo cierto es que hay casos en que esto no es así⁵⁴. De hecho, es la ley laboral la que ha legitimado a las partes para fijar una duración libremente, para a continuación imponer ciertas condiciones. Y es que la cláusula de resolución de un contrato temporal no sólo queda sometida a requisitos de validez, sino que además su determinación debe encuadrarse dentro de unos límites legal o convencionalmente establecidos sobre la duración del contrato según la modalidad elegida. Y es asimismo la Ley —y, en su desarrollo, el convenio colectivo— la que, presumiendo la nulidad del pacto, puede prorrogar forzosamente el contrato o incluso alterar su naturaleza temporal convirtiéndolo en indefinido; atendiendo a circunstancias como las del artículo 15.2 y 3 ET, por no dar de alta al trabajador en la Seguridad Social o por fraude de ley en la celebración del contrato —salvo prueba en contrario del empresario sobre la naturaleza temporal de la prestación del trabajador—, así como por encadenamiento sucesivo de contratos temporales según las reglas del artículo 15.5 ET —que han objetivado dicha presunción en este caso—.

Por ello, no es descartable que dicho pacto, a través del cual las partes pretenden fijar el fin de su relación, llegue a verse alterado por nuevas circunstancias que puedan surgir; en cuanto a “su origen puede ser contractual, legal o judicial y las razones venir de nuevos intereses o circunstancias que no fueron tenidas en cuenta (o no se pudieron tener) en el momento en el que el plazo fue fijado”⁵⁵. Por tanto, el momento de finalización del contrato puede terminar siendo distinto respecto del que fue concertado. Sobre ésta y otras cuestiones profundizamos a continuación.

A) La readmisión ante la invalidez del término del contrato temporal

La fórmula más clara y aceptable de viabilidad de la readmisión en estos casos sería aquella que, manteniéndose la actividad en la empresa, permitiera además la pervivencia de la propia relación de trabajo. Es por ello que “debe ser cuidadosamente medido el impacto de las causas de extinción sobrevenida durante el proceso por despido sobre la pervivencia de la relación que se pretende reanudar”⁵⁶. Lo que debe intentarse, pues, es que la relación no se haya extinguido o se restablezca a raíz de la sentencia para que las consecuencias de los actos infractores puedan cumplirse según predetermina la Ley.

(54) Además, ROMÁN DE LATORRE. M.D. (*La prórroga en la contratación temporal*, Montecorvo, 1988, pág. 30) apostilla sobre este tema: “La fijación de un término, que en general supone la voluntad de las partes de querer dejar de estar ligadas después de él, no significa en el contrato de trabajo otra cosa que una cláusula impuesta por el empresario y ante la cual el trabajador sólo puede optar por someterse a ella o abandonar el trabajo ofrecido”.

(55) ROMÁN DE LA TORRE. M.D.: *La prórroga...*, op. cit., pág. 34.

(56) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Ejecución provisional y definitiva en los procesos de despido” [en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAUS, A. (Edit): *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem ediciones, 1995, pág. 162]: “En el fondo, una preocupación de esta naturaleza es la que preside las reglas sobre acumulación de autos en materia de despido y extinción del contrato por la vía del artículo 50 ET. Y una preocupación de esta naturaleza es la que ha justificado cierta jurisprudencia que ha impuesto la suspensión del proceso de ejecución de un despido si sobreviene un nuevo despido, hasta que no resuelva sobre éste”.

Por ello, la readmisión sería posible, una vez finalizado el plazo previsto para el contrato temporal, si cuestionásemos precisamente la licitud en la extinción del contrato, como apuntaba el Voto particular del Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, en la mencionada STS de 29 de enero de 1997. Sobre la posible impugnación de la validez del término como causa de extinción se argumentaba que “si se llega a la conclusión de que el término no es lícito, el fallo debe prescindir de los efectos reflejos de esa causa extintiva”. Declarando ilícita la finalización del contrato temporal, pues, éste permanecería vigente para cumplir con la readmisión.

a) La invalidez del término por inexistencia de la preceptiva denuncia

Como fundamento de dicha impugnación, cabría pensar que la invalidez del término podría provenir, por una parte, de la ausencia de alguno de sus requisitos formales, como la denuncia; que es “una obligación legalmente exigida para que la llegada del plazo válidamente acordado suponga la efectiva finalización del contrato por tal causa”⁵⁷. En el caso que nos ocupa, esto puede llevarnos a la conclusión de que, si el contrato temporal precisaba de denuncia previa a su extinción, y ésta no se ha hecho en forma por creer extinguido el contrato con el despido –posteriormente declarado nulo–, el contrato se prorrogaría tácitamente hasta su duración máxima o, si la prórroga ya no fuera posible, se presumiría *iuris tantum* su conversión automática en un nuevo contrato indefinido.

Ahora bien, la prórroga tácita o la prolongación indefinida del contrato con carácter automático precisan de la concurrencia de dos circunstancias: una, la falta de denuncia válida, y la otra, la continuación efectiva de la prestación de trabajo⁵⁸. Y, en este sentido, hay que partir de la base de que no se requiere por ley una forma especial para la denuncia⁵⁹, pues podrá ser verbal o escrita –aunque se recomiende que sea por escrito⁶⁰–. Pero esta falta de exigencia de forma *ad solemnitatem* ha servido como argumento para considerar que el solo hecho de no realizar prestación alguna sobrevenido el término ya implica una forma de denuncia⁶¹.

En la misma línea, ante la falta de denuncia por entender extinguido el contrato *ante tempus* a causa del despido, proponía además D. Aurelio Desdentado, en su voto particular, que se interpretara el acto de despido como una manifestación de voluntad del empresario en este sentido, pues “al invocar una causa de extinción antes del vencimiento del término,

(57) ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *La prórroga...*, op. cit., pág. 175.

(58) STS de 19 de enero de 1999 (recurso 1543/1997). Véase también ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *La prórroga...*, op. cit., pág. 181.

(59) CAMPS RUIZ, L.M.: *La contratación laboral temporal*, Tirant lo blanch, 1998, pág. 157.

(60) Entre otros, GARCIA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “El contrato para obra o servicio determinado”, en *La contratación temporal*, GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), Tirant lo blanch, 1999, pág. 82, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Los contratos temporales*, Aranzadi, 2004, pág. 59, o ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *La prórroga...*, op. cit., pág. 178.

(61) Véase la STSJ de Andalucía de 20 de noviembre de 1989 (AS 1989/189), que no consideró irregular ni falta de denuncia el no comunicar en forma escrita al trabajador en situación de ILT (antigua IT) –y, por ello, sin prestar servicios– la imposibilidad de la reincorporación solicitada tras el alta médica. Por su parte, la STS de 16 de enero de 1986 (RJ 1986/237), si bien no reconoció la conversión del contrato temporal en indefinido, sí obligó a la empresa al abono de la correspondiente indemnización por falta de preaviso en la denuncia del contrato temporal mientras el trabajador se encontraba en situación de ILT.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

el empresario realiza ya preventivamente una denuncia”. Verdaderamente, aunque no hay que presumir de manera absoluta que la relación laboral hubiera debido finalizar en el momento previsto –habiéndose posibilidad de prórroga o de renovación del trabajador–, lo cierto es que, habiéndose producido un despido entretanto, lo más probable es que la intención del empresario no hubiera sido prolongar dicha relación más allá del término; aunque también es cierto que si el despido resulta nulo por circunstancias desconocidas para la empresa –como el embarazo de la trabajadora⁶²–, podría hacerle reconsiderar su decisión extintiva.

No obstante, que no se requiera forma especial no impide que la declaración de voluntad subyacente en el ritual de la denuncia “resulte expresa, clara y precisa y que llegue a conocimiento de la persona a quien va a afectar”⁶³. En el artículo 49.c).3 ET, al establecer la obligación de preaviso en los contratos de duración superior a un año, se dice literalmente que “la parte que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del contrato con una antelación mínima de quince días”. Que se hable de una notificación –si bien no se precisa que sea por escrito– al referirse a la denuncia, hace precisa una manifestación expresa de la voluntad del empresario⁶⁴ en el sentido de no prorrogar o renovar dicho contrato, y, sobre todo, que dicha declaración sea “de carácter recepticio”⁶⁵; no siendo suficiente, por ello, con que haya cesado simplemente en el trabajo –lo cual sería una denuncia tácita o directamente falta de denuncia – o, aún más, que por otras causas ajenas a la llegada del término acordado, el trabajador no se encuentre prestando servicios en ese momento.

Más bien al contrario, estas situaciones –provocadas, por ejemplo, por incapacidad temporal, maternidad, etc.– merecen, más si cabe, una comunicación escrita por parte de la empresa denunciando el contrato, para que quede patente que la no prestación de servicios a partir de ese momento se debe no a la causa de suspensión sino a la finalización de dicho contrato⁶⁶.

**LA FALTA DE DENUNCIA,
AUN COINCIDIENDO
CON EL CESE DE
LA PRESTACIÓN DE
SERVICIOS, SERÍA
MEREDEDORA DE UNA
INDEMNIZACIÓN**

(62) Pues se trata de un caso de nulidad del despido con carácter automático, como señaló la STC 92/2008, de 21 de julio.

(63) Véase la referencia, incluso jurisprudencial, en GARCIA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: (“El contrato para obra...”, *op. cit.*, pág. 83).

(64) ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *La prórroga...*, *op. cit.*, pág. 177.

(65) GARCIA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “El contrato para obra...”, *op. cit.*, pág. 82, y ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *La prórroga...*, *op. cit.*, pág. 31.

(66) Señala ROMÁN DE LA TORRE, M.D. (*La prórroga...*, *op. cit.*, pág. 183): “Es pensable que, sea cual sea el estado en que se encuentran las relaciones entre los contratantes, la denuncia es siempre necesaria, porque lo contrario supondría admitir que en ciertos supuestos el término operaríe de forma automática la extinción del contrato, que ya hemos dicho que nunca tiene lugar”.

De hecho, aunque una denuncia expresa y clara está pensada para proteger al trabajador cuando puede dudar sobre la fecha en que termina su contrato (piénsese en la finalización de la obra o servicio determinado o en la reincorporación del sustituido a su puesto), también asegura al empresario que no se va a producir una prórroga innecesaria del contrato o que una indeseada prolongación de servicios no va a exigirle presentar la prueba, siempre difícil, de la naturaleza temporal de la prestación que se ha presumido continuada con carácter indefinido⁶⁷.

En todo caso, cuando no se continúa con la prestación de servicios, la falta de denuncia no parece que pueda dar lugar a una prórroga hasta el término o más allá de éste, pues se dice que ésta debe coincidir con la efectiva continuación de la prestación de servicios⁶⁸. Pero la doctrina más especializada⁶⁹ sostiene que “sea cual sea el estado en que se encuentran las relaciones entre los contratantes, la denuncia es siempre necesaria, porque lo contrario supondría admitir que en ciertos supuestos el término operaría de forma automática la extinción del contrato, que ya hemos dicho que nunca tiene lugar”. Por ello, esta situación irregular no debería tener, al menos, consecuencias idénticas a una denuncia expresa y adecuadamente comunicada al trabajador afectado. Entendemos que la falta de denuncia como tal, aun coincidiendo con el cese de la prestación de servicios, sería merecedora de una indemnización por este motivo a favor del trabajador; como ocurre cuando no se preavisa habiendo obligación de ello.

Para el cálculo de dicha indemnización, podría aplicarse la solución del artículo 8.3 RD 2720/1998 estableciendo que la falta de preaviso “dará lugar a una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido”. Por la falta de denuncia, se valorarían los días transcurridos entre el momento en que la empresa estaba obligada a denunciar el contrato —esto es, cuanto menos el día en que éste debía extinguirse— y el momento en que el trabajador tiene conocimiento de la voluntad empresarial de no prorrogarlo o renovarlo simplemente a través de hechos fehacientes por parte del empresario. Se trataría, por otra parte, de una solución coherente con la que se da en los casos de despido tácito, en los que el trabajador también tiene conocimiento de éste por hechos concluyentes, y en los que se abonan también los salarios de los días transcurridos entre el cese decidido por la empresa y la fecha en la que el trabajador “se da por despedido”; aunque dichos salarios serán en ese caso salarios de tramitación, habida cuenta de la declaración de improcedencia que al menos merecerá dicho despido por defectos de forma⁷⁰.

b) La invalidez del término por nulidad de la decisión extintiva

Tras concluir que la falta de denuncia como defecto de forma, dadas las ambiguas exigencias para su perfecta conformación, no lograría de por sí invalidar el término del contrato

(67) SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Los contratos temporales*, op. cit., pág. 59.

(68) STSJ del País Vasco de 20 de mayo de 1994 (AS 1994, 2296): “acreditada la naturaleza temporal de la prestación y el fin efectivo de ésta, los defectos de forma en que haya podido incurrir la empresa en su comunicación al trabajador carecen de consecuencias respecto de la duración del contrato de trabajo”.

(69) ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *La prórroga...*, op. cit., pág. 183.

(70) Véase el caso, por ejemplo, de la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006, ya citada.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

hasta el punto de conllevar su prolongación automática, podríamos analizar entonces qué ocurriría si, por otra parte, el término del contrato es impugnado por cuestiones de fondo. Imaginemos que la cláusula de resolución del contrato fuera nula o que, en especial, la denuncia del contrato por parte del empresario estuviera viciada de nulidad, —por ejemplo, por discriminatoria, en un caso en que no se denunciaran los contratos de otros trabajadores en las mismas circunstancias por móviles prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico⁷¹.

En estos casos, estaríamos sin duda ante una extinción por vencimiento del contrato que se consideraría nula; lo que sí podría tener como consecuencia que el propio cese llegado ese momento se considerara despido nulo con la correspondiente condena a la readmisión del trabajador. Doctrina reiterada del TC ha considerado que “la discriminación puede viciar actuaciones relativas al acceso al empleo o a su mantenimiento y que, cuando así ocurre, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental, determinando la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio” (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, 173/1994, de 7 de junio, 183/2007, de 10 de septiembre, y la 74/2008, de 23 de junio)⁷².

Todo esto viene conduciendo a una serie de decisiones judiciales sobre actos nulos del empresario que, para proceder a la readmisión, prolongan el vínculo laboral obligándole a la renovación⁷³, aplicándose pues las mismas consecuencias del despido

(71) Un ejemplo claro es el de la STC 74/2008: Encontrándose de baja la trabajadora por una causa directamente relacionada con su situación de embarazo, el Ayuntamiento contrató a otra trabajadora social, para cubrir una plaza de tal categoría en el departamento de Servicios Sociales. Manteniéndose la trabajadora en situación de baja por maternidad, no volvió a ser contratada, a diferencia de los años anteriores, justificando el Ayuntamiento tal decisión en base a su libertad para volver a contratar o no la ejecución de los programas y para contratar a quien quisiera, así como en el hecho de que “estando una persona de baja médica, no es posible físicamente efectuar una contratación”. El TC, siguiendo su propia doctrina en materia de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales y, en particular, en lo referido a decisiones de despido o de extinción de la relación laboral, entiende que los argumentos que se aportan por dicho Ayuntamiento no permiten neutralizar los indicios aportados por la trabajadora y descartar la existencia de una decisión discriminatoria.

(72) Se ha recordado (Véase MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “Embarazo y llegada del término final del contrato de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, Tomo I, 2004, pág. 633) la interpretación de la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 4 de octubre de 2001) contraria a equiparar al despido la negativa a prorrogar el contrato de trabajo a una trabajadora embarazada, debiendo repararse, eso sí, el daño hecho con la discriminación, por lo que propone a los Estados miembros que elijan las sanciones a imponer. En cuanto a cómo influye esta doctrina en nuestro ordenamiento interno, se argumenta, creo que con acierto, que, dado que supondría una disminución del nivel de protección dado por el TC al derecho fundamental, “no resulta posible la aplicación preferente de la norma comunitaria, ni tampoco la interpretación de acuerdo con los principios comunitarios, cuando supongan una reducción del estándar interno de protección de un determinado derecho fundamental”.

(73) Son numerosos los casos en este sentido, con temas distintos al del embarazo de la trabajadora, como es el de la discriminación por motivos ideológicos o religiosos (véase STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2008, ya citada), y más concretamente el de los profesores de religión y moral católica a los que no se renueva el contrato para un curso académico por participar en una huelga. Véase, por ejemplo, el caso similar que finalmente llegó hasta el TS, ante el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Gobierno de Canarias, que en STS de 28 de enero de 2009 (recurso 1274/2008) vuelve a señalar lo siguiente: “como quiera que en este caso la decisión que se ha considerado lesiva de los derechos fundamentales del trabajador ha constituido el único obstáculo para la renovación automática de su nombramiento, la forma de restablecer la normalidad jurídica debe ser aplicar los mismos efectos que el artículo 55.5 ET prevé para las decisiones extintivas del empresario que impiden la continuidad del vínculo laboral —aquí la falta de renovación automática— y son calificadas de despido nulo por vulneración de un derecho fundamental, esto es, la renovación automática del nombramiento del actor para el curso 2001/2002 la condena al abono de los salarios dejados de percibir desde el momento en que se vio impedido de impartir las clases”. También pueden traerse a colación numerosos casos de declaración de despido nulo por no renovación de contrato temporal en virtud de la política empresarial de no renovar el contrato de trabajo a los trabajadores que reclaman su derecho a una relación laboral indefinida —como se ponía de manifiesto, entre otras muchas, en STSJ de Madrid de 5 de junio de 2003 (recurso 2576/03-/) o en SSTSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2008 (recurso

nulo⁷⁴. En estos casos, el juzgador no se plantea dudas ante la llegada del término del contrato, ya que simplemente anula dicho término o, más bien, anula la decisión empresarial de no renovación; y, habiendo posibilidad de readmisión, por no haberse producido cese de actividad o cierre de la empresa, se condena a dicha readmisión. Tampoco se habla de indemnización sustitutoria, aunque sí, en ocasiones, de una indemnización accesoria por daños –que ya venimos defendiendo, de hecho, como elemento de calidad y cantidad que diferencie despidos nulos de despidos improcedentes en el marco de las relaciones de trabajo temporales–.

En otros casos semejantes de invalidez de la causa de extinción –porque, por ejemplo, la condición resolutoria sea abusiva, ilícita o imposible⁷⁵– podría hablarse de fraude en la contratación y sancionar con la conversión del contrato en indefinido. Es el mismo caso que el de renovación de un contrato temporal que ya no admite más prórrogas, por lo que la cláusula extintiva de ese contrato fijando un término es ilegal y dicho contrato se convierte en indefinido –salvo que el empresario demostrara que se trata de otra modalidad contractual de duración determinada, y no se estuviera dentro del supuesto de encadenamiento de contratos temporales del artículo 15.5 ET que convierte al trabajador en fijo *iuris et de iure*–.

B) La readmisión ante un despido nulo efectuado con anterioridad al vencimiento del contrato

En un principio, puede pensarse que lo dicho hasta ahora en nada afecta a los casos en que la nulidad se produce en un acto extintivo anterior y distinto a la fecha o momento de vencimiento pactado por las partes en el contrato temporal. Desde el punto de vista fáctico, es distinto que la denuncia del contrato temporal o su no renovación –en definitiva su extinción– se constituyan como una decisión nula convertida en despido nulo por deberse a una causa prohibida por el ordenamiento laboral, a que un despido nulo propiamente dicho extinga *ante tempus* el contrato.

Se dice que la declaración de nulidad del despido afecta a los efectos llamados a producir o que son propios del acto extintivo declarado nulo, pero ¿ello incluiría la propia finalización del contrato temporal por otras causas? Porque si la respuesta es negativa sin más y la condena de readmisión llega vencido el contrato, su extinción por este último motivo es lícita y, por tanto, no cabría exigir al empresario su prórroga o renovación.

Pero lo cierto es que toda la doctrina creada en torno a la condena de readmisión, anulando las decisiones empresariales de no renovación cuando son discriminatorias o por móviles prohibidos, está juzgando una situación que, en el fondo, no dista tanto de la de

4196/2008) y de 17 de diciembre de 2008 (recurso 4904/2008)–, que condenan a readmitir en las mismas condiciones y a abonar los salarios hasta la efectiva reincorporación del trabajador.

(74) Como señaló CABEZA PEREIRO, J. (“Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, núm. 61, 2000, pág. 37), “siendo el despido disciplinario el régimen común y supletorio de las extinciones por voluntad del empresario, debe concluirse que estas reglas son de aplicación también al desistimiento empresarial durante el período de prueba y a la no renovación de los contratos temporales”.

(75) Véase, al respecto, la completa exposición sobre los supuestos de nulidad de las diversas causas de extinción del contrato distintas al despido efectuada por BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: *La nulidad de la extinción...*, op. cit., págs. 509 y ss.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

un despido nulo, por idénticos motivos, pero efectuado con anterioridad durante la vigencia del contrato, como para prevenir efectos tan desiguales. En realidad, la diferencia estriba en el momento en el que el empresario decide acometer el acto nulo. En el caso de la extinción *ante tempus* calificada de despido nulo, el empresario simplemente no esperó a que llegase el tiempo de denunciar el término del contrato, prefiriendo dar por finalizada la relación laboral con antelación.

Provoca injusticia material, pues, que, dependiendo del momento en que se decidiera acometer el acto nulo, fuera posible o no la continuación de la relación laboral más allá del término fijado —como tampoco considerábamos justo que se condenase a la readmisión si aún quedaba tiempo de contrato, por poco que fuera, y se indemnizara cual despido improcedente si ese tiempo ya había pasado—. De esta manera, un empresario que decidiera extinguir el contrato de un trabajador por motivos prohibidos y sancionados con la nulidad del despido, sólo tendría que adelantarse al momento de una previsible expectativa de renovación, y así esperar a que el contrato expirara “lícitamente”. Si, por el contrario, esperase al momento de esa posible renovación y no renovase por las mismas causas prohibidas, los tribunales le obligarían a renovar para poder cumplir con la consecuencia del restablecimiento del derecho a la situación anterior a que se produjese el acto nulo⁷⁶.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que la condena a la readmisión en los casos de nulidad del despido también tiene el objetivo de conseguir la ineficacia del despido. Especialmente cuando éste afecta a derechos fundamentales⁷⁷, si bien debe

LA FORMA DE REPONER AL TRABAJADOR EN LA SITUACIÓN ANTERIOR ES, FUNDAMENTALMENTE, READMITIÉNDOLO

(76) Incita aún más a llegar a este tipo de semejanzas determinadas declaraciones judiciales como las de la STS de 28 de enero de 2009 (ya mencionada con anterioridad) y la posterior STS de 6 de mayo de 2009 (recurso 1912/2008) en los términos siguientes: “Sin que sea óbice para ello que el actor haya accionado por despido cuando en realidad lo que se produjo fue una falta de contratación. Y ello porque, como ya dijimos en la Sentencia de 19 de abril de 2005 (recurso u.d., 855/2004) ‘esa incorrección en el planteamiento de la pretensión es puramente formal y formal es también la inadecuación de procedimiento que produce, pues en definitiva lo que se pide es que el actor sea de nuevo contratado para el curso 2001-2002 y se le abonen los salarios que ha dejado de percibir como consecuencia de no haberle proporcionado empleo desde la fecha en que debió ser contratado al comienzo del curso’. El defecto podría, por tanto, ser superado sin dificultad”.

(77) Distintos son los casos de despidos objetivos declarados nulos por defectos de forma, a los que perfectamente puede suceder un segundo despido subsanando dichos defectos, lo que mantiene extinguida la relación laboral aun cuando se declare la nulidad de la primera extinción. En realidad, como pone de manifiesto la STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2002 (recurso 2910/2001), “cierto es que no cabe considerar incumplida la obligación de readmitir si, al tiempo de tener que atenderla, el empresario procede a una segunda extinción contractual alegando la concurrencia de una nueva causa para ello o, incluso, por la misma causa ya invocada, pero siempre que, en este caso, se trate de subsanar defectos de forma en la adopción de una decisión extintiva que se ha calificado nula o improcedente por esos defectos, sin que haya entrado a juzgar las razones de fondo alegadas para extinguir el contrato (artículos 53.4 y 55.2 ET). (...) En efecto, cierto es que la condena a la readmisión no inmuniza al trabajador contra posteriores extinciones contractuales y ni tan siquiera le garantiza la efectiva reanudación de los servicios, sino únicamente impone la reanudación del vínculo laboral previamente extinguido y en las mismas condiciones que regían antes del despido. Restablecimiento del contrato que no impide el sometimiento de la relación, desde ese momento, a los avatares propios de nuevas medidas modificativas, suspensivas o extintivas de la misma. Pues bien, los concretos términos en que se funda una segunda decisión extintiva son la mejor prueba, en general, de que el empresario ha aceptado la reincorporación, pues de lo contrario carece de todo sentido que vuelva a extinguirlo”.

sustanciarse a través del proceso especial de despido, ello “no impide la extensión de las garantías del proceso de tutela”⁷⁸. Ya se hizo referencia al inicio de este trabajo al artículo 180.1 LPL, que prevé, además del cese de la conducta y la reparación de las consecuencias derivadas de ella (indemnización por daños y perjuicios o indemnización adicional ya prevista de 15 días de salario), la orden de reposición de la situación al momento anterior a producirse el acto declarado nulo. Si éste ha sido un despido, consideramos que la forma de reponer al trabajador en la situación anterior es fundamentalmente readmitiéndolo. Y es que nuevamente la Ley, una y otra vez, nos reconduce siempre a la misma solución.

Lo cierto es que la posibilidad de restablecimiento jurídico de una situación anterior, a modo de renacimiento o reconstrucción de una relación laboral tras una declaración judicial de nulidad del despido, es algo naturalmente reconocido y aplicado⁷⁹. De lo contrario, no haríamos sino beneficiar de algún modo al sujeto infractor condenándole en el peor de los casos a una indemnización similar a la prevista para una infracción menos grave como es la de despedir improcedentemente –también sin causa justificada, pero sin concurrir los móviles “particularmente odiosos” del despido nulo–. Llevando la consideración de ineficacia a su máxima expresión, es como realmente se cumpliría más adecuadamente con el principio de efectividad de la sanción de nulidad, pues una moderación de ésta nunca es una solución verdaderamente proporcional con el daño sufrido por el sujeto protegido.

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS DE UNA PRÓRROGA LEGAL O JUDICIAL DEL CONTRATO TRAS LA CONDENA DE READMISIÓN

Si se produce el restablecimiento del vínculo laboral como consecuencia de la condena a la readmisión, se termina impidiendo que el contrato de trabajo finalice tal y como fue acordado por las partes; aunque también se acordó que el trabajador prestaría su trabajo durante un determinado período de tiempo y el empresario incumplió dicho acuerdo rescindiendo el contrato por causas prohibidas. A pesar de ello, lo cierto es que nos encontramos ante la complicada situación para el empresario de tener que dar ocupación efectiva al trabajador readmitido, en contra de su voluntad y de sus expectativas; pues es

(78) MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, 2009, pág. 885.

(79) STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2003 (recurso 593/2003) “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y del artículo 3 del Convenio 158 (RCL 1985, 1548) de la OIT y así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en Sentencia de 33/1987, de 12 de marzo (RTC 1987, 33) invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto del despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular”. Por otra parte, también confirma esta tesis la nueva redacción del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores que en su núm. 7 dispone que “el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo...”; lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido. Y la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación [Sentencia de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9718), que sigue otras anteriores] es coherente con el argumento antes expuesto”.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

muy probable que, al haber procedido al despido, la permanencia de este trabajador en su organización no sea algo que tuviera previsto.

Pero, según puede desprenderse de los contenidos de los fallos de las distintas resoluciones judiciales sobre el tema, los problemas a los que pueda enfrentarse el empresario tras el cumplimiento de la condena de readmisión no parecen preocupar especialmente a los tribunales. Si bien es cierto que la Ley, cuando sanciona con la conversión de los contratos en indefinidos, suele hacerlo bajo la presunción de la naturaleza indefinida de la prestación —permitiendo incluso, salvo excepciones, que se enerve dicha conversión tras la prueba de su naturaleza temporal—; cuando es el órgano judicial el que obliga a prolongar dicha relación contractual, nada se apunta, en la mayoría de los casos, sobre su alcance temporal. Y ello puede estar afectado a cuestiones como la posible vulneración de la libertad de contratación del empresario, o más concretamente sobre sus necesidades actuales de mano de obra, o sobre la posibilidad de transformación de la naturaleza del contrato por mor de la prórroga judicial —aspectos que, no obstante, trataremos enseguida—.

En cuanto a cómo afecta este tipo de prórrogas impuestas u obligatorias a la libertad de contratación del empresario, contenida dentro del derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE —como señalara la STC 147/1986, de 25 de noviembre, definiéndola como “la libertad del empresario actual para seleccionar a sus trabajadores”—, hay que partir de la base de que “no se trata de una libertad absoluta”⁸⁰. Esta libertad de contratación se encuentra ya sometida a un buen número de límites tanto legales —como, por ejemplo, la reserva de puestos de trabajo a favor de minusválidos⁸¹— como convencionales —en relación, principalmente, con las denominadas cláusulas de empleo en los convenios colectivos—; a lo que habría que añadir especialmente el derecho a la intimidad de los trabajadores en las pruebas de selección y la prohibición de discriminación. Límites como éstos no sólo se deben tener en cuenta a la hora de la selección de trabajadores a contratar, sino también a la hora de la readmisión o la renovación de contratos con que se sanciona al empresario por la nulidad de su decisión extintiva. Podríamos decir que lo que se afecta con las consecuencias de la sanción de nulidad no es tanto la libertad de contratación, sino la libertad de extinción del contrato de trabajo. Pero, ya sabemos también que, en nuestro ordenamiento jurídico, la mera voluntad del empresario no es causa suficiente para extinguir incondicionalmente el contrato.

A) La duración del contrato prorrogado tras la condena de readmisión

También se plantea para la empresa, llegada esta situación, que la imposición de renovación del contrato de un trabajador lo convierta en indefinido. Se trataría de una transformación de la naturaleza temporal del contrato en indefinida por la vía judicial, aunque no siempre tiene por qué ser así. En realidad, dependería del caso.

Así, la propia STC 173/1994, de 7 de junio, acerca de la readmisión de un trabajador con contrato temporal para el fomento del empleo, no dio como solución una transformación

(80) MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 189.

(81) Artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos y RD 364/2005 de 8 de abril.

del contrato en indefinido, sino que “el efecto anulatorio afectaría a la denegación de la prórroga, y por ello, eliminada esa denegación, habría de entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período el primitivo contrato temporal”. También el TS, en Sentencia de 6 de mayo de 2009⁸², intenta respetar al máximo la naturaleza específica de un contrato que es anual, obligando a su renovación automática por un curso más –nuevamente en un caso de no renovación a una profesora de religión por lesión de sus derechos fundamentales, la cual necesitará en cursos subsiguientes la renovación de su nombramiento–; lo cual es muy importante cuando una transformación en contrato indefinido en determinados ámbitos como el de las Administraciones Públicas pudiera suponer la vulneración de los artículos 9.3, 14 y 103.3 CE por no cumplirse los requisitos de mérito y capacidad constitucionalmente exigidos.

Cuando concurren móviles discriminatorios respecto a otros trabajadores de la empresa, se propone también que la prórroga “deberá realizarse en los términos fijados previamente o, en el caso de que no se hubiesen fijado pero existiesen otros trabajadores con los que se pudiera comparar la situación, se prorrogará en las mismas condiciones de aquéllos”⁸³. Y si no se diese ninguna de las anteriores circunstancias, estaríamos a lo previsto en el artículo 49.1.c) ET, por lo que la prórroga, salvo prueba en contrario del empresario, deberá entenderse hasta la duración máxima prevista para ese contrato⁸⁴.

Puestos a proponer soluciones, podemos avanzar alguna más, aunque fuera a título de *lege ferenda*. Así, por ejemplo, la ficción jurídica en que, en realidad, se basa la obligación de readmisión dictada en sentencia por despido nulo, y que no es otra que el restablecimiento de la situación anterior al despido, podría verse acompañada de la estimación por el juez de una suspensión o interrupción del cómputo de duración del contrato desde que se produjo el acto extintivo hasta la notificación de la sentencia. Con ello, se conseguiría fundamentalmente “congelar la llegada del término del contrato temporal” –sin perjuicio del derecho a recibir los salarios dejados de percibir por el tiempo real transcurrido, e incluso la correspondiente indemnización por daños y perjuicios–. Se trata de una figura no ajena del todo a la contratación temporal, pues es lo que podría ocurrir si, siguiendo la letra del artículo 7 del RD 2729/1998, las partes acordaran que la suspensión del contrato habría de comportar la ampliación de su duración.

De este modo, se estaría volviendo al momento o tiempo contractual en el que se produjo la decisión extintiva empresarial y además el contrato temporal no se consideraría extinguido en ningún momento –lo cual no es baladí, si atendemos a la importancia que se le da, como ya hemos comprobado, a la pervivencia de la relación contractual para posibilitar la readmisión–. Reconstruida la relación laboral, deberá producirse la continuidad del trabajador por la duración que le restaba al contrato –al menos– al tiempo en que se produjo el despido nulo. No se estaría con ello transformando la naturaleza temporal de la relación en indefinida, pues el contrato terminaría cuando se cumpliera el tiempo res-

(82) Recurso 1912/2008.

(83) MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “Embarazo y llegada del término...”, *op. cit.*, pág. 632.

(84) ALFONSO MELLADO, C.L.: “Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo”, *Poder Judicial*, núm. 35, 1994, págs. 388 y 389.

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

tante; no afectando por tanto tampoco la mayor o menor premura en resolverse el juicio en relación con la fecha inexorable del término acordado que pone fin a la relación laboral.

En cualquier caso, si no hay otros elementos que permitan una solución más ajustada al caso concreto, la solución universal, siguiendo la pauta legalmente fijada con carácter general sobre tática reconducción del contrato de trabajo, es la de la prórroga del contrato con carácter indefinido⁸⁵, salvo prueba en contrario del carácter temporal de la prestación. La posibilidad de prueba en contrario del empresario que acreditase la naturaleza temporal del trabajo podría anular la posibilidad de prolongación del contrato, pero ya tendría aquél que hacer el esfuerzo de probar que la tarea temporal ya ha terminado; porque, si realmente no ha terminado o no tiene modo de probar la temporalidad –en ocasiones, sacando a la luz el fraude de dicha contratación temporal–, el cumplimiento *in natura* de la obligación de readmisión habría logrado su máxima eficacia⁸⁶.

En todo caso, creemos que es importante que se admita esta prueba en contrario que demuestre la naturaleza temporal de la prestación que se prorroga, puesto que “por propia naturaleza de la prestación cuando ésta es temporal, no todos los contratos por tiempo cierto son susceptibles de ser prorrogados, al menos, por un período excesivo”⁸⁷. La posibilidad de prueba en contrario permite conciliar los intereses en juego, dando la oportunidad al trabajador de continuar trabajando, y al empresario de no soportar el absurdo de un trabajador indefinido con una prestación temporal que tiene fecha de caducidad.

LA POSIBILIDAD DE PRUEBA EN CONTRARIO PERMITE CONCILIAR LOS INTERESES DEL TRABAJADOR CON LOS DEL EMPRESARIO

(85) Aunque se podría copiar el modelo del arrendamiento de cosa de derecho civil (artículo 1566 CC), que reconoce la tática reconducción transcurridos 15 días desde el término del contrato, aunque continuándolo temporalmente por el tiempo determinado en la propia ley.

(86) Un caso similar es el debatido en la STSJ de Extremadura de 26 de septiembre de 2006 (recurso 570/2006), en el que la impugnación del cese por parte de una trabajadora durante el disfrute de reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de 6 años alegando despido nulo conduce al siguiente resultado: “aunque el juzgador de instancia razone en el tercer fundamento de derecho de su sentencia, para rechazar la pretensión de nulidad, que la entidad demandada ha entendido que la relación laboral de la actora concluyó el día del cese por terminación de contrato y que no la ha despedido por su anterior estado de gestación y por su actual condición de madre de un menor lactante, resulta que con anterioridad ha razonado también que no existía causa de temporalidad alguna en la contratación porque las tareas que venía desarrollando la demandante obedecían a necesidades permanentes y ordinarias de la demandada, hasta el punto de que su puesto ha sido ocupado por otro trabajador tras su cese, por lo cual considera que debe apreciarse fraude de Ley y abuso de derecho, circunstancias todas ellas que, en contra de lo que se concluye en la sentencia recurrida, determinan la nulidad del despido porque no puede considerarse que, acreditados los indicios de que su decisión obedeció a motivos discriminatorios, la empresa demandada haya probado que existieran causas suficientes, extrañas a la lesión del derecho fundamental, que permitan calificar su decisión como razonable”.

(87) ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *La prórroga...*, op. cit., pág. 54.

B) Los problemas organizativos derivados de la desaparición del objeto del contrato

Ahora bien, solucionados en cierto modo los problemas de duración de la prórroga del contrato, esta imposición sobre el mantenimiento del vínculo contractual con el trabajador también trae otras complicaciones para la empresa de orden práctico. Y es que, en muchas ocasiones, será posible esta prolongación del contrato cuando el puesto o la actividad realizada por el trabajador no hayan desaparecido aún. Pero sí que plantea problemas organizativos si se ha producido ya la desaparición del objeto del contrato, lo que es ciertamente probable en los casos de contratación temporal sujeta a necesidades de mano de obra de naturaleza temporal.

En todo caso, creemos que la empresa estaría obligada a reincorporar al trabajador en la medida de lo posible. Así se deduce, por ejemplo, de casos similares como cuando la empresa debe cumplir con la garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores [artículo 68.b) ET]. Podemos traer a colación Jurisprudencia del TS en casos de Expediente de Regulación de Empleo⁸⁸, obligando a la empresa a acreditar la concurrencia de razones organizativas o productivas de entidad que justifiquen la no permanencia del representante de los trabajadores, en el sentido de que debiera haber existido demostración concreta sobre su inidoneidad para desempeñar otros puestos restantes en la empresa o realizar sus funciones en sustitución de los trabajadores eventuales contratados.

Ya se hizo referencia, en epígrafes anteriores, a la doctrina que, interpretando el alcance de la excepción del artículo 284 LPL por cese de la actividad de la empresa, no incluía el supuesto en el que hubiera desaparecido el puesto de trabajo o la concreta actividad laboral desarrollada por el trabajador, por lo que la empresa tendría que hacer uso de las facultades inherentes a su poder de dirección y al *ius variandi* que le reconoce el ordenamiento laboral, recolocando a dicho trabajador. Mediante la aplicación de las reglas del artículo 39 ET —como ya se propuso— o incluso de los artículos 40 y 41 ET sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, respectivamente, puede mantenerse a un trabajador en el seno de la organización empresarial.

No obstante, fundamentalmente en los casos de los artículos 40 y 41 ET, sería importante que concurriese la “conformidad o aquiescencia del trabajador demandante ante dicho cambio tan sustancial de sus condiciones de trabajo”, como recordaba la STSJ de País Vasco de 8 de noviembre de 1994, ya mencionada, pues éste podría plantear un incidente de no readmisión o readmisión irregular. No obstante, la falta de acuerdo con el trabajador y la imposibilidad empresarial de reincorporarlo a las exactas condiciones anteriores traería como consecuencia, en nuestra opinión, más que una indemnización sustitutoria por virtud del artículo 284 LPL —pues, al no cesar la actividad de la empresa, sigue sin haber correspondencia literal entre el caso planteado y la excepción recogida en el precepto—, una aplicación de las consecuencias previstas en los artículos 40 y 41 ET para estos casos. Justificada la medida modificativa, el trabajador podría extinguir el contrato con derecho a indemnización de 20 días de salario por año de servicio, si se tratase de un traslado o

(88) STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 6 de mayo de 2003 (recurso 7034/1998).

La readmisión por despido nulo del trabajador temporal

de una modificación sustancial de condiciones sobre tiempo de trabajo –jornada, horario o régimen de trabajo a turnos–. Para otras condiciones laborales, la mera disconformidad del trabajador con la medida modificativa y su deseo de extinguir la relación laboral no comportarían el derecho a ninguna otra indemnización sustitutoria.

En definitiva, en muchos de estos casos que hemos analizado, tras la condena a la readmisión o la obligación de renovación, la empresa debe soportar la carga de seguir contando con un trabajador que posiblemente ya no necesita, pues es claro que las causas, por las que los contratos temporales con frecuencia se celebran, obedecen a razones empresariales que pueden no concurrir en el momento en que definitivamente se termine prestando el trabajo. Pero también es cierto que, si bien es éste un tema planteado especialmente a propósito de los contratos de duración determinada por la naturaleza temporal de su objeto, ello no debe suponer un obstáculo para reconocer, por otras razones de justicia material y congruencia con las consecuencias propias de un acto nulo, que puede obligarse a cualquier tipo de prolongación del contrato más allá de los límites pactados o queridos por las partes en un inicio; sobre todo, habida cuenta de que el propio ET, en algunos casos, al establecer plazos máximos de duración no siempre los vincula directamente con la duración del objeto (como puede ocurrir en el contrato de obra o servicio determinados), sino que permite que se acuerde un tiempo cierto sin perjuicio de que la causa de temporalidad desaparezca con anterioridad a la finalización del contrato (como serían los casos de contrato eventual)⁸⁹.

Tampoco debe olvidarse que la condena a la readmisión es uno de los efectos de la sanción impuesta como consecuencia del acto prohibido llevado a cabo por el empresario. En muchos casos, no deberá hablarse de imposibilidad de la readmisión –sobvenido el vencimiento del contrato temporal– cuando, salvados de una u otra forma algunos de los obstáculos técnico-jurídicos que se plantean, en realidad sólo se está ante un contratatiempo para la empresa que, llegada la fecha en que previó la terminación del vínculo laboral, debe recolocar al trabajador. Si la empresa sufre algún tipo de perjuicio, éste es el reflejo de esa sanción que se le impone por el despido nulo practicado sobre un trabajador temporal –que, precisamente por su temporalidad, es doblemente discriminado pues se convierte en una víctima más fácil de comportamientos prohibidos si éstos pueden ser compensados con modestas cantidades económicas y no con los efectos más gravosos previstos para una sanción de nulidad–; sanción que, por otra parte, ha sido y es perfectamente aplicada ante otras extinciones nulas con fundamento similar.

(89) Como se pone acertadamente de manifiesto en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Los contratos temporales*, op. cit., pág. 140, haciendo referencia a la STS de 14 de febrero de 1999 (RJ 1999/1594) expresada en los siguientes términos: “De esta forma, se introduce una desconexión entre la causa de la temporalidad y la vigencia del contrato: la causa justifica el recurso a la temporalidad, pero no determina, al menos de forma completa, la duración del contrato, pues la relación puede extinguirse aunque subsista la causa y ésta podría desaparecer, y mantenerse, sin embargo, el vínculo, si no ha vencido el término pactado o el máximo aplicable”.

La formalización del contrato del trabajador autónomo dependiente: ¿requisito constitutivo o meramente probatorio?

RUBÉN DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN

Abogado laboralista
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Resumen

LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO DEPENDIENTE: ¿REQUISITO CONSTITUTIVO O MERAMENTE PROBATORIO?

En el presente estudio se analiza uno de los aspectos que mayor polémica ha suscitado en el régimen de los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TRADE) de la Ley 20/2007 y su Reglamento de desarrollo, esto es, si la comunicación al cliente y la formalización del contrato que la precitada normativa exige supone requisito constitutivo o meramente de carácter probatorio de esta especial relación o, dicho de otra forma, si para poder desplegar el

régimen del TRADE resulta necesario cumplir con la obligación de comunicación y posterior formalización escrita del contrato o, por el contrario, es una mera formalidad cuyo incumplimiento no puede acarrear la inaplicación de la norma. Y para ello, se analizan las diversas resoluciones judiciales que, a falta de un criterio unificador del Tribunal Supremo, se han ido dictando desde la entrada en vigor de la reiterada norma básica del TRADE.

Abstract

THE FORMALIZATION OF THE DEPENDENT SELF-EMPLOYED CONTRACT: CONSTITUENT OR A MERELY EVIDENCE REQUIREMENT?

The present studio analyzes one of the aspects that has brought about a greater polemic within the regime of the Economically Dependent Self-employed (TRADE) of the Law 20/2007 and its development Regulation, this is, if the communication to the client and the formalization of the contract that the aforementioned regulation requires,

constitutes a constituent requirement or merely of an evidence character of this special relationship or, said in another way, if to be able to deploy the regime of TRADE it is necessary to accomplish with the communication obligation and the later written formalization of the contract or, on the contrary, it is a mere formality whose noncompliance cannot entail

the inapplicability of the norm. And to that end, it is analyzed the various judicial resolutions which, due to the lack of a unifying criteria

in the High Court, have been issued since the coming into effect of the basic reiterated norm of TRADE.

Sumario

I. Introducción. II. Situación tras la entrada en vigor de la Ley 20/2007. III. Situación tras la entrada en vigor del reglamento del TRADE. IV. Conclusión: la necesaria distinción entre la comunicación del TRADE y la formalización del contrato.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, son numerosos los interrogantes que quedaban suspendidos cual partículas en el aire. Entre ellos, especial atención merecían los atinentes al régimen del –paradójicamente denominado– Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE): los criterios determinantes del porcentaje del 75% de ingresos exigidos para considerar la existencia del TRADE, si la formalización del contrato era condición *sine qua non* para aplicar este régimen especial a caballo entre la relación laboral ordinaria y civil, los criterios para la fijación del monto indemnizatorio en caso de la extinción del contrato, etc.

Tal situación de incertidumbre había hecho que no pocos esperásemos la promulgación del desarrollo reglamentario de la norma rectora del trabajo autónomo como agua de mayo, con la premisa previa de que, a buen seguro, el exiguo plazo de un año que se había marcado el legislador para tal desarrollo sería incumplido, vaticinio que se desveló como realidad al comprobar cómo sería el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero (BOE de 22 de mayo), el elegido para colmar los vacíos interpretativos de la norma.

No obstante lo anterior, y aun debiendo reconocer un esfuerzo de concreción al tan citado Real Decreto, lo cierto es que, de su mera lectura, puede comprobarse cómo no son pocas las cuestiones que continúan vacías de la necesaria precisión para dar satisfacción al tan deseado principio de seguridad jurídica que reina en nuestro ordenamiento.

Tal déficit normativo ha hecho que, nuevamente, sean los órganos jurisdiccionales del orden social los llamados a realizar la función que el legislador ha omitido, con el serio riesgo de que aquéllos usurpen la función legislativa que no les corresponde.

Dejando aparte tales reflexiones, y en lo que al presente estudio interesa, hay que hacer notar que, precisamente en lo que se refiere a la necesidad de comunicación del TRADE de su condición al cliente y la forma escrita del contrato de esta relación especial, las normas parecen ser lo suficientemente claras y explícitas como para pensar que la labor judicial tiene poco margen de apreciación.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad. En efecto, a pesar de los aparentes términos precisos que regulan esta cuestión, y a falta del ejercicio de la función nomofiláctica reservada de forma exclusiva y excluyente a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, las resoluciones dictadas al calor del requisito de la necesaria comunicación y la formalización del contrato difieren en lo que respecta a si el precitado requisito es constitutivo o meramente de carácter probatorio.

Pues bien, es precisamente esta cuestión la que trataremos en las siguientes líneas, a cuyos efectos haremos una distinción entre la situación existente antes y después de la entrada en vigor del Reglamento del TRADE.

II. SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 20/2007

En la Ley 20/2007, de 11 de julio, es su artículo 12.1 el encargado de prescribir que “el contrato para la realización de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente celebrado entre éste y su cliente deberá formalizarse siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente. Dicho registro no tendrá carácter público”, añadiendo que “reglamentariamente se regularán las características de dichos contratos y del Registro en el que deberán inscribirse, así como las condiciones para que los representantes legales de los trabajadores tengan acceso a la información de los contratos que su empresa celebre con trabajadores autónomos económicamente dependientes. De dicha información se excluirá, en todo caso, el número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro dato que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal”.

Como puede comprobarse, la redacción de este artículo guarda un cierto paralelismo con el artículo 4.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, a tenor del cual “el contrato especial del trabajo del personal de alta dirección se formalizará por escrito, en ejemplar duplicado

**LAS RESOLUCIONES
JURISPRUDENCIALES
DIFIEREN SOBRE SI
EL REQUISITO DE QUE
EL CONTRATO CONSTE
POR ESCRITO
ES CONSTITUTIVO O
MERAMENTE PROBATORIO**

do, uno para cada parte contratante”. Sin embargo, y a diferencia de la Ley 20/2007, el mismo precepto añadía que “en ausencia de pacto escrito, se entenderá que el empleado es personal de alta dirección cuando se den los supuestos del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores¹ y la prestación profesional se corresponda con la que define el artículo 1.2 del presente Real Decreto”.

De esta forma, la propia norma configuraba la forma escrita del contrato de alta dirección no como requisito *ad solemnitatem* sino meramente de presunción *iuris tantum*, tal y como ocurre con los contratos que el apartado 2² del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores señala.

Por otra parte, ésa es la solución que, prácticamente sin fisuras, dio la doctrina jurisprudencial y de suplicación. Así, desde resoluciones como la STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1859) –entre otras muchas– se dejó claro que “la exigencia de forma escrita en el contrato en dicho Real Decreto 1328/1985 no es requisito constitutivo o *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*, como lo revela que después de establecerse en el artículo 4, punto uno, párrafo 1º, de aquél, que ‘el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección se formalizará por escrito...’ añade en su párrafo 2º que ‘en ausencia de pacto escrito, se entenderá que el empleado es personal de alta dirección cuando se den los supuestos del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores’”.

Con tal panorama, lo cierto es que, a la hora de determinar la existencia o no de un TRADE, era inevitable acudir a los mismos criterios que la doctrina había labrado a propósito de otras relaciones y del propio artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.

En relación con lo anterior, la STSJ de Castilla y León de 29 de octubre de 2008 (AS 2799) indicaba que el requisito de forma escrita no es constitutivo y que lo esencial es que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la norma. Y ello sobre la base de los siguientes argumentos, a saber:

a) El artículo 1278 del Código Civil establece como norma general de todo el Derecho español de contratos su naturaleza consensual, de manera que “los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”, y así, conforme al artículo 1279, cuando la Ley exija el otorgamiento de escritura u otra forma especial, ello tiene como única consecuencia que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, pero no la nulidad del contrato.

(1) El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

(2) Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación, los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, los contratos de trabajo a domicilio, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, así como los de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas. De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

Naturaleza de la formalización del contrato del trabajador autónomo dependiente

b) Que ni en el artículo 12 de la Ley 20/2007 ni en ninguna otra disposición del Estatuto del Trabajo Autónomo se dice que el incumplimiento de los requisitos de forma regulados en dicho precepto tenga otro efecto distinto al previsto en el artículo 1279 del Código Civil, ni mucho menos la nulidad del contrato, por lo que, en ausencia de disposición expresa, han de jugar con carácter supletorio las normas del Código Civil anteriormente expresadas.

c) Que en aquellos supuestos en los que la ley exige un requisito de forma *ad solemnitatem* y no meramente *ad probationem*, como ocurre en el artículo 1280 del Código Civil, la consecuencia de su incumplimiento es la nulidad del contrato, haciendo inexigibles sus prestaciones y obligando a las partes a la restitución, conforme al artículo 1303 del Código Civil. No existe amparo normativo para pretender que la forma o su ausencia, en un caso como el aquí analizado, sea determinante de la aplicación al contrato de uno u otro régimen jurídico (el del trabajador autónomo económicamente ordinario o el del trabajador autónomo ordinario), esto es, incluso si la forma se entendiese como requisito constitutivo del contrato, la consecuencia sería su nulidad, no la aplicación de un régimen jurídico distinto.

d) No habría tampoco en la norma pautas para distinguir entre los tres requisitos de forma allí establecidos a efectos de determinar las consecuencias de su incumplimiento. Esto es, si se entendiese que la forma es constitutiva, ello habría de predicarse respecto de los tres requisitos de forma escrita, registro y copia básica, lo que resulta absurdo.

e) Finalmente, hay que tener en cuenta el paralelismo de la regulación del Estatuto del Trabajo Autónomo con la contenida en el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, sostiene que el artículo 12.1º del Estatuto del Trabajo Autónomo tiene como referencia el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, en el que también se establecen determinados requisitos de forma para determinados contratos de trabajo, así como de registro y de entrega de copia básica, regulación que, obviamente, ha inspirado la contenida en el Estatuto del Trabajo Autónomo. En el número 2 del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores se establece, para determinados contratos, la obligación de forma escrita, pero su consecuencia en este caso está regulada legalmente, de manera que, efectivamente, no queda afectada su validez, sino su régimen jurídico, pero solamente en base a una mera presunción *iuris tantum*.

Con todo ello, la resolución del Alto Tribunal castellano-leonés concluye que “la falta de forma escrita determina simplemente una presunción *iuris tantum* de que nos encontramos ante un trabajador autónomo ordinario, mientras que el acogimiento a la forma escrita genera la presunción contraria a favor de la existencia de un trabajador autónomo económicamente dependiente. Pero ambas presunciones son *iuris tantum*, al igual que en el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, afectan únicamente a la distribución de la carga de la prueba y pueden romperse mediante prueba en contrario que acredite el cumplimiento de los requisitos del artículo 11 de la Ley 20/2007” añadiendo que “de lo contrario, resultaría que la aplicación del régimen legal previsto en la Ley para los trabajadores autónomos económicamente dependientes carecería de virtualidad salvo que las dos partes consintieran en su aplicación, lo que parece que no es la intención del legislador, que expresamente se refiere en la Exposición de Motivos de la Ley a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social que consiste en la existencia de un colectivo de

trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata, lo que se hace mediante la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, estableciéndose una regulación garantista para el trabajador autónomo económicamente dependiente, en virtud de esa situación de dependencia económica. Tal finalidad garantista quedaría sin objeto si el cliente del cual el trabajador autónomo depende económicamente pudiera excluir la aplicación de la norma simplemente dejando de cumplir las disposiciones sobre forma escrita y registro”. En el mismo sentido, STSJ de Aragón de 4 de febrero de 2009 (AS 943).

De esta forma, la cuidada y desarrollada argumentación del Tribunal se centra en considerar i) la inexistencia en la norma de la sanción de inexistencia del régimen del TRADE en la norma que lo regula, ii) la aplicación supletoria del Código Civil y artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, que configuran a la forma escrita como mero requisito *ad probationem*, que admite prueba en contrario y iii) que lo contrario sería dejar a criterio de las partes la aplicación del régimen de TRADE, sustrayéndose así de la finalidad de la norma.

No obstante lo anterior, hay que destacar que el desarrollo reglamentario da una nueva vuelta de tuerca a este argumento, tal y como analizamos a continuación.

III. SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO DEL TRADE

Si la Ley 20/2007 levantaba dudas interpretativas sobre la necesaria comunicación de la condición de TRADE al cliente y la formalización del contrato como requisito constitutivo de su relación, entendemos que quedaron disipadas tras el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, cuyo artículo 2.2 es taxativo al concluir que “el trabajador que (...) se considere TRADE, comunicará al cliente dicha condición, no pudiendo acogerse al régimen jurídico establecido en este real decreto en el caso de no producirse tal comunicación”.

En relación con lo anterior, parece innegable que la finalidad de obligar al TRADE a comunicar su condición al cliente es la imposibilidad –en la mayor parte de las ocasiones– de este último de poder conocer esta circunstancia y, en definitiva, de saber si se dan todos y cada uno de los requisitos que, de forma acumulativa, exige la normativa. De esta forma, y en opinión de quien suscribe, la exigencia de comunicación no es un mero “capricho” legislativo que opere a modo de mera prueba de la existencia de TRADE, sino que, antes al contrario, nace con vocación de que las dos partes sometidas al régimen recién nacido lo conozcan –y acepten–, todo ello en una situación en la que es el propio TRADE el que, en la mayoría de las ocasiones, tiene la capacidad de determinar y conocer si se cumplen tales condicionantes.

Y tal reflexión no se ve obstaculizada por la argumentación –a la que hemos hecho referencia *ut supra*– relativa a que esta situación provocaría dejar a criterio del cliente la formalización del contrato de TRADE. En efecto, entiendo que lo esencial a efectos de acogerse a

Naturaleza de la formalización del contrato del trabajador autónomo dependiente

esta norma reguladora es –dejando aparte el cumplimiento de los requisitos exigidos por ésta– la comunicación del TRADE al cliente, y que si éste no desea otorgar el contrato con forma escrita, el primero habrá cumplido con la obligación que le atañe de dar conocimiento a la otra parte de su circunstancia de TRADE, circunstancia suficiente para poder considerar la aplicación del régimen de autónomos, pues el propio tenor literal lo que exige es la comunicación como condición *sine qua non*, pero en ningún caso la formalización escrita.

De hecho, y en expresión de la precitada Sentencia del TSJ de Castilla y León, si, una vez producida la comunicación por parte del TRADE, el cliente rechaza la aplicación de tal especial régimen, ello tendría como única consecuencia que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, pero no la nulidad del contrato.

Por su parte, desde la doctrina de suplicación continúa existiendo disparidad de criterios.

Así, y entre las resoluciones que consideran que la comunicación es requisito constitutivo, podemos citar las SSTSJ de Andalucía de 4 (JUR 285397) y 25 de marzo de 2009 (AS 1593), que analizan supuestos en los que la obligación de comunicación se produjo “después de que las demandadas comunicaran al actor la rescisión de la relación”, añadiéndose que no se cumplió con “las notas formales para la configuración del actor como trabajador autónomo económicamente dependiente, siendo por ello que ante el valor *ad solemnitatem* concedido por el artículo 12.1 de la Ley 20/2007 a los requisitos formales para la configuración del trabajador autónomo como económicamente dependiente, pues establece dicho precepto que ‘El contrato para la realización de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente celebrado entre éste y su cliente deberá formalizarse siempre por escrito...’ debemos olvidarnos aquí de la tradicional libertad formal del contrato de trabajo, y consiguiente primacía del principio de realidad, pues sólo estamos ante una relación de trabajador autónomo económicamente dependiente cuando, además de cumplirse los requisitos sustantivos exigidos, se haya formalizado un contrato en que expresamente así se haga constar, adquiriendo la forma e indicación de la cualidad así valor esencial”. En el mismo sentido, STSJ de Valencia de 27 de enero de 2009 (JUR 226017).

A pesar de lo anterior, no es ésta la opinión de otros Tribunales que interpretan el reciente Reglamento. Así, la STSJ de Cantabria de 26 de junio de 2009 comienza admitiendo que “el

SEGÚN ALGUNAS SENTENCIAS, SÓLO ESTAMOS ANTE UNA RELACIÓN DE TRADE CUANDO SE HAYA FORMALIZADO UN CONTRATO EN EL QUE SE HAGA CONSTAR ASÍ EXPRESAMENTE

Estatuto del Trabajador Autónomo es un punto de partida que necesariamente precisa de desarrollo reglamentario, lo que se ha producido en virtud del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, como una forma de profundización y clarificación técnica”.

Pero, a continuación, añade que “como resalta el preámbulo de la Ley, la intención del legislador ha sido la de eliminar las zonas fronterizas grises entre las categorías de autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena, de ahí que el artículo 11, al definir el TRADE ‘sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo’ y que ‘el requisito de forma escrita, recogida en el artículo 12 de la LETA, es acorde con lo previsto en el artículo 8.2.º del Estatuto de los Trabajadores’ (‘deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal’). Ahora bien, dicho requisito, previsto igualmente para otros contratos de trabajo (cooperantes en el extranjero, empleados públicos, contrato de embarco o enrolamiento), no puede tener carácter constitutivo, al oponerse a lo dispuesto en los artículos 1278 y siguientes del Código Civil. Así, la STS de 5 de mayo de 1971 negó que la falta de forma escrita produjera la nulidad radical de un contrato. En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de 29 de octubre de 2008 (AS 2008, 2799) (recurso 1019/2008) (...)”.

Por tanto, y a pesar del tenor literal del Reglamento, lo cierto es que esta última resolución afirma y ratifica el mismo criterio mostrado por el TSJ de Castilla y León antes de su entrada en vigor.

IV. CONCLUSIÓN: LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LA COMUNICACIÓN DEL TRADE Y LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

Del panorama normativo que se ha descrito en este estudio, debe partirse de la idea de que, si bien antes del Reglamento del TRADE era asumible la tesis por la que la grave consecuencia de no aplicar el régimen legal de la Ley 20/2007 no se recogía en la norma, tras el desarrollo reglamentario no cabe duda interpretativa alguna.

A tales efectos, conviene distinguir entre dos situaciones claramente diferenciadas, a saber:

- a) La obligación de comunicación del TRADE de su condición al cliente. El incumplimiento de este requisito debe suponer, según el tenor literal de la norma, que no pueda aplicarse la regulación del TRADE.
- b) La falta de forma escrita en el contrato, cuyo incumplimiento –y siempre que haya existido la previa comunicación del TRADE al cliente– no invalida la aplicación de la norma reguladora, pudiéndose incluso compeler las partes a tal formalización.

En definitiva y a modo de epílogo, reza el viejo aforismo que *In claris non fit interpretatio* (“En las cosas claras no se hace interpretación”), lo que debe conducir a que, en opinión de este autor, el requisito de comunicación sea condición constitutiva de la relación de TRADE.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario**

Consideración preliminar. 1. Principio de igualdad y no discriminación. 2. Jerarquía normativa. 3. Mandatos normativos necesitados de desarrollo. 4. Ámbito de aplicación de los convenios colectivos. 5. Vigencia del convenio colectivo. 6. Convenio colectivo y modificación de condiciones de trabajo. 7. Sucesión de convenios. 8. Alcance de las funciones de interpretación del convenio. 9. Pactos individuales en masa. 10. Condición más beneficiosa. 11. Dimisión y finiquito. 12. Cosa juzgada: efecto positivo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 9 a 12 de 2009 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1144 a 1672).

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La STS de 22 de septiembre de 2009, I.L. J 1483, nos recuerda que no es contrario al principio de igualdad constitucional establecer regímenes jurídicos diferenciados para funcionarios y personal laboral, incluso cuando las tareas desempeñadas fueran materialmente idénticas, y ello por entender que la posibilidad de introducir estas diferencias de régimen jurídico está dentro del margen que el constituyente ha querido conferir al legislador para configurar la regulación del trabajo al servicio de la Administración Pública, lo que constituiría precisamente la justificación que haría que tal diferencia de tratamiento jurídico no fuera contraria al principio de igualdad.

En el caso concretamente de un trabajador “laboral” que reclamaba cobrar lo que percibían los “funcionarios” que estaban desempeñando las mismas tareas, dice la sentencia que la diferencia retributiva es justificada y que por tanto no contraviene la exigencia constitucional de igualdad. Repasando la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Supremo nos recuerda que “el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el status del personal que presta sus servicios en las Administraciones

públicas”, de modo que “la discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales”. El establecimiento de “una regulación diferenciada entre funcionarios públicos y trabajadores, de carácter administrativo la de los primeros y de naturaleza laboral la de los segundos” obedece a una “diversidad” de situaciones que “justifica un distinto tratamiento”, de modo que “no existe discriminación porque los funcionarios perciban un complemento que no se abona al personal laboral, pues es una diferencia justificada por el distinto régimen jurídico de unos y otros”. Existe, en definitiva, “una clara diferenciación entre los regímenes jurídicos por los que se articulan la relación funcional y la relación laboral, con distintas fuentes normativas y divergencias de contenido en el paquete de condiciones implícitas en una u otra”, por lo que no puede considerarse que la diferente regulación sea “contraria a principios constitucionales de igualdad y no discriminación”.

La **STS de 23 de septiembre de 2009**, I.L. J 1431, considera inconstitucional, y por tanto nula, la cláusula de un convenio colectivo en la que se restringían de manera injustificada los derechos de antigüedad de los trabajadores con contratos temporales. La cláusula en cuestión aparece en el artículo 37.2 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid 2004-2007, según el cual, “los trabajadores con relación de empleo de carácter temporal tendrán derecho a la percepción del complemento por antigüedad siempre y cuando presten servicios continuados durante tres o más de tres años en virtud de un mismo contrato de trabajo, no pudiendo acumularse los períodos correspondientes a más de un contrato temporal”.

La sentencia entiende que estamos ante una diferencia de trato que por carecer de justificación resulta contraria al principio de igualdad constitucional –al que se encuentran sometidos los convenios colectivos debido a su carácter de normas–, y que simultáneamente es contraria al artículo 15.6 ET, donde se dice que “cuando un derecho o condición esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para los trabajadores cualquiera que sea su modalidad de contratación”. Con palabras de la sentencia, “no está justificada la desigualdad de trato establecida en el artículo 37.2 del Convenio (...), dado que el mismo vulnera por lo ya dicho el artículo 15.6 del ET, no pudiendo un convenio colectivo restringir los derechos de los trabajadores temporales que dicha norma les reconoce, dado lo dispuesto en el artículo 3.1 del ET y el 9.3 ET; por todo lo cual procede confirmar la nulidad del referido artículo 37, párrafo 2, del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid”.

Entendiendo que la diferencia o la peculiaridad retributiva obedece a una causa justificada, la **STS de 22 de septiembre de 2009**, I.L. J 1423, resuelve que el reconocimiento por convenio colectivo de un complemento especial *ad personam* por el tiempo de servicios en que los trabajadores habían tenido la condición de temporales o eventuales no es contrario al principio de igualdad, en la medida en la que el complemento retribuye lo mismo que el complemento de antigüedad que perciben todos los trabajadores indefinidos y que

I. Fuentes del Derecho

pasan también a disfrutar los trabajadores temporales o eventuales en el momento en que adquieren la condición de indefinidos en la empresa.

En relación, en efecto, a una cláusula del I Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos SA [artículo 60.b)] en la que se dispone que “el personal eventual que a la fecha de entrada en vigor del presente convenio viniese cobrando trienios en concepto de antigüedad, de acuerdo con el anterior convenio colectivo, pasará a percibir por esta cuantía un complemento *ad personam* de naturaleza salarial, de carácter no absorbible ni compensable, y revisable, denominado complemento personal de antigüedad, a partir del momento en que formalice un contrato de duración indefinida con la Sociedad Estatal”, dice la sentencia que de la lectura del precepto “no se desprende la pérdida del complemento *ad personam* al suscribir un contrato indefinido sino que por el contrario la previsión del complemento con esas características se hace con vistas a los firmantes de dichos contratos”, señalando también que “los complementos de antigüedad se reconocen a fijos y eventuales, si bien a estos últimos en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, expresión con la que se alude sin duda a períodos ininterrumpidos, careciendo de sentido establecer un complemento *ad personam* para quienes van generando antigüedad y perciben por ella el correspondiente complemento bajo la fórmula de cómputo de trienios mientras permanecen en idéntica situación”.

No constituye por supuesto vulneración del principio de igualdad que a los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa se les apliquen unas condiciones –las dispuestas en el convenio aplicable a la empresa– distintas de las que disfrutaban otros trabajadores procedentes de otra empresa que gozan de un convenio y un estatuto particular como consecuencia del efecto subrogatorio que impone el artículo 44 ET en transmisiones de empresas. Así lo pone de manifiesto la **STS de 3 de noviembre de 2009**, I.L. J 1658.

Dice la sentencia que “desde el momento en que se produce la sucesión de empresa el convenio colectivo aplicable a los nuevos contratos de trabajo que se realicen será el de la empresa que haya sido la dominante en el proceso de sucesión, es decir, la empresa adquirente”, por lo que es “rechazable la pretensión de que se aplique a los nuevos trabajadores el convenio colectivo propio de la sociedad absorbida, sin que el artículo 44 ET contenga previsiones respecto a los contratos de trabajo que se inicien una vez acaecida la posible sucesión empresarial, sino exclusivamente respecto de los trabajadores afectados por la sucesión cuya problemática no se cuestiona en el presente litigio”. En efecto, el principal objetivo de la regla subrogatoria del artículo 44 ET “es garantizar a los trabajadores de los que se hizo cargo la nueva sociedad (procedentes de la entidad cedente) el disfrute de la integridad de las condiciones laborales derivadas del Convenio anterior, en tanto éste no sea sustituido por otro aplicable”, sin que de ninguno de los preceptos mencionados quepa “extraer la conclusión de que en caso de traspaso o sucesión de empresas los derechos que han de mantenerse a los trabajadores afectados por ella deben extenderse también a los trabajadores contratados con posterioridad a dicha situación”, por lo que no se vulnera en ningún caso el principio de igualdad.

2. JERARQUÍA NORMATIVA

Dando aplicación al principio de jerarquía normativa, resuelve la **STS de 14 de julio de 2009**, I.L. J 1305 (con voto particular), que una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfer-

medades Profesionales de la Seguridad Social carece de legitimación para impugnar una resolución del INSS por la que se reconoce a un trabajador una pensión de incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional. La razón es que la OM de 27 de diciembre de 2005, en cuya Disposición Adicional Primera se hace posible que las Mutuas puedan sustituir su contribución para hacer frente a la siniestralidad general por enfermedades profesionales por el ingreso del capital coste correspondiente de las pensiones u otras prestaciones económicas de carácter directo –lo que determinaría la existencia de un interés legítimo por parte de la Mutua en estar presente en el pleito, al tener que asumir el importe individualizado de las prestaciones reconocidas– no es conforme a lo establecido en normas de superior rango.

Según la sentencia, si bien es cierto que “el coste de la prestación se desplaza a la Mutua, como consecuencia de la opción que habilita la Disposición Adicional Primera de la Orden de 2005”, tal opción “abierta por una disposición reglamentaria de segundo grado” no puede afectar a “la relación jurídica protección tal como ha sido configurada legalmente”, “relación entre el beneficiario y la entidad gestora en la que no está implicada la Mutua”. La disposición reglamentaria citada incurre en una triple infracción legal: (1) “introduce, en perjuicio del trabajador, una responsabilidad compartida de la Mutua donde la ley sólo contempla una responsabilidad del INSS y, excepcionalmente, por incumplimiento, del empresario, como se deduce con toda claridad de lo establecido en los artículos 68.3.b), 126.1 y 201.1 de la LGSS, pues el primero excluye a las Mutuas de la gestión las pensiones derivadas de enfermedad profesional; el segundo delimita las responsabilidades en materia de prestaciones en atención a las competencias en la gestión o en la colaboración en la gestión, y el tercero limita la obligación de abono de capitales coste por las Mutuas a las pensiones por accidente de trabajo”; (2) “extiende la obligación de constituir capitales coste fuera de los supuestos legalmente previstos y al margen de la responsabilidad en la prestación”; (3) finalmente, “exonera a las Mutuas del cumplimiento de la obligación de la contribución a la siniestralidad en materia de enfermedades profesionales que la ley les impone de forma imperativa y sin posibilidad de exoneración o permuta”.

La entrada de la Mutua en la relación de protección controvertida –continúa la sentencia– “no se ajusta a estas normas y representa un perjuicio para los beneficiarios, al abrir un frente artificial de litigiosidad en este materia, que, como muestra el presente caso, supone un coste para aquéllos; la actividad administrativa, en general, y la gestión de la Seguridad Social, en particular, están sometidas al principio de legalidad y no pueden ser alteradas por actos o acuerdos al margen de su configuración legal, que tampoco puede ser desconocida por normas de rango inferior”. Así pues, se concluye, “no cabe admitir la legitimación activa de la Mutua para impugnar el acto de reconocimiento por el INSS de una pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional, porque la asunción del coste de esa prestación por la vía de la opción abierta por la Disposición Adicional Primera de la Orden de 27 de diciembre de 2005 no se ajusta a la legalidad vigente y no puede alterar la configuración de la relación de protección”.

La STS de 14 de octubre de 2009, I.L. J 1650, considera, por su parte, ilegal el artículo 59 del II Convenio Colectivo Único del Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado al establecer jubilaciones forzosas por razón de edad al margen de las

I. Fuentes del Derecho

exigencias impuestas a tales efectos por la Disposición Adicional Décima del ET. Tras aclararnos que “en el presente caso se trata de un convenio colectivo negociado y aprobado bajo la vigencia de la nueva redacción de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores en la redacción de la Ley 14/2005, por lo que no se plantea el problema de la cláusula de convalidación retroactiva de las regulaciones convencionales anteriores que contiene la Disposición Transitoria Única de la mencionada ley”, ésta llega a la conclusión de que la previsión convencional en cuestión no cumple la exigencia de la justificación del apartado a) de la Disposición Adicional Décima, a tenor del cual “las medidas de jubilación forzosa por edad deberán vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”.

El válido establecimiento de edades de jubilación obligatoria requiere según la sentencia que “se cumplan de forma efectiva los objetivos de política de empleo que establece la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, sin que baste a estos efectos una mera remisión a estos objetivos, sin determinar las medidas concretas que los aplican e instrumentan”. “Las medidas han de adoptarse en el marco de la negociación colectiva e incorporarse al propio convenio colectivo que apruebe la jubilación forzosa, lo que supone un enlace directo entre ambas; enlace que normalmente no puede producirse en el ámbito de las Administraciones públicas, sometidas al principio de legalidad y de jerarquía, por lo que, al estar vinculadas por las normas presupuestarias y por la oferta pública de empleo, difícilmente pueden negociar en un convenio colectivo las medidas previstas en el apartado a) de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”. Por otra parte, “no basta para cumplir estos objetivos la previsión de que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado, pues con ello no se mejora, ni se aumenta el empleo, sino que simplemente se sustituyen unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador”. Por todo ello la sentencia concluye que “la cláusula convencional examinada no cumple los requisitos previstos para el establecimiento de la jubilación forzosa en la Disposición Adicional Décima ET, ya que se limita a realizar una referencia genérica a los objetivos genéricos de estabilidad y mejora del empleo público que establezca la oferta de empleo público. De la consideración general del convenio tampoco se deduce el establecimiento en la negociación colectiva de las acciones en materia de empleo que exige la Disposición Adicional citada, siendo por lo demás obvio que la convocatoria en concurso de la plaza no puede ser una medida de esta clase”.

3. MANDATOS NORMATIVOS NECESITADOS DE DESARROLLO

La STS de 22 de junio de 2009, I.L. J 1345, pone de manifiesto, a propósito de la jubilación parcial del personal estatutario del servicio público de salud, que las leyes –en el caso 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 del 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 [artículos 17.1.i) y 26.4] o la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (Disposición Adicional Sexta).

En cambio, la STS de 21 de septiembre de 2009, I.L. J 1573, no admite 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 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 hacerse depender del cumplimiento de la cláusula obligacional, teniendo ellos 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”.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Trata la STSJ de Valencia de 26 de mayo de 2009, I.L. J 1204, de la trabajadora de una empresa cuya actividad es la de “servicios de publicidad” que ha venido prestando servicios como “teleoperadora”, consistentes en “enviar y recibir mensajes chats, así como atender a llamadas de teléfono a las que se da prioridad al resultar más rentables económicamente a la empresa”, y en cuyo contrato de trabajo se identificaba como convenio aplicable “el Convenio Colectivo de Empresas de Publicidad”. La trabajadora reclama determinadas retribuciones a las que considera que tiene derecho conforme al referido convenio, que la empresa entiende por el contrario que no resulta de aplicación.

I. Fuentes del Derecho

La cuestión consiste por tanto en discernir si el convenio colectivo nacional para las empresas de publicidad resulta de aplicación o no al litigio entre las partes, para lo cual la referida sentencia realiza las siguientes afirmaciones: (1) “los convenios colectivos tienen el ámbito de aplicación que las partes acuerden mediante la determinación de los ámbitos funcional, territorial y personal (artículo 83.1 ET)”; (2) claro que los negociadores sólo pueden delimitar el ámbito del convenio “dentro de los límites que deriven de su propia capacidad de representación”; (3) “para fijar el convenio aplicable a una empresa ha de estarse a la actividad real de la empresa y no al objeto social estipulado en los estatutos de la sociedad”; (4) en el caso específico del Convenio Colectivo de las Empresas de Publicidad, su ámbito funcional “queda definido según el concepto de publicidad del artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre”, a cuyo tenor se entiende por tal “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”; (5) la autonomía colectiva plasmada en un convenio colectivo legalmente pactado entre los agentes sociales “debe prevalecer sobre la autonomía individual, pues, de otro modo, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, y cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios colectivos, constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 de la Constitución Española”; (6) en todo caso, “si las partes que conciertan la relación laboral carecen de una regulación convencional, nada les impide elegir o seleccionar el marco convencional que les es aplicable [artículo 3.1.c) ET], en cuyo caso tanto la empresa como sus trabajadores vendrán obligados por dicho convenio”.

Conforme a estas consideraciones la sentencia entiende que el convenio aplicable es el de empresas de publicidad, reconociendo por consiguiente al trabajador las retribuciones solicitadas. Dice literalmente la sentencia que “en el caso traído ahora a nuestra consideración resulta que el trabajo de la demandante consiste en enviar y recibir mensajes chat y también atiende llamadas de teléfono” y que “la actividad de la empresa según el contrato de trabajo suscrito con la demandante es de servicios de publicidad”, lo que obliga a aplicar el Convenio Colectivo de Empresas de Publicidad, máxime cuando así fue expresamente pactado por las partes en el contrato de trabajo. Dicho de otra manera, el convenio aplicable será el de empresas de publicidad, bien porque se entienda que la actividad desempeñada por la trabajadora en la empresa es de tal naturaleza, de modo que el convenio será imperativa o forzosamente aplicable, bien porque éste, en defecto de previsión convencional de aplicación forzosa, sería en todo caso de aplicación por haber pactado los contratantes la remisión a tal convenio. O, en palabras de la propia sentencia: “no cabe sino concluir en el acierto de (...) aplicar el Convenio de Empresas de Publicidad, pues así se pactó expresamente en el contrato de trabajo y la actividad real desarrollada por la empresa también puede contenerse en él”.

La STSJ de La Rioja de 14 de mayo de 2009, I.L. J 1196, nos recuerda que los convenios colectivos sólo pueden aplicarse en el ámbito territorial y funcional por ellos diseñado, cometido este para el que los negociadores son soberanos, siempre por supuesto que gocen de la representatividad exigida en el ámbito de referencia y que la delimitación efectuada no contravenga el principio de igualdad y no discriminación. En el caso concretamente de los trabajadores de una empresa del sector de la energía eólica, que reclamaban un plus

de peligrosidad por entender aplicable el Convenio Colectivo de Siderometalúrgica de Navarra, la sentencia entiende que éste no es aplicable por hallarse ubicado el centro de trabajo donde prestan sus servicios en La Rioja, fuera del ámbito territorial del convenio. La existencia de un acuerdo extraestatutario en el que se habría venido a reconocer el derecho al referido plus de peligrosidad no cambia las cosas, puesto que carece de eficacia general, de modo que no puede beneficiar a todos los trabajadores sino sólo a los que hayan sido parte en el referido acuerdo.

Según la **STSJ de La Rioja de 4 de junio de 2009**, I.L. J 1252, en defecto de convenio colectivo aplicable específicamente a una empresa o un tipo de actividad concreta, cabe aplicar –debe aplicarse– un convenio diseñado para regir en un ámbito más general, máxime cuando en su ámbito funcional éste –sabedor acaso de su virtualidad reguladora residual o supletoria– se define como aplicable a todas aquellas “actividades relacionadas” con aquélla de la que se ocupa centralmente el convenio, siempre, por descontado, que las mismas no se encuentren sometidas a ningún otro convenio”. Partidaria también de aplicar el convenio más general cuando la actividad desempeñada en la empresa no coincide exactamente con la especificada en el convenio de ámbito más singular o subsectorial, se manifiesta también la **STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2009**, I.L. J 1454, y ello con independencia de que en el pasado se hubiera aplicado pacíficamente el convenio más especial en la empresa. Con base en este mismo principio de especialidad, ahora en su otro efecto, la **STSJ de Aragón de 8 de julio de 2009**, I.L. J 1391, sostiene que entre dos convenios de sector aplicables a un tipo de actividad –la recuperación de residuos y materias primas secundarias generadas en procesos industriales– debe preferirse obviamente aquel que esté más específicamente orientado a la regulación de la materia de referencia, lo que en el caso determina la preferencia del Convenio Colectivo de Recuperación de Residuos y Materias Primas Secundarias sobre el más general del sector de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado.

5. VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO

Trata la **STSJ de Baleares de 8 de junio de 2009**, I.L. J 1247, de la jubilación forzosa de un trabajador cuya posibilidad se cuestiona por apoyarse en un convenio colectivo que ha finalizado su vigencia inicialmente prevista. La sentencia resuelve que la jubilación forzosa del trabajador es posible debido a que las cláusulas del convenio colectivo en las que se regula la posibilidad de jubilación forzosa continúan operativas, y ello aunque el convenio haya traspasado su término inicial de vigencia.

Aunque es verdad que el convenio ha finalizado su vigencia sin que se haya pactado prórroga alguna, no debe perderse de vista que nuestro ordenamiento contiene mecanismos que permiten mantener operativas las reglas convencionales más allá del período natural de vigencia del convenio. Se trata concretamente de dos reglas, contenidas en el artículo 86 ET: (1) “una, para el caso de que llegado a término un convenio éste no haya sido denunciado, caso en el que su vigencia se prorrogará año a año hasta que no se negocie uno nuevo, sin que sea necesario que el convenio contemple expresamente una norma

I. Fuentes del Derecho

de este cariz”; (2) “otra, para el supuesto de los convenios denunciados cuyas cláusulas normativas continúan vigentes a tenor del artículo 86.3 ET hasta que no haya acuerdo expreso, mientras las obligacionales pierden vigencia”.

Con base en estas consideraciones la sentencia dice que “estuviera el convenio denunciado o no, la Disposición Adicional Cuarta —en la que se regula la jubilación forzosa— mantendría su vigencia porque, a pesar de lo que argumenta la parte recurrente, forma parte claramente de su contenido normativo”. “La diferencia entre contenido normativo y obligacional de los convenios es, ciertamente, una cuestión controvertida, pues el legislador mantuvo un silencio absoluto respecto de las características de cada uno de ellos y lo más probable es que con esta diferencia lo que pretendiera fuera la pérdida de vigencia de las cláusulas sobre el deber de paz. Pero, en cualquier caso, una definición medianamente pacífica entre doctrina y jurisprudencia de uno u otro contenido convencional arroja el siguiente resultado. El contenido obligacional sería el dirigido a las partes firmantes donde se establecen derechos y obligaciones entre ellas, constituiría la parte contractual del convenio. El ejemplo típico es el pacto de deber de paz citado. El contenido normativo, en cambio, está destinado a terceros ajenos a las partes firmantes, esto es, a los sujetos o partes de las relaciones de trabajo, empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito del convenio, respecto de los que generan de manera inmediata derechos y deberes en su condición de sujetos de la relación de trabajo pues despliega una eficacia similar a las normas jurídicas en sentido estricto. A la vista de esta definición no puede caber duda de que las previsiones sobre jubilación forzosa integran este último contenido, como corrobora la doctrina judicial”.

6. CONVENIO COLECTIVO Y MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO

Por supuesto, un convenio colectivo estatutario puede ser objeto de posterior modificación, en algunas de sus cláusulas y a nivel de empresa, en virtud del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 ET. Será preciso, como dice con toda claridad esta previsión, acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa (sólo en relación a las materias a las que se refiere el referido artículo 41.2 en su párrafo tercero). Pues bien, la **STS de 28 de septiembre de 2009**, I.L. J 1576, dice que en los casos en que pudiera dudarse si efectivamente estamos ante una modificación sustancial, ésta deberá considerarse tal siempre que el convenio que hubiera regulado la condición de trabajo que quiere ser objeto de modificación —en el caso se trataba de una alteración horaria— hubiera considerado expresamente, en virtud de una especie de operación de blindaje frente a modificaciones sustanciales, que cualquier cambio de la condición de trabajo de referencia constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas por convenio y para las que es preciso pacto con los representantes de los trabajadores.

La **STS de 6 de octubre de 2009**, I.L. J 1592, resuelve, por su parte, que la exigencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores impuesta por el artículo 41 ET en relación a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo reguladas por convenio colectivo no opera cuando estamos ante convenios extraestatutarios, que son suscep-

tibles por tanto de modificación en último extremo por decisión unilateral de la empresa. “Lógica consecuencia de la diferente naturaleza jurídica de los convenios colectivos y los pactos extraestatutarios –dice la sentencia– es, además de la exigencia de diferentes requisitos para la validez de uno y otro, la diferencia de efectos de una y otra forma de regulación de las relaciones. Los convenios colectivos tienen eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación, hayan o no estado efectivamente representados en su negociación y acuerdo y sigue teniendo eficacia el contenido normativo una vez concluida la duración pactada (artículo 86.3 ET), mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas”. Pues bien, continúa la sentencia diciendo que “estas diferencias han sido tomadas en consideración por el legislador al disciplinar los medios de modificación sustancial de las condiciones del contrato en la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores, que vino a suprimir la solución heterónoma existente en la legislación anterior, estableciendo, en el artículo 41.2, que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto a las materias que autoriza, mientras que la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el período de consultas que establece el artículo 41.4”.

7. SUCESIÓN DE CONVENIOS

En relación a un caso en que mediante acuerdo de empresa se había suscrito un compromiso de no externalización de servicios, de modo que la empresa se obligaba a dar cobertura a las tareas típicas de su ciclo productivo con el personal de plantilla, dice la **STS de 21 de septiembre de 2009**, I.L. J 1427, que este compromiso puede dejar de operar cuando entra en vigor un nuevo convenio colectivo, al imponerse éste, como norma posterior, no sólo al convenio colectivo previo sino también a los acuerdos de empresa aprobados en el contexto o en desarrollo del anterior convenio, en la medida en la que no estamos ante un cambio de unidad de negociación que haga posible hablar de concurrencia entre convenios de ámbitos diferentes. Como la propia sentencia dice “la sucesión temporal de convenios (...) se rige por el llamado ‘principio de modernidad’, cuyos efectos se consagran en el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, cuando indica que “el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”. Por tanto –continúa la sentencia– “la regulación de un Convenio anterior (...) es sustituida por la del nuevo, y lo mismo cabe decir de aquellos acuerdos que tuvieran la naturaleza de convenio colectivo; (...) la modificación operada por la Ley 11/1994 implica, sin dudas, la adscripción de nuestro sistema negocial al principio de modernidad del convenio colectivo, reconociendo la facultad al posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente”. Se pronuncia de la misma manera la **STS de 23 de septiembre de 2009**, I.L. J 1489.

I. Fuentes del Derecho

El efecto derogatorio pleno o total de un convenio de empresa posterior sobre anteriores acuerdos de empresa viene a reconocerse también en las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de julio de 2009, I.L. J 1414, y 14 de julio de 2009, I.L. J 1415, con la particularidad ahora de que en estas dos sentencias se resuelve el mantenimiento de la vigencia del anterior acuerdo de empresa por quererlo y reconocerlo así el convenio de empresa posterior. Dicen en efecto las referidas sentencias que aunque es cierto que un acuerdo de empresa “con la publicación de los convenios colectivos posteriores queda derogado”, no sucede obviamente así cuando los convenios posteriores “imponen a la empresa” “el respeto” a aquel “acuerdo” de empresa, y ello con independencia de que la empresa implicada –la misma en ambos casos– haya asumido su estatuto de derechos y obligaciones con los trabajadores por “efecto subrogatorio” en un supuesto de sucesión. Lo mismo resuelve la STSJ de Castilla y León de 16 de octubre de 2009, I.L. J 1643.

La STS de 30 de junio de 2009, I.L. J 1518, resuelve por su parte que si un convenio de empresa es sucedido por otro convenio de empresa, no ha lugar en el “período de transición” a la aplicación del convenio sectorial, de modo que no puede admitirse que el segundo convenio de empresa incurra en concurrencia afectante por introducirse en el campo ocupado por el convenio de sector. Según la sentencia, la unidad de negociación se encuentra cerrada en el ámbito de la empresa, de modo que no puede admitirse en ningún caso la aplicación del convenio de sector, sino sólo de los convenios de empresa que se suceden, no habiendo problema ninguno de concurrencia afectante de convenios. Como dice la propia sentencia, “el I Convenio Colectivo de la empresa (...) estableció una unidad de negociación colectiva de nivel inferior a la hasta entonces existente –las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa pasan a regirse por un Convenio de empresa en lugar de por los convenios del sector (...), viniendo el II Convenio Colectivo de empresa a sustituir al primero, de modo que no se da la concurrencia denunciada entre el II Convenio de la empresa y los Convenios del sector llamados a ser aplicados, pues las relaciones laborales de los incluidos en el ámbito de aplicación de dicho II Convenio de empresa, ya venían regiriéndose por el I Convenio de empresa”.

8. ALCANCE DE LAS FUNCIONES DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO

A propósito de la cuestión de qué es exactamente interpretar o aplicar un convenio colectivo y hasta dónde alcanzan las facultades de “gestión o administración convencional” atribuidas a las Comisiones Paritarias, se pronuncia la STS de 15 de septiembre de 2009, I.L. J 1322. En relación al Convenio Único de la Administración General del Estado, en el caso concretamente de unos trabajadores que reclamaban a la Confederación Hidrográfica del Duero determinados complementos de jornada partida y prolongación de jornada, viene a decir la citada sentencia que los trabajadores sólo tienen derecho a ellos a partir de la fecha en que la CIVEA (Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del Convenio) lo determine, y ello con independencia –y esto es lo relevante– de que la norma cuya interpretación da origen a lo referidos derechos estuviera efectivamente vigente con anterioridad. La sentencia viene de este modo a reconocer auténticas facultades negociadoras a la CIVEA. No en balde ésta dice literalmente que “fue el Acuerdo de la CIVEA de fecha 7 de febrero de 2006 (...) el que acordó que la modificación de los complementos

de la RPT inicial tuviera efectos económicos desde el día 31 de marzo de 2005, y dicho Acuerdo fue adoptado al amparo del artículo 75, número 3.2.9, del Convenio Colectivo Único, que expresamente lo autoriza, al afirmar que la asignación o supresión de los complementos por el desempeño de trabajo en horario o jornada distinta de la habitual a los puestos de trabajo ocupados será objeto de negociación colectiva en la CIVEA”. Según la sentencia, “el referido Acuerdo de la CIVEA, al fijar como fecha de efectos económicos la de 31 de marzo de 2005, no infringe ninguna norma de derecho necesario, puesto que la fijación de los efectos económicos de un pacto colectivo compete en exclusiva a quienes lo negocian [artículo 85.3.b) ET]. Dicho Acuerdo es un producto de la negociación colectiva (artículo 75, 3.2.9 del CCU) a la que expresamente se remite el artículo 26.3 ET, y que según dispone el artículo 82 ET vincula, con la misma fuerza de obligar que el Convenio en el que se integra, a todos los trabajadores dentro del ámbito de aplicación del CCU en el que se encuentran los hoy recurrentes”.

Idéntico es el pronunciamiento contenido en la **STS de 13 de octubre de 2009**, I.L. J 1520, y también en la **STS de 6 de octubre de 2009**, I.L. J 1521, si acaso con la peculiaridad de que esta última apunta la posibilidad de que los trabajadores afectados ensayen otro tipo de reclamaciones para resarcirse de la demora en la percepción del complemento en cuestión. En efecto, dice esta sentencia que en el marco de la cuestionada interpretación sobre las funciones de la CIVEA y el momento en que nace el derecho a percibir los complementos salariales implicados “tal vez pudiera denunciarse una cierta demora en la concreción de los complementos salariales”, demora que “podría llegar a suscitar, en su caso, otro tipo de reclamación”, pensando seguramente en la posibilidad de presentar una demanda por daños y perjuicios. Sobre el alcance de las funciones de “gestión convencional” de la CIVEA se pronuncia también la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de septiembre de 2009**, I.L. J 1549.

9. PACTOS INDIVIDUALES EN MASA

En relación a un caso en que, vigente un convenio colectivo, había la empresa ofertado masivamente a los trabajadores la posibilidad de suscribir individualmente compromisos de mayor disponibilidad, a cambio de una mejora retributiva, compromisos que habían sido aceptados por buena parte de los trabajadores, no admite la **STS de 24 de septiembre de 2009**, I.L. J 1438, que puedan ser impugnados por un sindicato a través del procedimiento de conflicto colectivo.

“En el supuesto que se enjuicia –dice la sentencia– concurre, desde luego, un elemento de pluralidad subjetiva en el conflicto (los trabajadores afectados son 124); y hay también un elemento de posible trascendencia colectiva, que se concreta en una práctica de empresa consistente en proponer a cada trabajador individualmente la firma voluntaria de un “compromiso de disponibilidad”. Pero, en la configuración de la pretensión se han introducido elementos que no son propios del proceso de conflicto colectivo. Lo que se pide no es una declaración general sobre el posible desajuste de los compromisos respecto de las previsiones de los sucesivos Convenios Colectivos del Grupo Endesa que limitan la realiza-

I. Fuentes del Derecho

ción de las horas extraordinarias a supuestos excepcionales, sino directamente la nulidad o ineficacia total de esos compromisos que pasaron a formar parte del contenido del contrato de trabajo de cada trabajador concreto. Lo cual no constituye un pronunciamiento declarativo, que es el propio e inherente al fallo de un conflicto colectivo”. Con ello –prosigue la sentencia– “se está entrando en una esfera que es estrictamente individual, para obtener un resultado que puede ser incluso perjudicial para algunos trabajadores afectados a los que puede interesar mantener el compromiso y seguir percibiendo el importe compensatorio, del que se podrían ver privados pese a su voluntad en contrario si prosperara íntegramente una demanda en que la que se pide dejar sin efecto los compromisos en su totalidad en un procedimiento de conflicto en el que rige una legitimación colectiva estricta que impide que aquéllos puedan ser parte y defender sus derechos”, siendo claro que “una pretensión de tales características, en que no se trata de una decisión empresarial de carácter general, no es propia de un procedimiento sustanciado por la vía de los artículos 151 y siguientes LPL, que ha de mantenerse en el plano general del interés del grupo, sin pronunciamientos directamente aplicables en los contratos singulares de trabajo, ya que los trabajadores que los han suscrito y que resultan directamente afectados por el fallo no pueden ser parte en este proceso en el que rige una legitimación colectiva estricta”.

10. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

En el caso de una trabajadora del Servicio Vasco de Salud contratada como “asistente social” y que pasó a percibir la retribución de “supervisora” cuando se le asignó la función de “responsable de monitores”, con dependencia jerárquica y funcional del psiquiatra encargado, y que vino cobrando estas retribuciones durante veinte años aunque no siempre realizara tareas de supervisión –la trabajadora carecía de hecho de la titulación requerida a tales efectos–, resuelve la **STSJ del País Vasco de 19 de mayo de 2009**, I.L. J 1177, que la retribución debe mantenerse aun cuando la trabajadora haya pasado a ocupar una plaza distinta pasando a desempeñar tareas de asistente social.

Para la sentencia la citada remuneración constituye una auténtica condición más beneficiosa, de acuerdo con la conocida doctrina del Tribunal Supremo (cuya jurisprudencia invoca y cita con detalle). A la luz de esta doctrina concluye la sentencia que “resulta indudable que nos encontramos ante una condición más beneficiosa o derecho adquirido por la trabajadora, a la que durante casi dos décadas se le ha mantenido con un sueldo superior al que correspondía al puesto funcional de asistente social ocupado y desarrollado, beneficio que debe entenderse incorporado al nexo contractual a pesar de no ostentar ninguna jefatura ni disponer de la titulación propia de supervisora por haber sido ésta una situación invariable a lo largo de los años, sin que haya sido impedimento para aquel reconocimiento y sin que pueda entenderse suprimido por el simple hecho de haber optado voluntariamente (la trabajadora) en convocatoria de movilidad horizontal a una nueva plaza de asistente social”.

Dice la **STS de 14 de octubre de 2009**, I.L. J 1542, –dictada en el caso de un trabajador que reclamaba a la empresa una categoría profesional que le había sido reconocida por un convenio extraestatutario y de la que había sido despojada a su finalización, cuatro años después de su entrada en vigor, por entrar en aplicación el convenio estatutario corres-

pondiente—, que no cabe admitir que los derechos reconocidos por estos convenios, pese a su carácter de verdaderos contratos, den lugar a condiciones más beneficiosas, especialmente cuando tratan de aspectos o condiciones de trabajo típica o naturalmente objeto de regulación colectiva, como es el caso precisamente de las categorías profesionales. Dice la sentencia que “aparte de la cuestionable validez de la regulación extraestatutaria sobre una materia de afectación general como la clasificación profesional, permanece intacta nuestra doctrina (...) sobre la fuerza contractual y naturaleza limitada de los convenios extraestatutarios, así como el no nacimiento de una condición más beneficiosa en orden a los derechos que sean consecuencia de un pacto de esta naturaleza, que expresamente prevé su duración temporal, sin que exista razón alguna para mantenerlo después de haber expirado, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables”.

Según la sentencia, la pervivencia de los derechos reconocidos por el convenio extraestatutario después de su expiración “sería un atentado a las normas de promoción establecidas en el convenio estatutario de aplicación, colocando en mejor situación a estos trabajadores respecto de los que en su día no se hubiesen adherido al repetido pacto, aunque éstos ostentasen mejor derecho para promocionarse de acuerdo con los requisitos exigidos en el convenio estatutario”. Es más, termina concluyendo la sentencia que “incluso podría producirse una situación propicia a desincentivar la negociación pendiente sobre clasificación profesional pues, dependiendo del número y afiliación de los trabajadores favorecidos por el pacto extraestatutario, podría estimular a los sindicatos interesados a vetar cualquier acuerdo en esta materia que no reconociese o superase la situación clasificatoria obtenida a través del pacto extraestatutario”.

El que el derecho adquirido consolidado e incorporado al contrato como condición más beneficiosa pase luego a ser también reconocido mediante convenio colectivo, no supone que éste pierda su carácter original de condición más beneficiosa, de modo que pueda quedar a merced de ulteriores convenios colectivos en las mismas condiciones en que lo hace cualquier derecho reconocido por convenio. Así parece ponerlo de manifiesto la **STS de 20 de octubre de 2009**, I.L. J 1523, a propósito de un supuesto en que los trabajadores reclamaban el derecho a un billete anual de ida y vuelta en la compañía aérea en la que prestaban servicios. Según la sentencia, aunque es verdad que “la situación de los trabajadores afectados va más allá de una mera condición más beneficiosa incorporada al contrato de trabajo de cada uno de los trabajadores, para caer de lleno en la vigencia e imperatividad de un derecho impuesto por el Convenio colectivo”, en ningún caso “la condición reconocida a los trabajadores pudiera ser dejada sin efecto por la voluntad unilateral de una de las partes”.

11. DIMISIÓN Y FINIQUITO

Se ocupa la STSJ de Baleares de 9 de junio de 2009, I.L. J 1250, de la extinción del contrato por voluntad del trabajador y de los efectos y alcance liberatorio del finiquito.

I. Fuentes del Derecho

Partiendo de la base de que el contrato puede extinguirse por voluntad del trabajador, como reconoce el artículo 49.1.d) ET, la sentencia sitúa la clave de la cuestión en comprobar si la manifestación de voluntad extintiva expresada por el trabajador se corresponde o no efectivamente con su voluntad real, y ello al margen de que se haya hecho pública de modo expreso o bien por medios tácitos. En este contexto, la sentencia entiende que es válida la baja voluntaria del trabajador en un supuesto, como el del caso, en que “el trabajador faltó tres días consecutivos al trabajo sin justificación ni explicación ninguna que disculpen la ausencia” y tras lo cual compareció ante la empresa suscribiendo dos documentos: (1) “una liquidación por los servicios prestados por importe de 771,05 euros con cuyo percibo declara hallarse completamente saldado y finiquitado sin tener nada más que pedir “hasta el día de la fecha que causó baja en la misma, quedando totalmente rescindidas las relaciones laborales que lo unían con la empresa”, y (2) un “recibo de finiquito” extendido bajo su nombre, en el que se dice que ha trabajado en la empresa demandada hasta el 11 de marzo de 2008 y declara “haber percibido de ésta la cantidad de 484,32 euros en concepto de liquidación total por baja voluntaria”, añadiendo que así queda “indemnizado y liquidado por todos los conceptos que pudieran derivarse de la relación laboral que unía a las partes y que queda extinguida, manifestando expresamente que nada más tengo que reclamar, estando de acuerdo en ello con la empresa”. Según la sentencia, “este segundo documento en particular despeja cualquier incertidumbre acerca del real y firme propósito del actor de desvincularse del contrato, pues de no abrigar éste tal intención ninguna razón había para que procediera a suscribir un escrito de liquidación por baja voluntaria. Habría bastado con no firmarlo para mostrar su disconformidad con un hipotético cese laboral impuesto por la empresa del que no aparece en las actuaciones rastro ninguno”.

Puesto que de las circunstancias del caso se deduce una voluntad real de extinguir el contrato por parte del trabajador, la sentencia señala que “la circunstancia de que en tales documentos el actor no estampara su firma habitual sino que, en lugar de ella pero con trazos y rúbrica que se le asemejan, escribiera las palabras “no” y “conforme” separadas por un bucle vertical, sólo patentiza un comportamiento artero y engañoso obviamente encaminado a simular un despido y preparar una futura reclamación judicial; fue una triquiñuela inaceptable, un acto de mala fe paladina que no sólo no enturbia el claro significado de los acontecimientos sino que, por su propia torpeza, confirma si cabe que el contrato finalizó por mero deseo e interés del trabajador”.

La **STSJ de Extremadura de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1260, pone de relieve que manifestada de modo claro e indubitado la voluntad extintiva del trabajador, debe relativizarse la relevancia de las posteriores conductas tendentes a la revitalización del vínculo laboral: “aunque es cierto que el trabajador pretendió retractarse después de causar baja en la empresa interponiendo la demanda por despido, eso no significa que la decisión original de cese la adoptase con vicios del consentimiento, pues para examinar la intención del trabajador han de analizarse no sólo los actos posteriores sino también los anteriores y los coetáneos”, conforme a lo establecido el artículo 1282 del Código Civil.

En relación a finiquitos firmados por los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo, dice la **STSJ de Cantabria de 21 de octubre de 2009**, I.L. J 1639, decantándose por una doctrina favorable a ellos, que debe admitirse su validez cuando

se dan las siguientes circunstancias: (1) “los términos del documento son claros sobre la voluntad liquidatoria, tal como se desprende de los mismos al indicar que la cantidad total líquida reseñada cubre todos los conceptos retributivos derivados de su contrato de trabajo; (2) el trabajador “percibió” efectivamente “los conceptos relativos al salario, antigüedad y paga extraordinaria sin objeción alguna, suscribiendo además que no queda por reclamar cantidad alguna por ningún otro concepto, lo que es claramente expresivo de que la voluntad de la trabajadora es la de prestar su consentimiento a la liquidación calculada”; (3) “las diferencias reclamadas derivan de conceptos ya existentes a la fecha del controvertido documento, por lo que, con independencia de que tales conceptos no aparezcan detallados en el mismo, debe interpretarse que fue suscrito con la finalidad de liquidar todas las cantidades devengadas del contrato de trabajo por cualquier concepto”; (4) “no se alegan ni existen datos que permitan deducir la concurrencia de vicios del consentimiento”, por lo que éste ha de ser válido. Igualmente, la **STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2009**, I.L. J 1619, vuelve a manifestar, claro que ahora en un finiquito sólo referido a una liquidación económica, no una extinción contractual, que si el documento es claro al expresar la voluntad del trabajador de aceptar la liquidación éste debe darse por bueno sin presumir la existencia de renuncia de derechos por parte del trabajador.

12. COSA JUZGADA: EFECTO POSITIVO

Sobre el “efecto positivo” de la cosa juzgada –y la menor exigencia de identidades que conlleva (en comparación con lo que sucede cuando se trata del “efecto negativo”)– se pronuncia la **STS de 14 de junio de 2009**, I.L. J 1347. Se cuestiona concretamente en esta sentencia “la vinculación del salario fijado en sentencia de despido respecto a otras reclamaciones de cantidad posteriores”, es decir, si suscitado un pleito en que se ejercita una reclamación de salario está o no el órgano jurisdiccional que conoce de éste vinculado por lo que se haya resuelto prejudicialmente por una previa sentencia dictada en un procedimiento de despido. La sentencia entiende que el juez está efectivamente vinculado por lo dispuesto en la anterior sentencia de despido en virtud precisamente del “efecto positivo o vinculante de la cosa juzgada”, sin que pueda argumentarse en contra que no concurre la triple identidad a la que se refiere el artículo 222 de la LPL, exigencias diseñadas para el efecto negativo –no el positivo– de la cosa juzgada.

Dice la sentencia que el efecto positivo de la cosa juzgada aparece actualmente en el artículo 222.4 de la LEC –que recoge los criterios sentados por la jurisprudencia anterior en orden a la interpretación del hoy derogado artículo 1252 del Código Civil–, según el cual, “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”. Las exigencias de identidad no son por tanto tan acusadas como cuando se trata de la cosa juzgada negativa, y por eso dice la sentencia que “no estamos analizando el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, en el que es requisito básico la identidad de acciones, sino

I. Fuentes del Derecho

del efecto positivo o prejudicial” y “en este efecto o aspecto de la cosa juzgada lo característico es, precisamente, que las acciones no sean coincidentes, toda vez que si se diese esa coincidencia (unida a las demás identidades necesarias al respecto) ello daría lugar a que entrase en juego el efecto negativo de la cosa juzgada, pues concurrirían, normalmente, todos los requisitos propios del mismo; el artículo 222.4 de la LEC no exige en momento alguno tal identidad de acciones, y no se puede descalificar la existencia de la excepción de cosa juzgada (en su aspecto positivo) por el hecho de que los procesos puestos en comparación traten de acciones diversas”.

A esto añade la sentencia que “la cosa juzgada está por encima de las posibles disparidades fácticas que puedan aparecer en uno y otro proceso; la fuerza vinculante de toda sentencia firme se impone, aun cuando en el proceso posterior se hubiesen acreditado hechos diferentes de los que se constataron en ella, pues así lo exige la propia naturaleza, esencia y fines del instituto de la cosa juzgada. Si se admite que los datos fácticos de una sentencia firme puedan quedar sin efecto por las actuaciones llevadas a cabo en un litigio posterior, se viene abajo toda la estructura que sostiene dicho instituto, el cual es uno de los principios y básicos que conforman el Derecho procesal español. Tal posibilidad eliminaría o suprimiría la institución comentada, con el completo quebranto de la seguridad jurídica que con ello se produciría, pues si se admite que los hechos en que se basa la sentencia firme pueden ser modificados, con plenas consecuencias y efectos, en un pleito normal u ordinario posterior, ello significaría que tal sentencia firme carecía de fuerza vinculante”. Ahora bien, como la misma sentencia precisa, esto no impide que un juez “vuelva a pronunciarse sobre el tema del salario del trabajador, por cuanto, cual se deriva de lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vinculación a lo ya juzgado se da cuando el objeto del nuevo proceso es idéntico, cuando las pretensiones se formulan en uno y otro proceso en los mismos términos fácticos y normativos, pero no cuando existen hechos nuevos que se han producido con posterioridad y han cambiado la situación normativa”.

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

II. TRABAJADOR**Sumario***

1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena.

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. SUPUESTOS INCLUIDOS.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) 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 eclesíásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las 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

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de septiembre de 2009 (recurso de suplicación 1287/2009), I.L. J 1467.

1. La Sociedad estatal Televisión Española SA y la entidad Gestora de Noticias de Zamora SL –GNZ– constituida por don Urbano (recurrente) y don Pedro, celebraron dos contratos sucesivos de arrendamiento de servicios por el cual esta última entidad se comprometía a realizar reportajes y a elaborar noticias para TVE. Una de las cláusulas del contrato celebrado indicaba que GNZ se comprometía a contar durante la vigencia del contrato con la organización necesaria de personal propio para que las tareas encomendadas por TVE fueran ejecutadas. Asimismo, constaba otra condición por la que GNZ se comprometía a realizar el servicio contratado con sus propios medios técnicos y se especificaba igualmente que el pago de los servicios sería a través de facturas en las que debía desglosarse el importe de cada una de las noticias y reportajes realizados, probándose que se emitieron distintas facturas con importes diferentes en función del trabajo entregado o encargado. En un momento determinado TVE comunica a GNZ la rescisión del contrato por razones de carácter organizativo derivadas de la constitución de Radiotelevisión española como Sociedad Anónima estatal. Entre los hechos probados consta también que durante el contrato TVE solicitaba a la Gestora de Noticias que cubriera determinada información, que TVE no compraba todos los reportajes elaborados, que la gestora disponía de su propia Cámara de grabación y que si no se realizaban los reportajes no se pagaban los encargos. El administrador único de la gestora de noticias, don Urbano, interpuso demanda por despido al recibir la comunicación de extinción del contrato con su empresa.

2. La sentencia de instancia estimó caducada la acción por despido al mismo tiempo que razonaba que el orden social de la jurisdicción resultaba en cualquier caso incompetente para conocer de la pretensión del actor al no tratarse de una relación de naturaleza laboral. Recurrida en suplicación, la STSJ de Castilla y León de 9 de septiembre, tras rechazar la revisión de hechos probados y reprochar al Juez de instancia el hecho de entrar en el plazo de caducidad pese a declarar la incompetencia del orden social de la jurisdicción, en tanto la falta de competencia impide todo pronunciamiento sobre el fondo, procede a examinar el principal problema planteado: la competencia del orden social para conocer del asunto. A tal fin, destaca el anómalo hecho de que el contrato cuya extinción se quiere calificar de despido se haya celebrado entre un empleador y una persona jurídica y razona que sólo podría entrarse a examinar la existencia de relación laboral levantándose el velo de la persona jurídica constituida por el recurrente. Pero concluye que no existe tal relación laboral ya que los hechos probados ponen de manifiesto la existencia real de la sociedad GNZ. Entre estos hechos la Sentencia destaca que la escritura de constitución

II. Trabajador

de la sociedad de responsabilidad limitada Gestora de Noticias de Zamora fuera otorgada por el recurrente, con una participación del 49% del capital social y administrador único de la sociedad, pero también por otra persona, don Pedro, con el 51% del capital y que existiera una cláusula en dicha escritura por la que durante el primer año ambos socios pactaban respetar la voluntad del recurrente don Uribe respecto a la continuidad o no de la corresponsalía además de otorgarse a éste la opción de quedarse como único propietario de la sociedad pagando al otro socio (don Pedro) únicamente el capital que aquél hubiera pagado y permitiendo que don Uribe se hiciera personalmente cargo tanto de los derechos como de las obligaciones y deudas que la sociedad pudiera tener en el momento de traspaso de las participaciones. Cláusula que al no constar que nunca se llevara a efecto y se quedara el Sr. Uribe como socio único, lleva a la Sala de lo Social a concluir que no existen en el caso elementos que pudieran llevar a una operación de levantamiento del velo que permita operar una sustitución en la posición contractual de la sociedad por el actor, “menos aun cuando la participación del capital social del actor no es mayoritaria”, sino que existe una sociedad real con dos socios en la que el recurrente es socio minoritario, que suscribe unos contratos de arrendamiento de servicios con TVE SA y que, por lo tanto, el contrato celebrado entre ambas sociedades de arrendamiento de servicios no puede calificarse de laboral. Declarada la inexistencia de relación laboral la declaración de incompetencia de la jurisdicción social para conocer del asunto es su sola consecuencia.

3. La Sentencia examina un supuesto que, aunque a primera vista pareciera claro, depende en su resolución práctica de una adecuada y compleja prueba. Es evidente que el contrato suscrito entre dos empresas no puede ser laboral. Ahora bien, el problema que se presenta en la práctica es si dicho contrato constituye en realidad una medida de ingeniería jurídica instrumentada para hacer más compleja la demostración de la existencia de una relación laboral entre las partes. En estos casos de sociedades “discutidas” el trabajador no sólo tendría que demostrar que el arrendamiento de servicios es en puridad una prestación dependiente y por cuenta ajena, sino además, que la sociedad es una sociedad meramente formal e interpuesta a fin de dinamitar todo indicio de laboralidad. La tarea sobre cuál es la realidad verdaderamente subyacente es compleja y depende, de la propia realidad (en tanto, como dijera ya hace años RODRÍGUEZ PIÑERO, no puede terminar por judicializarse y laboralizarse situaciones que inicialmente eran de verdad autónomas o, en este caso, sociedades que querían disfrutar de las ventajas de serlo, y que posteriormente deciden unilateralmente configurarse como laborales; pero también a la inversa, no se puede tampoco expulsar de la protección laboral situaciones que sólo formal e instrumentalmente aparecen como arrendamientos de servicios o contratos entre sociedades). Pero también de una buena estrategia probatoria. En el presente caso, la realidad demostrada es que el recurrente que pretende ser trabajador tiene una participación social del 49% y una opción para convertir la sociedad en personalista en el primer año de constitución de la sociedad, sin que procediera a ejercitar dicha posibilidad (al menos, por no constar en escrituras modificativas posteriores), por lo que en puridad la Sala no puede considerar que existiera una sociedad unipersonal que encubriera una relación de trabajo. Podía el recurrente haber demostrado que *de facto* la realidad era la sociedad unipersonal, pero ni siquiera propuso prueba en este sentido ni llamó al socio a declarar. Podía haber también intentado demostrar que, aun existiendo la sociedad la situación era la de una cesión de trabajadores por parte de su propia sociedad, pero tampoco se planteó esta opción.

Ante el planteamiento de la demanda y los hechos probados, acierta la Sentencia resaltando el carácter personalísimo de la relación laboral, su inexistencia en el presente caso y en la declaración de incompetencia del orden social de la jurisdicción dejando imprejuizado el fondo del asunto así como la cuestión de la caducidad de la acción.

STSJ de Asturias de 11 de septiembre de 2009 (recurso de suplicación 1517/2009), I.L. J 1608.

1. La trabajadora, licenciada en Ciencias de la Información, reclamó contra una empresa periodística en concepto de antigüedad respecto del momento en que le fue regularizada su condición de becaria, lo que exigía un pronunciamiento judicial previo sobre la naturaleza del vínculo. De la prueba practicada se dedujeron los siguientes hechos:

1º. Los servicios se iniciaron en virtud de un Convenio Marco de Colaboración a suscribir entre la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación y la Empresa, para la realización de prácticas voluntarias por la actora. A ese Convenio, de 19 de junio de 2003, siguió un Acuerdo Regulador de Beca, suscrito el 26 de diciembre de 2005, en el que consta la duración de la beca (desde el 26 de diciembre de 2005 hasta el 25 de marzo de 2006, ambos inclusive) y la dotación económica en importe de 450,76 euros al mes, siempre que la Empresa haya provisto a la Fundación de los fondos precisos. La prestación de los servicios tendría lugar en el Departamento de Cultura, bajo la dirección de un tutor, y consistían en la realización de tareas de redacción, asistencia a ruedas de prensa, elaboración de informaciones y colaboración en la confección de artículos.

2º. El inicial Acuerdo Regulador de Beca fue sustituido por otro posterior de 27 de marzo de 2006, extendiendo su duración desde el 26 de marzo de 2006 hasta el 25 de diciembre de 2006, ambos inclusive, con el mismo importe mensual y baja la misma condición de aprovisionamiento de los fondos, sin que se alterasen ni el lugar de prestación ni el contenido de los servicios.

3º. A los Acuerdos mencionados siguió un contrato mercantil de colaboración profesional suscrito en fecha 1 de enero de 2007, siendo el objeto del contrato la de colaborar con la Empresa en una de sus Secciones Locales, con duración de un año y las siguientes cláusulas: 1ª) la colaboración se presta sin exclusividad, pudiendo la “colaboradora” celebrar otros acuerdos o convenios de colaboración con terceros para prestarles servicios; 2ª) el objeto de la colaboración contratada debe ser entregada por la colaboradora a la Empresa, en soporte idóneo y con la antelación necesaria en cada caso para que pueda ser insertada en la publicación para la que se destina; 3ª) la contraprestación económica y se fija en la cantidad total y alzada de 721,21 euros brutos/mes (IVA e IRPF no incluidos), abonada previa presentación de la correspondiente factura, haciéndose efectivo el importe mediante cheque nominativo o transferencia bancaria, en los primeros diez días del mes siguiente a la fecha de la factura. Esa contraprestación incluye todos los gastos que se puedan haber generado o que haya debido asumir la colaboradora para la realización de su actividad (viajes, desplazamientos, material, etc.), incluyendo además la cesión de derechos de propiedad intelectual; 4ª) la contraprestación económica se abonará con total independencia de si el objeto de la colaboración contratada llega o no a insertarse en la publicación de la Empresa, excepto si ésta no se hubiera entregado en soporte idóneo o

II. Trabajador

con antelación suficiente para su inserción; no siendo así, la Empresa dispone del plazo máximo de seis meses, a contar desde la fecha de entrega del objeto de la colaboración, para insertarla en su publicación y transcurrido dicho plazo sin que haya sido insertada o reproducida, la colaboradora recuperará los derechos de propiedad intelectual cedidos, haciendo no obstante suya la contraprestación económica pactada; La colaboradora no puede exigir un tipo determinado de publicación para sus trabajos, ya que autoriza a la Empresa, o a los terceros a los que se les hayan cedido, a modificarlos por razones informativas o de espacio; 5ª) El trabajo se desarrollará de manera absolutamente autónoma, sin quedar sujeto a régimen alguno de dependencia, subordinación, exigencia horaria, ni menos presencia en lugar de trabajo concreto, es decir, fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa, sin perjuicio de que ésta pueda establecer pautas o criterios sobre los temas objeto de colaboración. No obstante la colaboradora podrá corregir, tramitar y efectuar consultas relativas a su trabajo literario o gráfico en los locales de la Empresa, advirtiéndose de que esas facilidades no suponen dependencia de clase alguna respecto de ésta.

4º. Con independencia de las cláusulas pactadas, ha quedado probado que la colaboradora es redactora en la Sección de la provincia de xxx, en el correspondiente centro de trabajo y que ficha a la entrada y salida a través de una tarjeta electrónica que le permite acceder al centro de trabajo, pasando por un turno. Su horario es igual que el de los trabajadores de la Empresa y oscila en una franja de 11:00 horas a 14:00 horas y de 17:00 a 21:00 horas o más, dependiendo del trabajo de calle que haya que realizar fuera del centro de trabajo. En la realización del trabajo utiliza los medios materiales que le facilita la empresa, dispone de una mesa, ordenador con clave personal, teléfono, papel entre otros, junto con el resto de redactores que mantienen relación laboral con la empresa. A última hora de la mañana se mantiene una reunión con el Redactor jefe, que programa y dirige el trabajo y si bien la actora tiene libertad para proponer los temas de las noticias, al igual que el resto de los redactores fijos, los artículos son corregidos y modificados por el Redactor jefe. En ocasiones ha acudido a cubrir noticias fuera de la localidad y también al extranjero, una vez como enviada especial a Méjico. Dispone de una tarjeta en la que se identifica como redactora de la Empresa para cubrir la información de los Premios Príncipe de Asturias. Disfruta de vacaciones y de permisos al igual que el resto de sus compañeros, elaborándose un calendario de vacaciones entre todos los redactores de la sección, para formar un turno de vacaciones, del que forma parte la actora, siendo autorizado por la empresa.

5º. Las cantidades netas abonadas a la actora por transferencia bancaria se corresponden con una cantidad fija y otra variable por el concepto de gastos conforme a certificado que consta unido al ramo de prueba de aquélla.

6º. El Convenio Colectivo aplicable regula la clasificación por funciones y categorías, entre los cuales queda definido el personal de redacción en varias de ellas: b.4. Redactor, periodista que independientemente de su titulación académica realiza un trabajo intelectual de mesa y/o calle, de modo literario o gráfico dentro de los límites de tiempo que señala su jornada; b.4.1) Redactor A, periodista que independientemente de su titulación académica realiza labores de Redactor, pero con una experiencia profesional inferior. En esta categoría podrá permanecer un plazo máximo de tres años, a partir del cual se le otorgará automáticamente la categoría de Redactor.

7°. En cuanto a la jornada, el mismo Convenio dispone que la jornada de trabajo de todo el personal será de 36 horas semanales, de lunes a sábado, a excepción del personal administrativo. No obstante, al no permitir la naturaleza de la profesión periodística la determinación de un horario rígido de trabajo, cada miembro de la Redacción tendrá asignado un horario básico de carácter indicativo que será aquel en el que habitualmente preste sus servicios. Como consecuencia del exceso de horas globales trabajadas por lo Redactores y superior a las 36 horas semanales, todo el personal de esta Sección tendrá derecho a dos días quincenales adicionales de descanso que será disfrutados cuando el trabajador crea conveniente.

2. Efectuada reclamación laboral para el reconocimiento de la antigüedad ganada, el Juzgado estimó la demanda y, por tanto, la existencia de contrato de trabajo desde el momento solicitado, como relación indefinida y categoría profesional de redactora. La Sala de Suplicación desestima el recurso interpuesto por la entidad empleadora, aplicando a tal efecto la doctrina establecida en la Sentencia casacional de 25 de marzo de 1987, en aplicación de la cual la Sala *ad quem* emitió sentencia en el rollo 1513/ 2009, con la siguiente doctrina:

“La alegación de la infracción del artículo 1.1 y 3.g) del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la cuestión central objeto de litigio y que se refiere a la calificación que debe darse a la relación jurídica existente entre la demandante y la empresa demandada que la sentencia de instancia califica –en base a las consideraciones que se detallan en el Fundamento de Derecho Tercero– como una relación de carácter laboral al acreditarse los presupuestos básicos para su existencia como son la prestación de sus servicios por cuenta ajena, bajo las órdenes y directrices de la empresa, en el tiempo y lugar establecido y dentro de las directrices organizativas de la empresa; las escuetas consideraciones que la parte recurrente realiza en su escrito de recurso en modo alguno evidencian que las mencionadas argumentaciones sean arbitrarias e infundadas; por el contrario las mismas se apoyan en el conjunto de las pruebas aportadas de las que se deduce con claridad que la actividad realizada por la demandante se adapta perfectamente a los requisitos legales del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores para considerar su relación jurídica como laboral, sin que se haya acreditado la existencia de una actividad distinta –las propias de una trabajadora autónoma– que excluya la aplicación de la normativa laboral general”.

3. La valoración del enjuiciamiento practicado en el caso de autos –al margen de la repetidísima y escueta fundamentación– merece una consideración positiva puesto que nos encontramos una vez más ante el intento de defraudar al ordenamiento laboral, disfrazando de relación formativa no contractual, primero, de relación civil, después y, finalmente, de relación mercantil, una verdadera relación laboral, habida cuenta que esa naturaleza no es nunca determinable *a priori* sino *a posteriori*, y cuando se cumplen los cuatro presupuestos clásicos de laboralidad –en la terminología asentada por el profesor DE LA VILLA– cualquier otro dato adicional resulta insuficiente para la desnaturalización de un vínculo objeto de especial protección por el legislador y por los tribunales.

Lo que llama siempre la atención, ante casos como el presente, es que las Empresas dispuestas a contratar en esas condiciones no cuenten con el debido asesoramiento jurídico

II. Trabajador

que les prevenga de cuáles son las consecuencias de operaciones de transformismo tan burdas como la que se enjuicia, y que hacer al trabajador que facture con IVA o a que se dé de alta en el régimen de autónomos, muchas veces juega más en contra que a favor de la extralaboralidad del vínculo.

c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena

STS de 7 de octubre de 2009 (recurso de casación para unificación de doctrina 4169/2008), I.L. J 1501.

1. Los demandantes suscribieron contratos civiles de arrendamiento de obra para prestar servicios como odontólogos, en las instalaciones de una empresa, en cuyo centro de trabajo prestan servicios, personal dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena y que realizan funciones de recepción, atención telefónica, atención a clientes, gestión administrativa y de auxiliar de clínica, y los siete codemandados, licenciados en odontología. Los odontólogos están dados de alta en el RETA y en el IAE y así mismo tienen suscritos sendos contratos de seguro de responsabilidad profesional. Los referidos odontólogos tienen otras consultas fuera de la citada clínica, en las que igualmente prestan sus servicios profesionales. La clínica tiene un horario de 10 a 14 horas y de 16 a 20 horas, dentro de cuyo horario desarrollan los odontólogos su actividad en el horario que ellos mismos deciden, sin que tengan que acudir necesariamente todos los días. Los odontólogos utilizan los instrumentos y medios materiales y humanos que le son proporcionados por la empresa demandada en la realización de su actividad, en garantía de cuyo uso abonan una cantidad de 1.200 euros cada uno. Las prótesis y materiales a colocar en el paciente se encargan y abonan por el propio odontólogo; en la factura que presentan a la clínica por todos los trabajos realizados mensualmente, se les descuenta un porcentaje correspondiente a los trabajos de laboratorio. La retribución que perciben los odontólogos consiste en un porcentaje de los ingresos efectivos realizados durante cada mes por sus propios pacientes, deduciendo la cantidad correspondiente del importe de los trabajos de laboratorio realizados. La empresa gestiona con sus medios personales y materiales los ingresos de los pacientes de los odontólogos, quienes aplican los honorarios fijados por su Colegio Profesional y tienen libertad para fijar los precios de los tratamientos que aplican emitiendo periódicamente las facturas que se corresponde con los ingresos obtenidos. Los pacientes de los odontólogos son obtenidos por ellos y también asisten a los que acuden a la clínica, ya sea para un tratamiento ordinario, ya sea con carácter de urgencia. Los odontólogos demandados fijan y deciden las vacaciones que van a disfrutar.

2. Los indicios comunes de dependencia más habituales son la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones, la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad y la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. En la profesión médica la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios puede desaparecer a la vista de las exigencias profesionales de independencia técnica.

Indicios comunes de la nota de ajenidad son la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, la adopción por parte del empresario de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado y con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender, el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo, y el cálculo de la retribución o de sus principales conceptos con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

En el presente caso, concurren voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae*; ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario; los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica; la retribución que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de ella, en su caso, el importe de los materiales, en sistema retributivo similar al salario a comisión. La percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad.

No obsta a lo anterior la previsión contractual de sustituciones o suplencias del odontólogo en las licencias y otros supuestos singulares que constituyen la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada, al limitarse a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de dicha entidad empresarial.

3. Existe ya una abundante jurisprudencia en esta misma línea, como se acredita, entre muchas, con las SSTS de 12 de diciembre de 2007, 12 de febrero de 2008, 21 de julio de 2008, 18 de marzo de 2009.

STSJ de Cantabria de 29 de julio de 2009 (recurso de suplicación 656/2009), I.L. J 1408.

1. Después de estar becada durante tres años en la Fundación Marcelino Botín, la demandante celebró con dicha Fundación dos contratos de arrendamiento de servicios. En el primero, se estipulaba que la demandante se ocuparía del mantenimiento del Centro de Documentación de artistas cántabros con una retribución bruta anual en concepto de honorarios profesionales de 400.000 pesetas pagadas trimestralmente previa presentación de factura y se listaban las actividades que debía realizar (catalogación del material, localización de éste, mantenimiento de contactos con instituciones o personas y, en definitiva, ocuparse de todo lo que fuera necesario para el logro del fin propuesto). En el segundo de ellos, se pactaba la prestación por la demandante de una serie de servicios concernientes a las Actividades complementarias a las exposiciones, donde, entre otras cosas, se estipulaba que debía estar en continuo contacto con el Departamento de Artes Plásticas de la Fundación, se fijaba una retribución bruta anual en concepto de honorarios profesionales de 1.000.000 pesetas en pago trimestral previa presentación de factura y se establecían el tipo de actividades que debían prestarse, entre ellas la presentación anual de

II. Trabajador

una memoria con las actividades, la planificación de las distintas actividades, el contacto con las personas precisas para realizarlas, la confección de los programas, su difusión en los medios de comunicación, estar presente en las actividades programadas recibiendo a los participantes, al público y llevando el control del buen funcionamiento de la actividad, o la presentación de una memoria final de actividad. En ambos contratos se estipulaba una cláusula en la que la demandante se comprometía a no realizar las mismas gestiones para otras entidades o personas. Similares contratos se fueron estipulando con duración anual hasta que en 2002 se firmó un único contrato de arrendamiento de servicios para la prestación de servicios de apoyo al Departamento de arte actividades creativas, en continuo contacto con el responsable de dicho departamento y una retribución bruta anual de 18.000 euros pactándose funciones similares a las antes referidas en los dos contratos que se venían celebrando. En 2008 se le comunica la no renovación del contrato, por lo que acciona por despido.

Consta en los hechos declarados probados que la demandante figura de alta en el RETA y percibía la remuneración previa presentación de sus facturas, pero también que prestaba servicios de mantenimiento del centro de documentación de artistas cántabros en la biblioteca de la Fundación haciendo uso del ordenador propiedad de la demandada, aunque no tuviera acceso a la intranet, que desempeñaba sus actividades en un despacho y en la sala del departamento de arte de dicha Fundación, disponía de una cuenta de correo electrónico así como de tarjetas de presentación con la denominación y anagrama de la demandada, que tenía asignados números de teléfono con extensiones de la oficina de la Fundación, “recibía instrucciones” relativas al desempeño de sus funciones por parte de la responsable del departamento de arte y de la del departamento de educación y que asistió a las clases de inglés proporcionadas por la Fundación a sus trabajadores, así como un curso de gestión bibliotecaria impartido por ella.

2. En instancia se estimó la demanda por despido, por lo que recurre la Fundación en suplicación solicitando la revisión de algunos hechos probados, aceptando la Sala de lo Social sólo la supresión del término “instrucciones” que constaba en uno de los hechos probados en tanto dicho término pudiera considerarse valorativo y no un hecho objetivo derivado de la documental, aceptando con ello el texto alternativo de que “la actora intercambió en el período (...) diversos correos electrónicos con el departamento de educación y arte con el contenido” que se daba por reproducido. Establecidos los hechos examina la vulneración denunciada por la Fundación de los artículos 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores y si, como mantiene la Fundación recurrente, la relación es mercantil y no laboral.

La Sentencia, tras una sintética pero gráfica exposición de los indicios que permiten deducir la existencia de dependencia y ajenidad de una relación jurídica para calificarla de laboral, confirma la Sentencia de instancia al entender que existen indicios suficientes y que éstos no se han desvirtuado por el hecho de que la actora contase con una flexibilidad horaria, justificada por la propia peculiaridad de la actividad que desempeñaba y que comprendía no sólo la catalogación de material y mantenimiento de bases de datos, sino también el contacto con instituciones y personas que pudieran conservar material de interés para la Fundación, la difusión en los medios de comunicación de las actividades, o la puesta en contacto con personas e instituciones externas. Entre los indicios claros

de trabajo asalariado la Sentencia destaca el hecho de que la prestación de servicios se desarrollara en las dependencias de la Fundación, en contacto directo con el responsable del Departamento de arte y del Departamento de educación, el hecho de que recibiera órdenes precisas y concretas en relación a la forma de desarrollo de la actividad contratada, tal y como evidenciaban los correos electrónicos en los que la Fundación le solicitaba la organización de visitas, le indicaba las personas de contacto para su realización, y en los que la actora solicitaba instrucciones en relación a las distintas salas de exposiciones y daba cuenta del cumplimiento de las directrices. Asimismo, considera que el sometimiento al círculo organizativo empresarial se evidencia en el uso de medios materiales propiedad de la Fundación, como el ordenador, la cuenta de correo electrónico, el hecho de que tuviera varios números de teléfonos asignados a su nombre en la oficina de la Fundación en Santander, así como la participación en diversos cursos impartidos por la propia empleadora, o el hecho de que no conste además que la trabajadora dispusiera de la infraestructura empresarial propia para el desarrollo de los servicios encomendados, ni asumiera riesgo alguno en la realización de su trabajo que, además, no podía realizar para otras instituciones en virtud de la cláusula de no concurrencia estipulada.

3. Poco que comentar habida cuenta de la claridad de la doctrina. No importa el *nomen iuris* con que las partes califiquen la relación, sino su verdadera naturaleza derivada de los indicios aportados. En el caso, claramente laborales, en tanto, en definitiva, se prestaban las mismas funciones por la que entonces fuera becaria hasta la conversión del contrato en un supuesto arrendamiento de servicios, incrementándose la delegación de funciones pero siempre con control y dación de cuentas a la Fundación. Si a ello se añaden elementos incontrovertidos como los de utilización de medios y locales de la empresa, tan laborales como los descritos en la sentencia, lo cierto es que resulta difícil otorgar otra naturaleza a la relación que no sea la de asalariada. Concurrencia de indicios en sentido positivo, a los que se añaden los indicios negativos de actividad autónoma (ausencia de organización empresarial propia y medios para desarrollarla o compromiso de exclusividad y no concurrencia) que sólo abundan en la conclusión alcanzada judicialmente. Solamente un dato no parece haberse tenido en cuenta lo suficiente para rematar la conclusión: el hecho de que conste como probado que después de 3 años de beca, la demandante continuó prestando servicios dentro de la Fundación durante 6 meses (no consta en qué condición) antes de alcanzarse los acuerdos del supuesto “arrendamiento de servicios”.

STSJ de Madrid de 3 de julio de 2009 (recurso de suplicación 2370/2009), I.L. J 1370.

1. La sentencia comentada debe analizar si el despido del demandante en instancia fue o no improcedente. Para ello en primer lugar debe analizar si la relación que unía al actor, médico de profesión, y a las mercantiles Sanatorio del Valle SL y a la Asociación Médico-Farmacéutica de Previsión Social, propietaria del 100% de la primera, es o no laboral, pues ello determinará si el orden social es el competente o no para conocer de la cuestión principal.

Durante la vigencia de la relación, ésta estuvo caracterizada por que al actor se le abonaron mensualmente cantidades fijas en recompensa de su trabajo, independientemente del tiempo dedicado al ejercicio de su profesión en las instalaciones del Sanatorio, y re-

II. Trabajador

munerándole incluso los períodos vacacionales. Si bien, es cierto que las partes siempre acordaron que la remuneración dependiera de las consultas o servicios prestados por el actor, extremo que fue incluso reclamado por la parte actora en diversas ocasiones, esta reivindicación nunca llegó a aplicarse con carácter efectivo.

El desempeño de su labor profesional consistía en atender a los pacientes que la dirección del centro fijaba de manera unilateral y dentro del horario también determinado por la dirección del centro. Para el desempeño de dicha actividad el actor debía vestir una bata, con logotipo identificativo, del centro médico.

Es reseñable que el demandante en instancia tenía permiso expreso de la dirección del centro médico para atender muy ocasionalmente a pacientes externos a los servicios de la mercantil, ello era permitido bajo el razonamiento de que el sanatorio se podía ver potencialmente beneficiado de las intervenciones o pruebas clínicas que dichos pacientes pudieran requerir.

En 2008 el demandante reclama a la dirección del centro médico unas cantidades que estima que se le adeudan. La empresa, un mes después, decide prescindir de sus servicios.

La relación descrita fue calificada por el juzgado *a quo* como laboral. Resaltaba la sentencia de instancia que se cumplían todos los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto. Concretamente sobre los requisitos de dependencia y ajenidad, los más importantes según consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina científica, entendía el Tribunal que se hallaban presentes pues el actor debía acudir al centro de trabajo en los períodos fijados por el empleador, no teniendo libertad para organizar su trabajo, haciendo uso de las infraestructuras y medios proporcionados por la empresa, haciendo suyos, el empleador, los frutos del trabajo del actor, que recibía un salario por su actividad.

Una vez aclarado que la relación que unía a las partes es laboral, el juzgado de instancia se pronuncia sobre el fondo del asunto, el despido del trabajador. Determinando que éste es improcedente. Este pronunciamiento es recurrido en suplicación por la parte empresarial ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid debe valorar nuevamente si nos encontramos, o no, ante una relación laboral. Es cierto que el empresario, amparado en la libertad de empresa consagrada en nuestra Constitución, puede elegir las fórmulas contractuales que mejor le convengan a su actividad productiva. Pero dicha elección no puede ser tomada sin respetar los requisitos impuestos en la legislación laboral. Dicho de otra forma, el empleador y el trabajador no pueden pactar la no laboralidad de una relación que cumple con los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, la Sala nos recuerda que las relaciones en el seno de la empresa han evolucionado desde el llamado modelo fordista, que caracterizó las relaciones industriales hasta el último tercio del siglo XX. Es decir, las relaciones empleador-trabajador han dejado de estar caracterizadas por una fuerte dependencia del trabajador dentro de la esfera organizativa del empleador. Provocando esta flexibilización que los requisitos de dependencia y ajenidad se hayan vuelto cada vez menos evidentes.

Respecto del requisito de dependencia, señala el Tribunal que aunque es posible hacer una interpretación rígida del Estatuto que deje fuera a muchas relaciones situadas en las

zonas grises del precepto, no es partidario de llevar a cabo esta interpretación restrictiva, si bien tampoco es partidario de extender artificialmente las fronteras del derecho laboral. Como elementos que nos permiten diferenciar el contrato de trabajo de otros contratos, especialmente del contrato civil de arrendamiento de servicios, se cita la imposibilidad del trabajador laboral de elegir los encargos asignados por el empleador, que los medios de producción sean propiedad absoluta del empleador, la determinación por parte del empleador de las remuneraciones.

En cuanto al requisito de ajenidad el Tribunal entiende que será posible identificar este requisito cuando el empleador controle y supervise el resultado de la actividad del trabajador, cuando se produzca una comunicación constante, dando igual el medio utilizado, entre trabajador y empleador.

A la luz de este razonamiento el Tribunal confirma la resolución recurrida, apreciando la existencia de una relación laboral entre las partes, y la competencia del orden social para conocer del fondo del conflicto que enfrenta a las partes. En cuanto a la impugnación del despido del trabajador el Tribunal vuelve a confirmar la sentencia recurrida y corrobora su improcedencia.

3. La sentencia analizada lleva a cabo una extensa revisión de la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ha ocupado de interpretar el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. La Sala aprecia que las órdenes directas que recibía el trabajador, la apariencia hacia terceros, al vestir una bata con el logotipo del sanatorio, el sometimiento al poder de dirección del empresario tanto en los horarios como en la organización de la actividad productiva dentro de ese horario constituyen indicios evidentes de dependencia. Mientras que la incorporación directa de los frutos de la actividad del trabajador, la imposibilidad por parte del demandante en primera instancia de gestionar o decidir sobre los cobros a aplicar a los pacientes son interpretados como indicios de la presencia del requisito de ajenidad. En este sentido, el Tribunal aplica adecuadamente una interpretación flexible al concepto de laboralidad presente en nuestro ordenamiento, flexibilidad sin la cual muchas relaciones laborales, como la que se enjuicia en la sentencia, quedarían desprovistas de la protección que otorga el ordenamiento laboral. En conclusión, la solución final debe ser compartida por todos.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

d) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo

STSJ de Navarra de 29 de junio de 2009 (recurso de suplicación 180/2009), I.L. J 1277.

1. El caso contemplado analiza un supuesto de extinción de un contrato mercantil de agencia suscrito entre un particular y una empresa al amparo de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de contrato de agencia; concretamente sobre la determinación de si dicha relación

II. Trabajador

jurídica se trataba de una verdadera relación mercantil o, si por el contrario, era propia de una relación laboral ordinaria o especial de personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asunción de riesgo.

La empresa, titular de un negocio de distribución de bebidas gaseosas, contrató a una persona (en lo sucesivo, “el actor”) para que realizara las actividades propias de impulsar las ventas de sus productos y distribución de sus mercancías, debiendo efectuar continuas visitas a clientes y/o potenciales clientes de la empresa.

Como notas características de la relación jurídica existente entre las partes, hay que destacar que el actor únicamente prestaba sus servicios para esa empresa, y que lo hacía de forma individual al no tener personal a su cargo. Asimismo, el actor tenía la obligación de personarse en la empresa a primera hora de la mañana durante tres días a la semana, a los efectos de asistir a una reunión a la que también asistían vendedores de la plantilla de la empresa y otro personal autónomo, en la que la empresa asignaba las rutas a seguir para cada uno de ellos, la lista de clientes a visitar, los cometidos a realizar y la información de las promociones existentes de los diferentes productos.

Adicionalmente, el actor tenía asignada en la empresa una mesa de trabajo en una sala compartida por empleados de la empresa para que pudiera llevar a cabo tareas administrativas tales como rellenar los informes sobre su actividad (ruta, vehículo utilizado, horas dedicadas, visitas realizadas, cajas vendidas, etc.), si bien no disponía de la herramienta de correo electrónico ni de claves de acceso a los sistemas informáticos de la empresa.

El actor vino realizando esta actividad durante aproximadamente tres años, en los que percibió unas cantidades económicas en concepto de comisiones, bono por cumplimiento de objetivos y compensaciones de gastos, hasta que la empresa decidió extinguir el contrato de agencia.

Ante esa extinción el actor presentó demanda por despido ante el Juzgado de lo Social, al considerar que la relación que le había vinculado con la empresa demandada había sido laboral ordinaria y no la propia del contrato mercantil de agencia, centrándose el debate, en primer lugar, en la determinación de la naturaleza jurídica de la relación extinguida (laboral ordinaria, laboral especial o mercantil de agencia) para, en segundo lugar, concluir en si se había producido un despido por la extinción injustificada de una relación laboral o, por el contrario, una extinción lícita de un contrato mercantil de agencia.

2. El Juzgado de lo Social previa determinación de la existencia de relación laboral ordinaria entre las partes, estimó la demanda del actor considerando injustificada la decisión empresarial extintiva y declaró la improcedencia del despido con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento.

Por su parte, el TSJ revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social, estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa al considerar que la relación jurídica que había vinculado a las partes no era laboral ordinaria sino laboral especial de personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asunción de riesgo, examinando detalladamente las circunstancias propias de las siguientes relaciones jurídicas: (i) mercantil de contrato de agencia (Ley 12/1992); (ii) laboral especial de personas que

intervienen en operaciones mercantiles sin asunción de riesgo (RD 1438/1985), y (iii) laboral ordinaria.

Así, la primera solución que adopta el Tribunal en la resolución del caso es determinar si la relación jurídica que vinculaba a las partes era mercantil o laboral, para lo cual parte de las características definitorias del contrato mercantil de agencia, estableciendo que éstas residen en las ideas de: independencia, capacidad de autogestión del propio que-hacer y en la ejecución de la labor de intermediación conforme a los propios criterios e intereses del agente, de manera que el criterio sustancial de distinción entre el vínculo laboral y el mercantil sería el sometimiento o no del agente al círculo organizativo del empresario. De esta manera, y en base a los hechos declarados probados, el Tribunal concluye este primer análisis con la consideración de que la relación jurídica era laboral y no mercantil.

Ahora bien, en un segundo escenario, el Tribunal se plantea si dentro del ámbito de la relación jurídica laboral, la relación que vinculó a las partes era ordinaria o la especial propia de personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asunción de riesgo, concluyendo que era una relación laboral especial por cuanto que aunque las actividades del actor podían coincidir con las propias de las de la plantilla de empleados de la empresa, su diferenciación se encuentra no en su contenido, sino en la forma de ejecutarlas, pues además de no haber horario ni jornada predeterminada, el actor desarrollaba su actividad dentro de un ámbito de independencia importante y fuera del centro de trabajo.

Concluye así el Tribunal estimando parcialmente el recurso planteado por la empresa en el sentido de mantener la declaración de despido del Juzgado de lo Social, pero determinando que sus efectos sean en base a la normativa propia de la relación laboral de carácter especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asunción de riesgo (RD 1438/1985), y no en base al régimen jurídico propio de las relaciones laborales ordinarias (RD Legislativo 1/1995, del Estatuto de los Trabajadores).

3. La sentencia del TSJ que se comenta establece, en primer lugar, que hay un cierto sometimiento del actor al círculo organizativo de la empresa y que, por ello, la relación que les vinculaba no puede ser considerada como mercantil de contrato de agencia sino laboral. A continuación, establece que si bien se trata de una relación laboral, ésta tiene que ser considerada como especial y no ordinaria, toda vez que la forma en la que ésta se ejecutaba era diferente a la forma exigida en las relaciones laborales ordinarias.

Coincidimos con la primera conclusión, pues a la vista de los hechos probados del supuesto analizado (obligación del actor de personarse en la empresa a primera hora de la mañana durante tres días a la semana, a los efectos de asistir a una reunión, asignación por parte de la empresa de las rutas a seguir por el actor y por el resto de los empleados, asignación por la empresa de la lista de clientes a visitar, determinación por la empresa de los cometidos a realizar, así como de la información de las promociones existentes de los diferentes productos), no cabe duda que el actor se encontraba sometido al círculo organizativo del empresario.

II. Trabajador

No podemos coincidir, sin embargo, con la segunda conclusión establecida en la sentencia, por cuanto que, a tenor de los hechos probados, entendemos que tanto el contenido como la forma en los que el actor llevaba a cabo su actividad son propios de una relación laboral ordinaria y no especial.

Así, mientras que el Tribunal se limita a analizar la forma en la que el actor venía prestando su actividad, concluyendo que ésta, pese a coincidir con la de los restantes vendedores en plantilla de la empresa, se ejecutaba fuera del centro de trabajo, sin sujeción a horario o/y a jornada y con un ámbito de dependencia importante, lo que no es del todo cierto (recuérdese que parte de su actividad la realizaba en el centro de trabajo de la empresa, tanto al asistir regularmente a las reuniones de trabajo, como al informar sobre su actividad utilizando medios de la empresa –sala, mesa, etc.–). Pero es que, además, sorprendentemente el Tribunal no tiene en consideración otra serie de factores que, a nuestro entender, sí que son propios de una relación laboral ordinaria, tales como el uso por el actor de herramientas de trabajo propiedad de la empresa, como la utilización de un vehículo de empresa (véase cómo en los hechos probados consta que a la hora de completar los informes a la empresa, el actor tenía que hacer constar el vehículo que había utilizado) o el uso de una mesa de trabajo que tenía asignada expresamente.

La puesta en común de estos otros factores con el contenido de sus funciones son determinantes, en nuestra opinión, de una relación laboral ordinaria, al darse los requisitos contenidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

f) Deportistas profesionales

STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2009 (recurso de suplicación 296/2009), I.L. J 1362.

1 El demandante prestó servicios para un Club Deportivo de tercera regional, durante las temporadas 2005/2006 con un salario mensual de 150 euros. La retribución pactada era para cubrir gastos derivados del fútbol. En la demanda se reclaman “unas retribuciones pactadas en el último año de 200 euros mensuales”, en concreto, siete meses a razón de 150 euros mes, y cinco a razón de 200 euros, más la prima de 600 euros. En el contrato formalizado por dos temporadas 2005/2006 y 2006/2007, se viene a pactar como “retribución”, en el primera temporada son 150 euros mensuales en diez mensualidades, que hacen un total de 1.500 euros, y en concepto de prima por 25 goles marcados en el equipo regional preferente el jugador percibirá la cantidad total de 600 euros, que serían satisfechos el 30 de junio de 2006; a continuación se pactan unos objetivos, “caso de jugar en el primer equipo” en concepto de primas por partidos jugados, 600 euros si son diez partidos oficiales siempre que jugara al menos 45 minutos en cada uno de ellos, y por 10 goles marcados en el indicado primer equipo 1.000 euros, Y para la segunda temporada, se satisfacen 180 euros por diez mensualidades y los 600 euros por 25 goles marcados en el equipo de regional preferente, con los mismos objetivos caso de jugar en el primer equipo. En el contrato se pacta la cesión de derechos de imagen. El demandante, vecino de Gévora, debía desplazarse todos los días menos uno, tuvo que comprar un coche de segunda mano para ir a Badajoz y el equipamiento.

2. La sentencia de instancia declara la incompetencia del orden jurisdiccional social, por razón de la materia, para conocer de la pretensión deducida, advirtiendo a las partes del derecho que les asiste de reproducirla ante el orden civil.

La calificación federativa de un jugador como aficionado o profesional no es concluyente para la de la relación que materialmente una a las partes. Para decidir si se trata de una práctica deportiva que se encuadre o no en una relación laboral, en caso de que el deportista perciba cantidades dinerarias, lo relevante es el carácter que hay que atribuir a tales cantidades, pues si se consideran un salario o retribución, estaremos ante una relación laboral, pero no existirá ésta si sólo se consideran compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva, como se deduce del artículo 1.2 del RD 1006/1985.

En el presente caso, no puede entenderse que se trate de un deportista profesional, sino ante lo que denominaron acuerdo de formación deportiva, en cuya virtud el actor recibiría formación, mediante los recursos de que el club disponía, participando en las competiciones en que se inscribiera éste, que sólo alcanzó categoría de aficionados, percibiendo de la entidad el actor una beca formativa de baja cuantía, porque la práctica del deporte dentro de un club deportivo no es bastante para calificar el vínculo como laboral especial, ya que ha de tratarse de una persona que hace de tal práctica su profesión o dedicación principal y habitual, realizándola justamente por la remuneración que percibe a cambio, no por causa distinta, ya que la práctica deportiva sólo es medio habitual de vida para algunos, sino actividad integrada en la enseñanza, así como ocasión de ocio para infinidad de personas, que la desarrollan por formación o afición.

El TSJ cita la STS de 3 de noviembre de 1972 que precisó como nota del profesional la dedicación íntegra, absoluta y permanente “impeditiva de cualquier otra actividad que le permita subvenir a sus necesidades”, “dedicación absoluta, pleno ejercicio y entrega de sus facultades y por retribución constitutiva de su medio de vida”.

No tenía ingresos para alimentación ni vivienda, y el dinero mencionado que percibía del Club era para pagar gastos del fútbol. Es obvia la conclusión, a lo cual no empece la cláusula contractual de cesión de derechos de imagen, para explotarlos bien directamente la demandada, mediante la publicación de la imagen o su distribución por cualquier medio reprográfico, o bien indirectamente a través de la venta o cesión de los derechos de retransmisión deportiva del equipo a terceros, por lo cual ni tan siquiera se pactó contraprestación alguna, ni la cláusula de rescisión, desorbitada por otra parte, de 600.000 euros en concepto de indemnización, para el supuesto de extinguir el contrato anticipadamente. Al actor se le abonaba una cantidad mínima, incluso insuficiente, para cubrir gastos, que en modo alguno puede merecer la calificación de retribución a los efectos del artículo 1.2.1 y artículo 8 del RD 1006/1985, de 26 de junio, lo que lleva a la aplicación del 1.2.2, de exclusión del ámbito contractual especial, por lo que se mantiene la incompetencia material del orden social.

3. Sobre el tema ya se pronunciaban las viejas SSTS de 27 de junio de 1984 y 20 de marzo de 1986. La moderna jurisprudencia (STS de 2 de abril de 2009) expresa la necesidad de habitualidad o regularidad, frente a las actividades deportivas ocasionales o marginales, pero no requiere que la actividad prestada sea de absoluta dedicación y constituya el ex-

II. Trabajador

clusivo o fundamental medio de vida, puesto que el deportista también puede desarrollar otros cometidos remunerados, sin ver por ello desvirtuada su profesionalidad, siendo factible el contrato a tiempo parcial.

Es imprescindible la existencia de “una retribución” que diferencia al deportista profesional frente al aficionado. Se excluye a quienes practiquen el deporte percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva (artículo 1.2). Lo que realmente determina la profesionalidad es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados, pues la ausencia de salario determina la cualidad de deportista aficionado y la exigencia legal no va referida a la percepción de una cuantía mínima, ni siquiera del SMI. El *amateur*, es quien desarrolla la actividad deportiva sólo por afición o por utilidad física, es decir, sin afán de lucro o compensación. Se excluye el “amateurismo compensado”, esto es, cuando se percibe del club solamente la compensación de los gastos derivados de la práctica del deporte. Pero no resulta infrecuente la presencia del llamado “amateurismo marrón”, producto de la manipulación contractual, por lo que se requiere deslindar el deporte “compensado” del propiamente “retribuido”. Debe ser la entidad deportiva quien acredite que las cantidades que entrega no son salario (que es lo que se presume) sino que tienen carácter simplemente compensatorio, que únicamente tendrá lugar cuando se pruebe que no exceden de los gastos que en la realidad tenga el deportista por la práctica de su actividad, por lo que se llega a estimar que el abono de la cantidad fija mensual de 230 euros es salario, al no haber acreditado el Club que se tratase de una compensación de gastos.

La valoración conclusiva se debe limitar a estimar que la dedicación exclusiva y absoluta no es exigible y que la escasa cuantía de la percepción económica del futbolista de la sentencia comentada no decide la no laboralidad del contrato, sino la prueba por el Club de que su importe era meramente compensatorio de gastos.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Navarra de 21 de julio de 2009 (recurso de suplicación 166/2009), I.L. J 1379.

1. Las demandantes, que formaban un colectivo de 30 personas, prestaban servicios todas ellas para el Ayuntamiento de Pamplona, con la categoría profesional de trabajadores familiares y dentro del Área de Servicios Sociales y de la Mujer de dicho Ayuntamiento. En todos los casos la prestación de servicios se había articulado mediante contratos administrativos celebrados de conformidad con lo establecido en el artículo 88.b) del Estatuto de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra para cubrir las vacantes de trabajador familiar del Área de Servicios Sociales existentes en la plantilla orgánica municipal de funcionarios. También se indicaba en los contratos que su duración sería hasta que se produjese la cobertura “en propiedad” de la vacante o la amortización de la plaza. Las funciones que corresponde desarrollar por las contratadas son; tareas domésticas, tareas de cuidado personal, tareas relativas a las relaciones sociales y familiares además de “todas aquellas tareas que se le encomienden y que sean propias de su categoría profesional”.

La transferencia del servicio de atención domiciliaria desde el Gobierno de Navarra al Ayuntamiento de Pamplona fue lo que motivó la contratación de las trabajadoras familiares ahora demandantes porque dicha transferencia exigía cubrir de forma provisional las vacantes que se habían generado como consecuencia de la adscripción municipal del citado servicio de atención domiciliaria hasta su cobertura definitiva, la cual no ha llegado a producirse.

Por Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento se constituyó la empresa pública “asistencia Municipal en Casa SA (ASIMECSA)” para la gestión del servicio de atención domiciliaria y al mismo tiempo se fijó que las plazas vacantes de trabajadores familiares que figuraban en la plantilla orgánica del Ayuntamiento y que estaban siendo ocupadas interinamente por estas trabajadoras, “quedan amortizadas”. De modo que la relación contractual con el Ayuntamiento del personal que las ocupaba interinamente finalizaría en las fechas señaladas para la entrada en funcionamiento de la empresa pública. En el mismo Acuerdo se recoge que las 35 trabajadoras familiares contratadas sobre las plazas vacantes de la plantilla pasarán a formar parte de la empresa pública. Se trata más bien de una posibilidad puesto que es opcional, debiendo ejercer la opción antes de un determinado plazo. La empresa pública suscribió con las trabajadoras contratos temporales cuya duración se extendía hasta la finalización del proceso selectivo iniciado para la cobertura definitiva de las plazas. Se puso en marcha, de hecho el proceso selectivo en cuestión, pero no llegó a celebrarse porque se acordó su suspensión cautelar solicitada por la asistencia letrada de las trabajadoras como medida cautelar en el Juzgado de lo Social.

2. La sentencia de instancia estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción y absolvió al Ayuntamiento y a la empresa municipal. Contra dicho pronunciamiento, las trabajadoras interponen recurso de suplicación frente al TSJ de Navarra cuya sentencia es la que ahora se comenta. La Sala se extiende en un primer momento sobre la doctrina dictada por el Tribunal Supremo cuyo criterio judicial ha seguido siendo reiterado en sentencias sucesivas que reconocían la competencia de la jurisdicción social para conocer en supuestos en los que la apariencia formal de un contrato administrativo deja ver una realidad subyacente propia de una relación laboral en la que el objeto de la contratación no es sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación. La doctrina judicial es ésta: “El artículo 1.3 ET excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las administraciones públicas reguladas por el derecho administrativo al amparo de una ley y dicha exclusión permite en principio romper la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET. Ahora bien, dicha presunción recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa ha sido efectuada al amparo de una norma pero con flagrante desviación del cauce previsto y es esto lo que sucede en supuestos en los que la contratación administrativa se acoge a la modalidad de “trabajos específicos” pero el trabajo verdaderamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia. El conocimiento de estos litigios corresponde al orden social de la jurisdicción.

Pero, a pesar de haber invocado este claro criterio judicial, el TSJ hace un quiebro en la argumentación y reproduce extensamente la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional en una Sentencia de 20 de septiembre de 1990 dictada en conflicto positivo de competencia entre el Gobierno de la Nación y Navarra. Así, en aplicación al caso de

II. Trabajador

la doctrina judicial de la sentencia citada, el Tribunal concluye que el Ayuntamiento de Pamplona tiene potestad para la contratación temporal en régimen administrativo en el ámbito de la Comunidad Foral y, en consecuencia, la contratación de las demandantes ha de ser considerada administrativa dado que el artículo 88.c) del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra da cobertura a la contratación administrativa para atender nuevas necesidades de personal debidamente justificadas.

3. Es sorprendente el sentido del fallo del Tribunal en esta sentencia, cuando al amparo del razonamiento anteriormente expuesto, declara que el conocimiento del litigio surgido en estas relaciones de servicios en las que no se aprecia ningún desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal de amparo, no corresponde a la jurisdicción social. Es un supuesto en el que la excepción reconocida a Navarra para que disfrute de un régimen singular con respecto a sus funcionarios como consecuencia de sus derechos históricos, desemboca en el amparo proporcionado a una situación que de haber sido enjuiciada con arreglo al régimen común, sin duda hubiera supuesto el otorgamiento de la razón a las trabajadoras demandantes.

Ciertamente, la regulación foral prevé la posibilidad de la celebración de contratos administrativos para la sustitución de personal y la provisión provisional de vacantes, como es el caso. Pero, la situación en la que se encuentran estas trabajadoras es claramente peor si se compara con la de otras comunidades sometidas a la regulación general que impide la utilización de la contratación administrativa como un resorte de mano de obra temporal sin las contrapartidas de la norma laboral y todo ello, además, sustraído del conocimiento del orden social de la jurisdicción. Esto también se ha planteado en otros ámbitos geográficos pero la respuesta judicial ha sido clara e inequívoca como la propia sala del TSJ ha recordado, no ha sido así en este supuesto y eso merece una reflexión crítica.

Y más aun, si se examina el trasfondo del supuesto presente que no es otro que la gestión indirecta a través de una empresa pública de un servicio de atención domiciliaria. Son también muy frecuentes los litigios que se dan como consecuencia de estas relativamente recientes fórmulas de gestión pública que indefectiblemente precarizan al personal que se ve implicado en ellas. Pues bien, súmense los dos elementos y el panorama resultante es el que es: Que las trabajadoras deberían haber sido objeto de una contratación de naturaleza laboral y que su paso a la empresa pública debería haberse producido en condiciones de estabilidad habida cuenta de que no se trataba de una actividad de naturaleza temporal.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (LOVELLS)

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (COORDINADORA)

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

LUIS GORDO GONZÁLEZ

M. 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 9 a 12 de 2009 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1144 a 1672) 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

La STS de 6 de julio de 2009, u.d., I.L. J 1299 aborda, una vez más, la tantas veces comentada cuestión de determinar quién ha de ser considerado empleador en la relación laboral constituida con los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza en Comunidades Autónomas a las que les han sido transferidas competencias en materia de enseñanza, y, en consecuencia, a quién corresponde el abono de las percepciones económicas derivado de aquella condición. En concreto se discute en el caso de autos si es la Administración estatal o la autonómica asturiana la responsable del pago de la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET a los profesores de religión y moral católica que cesan tras haber prestado servicios en centros de segunda enseñanza del Principado. La sentencia de instancia, confirmada en sede de suplicación, condenó únicamente al Ministerio de Educación y Cultura, absolviendo al Principado, sobre la base de entender que mientras no se produzca la transferencia en materia de enseñanza de religión y moral católica desde el Estado a la Comunidad Autónoma será el primero quien deba responder. Interpone la representación estatal recurso de casación para la unificación de doctrina que es desestimado por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal, reproduciendo literalmente los argumentos recogidos en su Sentencia de 21 de julio de 2004, indicará que “la transferencia de las competencias en materia de enseñanza, en este caso, al Principado de Asturias, con efectos de 1 de enero de 2000, en materia de enseñanza no universitaria no ha alcanzado a la enseñanza específica de la religión católica cuya financiación por cuenta del Estado está prevista en el Acuerdo entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, por lo que es el Ministerio de Educación el que ha de hacerse cargo de la retribución de los profesores, en tanto no se lleven a cabo aquella transferencia y el correspondiente traspaso de personal a las Comunidades Autónomas”.

B) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada

Pese a que 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

III. Empresario

Supremo en numerosas ocasiones, 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.

El debate se centra en determinar si en el importe de la paga extraordinaria por antigüedad prevista actualmente en el artículo 61 del V Convenio Colectivo para las Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos 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 V Convenio mencionado 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 suplicación 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. A esta tesis se une la **STS de 6 de octubre de 2009**, u.d., I.L. J 1503 que, poniendo en relación lo dispuesto en el artículo 61 del V Convenio Colectivo para las Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos con lo que se establece en el artículo 59 de la propia norma paccionada, argumentará que la interpretación del primero de los preceptos citados “no puede ser otra que la de no desligar el calificativo de ‘extraordinaria’ del sustantivo ‘mensualidad’, de tal forma que lo que en realidad se quiso establecer en el precepto convencional de referencia no fue sino el de imponer a la empresa como abono de la antigüedad hoy cuestionada en los autos el importe de una mensualidad extraordinaria y es evidente que al tratarse de una retribución de índole extraordinaria no cabe incluir en la misma el complemento retributivo autonómico que se postula, dado que en las pagas extraordinarias, conforme al precitado artículo 59 del Convenio Colectivo, se incluyen únicamente el salario, la antigüedad y los complementos específicos, entre los que se halla el complemento por función, el complemento de COU y el complemento de Bachillerato LOGSE, por lo que, claramente, queda excluido el hoy reclamado complemento retributivo autonómico”.

C) Límite de la responsabilidad de la Administración en centro privado de enseñanza concertada

Junto a la litigiosidad derivada de la determinación de la cuantía de la paga extraordinaria por antigüedad pactada en los Convenios Colectivos de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, el otro gran tema de conflicto suscitado en este ámbito ha sido el representado por la concreción del alcance de la obligación de pago delegado de salarios que corresponde a la Administración educativa de conformidad con la normativa vigente sobre el particular. A esta cuestión se refiere la **STS de 21**

de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1435, que resume la jurisprudencia recaída sobre el particular en los siguientes términos:

– La Sala ha sostenido reiteradamente que la Administración Pública responde frente a los profesores de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos, aun cuando no asuma el papel de empresario, limitándose su obligación a una suerte de pago delegado.

– La indicada obligación de la Administración no es ilimitada; como ya señaló la STS de 20 de julio de 1999, el límite que determina el ámbito de la responsabilidad de la Administración viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico correspondiente al año de que se trate por el número de unidades escolares existentes en esa concreta empresa o centro. Ahora bien, el referido límite no se establece de manera unitaria sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, de forma que más que un límite único operan varios límites diferentes cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos.

– La anterior consideración supone que la Administración no puede responder más allá del importe legalmente fijado por las normas presupuestarias, aun cuando se produzcan alteraciones salariales mediante convenio colectivo que incrementen los importes de los conceptos retributivos de estos trabajadores. Se afirma, en consecuencia, la preeminencia de las disposiciones legales presupuestarias sobre los pactos y convenios colectivos, al ser aquéllas las que ostentan el monopolio normativo del límite máximo de responsabilidad de la Administración. Tales acuerdos llevarán implícitos, en todo caso, la obligación de la empresa empleadora de asumir en exclusiva las cantidades que excedan de aquellos módulos legales, al no existir norma que obligue a la Administración a ampliar el límite presupuestario establecido.

– En relación al complemento retributivo por la realización de funciones directivas también la jurisprudencia ha sostenido su inclusión en el ámbito de las obligaciones de pago delegado de la Administración.

Sentado lo anterior, en el caso examinado por la STS de 21 de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1435, la Administración demandada aceptó la responsabilidad en el pago del complemento de jefatura de departamento, si bien aplicó al importe de su aportación el límite presupuestario calculado mensualmente. El debate se centra en concretar si el importe total fijado en la limitación legal (artículo 117.1 de la LO 2/2006 en conexión con las Leyes de Presupuestos), debe considerarse en atención al tiempo trabajado o, con independencia de éste, partiendo exclusivamente del año natural en que se devenga. La Sala sostendrá que “dado que el mismo [complemento de jefatura] es de abono mensual, la responsabilidad de la administración en el pago del mismo, hasta el límite máximo, se genera también mes a mes y, por ello, dicho límite máximo debe acomodarse, necesariamente, a la división por meses del tope anual que se fija en las leyes de presupuestos”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

Pese a la consolidada doctrinal jurisprudencial acerca de los requisitos necesarios para derivar de la existencia de un grupo de sociedades interrelacionadas la presencia de un único empleador y, por tanto, afirmar la responsabilidad solidaria de todas respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, los continuos pronunciamientos judiciales sobre el particular parecen evidenciar la dificultad de trasladar al caso concreto los mencionados presupuestos. La riqueza de situaciones fácticas posibles, la inexistencia de una definición genérica de grupo de empresas, así como la diversa fisonomía de las responsabilidades que eventualmente pueden imputarse al grupo pueden ser la causa de tan habitual litigiosidad. En este contexto, la **STSJ de Valencia de 29 de mayo de 2009**, I.L. J 1202, rechazará la existencia de responsabilidad solidaria de las empresas involucradas en caso de autos, o en terminología jurisprudencial, la presencia de un “grupo de empresas a efectos laborales”, después de proyectar los criterios y doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular al supuesto de hecho. Así, nos recordará la Sala que

– No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales. Ese plus la jurisprudencia lo ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

– Los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. De igual forma, la mera presencia de administradores o accionistas comunes o de una dirección comercial común o de sociedades participadas entre sí no es bastante para el reconocimiento del “grupo de empresas a efectos laborales”.

– Salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

Aplicando los anteriores principios al supuesto de hecho analizado, la Sala concluirá, en respuesta al recurso interpuesto por diversas de las empresas codemandadas, que “la empresa en la que prestaban servicios las actoras y que procedió a su despido, tenía su centro de trabajo en C... y como objeto social, además de la promoción, construcción

y venta de edificios de toda clase el asesoramiento jurídico, financiero, urbanístico y de gestión inmobiliaria, la prestación de servicios de correduría de seguros, de mediación inmobiliaria y de administración de fincas; no consta que las actoras tuvieran algún tipo de relación directa o indirecta con las demás sociedades codemandadas, por lo que la simple coincidencia del domicilio social (que tampoco es exactamente el mismo en cada una de las sociedades codemandadas) y la mera presencia de administradores o accionistas comunes, de una dirección comercial común, o de sociedades participadas entre sí no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales, ya que como antes se dijo el mismo requiere unidad de actividades, trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias (no pudiéndose calificar como tal la emisión de facturas por parte de Primer Grupo Proyectos Inmobiliarios, SL a las demás por servicios de arrendamiento, telefonía, limpieza y suministro eléctrico de la oficina del Parque Tecnológico, que no implica desplazamiento patrimonial alguno), movilidad de los trabajadores en el seno del grupo, estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo, lo que en absoluto consta suceda en el caso traído a nuestra consideración, debiendo por ende prevalecer el ámbito de responsabilidad propio de cada una de las codemandas como personas jurídicas independientes que son todas ellas”.

Y la misma conclusión se alcanzará en la relación al recurso interpuesto por otra de las empresas demandas, destacándose al respecto que la circunstancia de la coincidencia del domicilio social no es suficiente sin más para imputar responsabilidad solidaria, ya que ésta “requiere unidad de actividades, trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias (no pudiéndose calificar como tal la facturación por parte de Primer Grupo Proyectos Inmobiliarios, SL a esta recurrente por la ocupación de la oficina en el Parque Tecnológico de Paterna), movilidad de los trabajadores en el seno del grupo, estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo, lo que en absoluto consta suceda tampoco en el caso de esta recurrente, debiendo por ende prevalecer el ámbito de responsabilidad propio de cada una como personas jurídicas independientes que son”.

Aunque no de forma principal, pues los motivos del recurso de suplicación a que da origen la **STSJ de Madrid de 3 de julio de 2009**, I.L. J 1371, son diversos, complejos y centrados muchos de ellos en posibles lesiones a derechos fundamentales, el citado pronunciamiento recoge una pequeña argumentación en torno al grupo de empresas. El recurso pedía que se revocara la negada legitimación pasiva de la empresa, acordada por el juzgador de instancia, al entender que había quedado acreditado que dicha empresa abonaba a la trabajadora despedida 1.500 euros anuales en concepto de gratificación por diversas responsabilidades, lo que unido al dato de que el 100% de su capital pertenecía a la empresa para la que prestaba servicios la trabajadora y su administrador único era el presidente de esta última empresa, llevaban a entender que se trataba de un grupo de empresas y, por tanto, cabía atribuir también a dicha empresa la condición de empleadora de la recurrente. La Sala, tras considerar acreditado que el pago realizado lo era en concepto de salario, señalará que “por lo tanto, si esa empresa paga una parte del salario (...), hay

III. Empresario

que atribuirle la condición de empleadora de esa trabajadora. Ésta es la necesaria conclusión que resulta de la doctrina que mantiene la jurisprudencia a propósito del grupo de empresas, la cual, sintetizada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2005 recoge: ‘Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la Sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales’. Pues bien, nada más expresivo de ese funcionamiento integrado de la organización de trabajo del que habla la sentencia que se acaba de transcribir parcialmente que el abono del salario de una trabajadora por parte de dos empresas, permitiendo así deducir que ambas han de ser consideradas empleadoras de la misma”.

B) Consecuencias de la existencia de grupo de empresas en supuestos de despido objetivo por causas económicas y organizativas

Ya hemos comentado en otras ocasiones cómo la doctrina jurisprudencial viene exigiendo que cuando estemos en presencia de un grupo de empresas, la apreciación de la existencia de causa económica que permite el despido objetivo o colectivo de trabajadores se realice en relación al grupo en su conjunto. A un supuesto de este tipo se refiere la **STSJ de Valencia de 15 de julio de 2009**, I.L. J 1387, cuyos antecedentes son los siguientes: la sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido objetivo de la trabajadora demandante, condenando a la empresa Revasa a que, a su opción, readmita a la actora en su precedente puesto de trabajo o la indemnice en la cantidad señalada; igualmente, condena a las empresas Camasa y Radisa de forma solidaria con aquélla a hacerse cargo de las consecuencias económicas del despido. Recurren en suplicación las tres empresas condenadas, solicitando la declaración de procedencia del despido objetivo acordado por Revasa y la declaración de falta de legitimación pasiva de las otras dos mercantiles condenadas. La sentencia comentada, tras aplicar los recién expuestos criterios jurisprudenciales sobre los requisitos exigibles para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria en los casos de grupos de empresas (en el caso de autos, coincidencia de órganos de administración, dirección unitaria, mismo auditor y director general, trasvase de trabajadores y apariencia externa de unidad empresarial), llegará a la conclusión de que se trata de un grupo empresarial con responsabilidad laboral, por lo que en la carta de despido objetivo entregada al trabajador debieron relacionarse las causas económicas y organizativas del grupo. Se razona así que “atendiendo a los términos en que está redactada la carta de despido a la que se remiten los hechos probados de la sentencia, (...) resulta que el despido objetivo por

causas económicas y organizativas comunicado a la actora se apoya en pérdidas y reorganización de recursos humanos en la empresa Revasa, sin hacer relación ni en la carta ni en la documentación adjunta a dato que se refiera a las empresas codemandadas recurrentes, que conforman un grupo de empresas junto con aquella con responsabilidad laboral (...) dándose la circunstancia de que la empresa matriz Radisa en fecha coincidente con el despido de la actora abre nuevo almacén en Valladolid y da empleo a seis trabajadores (...). Como corolario, la Sala confirmará la sentencia recurrida, concluyendo que la empresa no ha acreditado la concurrencia de la causa de despido objetivo acordado.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

B) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad

Ya hemos aludido en crónicas precedentes (véanse, por ejemplo, crónicas 37 y 39), la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de ellas. En el caso concreto del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, el artículo 123.2 LGSS hace recaer esa responsabilidad en el “empresario infractor”, expresión genérica pero precisa que, para el supuesto de las contratas de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. 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 coordinación y vigilancia que en los supuestos de concurrencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo impone el artículo 24 LPRL. A esta última cuestión alude la **STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2009**, I.L. J 1566, que, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo, recordará que el artículo 24.3 LPRL prescribe que en el supuesto de hecho en él contemplado la empresa principal deberá vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, si bien “no se trata de la exigencia de un control máximo y continuado –que, ciertamente, podría hacer ineficaz esta modalidad productiva–, pero sí de un control efectivo”. Y tras realizar un breve repaso a la jurisprudencia y doctrina judicial existentes en relación a la noción de empresario infractor a los efectos del artículo 123 LGSS, de la que destaca el dato de que “el recargo tiene una finalidad garantista y beneficiosa para el trabajador pero sancionadora para el empresario por lo que la culpabilidad, base de dicha sanción, no puede extenderse a quien es del todo

III. Empresario

ajeno a la actuación productora del evento”, huyendo el Tribunal Supremo, según la Sala, de la responsabilidad objetiva, se razona que

“No obstante, yendo más allá, el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (...) establece para el empresario principal una especie de responsabilidad objetiva que le hace responder, junto con el contratista y el subcontratista, de las consecuencias de las infracciones en materia de seguridad e higiene que se produzcan en su centro de trabajo”,

lo que, unido al hecho de que en el caso de autos el empresario principal no había cumplido con el deber de vigilancia (artículo 10 del RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 LPRL), conduce a la Sala a concluir que, como la recurrente era empresario principal y el accidente se produjo en un centro de trabajo suyo, se dan las condiciones para mantener la responsabilidad solidaria de la recurrente.

C) Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata, sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata

Como ya hemos comentado en otras ocasiones, la recepción normativa de los criterios e indicios elaborados por la jurisprudencia para distinguir entre la lícita contrata de obras y servicios y la prohibida cesión de mano de obra no parece, al menos de momento, haber disminuido, como, por otra parte, era de suponer, la litigiosidad en este tema. En el período examinado el grueso de los pronunciamientos recaídos, dejando aparte la materia de la sucesión de empresas, siempre presidida por una intensa litigiosidad, se refieren a cuestiones ligadas con este tema, lo que pone de manifiesto que pese a encontrarnos ahora con “una definición legal más precisa”, que “concreta y define como verdaderas presunciones iuris diversos supuestos del mecanismo interpositorio entre varias empresas” (STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008, I.L. J 693), el problema está lejos de solucionarse. Y es que, como señala la STSJ de Galicia de 18 de junio de 2009, I.L. J 1264, recogiendo pronunciamientos previos del Tribunal Supremo, para proceder en un determinado supuesto a decidir si existe o no cesión ilegal, más allá de los criterios unificados de valoración, “es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las

empresas que figuran como comitente y contratista, y los demás derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas”.

De los seis pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia recaídos en el período examinado que analizan directamente la cuestión de la existencia o no de prestamismo laboral, cuatro acogen la respuesta afirmativa (STSJ de Galicia de 18 de junio de 2009, I.L. J 1264; STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2009, I.L. J 1158; STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2009, I.L. J 1618, y STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2009, I.L. J 1672) y dos rechazan la presencia de la conducta prohibida (STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2009, I.L. J 1475 y STSJ de Aragón de 14 de septiembre de 2009, I.L. J 1626). Como la argumentación y razonamientos jurídicos de las diversas sentencias son muy similares, 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: 1º) 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. 2º) Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3º) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STSJ de Galicia de 18 de junio de 2009, I.L. J 1264; STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2009, I.L. J 1158; STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2009, I.L. J 1475).

– Con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita. A pesar de que los artículos 42 y 43 del 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 18 de junio de 2009, I.L. J 1264; STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2009, I.L. J 1158; STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2009, I.L. J 1618; STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2009, I.L. J 1672; STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2009, I.L. J 1475; STSJ de Aragón de 14 de septiembre de 2009, I.L. J 1626). A ello no obsta la naturaleza jurídica pública de los implicados, en tanto la jurisprudencia ha declarado que las expresiones “contratas o subcontratas” del artículo 42 ET no se refiere solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privada, ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídica pública (STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2009, I.L. J 1672).

III. Empresario

– 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, etc. (STSJ de Galicia de 18 de junio de 2009, I.L. J 1264; STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2009, I.L. J 1158; STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2009, I.L. J 1618; STSJ de Aragón de 14 de septiembre de 2009, I.L. J 1626).

– Así pues, 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 Galicia de 18 de junio de 2009, I.L. J 1264). La jurisprudencia delimita la difícil frontera entre la contrata del servicios y la cesión de trabajadores marcando las diferencias en función de las circunstancias concretas del caso, conclusiones fácticas relativas no tanto al carácter real o ficticio de la empresa cedente, como a la concepción y desarrollo del servicio (STSJ de Aragón de 14 de septiembre de 2009, I.L. J 1626).

– Pero no toda cesión tiene que ser necesariamente fraudulenta o tiene que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET, pues en este precepto se regulan en realidad dos fenómenos distintos, a saber, las cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio (STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2009, I.L. J 1158).

B) Despido y cesión ilegal: articulación procesal

La garantía de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social en los supuestos de tráfico ilegal de mano de obra (artículo 43.3 ET), plantea ciertos problemas de índole procesal cuando de lo que se trata es de proyectarla sobre las eventuales consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido que afecta a un trabajador sujeto a la cesión ilícita. A algunos de estos casos nos hemos referido en crónicas precedentes (véanse, por ejemplo, crónicas núms. 35 y 37) y a uno similar debe enfrentarse la **STS de 14 de septiembre de 2009**, I.L. J 1330. Los datos de hecho eran los siguientes: el trabajador, contratado por la empresa Tamesur, SA desde el 22 de enero de 2002 al 28 de diciembre de 2004, prestó

siempre servicios en las instalaciones de la empresa Ibersilva SAU y bajo las órdenes de un trabajador de dicha empresa. A partir del 3 de enero de 2005 pasó a figurar de alta como trabajador de Ibersilva continuando la prestación de servicios efectivos para dicha empresa hasta que fue despedido por ella el 19 de febrero de 2007, que reconoce la improcedencia del despido y opta por el pago de la indemnización correspondiente. La sentencia de instancia apreció la existencia de grupo de empresas y condenó solidariamente a ambas empresas al pago de la indemnización. Por su parte, la sentencia de suplicación estimó que no existía el indicado grupo y, basándose en la confusión de plantillas, considera que lo que se ha producido es una cesión ilegal, en la que Tamesur fue un mero empresario formal, y confirma la condena solidaria de ambas empresas al abono de la indemnización. Recurre Tamesur argumentando que, al no tomar en cuenta la necesidad de la subsistencia de la cesión ilegal, lo que hace la sentencia recurrida es perpetuar en el tiempo los elementos determinantes de dicha cesión, siendo así que el contrato con la recurrente había quedado extinguido el 28 de diciembre de 2004 y el despido se produjo el 19 de febrero de 2007. El Tribunal Supremo estimará el recurso y, recordando su doctrina unificada, indicará: “Es cierto que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente ‘mientras subsista la cesión’; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (...) De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal. Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquél, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada Sentencia de 11 de septiembre de 1986, la aplicación del artículo 43 ‘requiere, como requisito *sine qua non*, que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra’, conclusión que, según el Alto Tribunal, es consecuencia de la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos, continúa la sentencia comentada, “es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del artículo 27.2 LPL. Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de la cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa –o ‘prejudicial interna’ como la denominaron las Sentencias de 19 de noviembre de 2002 y 27 de diciembre de 2002– sobre la que es necesario decidir, por mandato del artículo 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET”.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

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 (artículo 44 ET) sigue estando en la configuración y determinación de su supuesto de hecho. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una vez acotada, incluso normativamente, la amplia previsión legal de la transmisión empresarial que venía a representar la tesis de la mera asunción de la actividad, parece inmersa en una línea de “ampliación contenida” del ámbito de aplicación de la Directiva, presidida por la doctrina de la asunción de plantilla, a la que nuestro Alto Tribunal no acaba de encontrar plena justificación. En el apartado siguiente volveremos sobre ello. En este período hay que destacar, además de las que comentaremos en el epígrafe siguiente, una sentencia del TSJ de Galicia (STSJ de Galicia de 8 de junio de 2009, I.L. J 1265) que aborda la cuestión del supuesto de hecho de la subrogación contractual más allá de los intrincados márgenes de la sucesión de contratos o concesiones administrativas. El supuesto de hecho es el siguiente: las trabajadoras recurrentes venían prestando servicios como camareras para la empresa Boc-1, SL, titular de un local dedicado a bar y restaurante de comida rápida. La actividad de restauración sufre importantes pérdidas en los últimos tres años por lo que la empresa procede al cierre del restaurante y al despido de las trabajadoras por causas económicas. El local del restaurante, propiedad de un tercero, es arrendado a doña Esmeralda, que durante un tiempo lo destina a la misma actividad de restauración, si bien posteriormente procede también a su cierre. Frente a la sentencia de instancia que declara la procedencia de la extinción de la relación laboral recurren las trabajadoras en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. En relación a la alegación por la recurrente de infracción del artículo 44 ET, la Sala señalará que no concurren los requisitos fácticos legalmente exigidos para la subrogación contractual, argumentando que

“la base de la aplicación del precepto que invoca, artículo 44 ‘Sucesión de empresa’, no es otra que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, cambio que no extingue por sí mismo la relación laboral, operando la subrogación o novación subjetiva del contrato de trabajo. Pero es que aquí no concurre tal, sino el arrendamiento de un local de negocios, sin que conste en modo alguno que acaezca una sucesión en la actividad empresarial mediante la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que le permita la continuidad de la actividad principal que constituye su objeto. Si la arrendataria del local, que ha sido el único objeto arrendado conforme al propio contrato citado en la revisión fáctica por la recurrente, ha querido dedicarse a la misma actividad, no consta que lo haya sido por la transmisión de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva en su conjunto, dispuesta para continuar con el negocio, pues el negocio locativo recayó únicamente sobre el mentado local. Así pues, hemos de concluir que no concurre la infracción que se denuncia”.

La STSJ de Galicia de 8 de junio de 2009, I.L. J 1265, realiza un recurrido por la jurisprudencia española y comunitaria en torno al fenómeno de la sucesión de empresa previsto

en el artículo 44 ET. Así, se sistematizarán criterios y argumentos jurisprudenciales como los siguientes:

– “La transmisión de empresa del artículo 44 ET es un fenómeno cuya posibilidad, a través de distintos negocios jurídicos y con diverso alcance, se contempla en nuestro ordenamiento en varios preceptos legales (artículos 324 y 1389 CC; 928 CCo) y que se caracteriza por que su objeto –la empresa– está constituido por un conjunto de bienes organizado para lograr una finalidad económica. Esta particularidad en el objeto transmitido determina dos consecuencias fundamentales: 1ª. la transmisión tiene que afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte de él que constituya, como señalaba el artículo 3.1 de la anterior LAU, una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada; y 2ª. la transformación responde normalmente al principio de unidad de título y diversidad de modos en atención a las peculiaridades de los distintos bienes que integran el conjunto organizado objeto de transmisión”.

– La sucesión de empresa requiere la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales que permite la continuidad de la actividad empresarial, por lo que no puede apreciarse cuando lo que se transmite no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo sino unos elementos patrimoniales aislados.

– Las empresas ya extinguidas no dan lugar a la aplicación del artículo 44.1 ET, porque no se produce una transmisión de un conjunto que reúna las características necesarias para una explotación autónoma.

– El artículo 44 ET cumple a la perfección los fines que persigue la Directiva comunitaria a los efectos de determinar si existe cesión empresarial, incluso en la interpretación dada por la jurisprudencia del TJCE.

– La inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a la hora de determinar la existencia de sucesión, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión. Por lo tanto, para que la Directiva se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el arrendador.

– La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad económica, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aislada-

III. Empresario

mente. La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica entre la primera y la segunda empresa.

– En la medida en que en determinados sectores la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, por lo que ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea.

– La subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, por lo que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad y no de una forma rígida que impida la búsqueda de soluciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo.

– Para situaciones de concurso, la Ley Concursal, adecuación del ordenamiento jurídico español en este particular a la Directiva 2001/23/CE, en sus artículos 100.2 y 149.2 establece el régimen jurídico, pues el artículo 44 ET no regula ni matiza qué ocurre en caso de situación de insolvencia o concurso.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, la Sala concluirá que

“la empresa New Izar SL unipersonal que luego pasó a ser Navantia SA tuvo por única socia a Izar Construcciones Navales SA quien, como tal, aporta la rama de actividad militar y dentro de ella, la Factoría o Centro de Ferrol. Que dicha aportación lo es, de instalaciones, existencias, instrumentos de trabajo, mobiliario y demás elementos directa o indirectamente afectos a la explotación de la actividad transmitida y el cual constituye un conjunto económico capaz de funcionar por sus propios medios. Que por lo tanto la actual Navantia SA ha sucedido en dicha actividad económica en el sentido definido por la Directiva de 2003 y del artículo 44 del ET (...) a Izar Construcciones Navales SA y en dicha actividad económica o rama de actividad estaba integrado el actor. El hecho de que parte de los trabajadores del centro de trabajo de Ferrol que se transmitió no pasaran a la empresa New Izar SL, unipersonal que luego pasó a ser Navantia SA, no puede impedir la consideración de sucesión empresarial toda vez que, de entrada no consta cuántos trabajadores en esas circunstancias (de 52 años o mayores) permanecieron en Izar liquidación, pero lo que queda claro es que, a *sensu contrario*, el resto sí pasó a formar parte de la nueva empresa y ese traspaso de personal que evidentemente debió ser relevante junto con el traspaso de medios materiales conduce a la existencia de una real y objetiva sucesión empresarial siendo en la actualidad Navantia SA quien explota la factoría de Ferrol, de modo que, cabe concluir, del mismo modo que lo ha hecho el juez de instancia, que sí podemos hablar de una sucesión empresarial entre las empresas codemandadas, lo que conlleva, en aplicación de las garantías establecidas en el artículo 44 del ET (y que se concretan en que cedente y cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales anteriores a la transmisión y no satisfechas) que Navantia SA responda solidariamente con la empresa codemandada del pago de la cantidad que en concepto de indemnización se demanda”.

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véase también el apartado 6.B).

B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

Los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas siguen representando un observatorio privilegiado a la hora de analizar la evolución de nuestra doctrina jurisprudencial y judicial en la delimitación de los elementos del supuesto de hecho del artículo 44 ET. En el período analizado han recaído cinco pronunciamientos sobre el particular; cuatro concluyen en la inexistencia del fenómeno de la sucesión de empresa en el caso enjuiciado y uno de ellos, si bien centrado en el problema de la norma convencional aplicable, que es lo que determinaría la obligación de la subrogación, considera que aquél no se produce (**STSJ de Aragón de 3 de junio de 2009**, I.L. J 1213). Probablemente, amén de la nueva vuelta de tuerca que la doctrina judicial parece dar a las últimas tesis jurisprudenciales sobre el régimen extintivo del contrato para obra o servicio vinculado a la duración de una contrata, lo más destacable sea el permanente debate que nuestro Alto Tribunal mantiene con el TJCE en relación a la jurisprudencia de este último sobre la sucesión de plantilla, que a lo postre no es sino una prueba más del rechazo que siempre el Tribunal Supremo ha demostrado en torno a tal doctrina. Y ello porque a la constatación de la efectiva presencia del mecanismo sucesorio en el caso de autos, sigue en la **STS de 23 de octubre de 2009**, I.L. J 1655, un detenido examen sobre la inaplicabilidad de los criterios derivados de la asunción de plantilla al supuesto analizado. El Tribunal Supremo realiza un extenso repaso a la evolución de la normativa comunitaria y española en la regulación de la sucesión de empresa, así como a la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Comunitario como de nuestro Alto Tribunal. Los criterios más relevantes aportados, no por novedosos sino por lo que de significativos tienen en la delimitación del supuesto de hecho del artículo 44 ET, podrían resumirse de la siguiente forma:

- La subrogación prevista en el artículo 44 ET opera *ope legis* sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44 ET.
- El supuesto de hecho del artículo 44 ET presenta una cierta complejidad. Dejando a un lado el caso especial de sucesión en la empresa *mortis causa*, los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, actos *inter vivos* determinantes de una “transmisión” del objeto sobre el que versa (la “empresa” en su conjunto, un “centro de trabajo”, o una “unidad productiva autónoma”) por parte de un sujeto “cedente”, que es el empresario anterior, a un sujeto “cesionario”, que es el empresario sucesor.
- La normativa Comunitaria alude a “traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad” [artículo 1.a) de la Directiva 2001/23/CEE del Consejo, de 12 de marzo de 2001], en tanto el artículo 44.1 ET se refiere a “cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”, utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión “transmisión”, procediendo a establecer en qué supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1.b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión

III. Empresario

afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria [artículo 1.b) de la Directiva]. Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente.

– En relación a la cuestión de si el concepto de “transmisión de un conjunto de medios organizados” requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en el sentido de que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales, de tal manera que “la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva”. Por su parte el Tribunal Supremo ha señalado que en la apreciación de la cesión de una unidad productiva autónoma no es obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio.

– Sobre si es o no exigible una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario para apreciar la existencia de sucesión de empresa, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha indicado que la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva. También puede producirse la cesión en dos etapas, a través de un tercero, como el propietario o el arrendador y no excluye la aplicación de la Directiva la circunstancia de que el servicio o contrata de que se trate haya sido concedido o adjudicado por un organismo de Derecho público.

Proyectando los anteriores criterios al supuesto enjuiciado, el Alto Tribunal llegará a la conclusión de que se ha producido una sucesión de empresa pues

“la empresa Ge Healthcare Bio Sciences SA ha venido siendo la adjudicataria de la concesión por cuatro años de la contratación mixta del suministro de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos de hospitales del SAS, poniendo dicha entidad a disposición de la concesionaria, durante el tiempo de vigencia del contrato, las unidades de radiofarmacia de los hospitales en condiciones para que el adjudicatario instale el ins-

trumental necesario para la ejecución del contrato, material que ha de pasar a propiedad del SAS a la extinción del contrato. El 29 de septiembre de 2006 se adjudicó el nuevo concurso a la mercantil Schering España SA, posteriormente Iba Molecular Spain SA, disponiéndose en el pliego de condiciones el pago del nuevo adjudicatario a la empresa que venía suministrando radiofármacos, Ge Healthcare Bio Sciences SA, antes Amersham Ibérica de una determinada cantidad. Tales datos revelan que se dan los elementos requeridos para apreciar la existencia de sucesión de empresa, pues la unidad productiva que se transmite –suministro de radiofármacos y servicios de gestión de residuos radioactivos de los hospitales del SAS– constituye una entidad económica que mantiene su identidad como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya que continúa la misma actividad que venía desarrollando la anterior, en los mismos locales, con los instrumentos correspondientes para la prestación del objeto del concurso y con el stock de fármacos adquiridos a la anterior adjudicataria, Ge Healthcare Sciences SA, siendo irrelevante, (...) que tanto los locales como los instrumentos correspondientes sean propiedad del SAS (...) y que no exista vinculación contractual directa entre cedente y cesionario. A mayor abundamiento hay que señalar que la nueva adjudicataria comienza a desarrollar su actividad al día siguiente de expirar el contrato de la anterior, es decir, que sin solución de continuidad presta los mismos servicios en las mismas instalaciones, con el mismo equipamiento e instrumentación que la anterior”.

Y frente al argumento adicional aportado por el recurrente en apoyo de la existencia de sucesión empresarial en el sentido de que la nueva adjudicataria se ha hecho cargo de un número relevante de trabajadores de la anterior concesionaria, el Alto Tribunal, tras realizar un detenido repaso a la jurisprudencia comunitaria sobre la sucesión de plantilla, indicará que en el asunto considerado no se está ante una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, pues aun teniendo en cuenta la enorme relevancia que en toda actividad reviste el elemento personal, en el caso examinado la actividad en cuestión “exige un material e instalaciones importantes, lo que determinaría que la mera asunción por la nueva adjudicataria de la concesión de un número relevante de trabajadores de la anterior, y la continuación de la actividad, no supondría por sí sólo la existencia de sucesión empresarial. Ocurre, sin embargo, que además de estos dos elementos concurre un tercero de capital importancia, cual es la transmisión de elementos patrimoniales, consistentes (...) en el local e instrumentos correspondientes para la prestación del servicio, que era propiedad del SAS, así como el stock de fármacos que por pago de amortización adquirió la nueva adjudicataria, lo que conduce a concluir que estamos ante el supuesto de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”.

Por su parte, la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2009, I.L. J 1163, tras exponer la evolución de la jurisprudencia sobre el fenómeno de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contratos y concesiones administrativas, llegará a la conclusión de que en el supuesto examinado se dan los requisitos para apreciar la presencia de la sucesión empresarial. El argumento en el que descansará fundamentalmente tal apreciación será el que se desprende de la doctrina de la sucesión de plantillas pues queda acreditado que en el caso de autos no ha existido ningún género de transmisión de elementos patrimoniales entre el empresario saliente y el entrante y tampoco el pliego de cláusulas administrativas

III. Empresario

particulares que sirvieron de base para la contratación a favor de la nueva adjudicataria exigió la subrogación del personal de la contratista saliente. Así, tras exponer el alcance y requisitos que la jurisprudencia del TJCE, asumida por nuestro Tribunal Supremo, ha fijado para la aplicación de la doctrina de la asunción de plantilla (actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra; asunción pacífica, real y efectiva, vía convenio colectivo o, bajo ciertas premisas, pliego de condiciones administrativas), la Sala señalará que en el caso sometido a su consideración

“hay base más que suficiente, (...) para declarar producida la transmisión de empresas en la medida que Imesapi continúa la actividad del mantenimiento integral del edificio de Ingesa en la calle Alcalá 56 de Madrid, como nueva adjudicataria de la contrata, no precisando para el desarrollo de su actividad empresarial más que de la mano de obra necesaria para ello, al margen de elementos materiales significativos, y como ha asumido un total de 7 trabajadores de Ferrovial, de los 13 que componían su plantilla en el centro de trabajo objeto de la transmisión, (...) estamos ante una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, dándose, en su consecuencia, los presupuestos de asunción de plantilla que es una manifestación de la transmisión de empresas”.

También para la **STSJ de Cantabria de 10 de septiembre de 2009**, I.L. J 1511, se produce el fenómeno de la sucesión empresarial en el caso examinado pues concurren en él tanto una sucesión de medios materiales como una previa sucesión de plantilla, por lo que “se trata una unidad económica productiva la transmitida, lo que implica que la nueva adjudicataria del servicio, aunque el pliego de condiciones no lo exprese, debe asumir los puestos de trabajo integrados en la aludida unidad productiva”. Y a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 ET, “precepto legal de imperativa aplicación”, aquella asunción de personal “no depende de que la trabajadora o la anterior empresa comunique con anterioridad al nuevo empresario la existencia de los derechos laborales que debe asumir”. La nota singular del supuesto examinado es que entre la finalización de actividad de la empresa saliente y su inicio por la nueva adjudicataria del servicio transcurre un año; tiempo en el cual el centro de trabajo permanece cerrado debido a la realización de obras de mejora y rehabilitación. Para la Sala esa suspensión de actividad “justificó, a su vez, la suspensión en la sucesión del contrato de trabajo”, por lo que, probada la transmisión de los elementos materiales necesarios para la ejecución del servicio, producida la sucesión de plantilla y dado que “en el momento de reinicio del servicio (siendo irrelevante la duración para las obras de reparación) el servicio que continúa la nueva empresa es el mismo que con anterioridad ya venía ejecutando”, concurre el supuesto del artículo 44.2 del ET.

Más interesante resulta la **STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2009**, I.L. 1367, que viene a dar un paso más en la línea de contención que el Tribunal Supremo viene manteniendo en los últimos tiempos en relación al régimen extintivo de los contratos para obra o servicio determinado vinculados a una contrata. Si ya el Tribunal Supremo ha sostenido que “las sucesivas contratas administrativas para la cobertura o atención de un mismo servicio público, de las que, sin solución de continuidad, sigue resultando adjudicataria o contratista la misma empresa, no pueden propiciar, por sí mismas y en buena lógica jurídica, una propia y verdadera conclusión de la obra o servicio determinado por el solo hecho,

de innegable repercusión jurídico-administrativa, de terminación de una contrata y subsiguiente inicio de otra sin solución de continuidad, resultando, en cambio, mucho más coherente y ajustado, desde una perspectiva jurídico laboral, el entender que el objeto del contrato laboral temporal no ha concluido y que, por ende, debe subsistir el mismo en los términos establecidos hasta que se den por terminados, efectivamente, la obra o servicio que constituyeron su objeto” (SSTS de 17 de junio de 2008, de 18 de junio de 2008, de 17 de julio de 2008 y de 23 de septiembre de 2008), y que en los supuestos de cese anticipado de la contrata por voluntad de la contratista “no puede decirse que haya operado como causa de extinción del contrato de trabajo el hecho de la finalización de la obra o servicio objeto de la contrata por voluntad de la empresa comitente, sino el propio acto de voluntad de la empresa contratista de darla por finalizada *ante tempus*” (SSTS de 14 de junio de 2007 y de 2 de julio de 2009), ahora el análisis se centra en la subsistencia o no de la relación laboral temporal cuando se produce el fenómeno sucesorio. Los elementos de hecho del pronunciamiento en examen eran los siguientes: el trabajador prestaba servicios en virtud de contrato por obra o servicio determinado para la empresa Outservico, Servicios y Comunicaciones, SL, que tenía adjudicado por Gas Natural la prestación del servicio de lectura de contadores de gas de clientes domésticos y comerciales en determinado ámbito territorial. Tras asumir la empresa Vanagua, SA, sin solución de continuidad, por adjudicación de Gas Natural, la prestación del citado servicio, la empresa Outservico le comunica la extinción de su contrato al cesar la contrata de servicios, dándose la circunstancia de que la nueva adjudicataria contrató a cinco de los once trabajadores que la anterior tenía adscritos a la actividad de la contrata. La sentencia de instancia condenó a Vanagua, SA como responsable de las consecuencias de un despido improcedente, interponiendo la citada empresa recurso de suplicación por aplicación indebida, entre otros, del artículo 44 ET. Alega la empresa recurrente que el contrato por obra o servicio del actor se concertó para la ejecución de la contrata que la empresa saliente tenía suscrita con la empresa principal, por lo que, al extinguirse esa contrata el contrato de trabajo quedó extinguido, no existiendo por ello obligación para la nueva adjudicataria de la contrata de asumir al trabajador de la anterior contratista. La Sala desestimaré el recurso, y tras fundamentar la existencia del fenómeno de la sucesión de empresa en el supuesto planteado, básicamente centrando su argumentación en la doctrina de la asunción de plantilla, mantendrá que la consecuencia directa de tal conclusión es que la empresa entrante queda obligada a subrogarse en la posición jurídica de empleador que la anterior empresa tenía con los trabajadores adscritos a la actividad,

“lo que determina que los contratos de trabajo de esos trabajadores, aunque lo sean temporales por obra o servicio determinado, no se extinguen por ese cambio de titularidad en la posición empresarial sino que los mismos persisten en virtud de que la entidad económica que se ha transferido (...); y por ello la obra o servicio que constituye el objeto del contrato temporal de trabajo, consistente en esa actividad, tampoco ha llegado a su fin, por continuarse la misma en virtud de la nueva contrata aunque con distinto titular en la posición empresarial. Por lo que el cese del anterior empresario, por la extinción de la contrata que él mantenía con la empresa principal, determina únicamente la extinción de su relación con el trabajador, pero no la del contrato de trabajo que, en tanto persista la obra o servicio que constituye su objeto, ha de ser mantenido por el nuevo empresario

III. Empresario

que ha asumido la ‘entidad económica’ que constituye la empresa, sin que, por ello, pueda estimarse que concurre, por el cese del anterior titular de la empresa, la causa de extinción del contrato temporal por obra o servicio que recoge el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores de finalización de la obra o servicio y queda el nuevo empresario obligado a subrogarse en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores ex artículo 44 ET, aunque el contrato de éstos lo fuera por obra o servicio determinado.

En consecuencia, el hecho de que un contrato para obra o servicio determinado pueda vincularse en cuanto a su duración a la del tiempo de una contrata, cuestión que aquí no se discute, no permite extinguir la relación de trabajo puesto que la sucesión empresarial producida, en los términos expresados, no implica la finalización de la obra o servicio objeto del contrato de trabajo e impone al nuevo empresario el mantenimiento de la vinculación de trabajo con los trabajadores que se hallaban contratados para la realización de dicha obra o servicio que no se entiende finalizada por la extinción de la contrata que mantenía el empleador contratante”.

C) Relación laboral especial de alta dirección y sucesión empresarial

Si alguna nota común incuestionable hubiera de extraerse de las denominadas relaciones laborales de carácter especial sería la de la gozar de una regulación específica y propia que, entre otras funciones, determina el alcance aplicativo de la legislación laboral general, bien bajo la premisa de la compatibilidad, lo más habitual, bien bajo la de la remisión expresa. A una de esas relaciones y a su singular sistema de fuentes alude la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1231, en concreto a la relación laboral especial de alta dirección. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda de la trabajadora, declarando la improcedencia de su despido y condenando a las empresas Puerta de Burgos, SL y Cadena Hotelera Zenit, SA a que abonaran solidariamente a la trabajadora la correspondiente indemnización y los salarios de tramitación. La actora, doña Rita, prestaba servicios por cuenta de la empresa Puerta de Burgos, SL y, tras celebrarse contrato de arrendamiento de negocio entre esta última empresa y Cadena Hotelera Zenit, SA, en el que se incluye una cláusula en virtud de la cual la nueva empresa arrendataria pasa a subrogarse en la plantilla de trabajadores existentes en el hotel a la firma del contrato, pasa a prestar servicios para Cadena Hotelera Zenit, SA. Dos días después de la subrogación la empresa adquiriente entrega carta de despido disciplinario a doña Rita, reconociendo su improcedencia y abonándole una determinada cantidad en concepto de indemnización; cantidad con la que no está conforme la trabajadora pues no incluye los 28.000 euros que se derivan de la cláusula indemnizatoria que figuraba como anexo al contrato de trabajo celebrado con Puerta de Burgos SL para el supuesto de que fuese despedida de forma improcedente. Frente a la sentencia de instancia recurren en suplicación las empresas condenadas alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 44 ET, al considerar que la entidad Zenit, SA, no es responsable del abono de indemnización de 28.000 euros, pactada como cláusula de blindaje entre la trabajadora y la entidad Puerta de Burgos, SL, puesto que dicha cuantía no está amparada en el artículo 44 del ET.

Inicia la Sala su argumentación recordando que en materia de contratos de alta dirección rige el principio de autonomía de la voluntad, y que si de la conjugación de esos espacios resultase alguna dimensión no regulada, se estaría supletoriamente a lo dispuesto en la legislación civil y mercantil y a sus principios generales sin posibilidad de aplicar lo dispuesto en el ET, que sólo será aplicable en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto o así se haga constar específicamente en el contrato. De esta forma, continúa la sentencia comentada, “esta regulación normativa configuraría un régimen semilaboral, en el sentido que la voluntad tuitiva consustancial al contrato de trabajo retrocede ante el desarrollo de la autonomía de la voluntad propio del régimen iusprivatista. Así, se entendió que el artículo 44 del ET, y su efecto subrogatorio no están comprendidos ni en la regulación básica ni en las remisiones del ET, que se hace en el RD 1382/1985, y, en consecuencia, debe operar la legislación civil, a cuyo tenor sólo los contratos producen efecto entre las partes que lo otorgan y sus herederos, éste es el único principio a aplicar al caso de autos. De tal manera que a falta de pacto expreso, la sucesión de empresa tiene una regulación autónoma en el propio RD 1382/1985, en efecto, el artículo 10 del citado RD, concede al alto directivo un derecho subjetivo y en sus manos está el poder usarlo o no (...) la sucesión de empresas –en casos de contratos de alta dirección–, en su regulación carecería de los mecanismos de protección que encierra el artículo 44 del ET, limitándose la posibilidad de reclamación en estos casos de sucesión patronal, al trabajador, a la atribución al mismo, –en los casos de contratos de alta dirección–, de la posibilidad de extinguir su contrato percibiendo las indemnizaciones pactadas (el blindaje), o en su defecto, las legales, otorgándole para ello un plazo de tres meses”.

Así pues, en consonancia con otros pronunciamientos de la doctrina judicial, la Sala indicará que no existe ninguna obligación de la nueva entidad de subrogarse en las obligaciones derivadas del contrato de blindaje de la anterior, debiendo exclusivamente responder de los conceptos indemnizatorios fijados para el despido improcedente (artículo 56 ET). No obstante, la sentencia analizada procede a matizar inmediatamente tal conclusión, añadiendo que la citada doctrina se aplica sólo a los supuestos en que nos encontramos ante contratos de alta dirección y la empresa entrante ignore las condiciones laborales de la trabajadora y de la subrogación correspondiente. Pero, finaliza la Sala,

“desde luego no es aplicable, cuando como en el caso de autos, tuvo lugar el mecanismo de subrogación, en fecha de 1 de octubre de 2008, y posteriormente y en fecha de 3 de octubre de 2008, la empresa entrante procede al despido de la trabajadora reconociendo su improcedencia, y en este caso, cuanto como consta en el ordinal cuarto de hechos probados, la empresa entrante, conocía la cláusula indemnizatoria pactada con la trabajadora, no abonando cantidad alguna por dicho concepto a la hora de proceder al despido de la misma. De manera tal, que la trabajadora una vez producido el mecanismo de subrogación pasó a formar parte de la empresa entrante, en fecha de 1 de octubre de 2008, y ésta procedió a despedirla reconociendo la improcedencia del despido en fecha de 3 de octubre de 2008, conociendo la existencia de esa cláusula indemnizatoria. Y cuando, como en el caso de autos, no existe constancia alguna –ni en hechos probados ni en la fundamentación jurídica de la sentencia– que la relación laboral que unía a la trabajadora con Puertas de Burgos fuera de los denominados de ‘alta dirección’”.

III. Empresario

D) Responsabilidad en caso de despido

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009, I.L. J 1231, ya analizada en el apartado 6.C), se refiere también a la cuestión de determinar el alcance de la responsabilidad del pago de la indemnización correspondiente en supuestos de despidos improcedentes acaecidos una vez se ha producido la subrogación contractual. En ella se señalará, recordando sentencias precedentes de diversos Tribunales Superiores de Justicia, que “el despido (...) posteriormente a operarse el mecanismo de subrogación determina que dicho despido, con las consecuencias legales que derivan del artículo 56 del ET, han de recaer exclusivamente en la empresa entrante, no contra la empresa saliente”, y que “al existir una sucesión de empresas, la relación laboral entablada entre la actora y la entidad saliente, ha pasado directamente a la entrante, por lo cual esta última tiene que soportar todas las consecuencias derivadas de la declaración del cese del mismo como despido improcedente, sin que pueda declararse la responsabilidad solidaria de ambas”. La proyección de esta doctrina sobre el caso de autos conduce a la Sala a declarar que

“si no hubiera tenido lugar la subrogación de la empresa entrante, ahora recurrente, Zenit, en el contrato de la trabajadora, lógicamente sería la empresa saliente, concretamente Puerta de Burgos, la que debería hacer frente a las consecuencias de la extinción de la relación laboral de la actora. Pero en la medida que dicha extinción de la relación laboral tuvo lugar después de operar el mecanismo de subrogación –fecha de 1 de octubre de 2008–, operando el despido el día 3 de octubre, es claro que será la empresa entrante, Zenit la que deberá responder de todas las consecuencias derivadas de dicho despido. Y lógicamente también de la indemnización de 28.000 euros, cuanto que dicha cláusula indemnizatoria, pactada entre la empresa saliente y la trabajadora, con vigencia durante 8 años, dos meses, –y por tanto en vigor en el momento del despido–, era perfectamente conocida por la entidad entrante, Zenit Cadena Hotelera, cuando tuvo lugar la subrogación, y lógicamente también cuando tuvo lugar el despido de la trabajadora. Y cuando como en el caso de autos, no consta que la relación existente entre la trabajadora y la empresa saliente fuera de alta dirección”.

En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 10 de septiembre de 2009, I.L. J 1511, ya aludida en el apartado 6.B), concluirá que, aceptada la existencia de una sucesión de empresa en el caso enjuiciado, y, por tanto, de una subrogación contractual, “los efectos derivados del cese del actor, calificado como despido improcedente, es decir, de deudas que nacen con la sentencia firme calificadora del despido debe soportarlos la nueva concesionaria, que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora del trabajador, como se ha entendido en la instancia”.

E) Subrogación contractual: efectos

Ya nos hemos referido en bastantes ocasiones a la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, planteó el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. La doctrina unificada del Tribunal Supremo, como recuerda la STSJ de Baleares de 3 de septiembre de 2009, I.L. J 1516, ya dejó sentado que el traspaso de funciones operado entre Iberia e Ineuropa como consecuencia de aquella operación liberalizadora no constituía un supuesto de

transmisión de empresa de los previstos en el artículo 44 ET, “dado que no hubo entrega de infraestructura empresarial de un concesionario a otro, sino una subrogación impuesta por el pliego de condiciones de la concesión administrativa”. Ahora bien, una vez sentada la naturaleza y origen del fenómeno subrogatorio que en estos supuestos se produce, resta por determinar el régimen jurídico aplicable a éste y, en particular, los efectos que sobre las condiciones laborales que el trabajador venía disfrutando produce. A ello se refiere la sentencia del Tribunal Superior de Baleares recién citada, que indica que pese a su diverso fundamento “las consecuencias que lleva aparejada la subrogación son idénticas en ambos casos: la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, pero sin que tal novación subjetiva altere el conjunto de derechos y obligaciones configuradores de la relación de trabajo, los cuales subsisten en la plenitud, sin variación alguna, con el mismo contenido que fijaban, de acuerdo con el artículo 3.1.b) del ET, las disposiciones del Convenio Colectivo rector de las relaciones de trabajo en el ámbito de la empresa Iberia LAE, SA en el momento en que se produjo el trasvase de personal”. Ahora bien, continúa la Sala, eso no significa que la nueva concesionaria “se encuentre sometida a las disposiciones del Convenio Colectivo de la otra empresa vigente en el momento de la transmisión en lo que no contribuyen a definir el conjunto de derechos y obligaciones integrantes de la relación de trabajo, ni menos que pueda quedar vinculada en el futuro por los sucesivos Convenios Colectivos del otro concesionario, al igual que tampoco obsta la circunstancia a que, en la propia esfera empresarial de la recurrente, sea factible regular de manera distinta el sistema de retribuciones y las condiciones de ejecución del trabajo a través de los pertinentes mecanismos de normación de la relación laboral”, porque, como ha señalado el Tribunal Supremo, “los derechos y obligaciones en los que se subroga el cesionario son aquellos realmente existentes en el momento del cambio de titularidad, es decir, los que en este momento los trabajadores hubiesen ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance a meras expectativas futuras”. Tras el repaso a la doctrina judicial y jurisprudencial en materia de traspaso de personal en los supuestos de concesiones del servicio de asistencia en tierra a pasajeros, la **STSJ de Baleares de 3 de septiembre de 2009**, I.L. J 1516, las proyecta sobre el caso de autos, en el que la trabajadora demandante reclama a Acciona Airport Services SA el abono del undécimo trienio de antigüedad. Las circunstancias fácticas eran las siguientes: la trabajadora, desde la compañía Aviaco fue subrogada a la empresa Ineuropa Handling Menorca UTE como consecuencia de la adjudicación a dicha compañía del servicio de *handling* de pasajeros del citado aeropuerto; posteriormente, la empresa Acciona resulta adjudicataria del concurso para la prestación del mencionado servicio y la trabajadora, acogiendo la oferta de recolocación voluntaria realizada por Acciona, pasa subrogada a ella en las condiciones establecidas en el I Convenio Colectivo del Sector de Servicio de Asistencia de Tierra en Aeropuertos. La empresa Acciona no abona a la trabajadora más que la cantidad correspondiente a treinta años de servicios, reclamando la trabajadora el undécimo trienio. La Sala estimará el recurso planteado por Acciona frente a la sentencia de instancia que le condenó al abono de la cantidad reclamada, señalando que

“la subrogación empresarial habida entre la empresa Ineuropa y Acciona Handling, por cambio en la titularidad del servicio de *handling* del aeropuerto de Menorca, no ha com-

III. Empresario

portado transmisión patrimonial alguna, sino que cada empresa concesionaria realiza dicho servicio con sus propios medios materiales, lo que les obliga a realizar una inversión importante ya que la actividad de *handling* exige como medios necesarios la utilización de importantes medios materiales (autobuses, tractores escalerillas, máquinas *push back* para el arrastre y desplazamiento de las aeronaves, ...) lo que la diferencia de las contratas de limpieza o vigilancia, cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”.

Y dado que no estamos en presencia de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, continúa la Sala, no resulta aplicable la jurisprudencia del TJCE sobre la sucesión de plantilla. Si a lo anterior se une que la Disposición Transitoria Primera del I Convenio Colectivo del Grupo Ineuropa Handling, limita hasta un máximo de nueve el devengo de trienios del personal laboral proveniente de Iberia y Aviaco, y que el artículo 67 del I Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en aeropuertos establece que la empresa respetará los derechos económicos en trance de adquisición referidos a la antigüedad y/o progresión de los trabajadores procedentes de la empresa cedente, hasta que se perfeccionen, la conclusión, según el pronunciamiento examinado, es la inviabilidad del devengo del undécimo trienio que se pretende en la demanda y que la resolución judicial recurrida reconoció a la trabajadora.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

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

Entre las sentencias que deben remarcar en este período cabe citar varios pronunciamientos referidos a la jubilación parcial y al contrato de relevo, como el que exige un desarrollo reglamentario específico para el acceso a esta modalidad para el personal estatutario de los servicios de salud (STS de 22 de julio de 2009, I.L. J 1345) y los que determinan las consecuencias del incumplimiento derivados del cese del relevista por acceso a una excedencia voluntaria (SSTS de 8 y 9 de julio de 2009, I.L. J 1301 y 1317). Por otra parte, cabe también destacar la STS de 15 de julio de 2009, I.L. J 1346, que no admite que sea ajustado a derecho el contrato para obra o servicio pactado en el marco de una contrata de obra porque en relación con la empresa contratista se trata de tareas que constituyen su actividad permanente y habitual.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES**A) Fin de contrato temporal y derechos del trabajador**

Reitera el TS en su STS de 23 de julio de 2009, I.L. J 1313, la jurisprudencia conocida en relación con la imposibilidad de que la opción empresarial por la readmisión entre

en juego cuando un despido es declarado improcedente y a la fecha de la sentencia el contrato ya se había extinguido:

“El artículo 56.1 ET regula los efectos del despido improcedente sin distinguir entre contratos indefinidos o temporales cuando el contrato se extingue por voluntad del empresario, sin la concurrencia de causa justificativa estableciendo la necesidad de que el empresario opte entre readmisión e indemnización; dos son las indemnizaciones que en dicho caso procedería; una básica [artículo 56.1.a)] y la complementaria de salarios de tramitación [artículo 56.1.b) ET]. Ninguna cuestión se plantea cuando el contrato es de naturaleza indefinida para el supuesto de no elección por readmisión rigiendo lo dispuesto en dicho artículo. Ahora bien cuando el contrato es temporal como en el caso de autos, en donde como ya se ha adelantado dicha naturaleza no se discute, ni por tanto su posible conversión en indefinido, si el mismo vence antes de la declaración judicial declarando su improcedencia, es cuando surge el problema al desaparecer un término de la obligación alternativa establecida en el artículo 56 ET al no ser posible la readmisión del trabajador; pues bien, en este caso debe aplicarse el artículo 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización, la cual debe devengarse en todo caso y ello porque en nuestro ordenamiento laboral la indemnización es consecuencia del daño producido rigiendo el principio de indemnización tasada de los perjuicios causados por despido improcedente, que no son sólo los materiales (pérdida de salario y puesto de trabajo) sino otros de naturaleza inmaterial (pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo), perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa con independencia de la naturaleza del contrato que deben ser indemnizados; siendo esto así y sin prejuzgar lo que pueda resolverse en otros supuestos, dado la singularidad que cada caso puede presentar, es procedente que en el supuesto aquí debatido, en donde por voluntad empresarial sin causa justificada se rompió el vínculo contractual antes de su vencimiento, declarándose aquella conducta como constitutiva de despido improcedente, que se condene al empresario al no ser posible, la opción prevista en el artículo 56.1 ET, y por tanto a la readmisión del trabajador, dado que el contrato venció antes de dictarse la sentencia, a que le indemnice en la forma fijada en la sentencia recurrida, aplicando la doctrina antes expuesta”.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En relación con esta modalidad contractual, en primer lugar, debe destacarse la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2009, I.L. J 1163, que hace un interesante repaso sobre la evolución interpretativa del contrato de obra en relación con la concurrencia de la causa cuando se utiliza en supuestos de contrata. También respecto de la vinculación a contrata, hay que reseñar la STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2009, I.L. J 1367, que, aplicando la

IV. Modalidades de Contratación

jurisprudencia en la materia, concluye, en un supuesto de subrogación empresarial, que el cese del empresario saliente no extingue el contrato, dado que el fin de la contrata en este caso no implica el fin del contrato temporal para obra o servicio, debiendo considerarse su extinción constitutiva de un despido improcedente. Por otra parte, en este mismo caso de vinculación a contrata, la **STSJ de Extremadura de 14 de mayo de 2009**, I.L. J 1151, confirma también la jurisprudencia respecto de la imposibilidad de considerar extinguido el contrato ante la renovación de la contrata:

“cuando la concesión se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato no se extingue por haber transcurrido el plazo pactado para su duración: la ejecución de la obra que lo motiva y la consiguiente desaparición de la necesidad temporal de mano de obra que requiere la ejecución de la ‘obra o servicio’ que la empleadora se comprometió a realizar, objetivo que es el que, legalmente, autoriza una contratación temporal que en otro caso no sería acorde con la norma. (...) Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisfice”.

En segundo lugar, conviene detenerse en las **SSTS de 14 de julio y de 15 de septiembre de 2009**, I.L. J 1145 y 1494, que se refieren al supuesto de utilización de esta modalidad contractual por Administraciones Públicas justificando el recurso a ésta en la existencia de subvenciones. Y se pronuncian confirmando la conocida jurisprudencia en la materia:

“La existencia de una subvención no es elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal. Es preciso atender a la naturaleza, permanente o no, del servicio que no puede confundirse con la temporalidad de las subvenciones. De esta manera si el servicio es permanente, lo que puede presumirse si continúa la actividad tras finalizar la subvención, debe considerarse como despido improcedente una extinción contractual que se ampare en el término de la subvención”.

Especialmente interesante resulta, en tercer lugar, la **STS de 15 de julio de 2009**, I.L. J 1346, que no admite que sea ajustado a derecho el contrato para obra o servicio pactado en el marco de una contrata de obra porque en relación con la empresa contratista, dedicada a la cerrajería, “las tareas del actor constituyen la actividad normal de la empresa”, dado que se trata de un trabajador contratado como “especialista” en cerrajería. Así pues, argumenta el TS que

“(...) el contrato de trabajo para obra o servicio determinado que el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores regula, tanto en las previsiones del Real Decreto 2546/1994 como en las del Real Decreto-Ley 8/1997, permite que se lleve a cabo esa modalidad contractual para la realización de obra o servicio determinado siempre que tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Poniendo en relación las exigencias legales descritas con la actividad que el trabajador desarrollaba en la empresa demandada en el caso de la sentencia recurrida de especialista, siendo el objeto del con-

trato 'la realización de la especialidad', primero 'en la obra de 40 viviendas unifamiliares de Valdemoro', y después 'en la obra de 52 viviendas de Parla Este', se ha de extraer la conclusión de que en modo alguno se puede atribuir a esas funciones una sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa. Las tareas que realiza un especialista en una cerrajería, constituyen la actividad natural y ordinaria en la misma y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes de la empresa. Por otra parte, tampoco es acertado decir que la actividad del trabajador sea de duración incierta, ni tampoco limitada en el tiempo, pues la actividad de 'cerrajería' es en definitiva el único objeto de la empresa. De lo dicho se desprende que no concurre en el supuesto examinado, el requisito esencial que esa modalidad contractual causal exige (artículo 2.1 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre) de que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa; en consecuencia han de entenderse realizados en fraude de ley los contratos suscritos por la empresa con el demandante (artículo 6.4 del Código Civil), al perseguir un resultado de temporalidad prohibido por el ordenamiento jurídico, con el efecto de entenderse en este caso concreto celebrados por tiempo indefinido.(...) En consecuencia, siendo que las funciones para las que fue contratado el actor constituyen las actividades naturales y ordinarias de la empresa, como se deduce incluso de la genérica referencia en los contratos a 'los trabajos de su especialidad' exclusivamente, no se aprecia la causa o circunstancia concreta legitimadora de la contratación temporal (artículo 2.1 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre) al no constatarse que la obra o servicio determinado objeto de la contratación tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa; datos estos de los que esta Sala debe partir para valorar y calificar el contrato supuestamente temporal para obra o servicio determinado. El fraude en la contratación, que conduce a la fijeza de la relación resulta de la ausencia de causa en la contratación temporal”.

Como puede comprobarse, no modifica el TS su consolidada jurisprudencia sobre la utilización de esta modalidad contractual vinculada a las contrata, pero, en este supuesto, la falta de referencia formal en el contrato de trabajo a la adscripción a una contrata hace que no se entienda que la necesaria autonomía y sustantividad de la actividad concorra en la empresa contratista, puesto que se trata de su actividad habitual y permanente, o mejor, de su única actividad –lo que, por otra parte, ocurre en todos los supuestos en los que la jurisprudencia del TS es aplicable, aunque en ellos sí se especifique la adscripción del trabajador a una concreta contrata de obra previamente concertada entre la contratista y la principal–.

Finalmente, las SSTSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2009 y Galicia de 23 de octubre de 2009, I.L. J 1550 y 1667, abordan sendas cuestiones relacionadas con la duración y la causa de esta modalidad contractual, señalando, por una parte, que el fin del contrato de obra quedará vinculado en todo caso a la finalización de la obra o servicio objeto del contrato, y, por otra, que la necesidad de mano de obra en modo alguno puede ser permanente y habitual de la empresa.

IV. Modalidades de Contratación

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

En relación con esta modalidad contractual, la **STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2009**, I.L. J 1170, se detiene en la exigencia a la empresa de la prueba de la concurrencia de la necesidad temporal de mano de obra derivada del incremento extraordinario de trabajo, considerando que

“El artículo 3.2.a) del RD 2720/1998 exige de forma imperativa que el contrato eventual identifique con precisión y claridad la causa o circunstancia que justifique la utilización de esta modalidad contractual, prevista en nuestro ordenamiento jurídico como estrictamente causal, por lo que únicamente puede acudir a ella cuando se produzca un incremento del proceso productivo que no puede ser atendido por la plantilla ordinaria de la empresa. Ahora bien, esa ausencia de expresión en el contrato de las circunstancias que lo motivan puede ser suplida por la actividad probatoria de la empleadora, encaminada a acreditar que, efectivamente, se produjo una situación de incremento de la actividad que justificaba acudir a esta modalidad contractual. La prueba sobre este extremo corresponde a la empresa que, en el presente caso, no ha justificado el déficit de personal o el aumento de la actividad en el centro de trabajo como para tener que recurrir a la contratación eventual de la actora, quien ha venido prestando servicios de forma casi ininterrumpida desde el 2 de agosto de 2007 hasta el 15 de septiembre de 2008, y ello por cuanto la cláusula de temporalidad de los dos contratos eventuales que constan suscritos aparece redactado en términos de tal laconismo (‘acumulación de tareas’), que no puede estimarse cumplida la exigencia del artículo 3.2.a) RD 2720/1998”.

También sobre la delimitación de la causa se pronuncian la **STS de 13 de julio de 2009**, I.L. J 1319, que viene a considerar que no es admisible que ésta se produzca en la prórroga del contrato sino desde su concertación inicial, y la **STSJ de Extremadura de 22 de septiembre de 2009**, I.L. J 1565, que tampoco considera ajustada a derecho la consignación de la eventualidad según los términos literales de la ley sin que se pruebe su concurrencia y, así, la temporalidad del contrato.

En el mismo sentido, la **STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2009**, I.L. J 1624, concluye que no se ajusta a los términos del artículo 15.1.b) ET el contrato pactado con el SERVEF “para atender la acumulación de tareas de apoyo a la gestión de las acciones de formación continua”, puesto que

“lo que caracteriza a la ‘acumulación de tareas’ es, precisamente, la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que tienen que efectuar aun estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por el contrario, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo, pero por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo. Y, en el presente caso, ninguna de las circunstancias descritas evidencia que la contratación de las actoras tuvo por objeto una “acumulación de tareas, puesto que: a) se ha acreditado que las tareas que han venido realizando no han obedecido a un aumento excepcional en el volumen de trabajo en el período en el que tenían formalizado

un contrato eventual; y b) ni consta en el objeto de los contratos referencia especial a la existencia, en el momento de la contratación de las actoras, de una insuficiencia de plantilla por existencia de vacantes o puestos a cubrir, ni se ha desplegado actividad probatoria por la recurrente en este proceso que amparase la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada, por lo que su alegación no deja de ser una mera afirmación voluntarista sin respaldo probatorio alguno. Por último, debe ponerse de relieve que la consecuencia no puede ser otra que la transformación del contrato eventual en un contrato por tiempo indefinido. Ello es lo que resulta del artículo 15.3, cuando habla de contratos celebrados en fraude de ley. Este *fraus legis* no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud de la Administración empleadora estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*) sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada. En este sentido y con este único alcance, cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el artículo 6.4 del Código Civil: el contrato de trabajo se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir”.

c) Contrato de interinidad

Para el supuesto de interinidad por vacante, tiene interés las **SSTSJ de Galicia de 8 y 14 de julio de 2009**, I.L. J 1355 y 1357, dictadas en Sala General, que admiten la extinción del contrato de interinidad por la provisión de la plaza por quien superó el proceso selectivo. En este ámbito, se analiza la incidencia de una normativa autonómica donde se prevé un futuro proceso de consolidación como indefinidas de plazas vacantes ocupadas por interinos. Las sentencias concluyen que dicho proceso no excluye la extinción válida del contrato de interinidad ni da derecho a una suerte de reserva de puesto de trabajo.

“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”.

d) Contrato de inserción

Las **SSTSJ de Extremadura de 14 y 19 de mayo de 2009**, I.L. J 1152 y 1153, determinan la concurrencia de estos contratos aunque éstos constaban suscritos como de obra o servicio determinado sobre la base de atender a la realidad de lo pactado y no a la denominación otorgada por las partes. Dicha naturaleza sustenta la calificación del cese por vencimiento del plazo acordado como una terminación válida de la relación laboral temporal.

IV. Modalidades de Contratación

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 15 de junio, de 17, 22 y 24 de julio, de 22 de septiembre, de 7, 14 y 15 de octubre de 2009, I.L. J 1292, 1316, 1335, 1423, 1459, 1524 y 1527. De otro lado, en relación con el complemento de permanencia y desempeño, las SSTs de 22 de mayo, de 21 y 22 de septiembre y de 6 de octubre de 2005, I.L. J 1291, 1573, 1495 y 1504.

Por otra parte, cabe también destacar en el tema que nos ocupa la STS de 23 de septiembre de 2009, I.L. J 1431, que declara la nulidad del precepto convencional –artículo 37.2 del Convenio Colectivo vigente de la Comunidad de Madrid: Los trabajadores con relación de empleo de carácter temporal tendrán derecho a la percepción del complemento por antigüedad siempre y cuando presten servicios continuados durante tres o más de tres años en virtud de un mismo contrato de trabajo, no pudiendo acumularse los períodos correspondientes a más de un contrato temporal, salvo en el supuesto previsto en el párrafo séptimo de este artículo. En ningún caso la percepción del complemento por antigüedad menoscabará la naturaleza temporal del contrato de trabajo– que vulnera lo dispuesto por el artículo 15.6 ET por tratar de forma desigual a los trabajadores fijos y temporales.

En tercer lugar, ha de citarse la STS de 28 de septiembre de 2009, I.L. J 1499, que recuerda la jurisprudencia sobre la unidad del vínculo que se viene manteniendo con respecto al cómputo de los períodos de prestación de servicios por los trabajadores eventuales a efectos del percibo del complemento de antigüedad, en las cadenas de contratos temporales: “lo determinante no es que el contrato que une a las partes sea el mismo”, sino la “unidad esencial del vínculo contractual”. En el mismo sentido, la STSJ de Asturias de 11 de septiembre de 2009, I.L. J 1605, declara la unidad del vínculo ante contratos temporales sucesivos, sin que ésta se rompa por interrupciones de dieciséis días.

La STSJ de Cantabria de 10 de septiembre de 2009, I.L. J 1511, en cuarto lugar, se refiere a la responsabilidad empresarial en un supuesto de sucesión de empresas, cuando se ha declarado el fraude en la sucesión de contratos temporales, debiendo calcularse la indemnización desde el primer contrato temporal suscrito.

b) Conversión en indefinido

La STS de 13 de julio de 2009, I.L. J 1319, resuelve que se convierte en indefinido el contrato eventual pactado sin especificación de causa, sin que sea admisible que ésta se produzca en la fase de prórroga del contrato:

“No niega la recurrente (tanto la sentencia recurrida como la de contraste parten de este hecho) que en el contrato original, el que determinó el inicio de la actividad de la trabajadora contratada no se especificaba en absoluto la causa o las circunstancias que lo justificasen. Se decía en él simplemente que el contrato se suscribía por acumulación de tareas. Es evidente entonces que el contrato no cumplía las exigencias formales que se contienen en

el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores que regula esa modalidad contractual estrictamente causal y en el artículo 3.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, en el que se dice con claridad que en estos contratos se habrá de expresar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique. Requisito que está vinculado a la propia vigencia del contrato, desde el momento en que el referido artículo 15.1.b) ET establece una duración máxima de estos contratos –que puede ser ampliada en convenio colectivo como en este caso sucede– pero que siempre ha de medirse en su momento inicial ‘a partir del momento en que se produzcan dichas causas’. Por esa razón la sentencia de contraste no se muestra acorde con ese precepto cuando admite la posibilidad de que en un momento posterior a la firma del contrato, en el que nada se dijo al respecto, se concreten los motivos, sin otras exigencias. Hubiese sido correcta esa afirmación si fuese acompañada de un hecho –que no existe– en el sentido de que esas necesidades que determinaron la causa surgieron en el momento de la contratación inicial, aunque no se especificasen. Pero ello no fue así, como explica ampliamente y con acierto la sentencia recurrida, en la que tras un primer paso o razonamiento jurídico en el sentido ya expresado, se extrajo la consecuencia de que ante la falta de causa del contrato en el origen, éste había de presumirse celebrado con carácter indefinido (artículo 15.3 ET)”.

Por otra parte, encontramos la STSJ de Extremadura de 22 de septiembre de 2009, I.L. J 1565, que tampoco considera ajustada a derecho la consignación de la eventualidad según los términos literales de la ley sin que se pruebe su concurrencia y, así, la temporalidad del contrato.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En punto a esta modalidad contractual se ha declarado que se opone al Derecho comunitario el cálculo de una indemnización por despido de un trabajador con contrato a tiempo completo que pasa a tiempo parcial por motivos parentales si ésta se calcula sobre la jornada reducida y no a tiempo completo (STJCE de 22 de octubre de 2009, I.L. J 1604).

B) Contrato fijo discontinuo

En primer lugar, la STS de 14 de julio de 2009, I.L. J 1145, declara el carácter fijo de un monitor, ocupación que desarrollaba en una relación articulada fraudulentamente mediante contratos de obra. La sentencia unifica doctrina en el sentido ya conocido de que el carácter temporal de la relación no puede ampararse en la dependencia de la subvención que la financia, si no en si los servicios contratados tienen carácter permanente para la Administración pública.

En segundo lugar, la STSJ de Murcia de 30 de junio de 2009, I.L. J 1274, establece que la adscripción de los trabajadores fijos a un determinado centro de trabajo a efectos de

IV. Modalidades de Contratación

llamamiento, no imposibilita el traslado de éstos a otro centro sin cambio de residencia, pues toda movilidad geográfica presupone la adscripción de trabajadores a un centro. Tampoco se acreditó el perjuicio consistente en la disminución de los días de trabajo como consecuencia del traslado.

Finalmente, ya en el terreno de la protección social, las **SSTS de 29 de junio de 2009**, I.L. J 1416, de **21 de septiembre de 2009**, I.L. J 1479 y de **22 de septiembre de 2009**, I.L. J 1580 y la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1287, aplican a los efectos de cálculo de la base reguladora de una incapacidad permanente por contingencias comunes, la doctrina jurisprudencial sobre la integración de los períodos entre campañas, sin obligación de cotizar, con la base mínima de cotización computada con arreglo al porcentaje resultante de las horas trabajadas en la campaña precedente, y no en cómputo anual, como pretendía la Entidad Gestora.

C) Contrato de relevo y jubilación parcial

Cabe destacar en este período diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo. En primer lugar, la **STS de 22 de julio de 2009**, I.L. J 1345, que no admite el acceso a la jubilación parcial del personal estatutario en tanto no se desarrolle reglamentariamente para este colectivo el artículo 166 de la LGSS. La sentencia, que cuenta con un voto particular, establece 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 de la Ley 55/2003).

En segundo lugar, las **SSTS de 8 y 9 de julio de 2009**, I.L. J 1301 y 1317, que estiman la responsabilidad empresarial en supuestos donde el trabajador relevista pasa a una situación de excedencia voluntaria y no se produce la contratación de otro relevista. Con todo, el Tribunal Supremo atempera la responsabilidad empresarial al establecer el reintegro de la pensión de jubilación parcial correspondiente al tiempo que medió entre el día en que se dio de baja en la Seguridad Social al relevista que cesó y la contratación de un nuevo relevista. Este criterio de reducir la responsabilidad empresarial exclusivamente a los períodos de tiempo donde no hubo contratación del relevista también se aplica en la **STSJ del País Vasco de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1283.

También es remarcable la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1234, que matiza la aplicación de la doctrina sobre la desestimación de la responsabilidad empresarial en el pago de la pensión del jubilado parcialmente en supuestos donde por despido colectivo la autoridad laboral autoriza el cese de parte de la plantilla, incluidos los trabajadores relevistas. A este respecto, a diferencia de lo interpretado por la

jurisprudencia para el supuesto de cierre total de la empresa se declara la responsabilidad empresarial en el reintegro de la prestación al INSS si se incumple la obligación empresarial de contratar nuevos relevistas. Así, se dispone:

“Si esta sustitución no se da, desaparece la causa por la que se impone al INSS, el deber de pago de la pensión, que ha de asumir quien ha incumplido con su obligación (el empresario), sin que se haya considerado oportuno que la soporte el INSS, o que repercuta en el trabajador parcialmente jubilado (reintegrándole a la situación de trabajador a tiempo completo). Incumplimiento empresarial que, desde luego, podría no tener lugar en caso de cierre de la empresa”.

Por otra parte, un pronunciamiento en suplicación que 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, entonces vigente, no exigía un tiempo de antigüedad mínimo en la empresa (STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2009, I.L. J 1181).

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En este terreno, cabe destacar la STSJ de Navarra de 21 de julio de 2009, I.L. J 1379, que declara la naturaleza administrativa y la consiguiente incompetencia del orden social, de una serie de contratos suscritos por el Ayuntamiento de Pamplona con trabajadoras con categoría de trabajadores familiares para desarrollar tareas de asistencia doméstica, de cuidado personal y relaciones sociales de las personas atendidas. El interés del pronunciamiento es que parte de que la legislación foral otorga competencia exclusiva a la Comunidad en materia de Función Pública y que la Ley Foral amplía los supuestos de contratación administrativa respecto a los establecidos en la legislación estatal. Así se establece:

“la contratación de las demandantes ha de ser calificada como administrativa, pues no se olvide que todos los contratos suscritos por el Ayuntamiento de Pamplona fueron de naturaleza administrativa sin que ninguno de ellos adoptara la forma jurídico-laboral. La opción por la entidad municipal demandada a favor de la contratación administrativa no transforma la relación jurídica en laboral, dado que el apartado c) del artículo 88 del Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, da cobertura legal a esa contratación administrativa con el fin de atender nuevas necesidades de personal debidamente justificadas, siempre que, como aquí acontece, se acredite la insuficiencia de personal fijo para hacer frente a las mismas”.

IV. Modalidades de Contratación

B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral

En cuanto a la figura del contrato indefinido, pero no fijo, 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 18 de septiembre 2009, I.L. J 1464).

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. Reconvención 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. Difícil 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 9 a 12 de 2009 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1144 a 1672).

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 3520/2008), I.L. J 1458. STS de 6 de octubre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2784/2008), I.L. J 1460. STS de 6 de octubre de 2009

V. Dinámica de la Relación Laboral

(recurso de casación para la unificación de doctrina 2464/2008), I.L. J 1503. **STS de 16 de septiembre de 2009** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2477/2008), I.L. J 1326. **STS de 22 de julio de 2009** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2463/2008), I.L. J 1422. **STS de 7 de julio de 2009** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2760/2008), I.L. J 1334.

1. En todas las sentencias reseñadas, se presentan recursos de casación para la unificación de doctrina por parte de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, derivadas de la estimación por parte de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, de las demandas en reclamación de cantidad solicitando que la paga extraordinaria de antigüedad recogida en el artículo 61 del IV Convenio Colectivo de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, por 25 años de servicios profesionales, se incluya el “complemento autonómico”, manteniendo que los negociadores del Convenio pretendían que la cuantía de la paga de antigüedad fuera la correspondiente 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. La Consejería de Educación de la JCyL, *a sensu contrario* que las partes demandantes y las sentencias impugnadas, mantiene que el artículo 61 recoge “una mensualidad extraordinaria” por cada quinquenio, y mantiene que no puede referirse a otra cuestión que al importe de cada una de las “pagas extraordinarias” recogidas en el artículo 59 de dicho convenio, es decir, no puede interpretarse por separado, por una lado, el vocablo mensualidad y, por otro, extraordinaria, sino la expresión de “mensualidad extraordinaria” debe tenerse en cuenta e interpretarse como una unidad de significado conjunto, para determinar su verdadero sentido.

3. El TS acoge en 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.

De tal manera que entiende sin ningún género de dudas que 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, pues el artículo 59 del Convenio establece las pagas extraordinarias, y en éstas solamente están incluidos los conceptos de salario, antigüedad y complementos específicos.

b) Diferencias en la liquidación por el cálculo de las pagas extras. Valor liberatorio del recibo de saldo y finiquito

STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2009 (recurso de suplicación 3379/2009), I.L. J 1619.

1. 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 valor liberatorio del recibo de saldo y finiquito, aduciendo la actora la infracción del artículo 49.2 del ET, fundamentando que la empresa incumplió la garantía jurídica que tiene de entregar previamente al trabajador la propuesta de liquidación de la cantidad adeudada.

2. Dos cuestiones se dilucidan en el presente caso, el valor liberatorio del finiquito y la forma de pago y cálculo de las pagas extras, en función de cómo se pueden generar, así como que ha de tenerse en cuenta el sistema histórico de la empresa en su pago, para evitar el posible perjuicio económico a la hora de realizar la liquidación por finalización de la relación laboral, pues no es igual que éstas se generen anual o semestralmente para el cómputo final.

Sobre la primera cuestión se ciñe la sombra de la Jurisprudencia, que por regla general 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. 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, puesto que si bien es cierto que el documento recogía una cantidad total íntegra y neta a percibir, no es menos cierto que añadía según el detalle adjunto, 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.

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 dadas su magnitud y amplitud hubiera generado sin duda algún conflicto. Se pretende cuestionar en el proceso el método de aplicación de pago de estos conceptos retributivos introduciendo la procedencia de la aplicabilidad de un nuevo método a raíz del cese de los actores, pero la realidad es que la usual forma de operar no les ha causado perjuicio cuando se practicó su liquidación final de haberes, ni cuando la relación estaba viva entre las partes.

3. El argumento fundamental de la parte actora en la impugnación del finiquito es no haberse entregado la propuesta de pago, y el argumento esgrimido y asumido por el Tribunal no es otro que el referido ya en numerosas ocasiones a este respecto, que la firma del finiquito por quien libremente la estampa supone una elusión voluntaria de la referida propuesta de liquidación, que en este caso estaba detallado por partidas y conceptos.

Por último, entra la Sala a conocer 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, y afirma 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, que son complementos de salario diferido devengado día a día, cuyo vencimiento tiene lugar, salvo pacto en contrario, en festividades o épocas

señaladas, esta naturaleza de las pagas extraordinarias pone de relieve la posibilidad de que sean prorrateadas, e indica que en caso de extinción cada una de las pagas reguladas en el artículo 31 ET será calculada desde las fechas respectivas de percepción de la del año anterior; entiende que esta doctrina de carácter general no afecta al caso enjuiciado, y no vulnera los preceptos del ET ni el artículo 37.1 de la CE, puesto que la particular forma de aplicación del sistema seguido por la empresa respecto a las pagas extraordinarias y de productividad, ha venido siendo admitida histórica y 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.

c) Reclamación de salario base y plus de antigüedad. Prescripción y conflicto colectivo

STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2009 (recurso de suplicación 3836/2009), I.L. J 1616.

1. El trabajador presta sus servicios en la empresa IBM desde 1 de abril de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1994. El 4 de noviembre de 1992 se interpuso Conflicto Colectivo por varios sindicatos para que se declarase el derecho de que la empresa pague los quinquenios del plus de antigüedad tomando como base para el cálculo los sueldos base establecidos para cada categoría en el Convenio Colectivo Provincial para industria metalúrgica de Valencia para 1991. El 8 de febrero de 1993, se dictó sentencia estimando la demanda, confirmada por el TS el 20 de septiembre de 1994.

El 27 de junio de 1995 y el 30 de julio de 1995 se presentan, respectivamente, conflictos colectivos por parte de la empresa y de los trabajadores que fueron acumulados; el interpuesto por los sindicatos tenía como objeto que se declarara el derecho de los trabajadores afectados a que su salario base desde el 11 de enero de 1991 debía ser el previsto en el Convenio Colectivo provincial de Valencia y que esta retribución del salario base no pudiera ser compensada, absorbida ni neutralizada con la denominada mejora abonada bajo el concepto de complemento de personal en idéntico importe al del incremento de la actualización de la retribución del salario base, conforme a las tablas salariales del Convenio de Valencia. Estimada la pretensión del demandante por las diferencias salariales entre el valor del salario base del Convenio Colectivo de Valencia y el valor que han venido percibiendo en su nómina hasta la fecha en que han cesado.

2. Recurren ambas partes, la parte demandada solicitando que la Sala desestime el total de lo reclamado, y la parte demandada para que declare su derecho a todas las cantidades solicitadas desde el 1 de enero de 1991 hasta el cese el 31 de diciembre de 1994, puesto que había declarado prescritas parte de éstas. Y con carácter previo se entra a conocer de esta cuestión. Argumenta la defensa de los trabajadores sobre la base de la doctrina del TS (SSTS de 30 de junio de 1994, 21 de julio de 1994, 30 de septiembre de 2004), según la cual, la tramitación de un proceso de un conflicto colectivo no sólo paraliza el trámite de los individuales ya iniciados, sino que interrumpe la prescripción de las acciones pendientes de ejercitar, si bien esta doctrina matiza que la sentencia de conflicto colectivo tiene un efecto directo sobre lo que haya que decirse en la sentencia individual, de modo que la sola interposición del proceso colectivo y desde la fecha de su formulación produce la interrupción de la prescripción respecto de la acción individual vinculada al mismo. Y

se especifica que en el caso de autos no se cuestiona los efectos interruptivos del proceso colectivo, sino si las negociaciones entre la representación de los trabajadores y la empresa con idéntico objeto deben surtir el mismo efecto, a este respecto fundamenta la sentencia que, para que las negociaciones puedan paralizar el plazo de prescripción, debe acreditarse que el centro de trabajo del representante de los trabajadores es el mismo que del actor, y lo más relevante el contenido detallado de las negociaciones, algo que no ocurre en el presente caso, y ello porque hay constancia de la existencia de negociaciones pero no de su contenido exacto. Como segundo motivo mantiene la parte demandante que no están prescritas las cantidades reclamadas en concepto de complemento de antigüedad, se desestima también este motivo con una fundamentación ya reiterada por el TS, y declara la Sala que la interposición del proceso colectivo interrumpe la prescripción respecto de la acción individual vinculada a él, pero no afecta a la prescripción que ya había operado anteriormente a la interposición del conflicto colectivo, pues no puede actuar más que sobre acciones que no hubieran prescrito a esa fecha, y ello porque la sentencia de conflicto colectivo es declarativa de derecho no constitutiva, es decir, interpreta normas jurídicas que ya existían con anterioridad, lo que implica que se pudieron entablar las acciones anteriormente a su interposición. En referencia al tercer motivo del recurso, se acepta por la Sala, *a sensu contrario* de lo dictado por el tribunal de instancia, la tesis mantenida por la empresa sobre la reclamación de la parte actora correspondiente al salario base de todo el período reclamado, y ello con la siguiente fundamentación: el concepto de salario base fue objeto únicamente del segundo conflicto colectivo interpuesto en fecha 3 de julio de 1995, en el que se acumularon demandas de la empresa y de las federaciones sindicales, éstas solicitaban el derecho de los trabajadores a que su retribución o salario base desde el 1 de enero de 1991 debía ser el del convenio colectivo provincial de Valencia, y que esta retribución no podía ser compensada, absorbida ni neutralizada por la mejora voluntaria, y el objeto del primer conflicto colectivo versaba únicamente sobre el plus de antigüedad, no salario base; la interpretación de instancia base del recurso interpuesto y no compartida por el TSJ es que el contenido del segundo conflicto colectivo estaba implícito en el primero cuando reclama el plus de antigüedad, por lo que aplicando la teoría expuesta, considera no prescrito exclusivamente el período que transcurre desde julio de 1994 hasta la fecha del cese, el 31 de diciembre de 1994.

3. La presente sentencia entra a conocer como base fundamental 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 no sana la prescripción ya producida con anterioridad a la interposición del conflicto colectivo, sino que solamente interrumpe el plazo de prescripción que se hallara en curso en el momento de la prescripción del conflicto, tal y como afirma la STS de 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”, así mismo, determina las características que el TS ha determinado para que las negociaciones interrumpan la acción, siendo imprescindible que, para tal fin, se acredite su contenido exacto; por último más conflictiva puede ser la interpretación realizada sobre los objetos de ambos conflictos, pues si bien no hay

discrepancia entre las partes sobre que solamente se interrumpen las acciones que versen sobre el mismo objeto del procedimiento colectivo interpuesto, sí queda más margen a la interpretación del fondo de los mismos.

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

STSJ de Extremadura de 18 de junio de 2009 (recurso de suplicación 242/2009), I.L. J 1256.

1. El actor, al cese de su relación laboral en virtud de despido colectivo autorizado por expediente de regulación de empleo en fecha 30 de noviembre de 2007, firma no conforme el documento de saldo y finiquito. No está conforme y reclama la diferencia que a su entender existe en el cálculo de las pagas extraordinarias de junio y diciembre, que la empresa las abona con un cálculo semestral. El artículo 66 del Convenio Colectivo, donde bajo la rúbrica de “Complementos de vencimiento periódico superior al mes, a) pagas extraordinarias”, dice: “todos los trabajadores tienen derecho (...) a percibir una paga extraordinaria en los meses de julio y diciembre cada una de ellas en cuantía equivalente al salario base y complemento de antigüedad, (...) así mismo tendrán derecho a percibir una paga extraordinaria, equivalente al salario base que se hará efectiva en la nómina del mes de septiembre. Cuando no se trabaje todo el año las pagas extraordinarias se abonarán proporcionalmente al tiempo trabajado”; por último, este artículo recoge que la paga de productividad del mes de marzo se abonará en función del grado de cumplimiento de objetivos alcanzados, a través de un sistema que contempla tanto factores individuales, como colectivos, así como que tendrá un mínimo establecido, y su abono será en la nómina del mes de marzo. La empresa se opone a la pretensión alegando que la forma de pago de las pagas extraordinarias ha sido históricamente la misma, las pagas de junio y diciembre semestralmente, y la de productividad y septiembre realizando el cálculo tomando el año natural.

2. La fundamentación jurídica del trabajador es que no está recogido expresamente en el artículo 66 del Convenio Colectivo que se generan semestralmente, y, sobre la base de los artículos 31 del ET y 37.1 de la CE, aplicando la Jurisprudencia del TS en sentencia de 10 de abril de 1990, 19 de octubre de 1998 o 15 de febrero de 2007, el impugnante entiende que no se da en este caso los supuestos recogidos en las sentencias de TS. Y ello porque el sistema de cómputo de los referidos conceptos salariales no altera el sistema concebido por el legislador que con carácter general viene establecido en el artículo 31 ET para las pagas de julio y Navidad, ni la doctrina citada del TS, mediante la que se establece que estos complementos son salario diferido devengado día a día cuyo vencimiento tiene lugar, salvo pacto en contrario, en festividades o épocas señaladas. Esta cualidad de salario diferido se pone de manifiesto en la posibilidad de que sean prorrateadas (STS de 6 de mayo de 1999, recurso 2450/1998), criterio de “paga a paga”; el cálculo del importe de cada una de las gratificaciones extraordinarias debe hacerse desde la fecha de la percepción de la correspondiente al año anterior.

3. Fundamenta la Sala para desestimar el recurso interpuesto por el trabajador, que esta doctrina, sentada con carácter general, no afecta en la aplicación de un sistema de pago

por parte de la empresa, que históricamente ha venido siendo dos pagas extraordinarias semestrales y dos anuales, y los trabajadores lo han admitido pacíficamente a lo largo del tiempo. Y por lo tanto no es incongruente ni obstáculo que se admita tal interpretación respecto del Convenio Colectivo, pues por la parte demandante se pide que de forma *ex novo* tras la extinción del contrato, en el cálculo de la liquidación final de haberes, se cambie la forma de calcular el abono de las pagas extraordinarias de junio y diciembre que ha venido sucediéndose a lo largo de los años, sin que se haya acreditado que esta forma de actuar de la empresa conocida por todos los trabajadores haya supuesto un perjuicio económico, ni a la hora de practicar la liquidación final ni cuando la relación laboral estaba viva. La Sala entra a conocer una cuestión que ya ha debatido anteriormente, afirmando nuevamente que el sistema utilizado por la empresa para el cálculo de las pagas extraordinarias de junio y Navidad como semestrales, y la de septiembre y productividad de forma anual, no contraviene ni en convenio colectivo, la norma imperativa del artículo 31 del ET, ni la doctrina del TS, que establece que son complementos de salario diferido devengado día a día, cuyo vencimiento tiene lugar, salvo pacto en contrario, en festividades o épocas señaladas, esta naturaleza de las pagas extraordinarias pone de relieve la posibilidad de que sean prorrateadas, y señala que en caso de cese de la relación laboral cada una de las pagas reguladas en el artículo 31 ET será calculada desde las fechas respectivas de percepción de la del año anterior, apoyándose en la doctrina que señala que esta interpretación de carácter general no vulnera los preceptos del ET ni el artículo 37.1 de la CE, puesto que la particular forma de aplicación del sistema seguido por parte de la empresa respecto a las pagas extraordinarias de junio y diciembre, diferente a la de septiembre y de productividad, ha venido siendo admitida histórica y pacíficamente por los trabajadores.

e) Diferencias salariales. Readmisión irregular. Dietas por desplazamiento y horas extras. Condena solidaria a las empresas demandadas

STSJ de Asturias de 3 de julio de 2009 (recurso de suplicación 947/2009), I.L. J 1397.

1. El trabajador tras el auto que declara su readmisión irregular por enviarle a un centro de trabajo diferente del que tenía anteriormente al despido, después de que aquél ha sido declarado nulo, condenando la sentencia a todas las empresas demandadas por considerarlas grupo empresarial, interpone una reclamación de cantidades, por varios conceptos. Por diferencias salariales por aplicación del convenio colectivo; por horas extraordinarias por desplazamiento desde su centro de trabajo habitual hasta su domicilio; por dietas (cenas), pues llega a su domicilio a las 12 de la noche, y por horas extras por desplazamiento desde su domicilio hasta el centro de trabajo donde se le readmitió tras el despido y que posteriormente fue declarado irregular. La sentencia estima parcialmente y condena solidariamente a todas las empresas a que le abonen al actor las cantidades por los conceptos de atrasos por diferencias salariales de actualización de convenio, indemnización por los perjuicios derivados de los desplazamientos que hubo de efectuar desde la localidad donde tenía su centro de trabajo habitual hasta la que irregularmente había sido trasladado.

V. Dinámica de la Relación Laboral

2. Recurre el trabajador argumentando la aplicación indebida del Convenio Colectivo donde se recogen las dietas, las horas extraordinarias, antigüedad y jornada laboral, reclama las horas invertidas desde su domicilio a su centro de trabajo habitual, manteniendo que el tiempo invertido en sus desplazamientos debe ser retribuido bien como horas extras o bien como hora ordinaria (petición que realiza por primera vez en el recurso), y las dietas por cenas, puesto que al salir de su trabajo a las 23:00 horas, llega a su domicilio como muy pronto a las 24:00 horas, y así mismo recurre que el Juzgador de instancia ha omitido la retribución por antigüedad.

Las consideraciones jurídicas que realiza la Sala a estas cuestiones son las siguientes: por un lado, recoge la obligación del demandante de desglosar y especificar las cantidades que se reclaman expresamente, y ello porque el Tribunal cuando estima las diferencias salariales por sucesivas actualizaciones de los Convenios, lo hace en función de las tablas salariales, y el recurrente no cuantificó en la instancia las cantidades correspondientes al premio de antigüedad, lo que deviene como una cuestión nueva que no fue debatida en instancia, y que de la base fáctica tampoco puede apreciarse tal equivocación. En segundo lugar, rechaza el abono de las dietas por desplazamiento ni como hora extraordinaria ni ordinaria, porque conforme al relato fáctico, no consta acreditado por el actor, quien tiene la carga de la prueba en esta cuestión, que en el período reclamado haya realizado una jornada superior a la establecida en convenio de 1.826 horas, y por lo tanto no está acreditado el perjuicio, puesto que el tiempo invertido en los desplazamientos fue computado por la empresa para disminuir la jornada laboral del recurrente. Y, por último, en referencia a las dietas que solicita el demandante por causa del desplazamiento alegando que no puede acudir a cenar a su domicilio, se desestima por la Sala fundamentando que las dietas se devengan cuando el trabajador por el desplazamiento no puede acudir a su domicilio a cenar, entendiéndose que no ocurre en el presente caso, puesto que el trabajador tiene un turno prefijado que finaliza a las 23:00 horas, pudiendo cenar una vez termine el desplazamiento.

3. El fondo de la sentencia expuesta entra a conocer sobre los daños y perjuicios acreditados por una readmisión irregular, y que si bien en este caso son los desplazamientos desde su puesto de trabajo hasta el centro donde le readmitieron de forma irregular, y los diferencia a su vez de los gastos de desplazamientos solicitados por el demandante desde su domicilio a su centro de trabajo habitual, así como el concepto genérico de dieta que la Sala lo interpreta y acota, excluyendo los casos en que el horario y turno del trabajador esté prefijado. Resulta relevante la condena conjunta y solidaria de todas las empresas demandadas, por entender que éstas forman parte del mismo grupo empresarial.

f) Reclamación de cantidad. Estimación parcial. Multa de tráfico. Reconvención y compensación

STSJ de Asturias de 3 de julio de 2009 (recurso de suplicación 512/2009), I.L. J 1396.

1. El demandante prestó sus servicios en la empresa demandada desde el día 22 de octubre de 2007 hasta el 22 de enero de 2008, reclama un total de 2.226,67 euros más el 10% de intereses por mora, de los cuales 1.252,29 euros corresponden al salario de 22 días de enero, la liquidación correspondiente hasta esta fecha, y 974,38 euros por horas extraordinarias. La empresa reconviene anunciándolo en la conciliación ante el UMAC,

reclamando al actor la cantidad de 1.501,00 euros en concepto de una multa por una infracción de tráfico cometida en noviembre de 2007 al utilizar discos, diagramas de tacógrafo durante varias jornadas. Ante la estimación parcial recurre el demandante en los siguientes términos: dos motivos en referencia a las horas extraordinarias, una solicitando la modificación de hechos probados y para que se tengan por acreditadas sobre la base de los discos aportados como prueba documental, aportando en este momento procesal una hoja de cálculo y otra como infracción del convenio colectivo en los artículos que recoge la jornada laboral, horas extras, etc. Denuncia también el recurrente la infracción de los artículos 1156, 1196 y 1202 del CC.

2. Fundamenta la sentencia la desestimación de la solicitud de la modificación de hechos probados, y la vulneración de los artículos en los que el convenio colectivo regula la jornada de trabajo, sobre un mismo argumento, que tales hechos no resultan probados de forma clara y patente en la prueba documental y pericial, y ello porque los discos tacógrafos son la única prueba por parte del trabajador y de la empresa del cumplimiento de la jornada que el conductor realiza en solitario, pero no cabe duda que su contenido para realizar tal valoración debe ser clarificado, tal y como en la práctica procesal viene haciéndose, una explicación que los haga comprensibles por medio de personas entendidas en la materia, y que pueda ser sometido a contradicción en el acto del juicio oral, lo cual no significa que el contenido de los discos no sirva como medio de prueba (STS de 17 de octubre de 1988), sino que la información que éstos pueden aportar resulta limitada a ciertos aspectos técnicos que necesitan la explicación y aclaración para poder dar como acreditado que se ha superado la jornada de 40 horas semanales. Se aportan los discos por la parte actora, que fueron impugnados expresamente por la empresa, alegando entre otras cuestiones que por sí mismos no acreditan la realización de horas extraordinarias. Y el recurrente nada aportó ni probó sobre la distribución de la jornada de 40 horas semanales de lunes a domingo, ambos inclusive, festivos, número de horas de trabajo efectivo, etc. Es decir, no acredita, conforme a la Jurisprudencia unificada al respecto, la realización puntual y concreta del exceso semanal de la jornada que reclama según se establece en el artículo 35.1 del ET y del Convenio colectivo aplicable. Establece la Sala que se dan los requisitos para estimar a la empresa la reconversión del artículo 85.2 de la LPL, que la empresa anunció la reconversión en la conciliación en el UMAC, y la culpabilidad grave del trabajador, y para ello establece que, si bien es cierta y no es discutible la responsabilidad administrativa de la empresa por las infracciones cometidas con ocasión de la realización de transportes o actividades sujetos a concesión administrativa, establecida en la Ley 16/1987, de 30 de julio, según la modificación realizada por el artículo 2 de la Ley 29/2003, de 8 de octubre, no es menos cierta la competencia del orden social para conocer sobre la responsabilidad del trabajador frente a la empresa por la multa de la infracción de tráfico cometida, quedando el trabajador a expensas de lo que la empresa alega en vía administrativa, o de que decida poner fin al procedimiento con el pago anticipado de la multa con la reducción del 25% como en este caso. Si bien aclara la sentencia que por la característica de ajenidad, nota esencial del contrato de trabajo, por la que el empresario asume los riesgos que se deriven de la prestación laboral, entre ellos los que se produzcan por error o descuido del trabajador, es obligado matizar los tradicionales criterios civiles de responsabilidad indemnizatoria contractual, y se exige

V. Dinámica de la Relación Laboral

que la culpabilidad del trabajador sea grave y cualificada o de entidad suficiente, y a *sensu contrario* de lo mantenido por la defensa del trabajador, entiende la Sala que existe en el presente caso culpa o negligencia grave, a pesar de que el trabajador no haya actuado conscientemente con la finalidad de producir el daño en beneficio propio y en perjuicio de la empresa, denota una grave culpabilidad por parte de un conductor no utilizar el tacógrafo y los discos durante toda la conducción. Entra por último en la vulneración de los artículos 1156, 1195, 1196 y 1202 del CC, y matiza la diferencia conceptual entre la compensación de deudas del Código Civil y el artículo 26.5 del ET “compensación y absorción de salarios”. Desestima el recurso también en este punto, al entender que si existe homogeneidad en la deuda salarial, y que las deudas de ambos deudores y acreedores son de carácter ordinario, pues el “interés por mora”, nota diferencial que alega el demandante, no se presupone con un mero retraso en el pago, sino se requiere un retraso culpable (STS de 15 de junio de 1998), en el presente caso justifica la Sala que la empresa sí tenía en principio una justificación y fundamento para no pagar al trabajador, por lo que no cabría la condena de los intereses por mora, sin que hubieran podido ser estimados sobre las horas extraordinarias aunque se hubiesen acreditado, por ser éstas un concepto salarial independiente no compensable ni absorbible con otras remuneraciones distintas, y no guarda homogeneidad con el resto de las percepciones de los trabajadores (STS de 6 de marzo de 2007). El artículo 1196 no exige identidad en la naturaleza entre deudas, sólo exige en cuanto a las cosas debidas fungibles que sean de la misma especie y calidad. Aquí es cuando la Sala entra a distinguir la compensación regulada en los artículos citados del Código Civil, con la compensación del artículo 26.5 del ET y normas complementarias, señalando a tal efecto la STS de 29 de junio de 2001, donde se recoge que la compensación del CC presupone la existencia de dos personas recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y en la laboral de entrada solamente existe un deudor, que es el empresario, el cual puede verse afectado por dos o más fuentes de obligaciones, por ello fue ya definido por el TCT como “neutralización” de conceptos retributivos.

3. Entra a conocer la sentencia de forma muy exhaustiva sobre tres cuestiones: la primera, cómo ha de plantearse la prueba documental de los discos-diagramas en el procedimiento laboral, la cual debe ir siempre acompañada de una explicación o pericial técnica, para aclarar las horas efectivamente trabajadas y cuándo se han realizado, y así poder determinar el exceso de jornada de una forma puntual y concreta, como viene de forma pacífica y unánime exigiendo la Jurisprudencia. En segundo lugar, el plus de culpabilidad que se exige en el ámbito laboral para la reclamación de daños y perjuicios por parte de la empresa al trabajador, lo que implica que la empresa para reclamar las multas por infracciones de tráfico en la vía social competente por tal reclamación, se plantee como acción directa o por vía de la reconvencción como en este caso, y siempre posterior y supeditada a la responsabilidad en vía administrativa de la empresa, debe acreditar un incumplimiento grave y culpable del trabajador, no una negligencia, error o descuido, lo que obliga a realizar una valoración de cada caso concreto, estimando probada la grave conducta del trabajador, porque entiende la Sala que es obligación de éste la correcta utilización de los discos y el tacógrafo durante toda la conducción, y, por último, en los elementos jurídicos y procesales necesarios para utilizar la reconvencción en vía laboral, artículo 85.2 de la LPL, anunciar la reconvencción en la conciliación o reclamación previa,

y la conexión entre las pretensiones que se ejecutan a través de la reconvencción y las que son objetos de la demanda principal.

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

STSJ de Castilla y León de 9 de julio de 2009 (recurso de suplicación 512/2009), I.L. J 1414 y de 14 de julio de 2009 (recurso de suplicación 1219/2009), I.L. J 1415.

1. En fecha 30 de octubre de 2008 interpone demanda la actora con la categoría de limpiadora y una antigüedad reconocida del 5 de junio de 1985 en reclamación únicamente en los términos salariales de la cantidad que se abona a los pinches de cocina por el complemento específico relativo al complemento sobre carrera profesional, reconocido en el Acuerdo de fecha 12 de diciembre de 2006 alcanzado entre la Administración sanitaria de Castilla y León y las centrales sindicales. En fecha 25 de enero de 2003 se alcanzó un acuerdo entre la empleadora Ramel SA y los trabajadores del centro de trabajo del Hospital público Río Carrión, mediante el cual se equipara en términos económicos a los entonces pinches de office y en la actualidad pinches de cocina. En diversas ocasiones mediante interposición conflictos colectivos, y acuerdos, se evidencia la vigencia y vinculación de este acuerdo de 1993 que equiparó en términos económicos estas dos categorías. Interpone la empresa recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que reconoce a la demandante la reclamación de cantidad solicitada que deriva del complemento reconocido en el acuerdo de 12 de diciembre de 2006. Alegando, en primer lugar, prescripción de parte del período reclamado, al objeto de que se interpuso demanda de conflicto colectivo por varios miembros del comité de empresa y el Juzgado de lo Social núm. 2, y estimó el Juzgado la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la empresa absolviéndola sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, por lo que entiende la demandada que, al no existir sentencia estimatoria del conflicto colectivo, no se interrumpen las acciones que versan sobre el contenido del mismo. Como segundo y tercer motivos del recurso la no aplicación de los artículos 1281 y 1283 del CC, es decir, que el Acuerdo de 1993 sólo tenía vigencia para ese año, y vulneración del artículo 37 de la CE en relación con los artículos 82.3 y 44.4 del ET, artículo 12 del Convenio Colectivo, lo que implica que la norma posterior deroga la anterior. El cuarto motivo alegado por la recurrente es la compensación, denuncia la inaplicación del artículo 8 del convenio colectivo, y en el quinto y último alega que la parte demandante no cumple con uno de los requisitos exigidos por el acuerdo de diciembre de 2006 para obtener el complemento.

2. Desestima la sentencia cada uno de los motivos del recurso sobre la base de los siguientes fundamentos jurídicos. La sola interposición de la demanda de conflicto colectivo interrumpe la prescripción, debiendo computarse nuevamente el plazo desde la sentencia que lo resuelve, cita la STS de 26 de junio de 1994, donde se afirma por el Alto Tribunal que la acción colectiva hace desaparecer los fundamentos en los que se

V. Dinámica de la Relación Laboral

basa la prescripción de abandono de la acción por el interesado y exigencia del principio de seguridad jurídica. Desestima el segundo y tercer motivos, porque sobre el Acuerdo de 1993 se han dictado sucesivas sentencias firmes y asentado acuerdos, que ponen de manifiesto por sí mismos que la equiparación económica no fue solamente para el año 1993, aunque en el acuerdo se recogieran única y expresamente las cantidades de ese año, así mismo no admite la vulneración del principio sobre el que la norma posterior deroga la anterior, en primer lugar, porque define el acuerdo como un pacto vinculante para los trabajadores de un determinado centro de trabajo, lo cual obliga a la empresa concesionaria a respetar los pactos anteriores, en aplicación del propio convenio colectivo que así lo prevé expresamente. Por último, corren igualmente la misma suerte los dos últimos motivos del recurso que son desestimados, porque el recurrente invoca la compensación por primera vez en el recurso sin que haya podido ser discutido en la instancia, por lo tanto es una cuestión nueva de fondo. Y la alegación mediante la que el recurrente asevera que la demandante no cumple con uno de los requisitos exigidos para ser merecedora del complemento sobre carrera profesional, determina la Sala que los acuerdos de diciembre de 2006 entre la Administración sanitaria de Castilla y León y las centrales sindicales no son directamente aplicables a la actora en virtud del referido acuerdo de 1993, sino que la equiparación es exclusivamente a los efectos económicos.

3. Pone de manifiesto dos cuestiones de extrema relevancia, la primera de ellas, la interrupción de la prescripción con sola la formulación de la demanda de conflicto colectivo, iniciándose nuevamente el plazo de la acción a partir de la sentencia que se dicte en el procedimiento, interpretando el artículo 1973 del CC atendiendo a la especial naturaleza del proceso laboral. Y, como segunda cuestión, la trascendencia de un acuerdo interno equiparando los salarios en un centro de trabajo determinado, entre la categoría profesional de una subcontrata y la categoría profesional de la empresa principal, y la vinculación de este pacto con exclusivos efectos económicos para con las siguientes subcontratas concesionarias.

h) Complemento de jefatura de departamento: responsabilidad de la Administración hasta el límite presupuestario calculado mensualmente

STS de 21 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4404/2008), I.L. J 1435.

1. El actor presta servicios para la Fundación XXX, como profesor de educación física de Educación Secundaria, en un centro de enseñanza concertada. Durante el período de septiembre de 2006 a agosto de 2007 el actor desempeñó el puesto de Jefe de Departamento, lo que motiva la reclamación del abono del “complemento por función”, con arreglo al importe fijado en el convenio colectivo, cuya suma total arroja la cifra total de 4.006 euros por todo el período reclamado. La cuantía máxima establecida por las Leyes de Presupuestos Generales para la Comunidad Autónoma de Madrid para la financiación de funciones directivas de un centro concertado, asciende a 2.813 euros (año 2006) y a 2.869 euros (año 2007). Las cantidades que en tal concepto ha pagado la Administración en el período reclamado son de 772 euros (período de septiembre a diciembre de 2006) y 1.747 euros (período de enero a agosto de 2007). La sentencia del Juzgado de lo Social condena solidariamente a la empleadora y a la Administración al pago de la suma de

4.006 euros. Recurrida en suplicación es confirmada por el TSJ de Madrid. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. La sentencia del TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina. Los argumentos que esgrime el Tribunal son los siguientes. Primero, afirma que las disposiciones legales presupuestarias tienen preeminencia sobre los convenios colectivos, puesto que son aquéllas las que fijan el límite máximo de responsabilidad de la Administración en materia de enseñanza obligatoria, y ello a pesar de que los centros educativos puedan establecer, como cualquier otro empresario, las condiciones salariales que estimen convenientes. Segundo, en este supuesto la Administración aceptó la responsabilidad en el pago del complemento de jefatura de departamento, ahora bien, aplicó al importe de su aportación el límite presupuestario calculado mensualmente. En consecuencia, se trata de concretar si la cantidad de referencia para fijar la responsabilidad de la Administración debe ser la máxima anual fijada en las Leyes de Presupuestos, o la proporcional correspondiente a cada período que se reclama. La solución a la que llega el Tribunal es que puesto que el complemento es de abono mensual, la responsabilidad de la Administración en su pago, hasta el límite máximo, se genera también mes a mes y, por ello, dicho límite máximo debe acomodarse, necesariamente, a la división por meses del tope anual que se fija en las leyes presupuestarias.

3. El TS ha sostenido reiteradamente que la Administración Pública responde frente a los profesores de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos, aun cuando no asuma el papel de empresario. Siendo esto así, también ha manifestado que esta obligación no es absoluta, sino que está limitada por la cuantía de la que están dotados los módulos, a cuyo pago se compromete la Administración y aceptan los centros privados que deciden acogerse al régimen de conciertos (STS de 7 de febrero de 2006). Esta limitación lleva a que la Administración no pueda responder más allá del importe legalmente fijado por las normas presupuestarias, aun cuando se produzcan alteraciones salariales mediante convenio colectivo. Pues bien, siguiendo con esta doctrina, esta sentencia acepta el límite que la Administración aplicó al importe de su aportación, esto es, la cantidad fijada en los presupuestos, pero calculada mensualmente. Parece claro que si la Administración debe responder por la cantidad que fijan sus Leyes de Presupuestos para este complemento de jefatura de estudios, el mejor sistema para evitar deslizamientos presupuestarios es el proporcional o de prorrateo mensual que aplica esta sentencia.

i) Plus de turnicidad: absorción y compensación con la retribución superior abonada por la empresa

STS de 15 de septiembre de 2009 (recurso de casación 138/2008), I.L. J 1478.

1. La empresa demandada con una plantilla de 250 trabajadores, repartidos en tres centros de trabajo, rige sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas del Principado de Asturias, vigente para los años 2007 a 2011, así como por el acuerdo suscrito entre la empresa y el comité de empresa, el 10 de enero de 2008, con vigencia desde el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011. Desde el año 2000 las retribuciones y algunas otras condiciones laborales de los trabajadores se

V. Dinámica de la Relación Laboral

establecen en dichos acuerdos entre empresa y comité. En dos centros de trabajo prestan servicios 150 trabajadores, con jornada en régimen de turnos, que no perciben el plus de turnicidad regulado en el artículo 29.3 del Convenio Colectivo. Por este motivo se interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social del TSJ de Asturias. La sentencia del TSJ desestimó la demanda formulada y contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación denunciando la infracción, por aplicación incorrecta, del artículo 29.3 del Convenio Colectivo que resulta de aplicación.

2. La sentencia del TS desestima el recurso planteado por las siguientes razones. El artículo 29.3 del Convenio Colectivo regula el plus de turnicidad estableciendo que “los trabajadores que por necesidades organizativas o de producción de la empresa en la que prestan sus servicios, tengan que desarrollar tareas en régimen de uno o más turnos de trabajo, tendrán derecho a un plus de turnicidad que será el equivalente al 10% del salario base”. Siendo esto así, el artículo 31 regula las denominadas “especificaciones al plus de turnicidad”, disponiendo que “las cantidades que el trabajador devengue por este plus podrán ser absorbidas y compensadas, total o parcialmente, de las retribuciones que la empresa abone al mismo y que superen a las establecidas en la tabla salarial del presente convenio, salvo las que sean debidas a la realización de horas extraordinarias”. Puesto que resulta probado que estos trabajadores percibieron una retribución total superior a la que les corresponde según el Convenio Colectivo, procede la absorción y compensación del plus de turnicidad, y en consecuencia los trabajadores no tienen derecho a su percibo.

3. La sentencia estima que procede la absorción y compensación del plus de turnicidad por las retribuciones que recibe el trabajador y que superan lo establecido en el convenio colectivo. Como es sabido, el requisito fundamental que se exige para que pueda aplicarse esta técnica de neutralización no es otro que la homogeneidad de los conceptos objeto de compensación, si bien es cierto que el carácter de homogeneidad entre los distintos componentes salariales ha sido objeto de una evolución jurisprudencial. No obstante lo anterior, los Tribunales siguen dudando sobre la posibilidad de compensación de conceptos que no responden a la misma causa de atribución. En consecuencia, siguiendo este criterio, no parece que en este supuesto los conceptos objeto de compensación obedezcan a la misma causa. Y ello es así, puesto que el pacto salarial que mejora las retribuciones establecidas en el Convenio Colectivo responde a la cantidad o calidad de trabajo realizado, mientras que el plus de turnicidad trae su causa de la forma de realizar el trabajo.

j) Plus de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos: abono a profesora de educación especial

STS de 17 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1736/2008), I.L. J 1430.

1. La actora presta servicios para la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, en un Colegio Público Especial, con al categoría profesional de educadora de educación especial, realizando las funciones que figuran en el Anexo I del VI Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía. Los alumnos del centro (algunos de ellos con más de 50 Kg de peso) son deficientes mentales, paráliticos cerebrales, oligofrénicos profundos, autistas y otros con trastornos graves de la personalidad, que

incluso pueden llegar a adoptar comportamientos agresivos. El Juzgado de lo Social dictó sentencia condenando a la Consejería a abonar a la actora 3.061 euros, en concepto de complemento de penosidad. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación dictándose sentencia por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, estimando el recurso formulado. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 12 de abril de 2007.

2. La sentencia dictada en unificación de doctrina por el TS se pronuncia sobre la interpretación y aplicación del artículo 58.14 del VI Convenio Colectivo. Este artículo señala que los Pluses de Penosidad, Toxicidad o Peligrosidad deben responder a circunstancias excepcionales (por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que los justifican). En este sentido, el TS estima que debe reconocerse el plus de penosidad y ello puesto que, si las circunstancias negativas permanecen y la retribución no ha sido adaptada a ellas, es claro que el plus debe ser satisfecho. En consecuencia, cuando este artículo señala que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, está simplemente indicando que en la actualidad son pocos los puestos de trabajo que siguen sometidos a riesgos, bien porque hayan desaparecido las circunstancias negativas que los justifican o bien porque su retribución ha sido fijada atendiendo expresamente a dichos riesgos.

3. La sentencia mantiene la doctrina establecida ya por esta Sala en numerosas sentencias, sobre la aplicación e interpretación del precitado artículo del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, en el sentido de que la finalidad de este plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad no es compensar los riesgos o dificultades intrínsecas, comunes a toda profesión, puesto que ya estarán contempladas en el salario, sino a aquellos individuos concretos que se ven obligados a trabajar en condiciones significativamente peores que las del resto de su colectivo de procedencia.

k) Complemento de especial dedicación: complemento de puesto de trabajo: carácter no consolidable

STS de 6 de octubre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4282/2008), I.L. J 1506.

1. El actor presta servicios como personal laboral para un Ayuntamiento desde septiembre de 2001, primero, sujeto a contratos temporales con la categoría profesional de Conserje y a partir de abril de 2005, mediante contrato laboral indefinido con la categoría de Oficial 1ª viniendo percibiendo un complemento o gratificación mensual de “especial dedicación” por los servicios prestados. Este complemento le fue concedido por resolución de la Alcaldía en 2002, siendo suprimido su devengo por resolución de la Alcaldía en 2007. La sentencia de instancia reconoce el derecho a seguir percibiendo el complemento solicitado como condición más beneficiosa, resolución que es confirmada por la sentencia del TSJ, la cual considera que a ello no obsta que el empresario sea una Corporación municipal, a la vez que rechaza que dicho complemento sea de carácter no consolidable. Contra dicha sentencia el Ayuntamiento interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina.

V. Dinámica de la Relación Laboral

2. La sentencia del TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento declarando el carácter no consolidable del complemento debatido. Y ello es así puesto que el artículo 26.3 ET establece como principio el carácter no consolidable de los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo, salvo acuerdo en contrario, inexistente en el caso presente, en el Convenio Colectivo aplicable. En consecuencia, entiende el TS que este complemento de especial dedicación tiene carácter funcional, dependiendo su percepción de la realización efectiva de las tareas que entraña esa especial dedicación, pues el actor no realizaba trabajo alguno que mereciera tal complemento específico.

3. La cuestión que se plantea en esta sentencia no es otra que la naturaleza consolidable o no del complemento de especial dedicación, declarando el TS el carácter no consolidable de dicho complemento, y ello puesto que considera que se trata de un complemento vinculado al puesto de trabajo, de carácter funcional. Como es sabido, el artículo 26.3 establece que, salvo pacto en contrario, no tendrán el carácter de consolidables los complementos que estén vinculados al puesto de trabajo. La Ley pretende que el trabajador perciba estos complementos sólo si se mantienen las circunstancias o las actividades que motivaron el derecho a tales complementos, decayendo cuando desaparezca la causa que justifica su existencia. Ahora bien, resulta al menos discutible que se trate de un complemento que esté unido a un determinado puesto de trabajo o a una tarea concreta, y ello puesto que lo recibe desde el año 2002 hasta 2007, habiendo prestado servicios primero como Conserje y a partir de 2005 como Oficial 1ª.

1) Stock Options: momento en que es posible ejercitar la opción: despido improcedente

STS de 15 de julio de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3623/2008), I.L. J 1304.

1. La actora prestó servicios para la demandada hasta su cese reconocido por la empresa como despido improcedente el 31 de mayo de 2006, suscribiendo en esa fecha recibo de saldo y finiquito con la reserva expresa de las acciones para el ejercicio de stock options del grupo al que pertenece la empresa, concedidas los años 2003 y 2004, y las de los años 2005 y 2006 que no le habían sido reconocidas. Las acciones reconocidas lo fueron el 21 de marzo de 2003 con arreglo a un Plan que le permitía su ejercicio desde el 13 de marzo de 2007 hasta el 13 de marzo de 2011, caducando a partir de esa fecha. El Plan incluía, como reglas, que el ejercicio de las acciones se lleve a cabo siendo trabajador activo, no pudiendo estar incurso en preaviso de dimisión o despido. En caso de fallecimiento o invalidez podrá seguir beneficiándose de la opción hasta el 13 de marzo de 2011 y en el de fallecimiento los herederos hasta seis meses después.

El 20 de abril de 2007 la actora comunica su deseo de ejercitar de forma inmediata las 1.000 stock options conferidas en 2003, respondiendo la empresa que no procede por no ser asalariada. La sentencia de instancia reconoce el derecho de la trabajadora, esta resolución es confirmada por el TSJ. Contra dicha sentencia interpone la empresa recurso de casación en unificación de doctrina.

2. La sentencia desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina considerando que la situación de la actora debe equipararse a las previstas en las estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador se permite al titular o sus herederos ejercitar el derecho, sin que la empresa pueda neutralizar el contrato sin causa lícita, pues de esa forma infringiría el artículo 1256 del Código Civil. Y es que el despido improcedente admitido como tal por la empresa y practicado unos meses antes de que el trabajador pudiera ejercitar el derecho de opción, debe valorarse como una conducta unilateral de la obligada por la oferta de opción para impedir el ejercicio del tal derecho, y con la que se trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de la suscripción del contrato de opción.

3. Esta cuestión ha sido reiteradamente tratada a propósito de las *stocks options*, adoptando el TS por razones de coherencia y homogeneidad doctrinal una solución idéntica a la adoptada en otras sentencias, así la STS de 4 de febrero de 2002 razona en el mismo sentido, que el requisito subjetivo de permanencia en la empresa ha de vincularse con la voluntad del optante de hacerlo y no se puede entender, de ninguna manera, que al asumir el trabajador la referida cláusula se está admitiendo por éste que no tendrá derecho si la empresa prescinde improcedentemente de sus servicios.

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

SSTS de 6 y de 27 de octubre de 2009 (recursos de casación para la unificación de doctrina 358/2009 y 582/2009), I.L. J 1522 y 1530.

1. Los trabajadores reclaman del FOGASA el abono de las prestaciones de garantía derivadas de la insolvencia empresarial. Se cuestiona concretamente, en la medida en que el artículo 33.2 ET exige determinados títulos habilitantes, si se puede considerar idónea a tal efecto la sentencia dictada en 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 las Sentencias comentadas que la cuestión planteada ya tiene doctrina unificada de la Sala. Así, en la STS de 22 de enero de 2007 (recurso 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

V. Dinámica de la Relación Laboral

indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos”, doctrina reiterada en las posteriores SSTS de 3 de febrero y 4 de mayo de 2009 (recursos 2226/2008 y 2062/2008), I.L. J 125 y 539 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 de 6 de octubre de 2009 comentada se recuerda lo indicado en la STS de 31 de enero de 2008 (recurso 3863/2006), I.L. J 17, en donde se subraya que “a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del FOGASA (no basta) con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esta indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado artículo 33.2 ET”, como se ha indicado en numerosas ocasiones, pero que es evidente que dicho título habilitante existe en aquellos casos en que la petición se fundamenta en reconocimientos contenidos en sentencias firmes. “La finalidad del precepto de establecer controles de carácter básico para garantizar en la medida de lo posible la realidad y la certeza de los débitos cuyo pago tiene que asumir subsidiariamente el Fondo queda así debidamente garantizada”, como se señala en la STS de 4 de mayo de 2009, citada, y que reproducen las SSTS de 10 y de 12 de junio de 2009 (recursos 2761/2008 y 3175/2008, respectivamente), I.L. J 689 y 872.

En el mismo sentido, las SSTS más recientes de 22 de junio y de 6 de julio de 2009 (recursos 1960/2008 y 1477/2008), I.L. J 865 y 800.

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

STSJ de Cantabria de 9 de junio de 2009 (recurso de suplicación 431/2009), I.L. J 1224.

1. Se formula recurso de suplicación contra el Auto dictado en la instancia el 9 de marzo de 2009 por el que se desestima el recurso de reposición planteado contra la providencia de 21 de enero anterior en la que se acuerda proceder a la ejecución separada del crédito del ejecutante por haber solicitado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal ejecución en las presentes actuaciones. Frente a dicha decisión se formula recurso de suplicación por infracción del artículo 246.3 LPL y del artículo 32.5 ET, en la redacción debida a la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio. Dado que en el momento en que se solicita la ejecución separada por el ejecutante ya estaba vigente la nueva redacción de los preceptos mencionados, quedando sometidas las acciones para el cobro de salarios en caso de concurso a la citada Ley Concursal, la parte recurrente considera que no puede ejecutarse de forma separada al procedimiento concursal de la entidad ejecutada, por no estar ya vigente dicho privilegio. En el caso analizado se acordó la suspensión de la inicial ejecución en septiembre de 2004, sin práctica de diligencia ejecutiva ni embargo alguno, optando por

seguir la vía del procedimiento de ejecución universal de quiebra, y no por una pretendida ejecución separada. Posteriormente, en enero de 2009, se insta de nuevo ejecución.

2. El TSJ de Cantabria estima el recurso planteado indicando, en síntesis, que no es suficiente la mera solicitud de ejecución, siendo lo relevante, que ya se hayan trabado bienes del concursado para la paralización o no de la ejecución en curso. Se concreta que lo preciso para paralizar los efectos suspensivos de la ejecución, hubiera sido el embargo efectivo de bienes concretos del deudor. Se indica que cuando entra en vigor el nuevo texto de la Ley concursal, se considera que sólo la mera solicitud y auto de fecha despachando ejecución y las diligencias de búsqueda de bienes, que no obtuvo resultado alguno, es insuficiente para acordar de nuevo, en enero de 2009, ejecución separada de bienes del deudor y que cuando en enero de 2009 se insta de nuevo ejecución, el Juzgado de lo Social ya no es competente para tal decisión. El artículo 246.3 LPL, en atención a la Disposición Adicional Primera, debe ser interpretado conforme al espíritu y finalidad de la norma que no es otra que la ejecución y apremios posteriores a la vigencia de la Ley Concursal sean resueltos en un único proceso universal.

En consecuencia, puesto que no existía “ejecución” ante órgano jurisdiccional laboral separada, pendiente en el momento de la entrada en vigor del nuevo texto del artículo 246.3 LPL —el artículo 32, apartados 3º y 5º, ET, que también pierden vigencia en aplicación de la Disposición Final Decimocuarta, garantizaban la ejecución separada relativa a determinadas cantidades por indemnizaciones por despido con un límite legal— sino que cuando se inicia el trámite judicial efectivo de traba de bienes concretos del deudor, o acción de ejecución por el ejecutante, este trámite ya está regulado por las normas vigentes que no admiten dicha ejecución separada, se concluye que no cabe planteamiento de la acción de ejecución separada en enero de 2009, momento en que plantea el incidente el actor, al no ser ya competentes los órganos jurisdiccionales sociales para la tramitación de la acción seguida, ni estar vigentes las normas que permitían la no suspensión por ejecución separada de la acción de ejecución de deudas de los trabajadores por créditos contra las empresas en situación legal de quiebra.

3. La Sentencia comentada reitera el criterio mantenido en anterior Sentencia de la misma Sala de 7 de septiembre de 2005 (recurso 592/2005), si bien en aquel caso la solicitud de ejecución fue posterior a la vigencia del nuevo texto concursal, el 1 de septiembre de 2004, mientras que en este último caso la inicial solicitud de ejecución lo fue el 27 de julio, anterior.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Horas extraordinarias. Desestimación. Falta de prueba respecto de su realización

STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2009 (recurso de suplicación 24/2009), I.L. J 1350.

1. La sentencia recurrida desestimó la demanda interpuesta por el trabajador en solicitud de reclamación de cantidad por horas extraordinarias devengadas en una concreta obra de

V. Dinámica de la Relación Laboral

construcción. La STSJ de Castilla-La Mancha ratifica la Sentencia de Instancia, al entender que el actor no ha acreditado ni la realización de una jornada habitual superior a la ordinaria, ni tampoco la específica concreción de éstas.

2. La Sentencia objeto de esta crónica falla por ausencia de prueba de la parte actora del concepto salarial reclamado. Recuerda la Sala en este sentido que siquiera fuera aplicando el criterio atemperador contenido en algunas Sentencias del TS como la de 17 de mayo de 1995, debería el actor haber acreditado, al menos, la realización de una jornada ordinaria habitualmente superior a la media, para que procediera la estimación de la demanda planteada.

3. Con este pronunciamiento, esta Sentencia se alinea con la de la precedente del TSJ de Cataluña de 24 de enero de 2008, I.L. J 1334, conforme a la cual se acepta la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en los cuales el habitual desarrollo de una jornada permite concluir también la habitualidad de la extraordinaria. En estos supuestos, acreditada la realización de horas extras incumbe a la empresa llevar su control diario, por lo que las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores debe recaer sobre el empresario.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Concurrencia no colisiva de convenio colectivo y acuerdo de empresa

STSJ de Navarra de 24 de julio de 2009 (recurso de suplicación 115/2009), I.L. J 1381.

1. La STSJ de Navarra de 24 de julio de 2009 (recurso 115/2009), I.L. J 1381, conoce de la pretensión de un trabajador, guarda-conserje, encaminada al reconocimiento de su encuadramiento profesional en el Grupo Profesional 3, no 2, y derecho a percibir las correspondientes diferencias salariales. El actor presta sus servicios en el sector de la industria química, sometido a una normativa convencional conformada por el XV Convenio General de la Industria Química para los años 2007 a 2009 (BOE de 29 de agosto de 2007) y un acuerdo de empresa suscrito para los años 2007 a 2010 con la mayoría de la representación de los trabajadores, en concreto con el comité de empresa. Acuerdo que conoce un antecedente inmediato para los años 2004 a 2006.

Es preciso destacar que la Sentencia cuenta con un pronunciamiento judicial previo firme de la propia Sala confirmando sentencia de instancia que reconoce al trabajador el encuadramiento profesional en el Grupo 3 y diferencias salariales respecto de un período anterior.

2 y 3. Confirma la Sala en Suplicación la Sentencia del Juzgado de lo Social estimando la pretensión del trabajador. Inadmite la revisión de hechos solicitada y desatiende la argumentación empresarial dirigida a sostener que el acuerdo de empresa suscrito con el comité de empresa y vigente para el período 2007-2010 cambió la situación fáctica de este nuevo litigio frente al anterior, mudando en definitiva la clasificación profesional del trabajador. Sostenía la parte empleadora, en resumen, que desde dicho acuerdo no regían en la empresa los grupos profesionales del Convenio General. Se basa la Sala para estimar

la pretensión del trabajador y rechazar este argumento, amén de en el pronunciamiento previo de su Sentencia de 12 de noviembre de 2007 (procedimiento núm. 313/2007), en la declaración del propio Convenio General, cuyo artículo primero atribuye a estos acuerdos la condición de “meros pactos de aplicación”. También se apoya en que el citado acuerdo de empresa no regula materia correspondiente a clasificación profesional.

B) Fusión de secciones de una empresa: condición formal –nominal– o sustancial de los cambios habidos en la clasificación profesional

STSJ de Asturias de 16 de octubre de 2009 (recurso de suplicación 725/2009), I.L. J 1664.

1. La STSJ de Asturias de 16 de octubre de 2009, I.L. J 1664 (recurso 725/2009), conoce la pretensión de un trabajador de Arcelor Mittal España SA relativa a reconocimiento de clasificación profesional y consiguientes diferencias retributivas. El actor pasó de desempeñar sus funciones como “operador de colada” en la Acería LD-III a ser, finalmente, “Analista de Proceso en la sección de Biología Industrial”, ambas con grado retributivo XIV. Consecuencia del denominado Plan Arco, dentro de su empresa su sección de Biología Industrial se fusiona con la de Análisis Medioambientales, pasando la nueva clasificación profesional a diferenciar entre analistas “básicos” (grupo XII) o “de sección” (grupo XIV). El actor es considerado Analista Básico pero retribuido con el grado XIV. Ha realizado cursos de formación pero no las pruebas necesarias para acceder a la condición de “Analista de Sección” en la nueva sección de Análisis Medioambientales y Biología. Las diferencias retributivas pretendidas se explican por que a los analistas de proceso de laboratorio de LD-III, su antigua ubicación que no clasificación profesional, se les concede sin examen el grado retributivo XV.

2. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés desestima la demanda en su sentencia fallada el 23 de diciembre del año 2008. El actor recurre en suplicación.

3. La Sentencia de la Sala confirma la de instancia esgrimiendo, en relación con la motivación jurídica del recurso, los siguientes argumentos (fundamento de derecho tercero):

En primer lugar, las funciones de analista de proceso de Biología Industrial desarrolladas por el demandante no son sustancialmente equiparables a las desarrolladas tras la fusión por el Analista de Sección. Es decir, no son categorías equivalentes.

En segundo lugar, el actor realizaba en esencia las funciones propias de su categoría profesional y sólo puntualmente las funciones básicas y simples, no las más complejas, propias del Analista de Sección, no pudiendo equipararse a él “al no haber desempeñado todas las tareas exigidas para éste”.

En tercer término, la realización del actor de cursos de formación no es condición suficiente para la adquisición de la nueva categoría siendo preciso su sometimiento a evaluación y superación de la misma, requisito que no ha observado.

Por último, nos encontramos ante una nueva clasificación profesional y no una mera *mutatio nominis*.

4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE 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

STSJ de Murcia de 11 de mayo de 2009 (recurso de suplicación 1335/2009), I.L. J 1167.

1. Entre la empresa se llevaron a efecto diversas reuniones toda vez el interés de la empresa de equilibrar el personal y aumento de la producción ofertando incrementos salariales, dichas reuniones no llegaron a resultado alguno. Por la empresa se procedió a remitir comunicación escrita al Comité de Empresa sobre cambios de horarios y turnos de trabajo ante disfunciones organizativas y productivas. Posteriormente de la remisión de la carta se tuvo otra reunión con el comité de empresa. Posteriormente puso en conocimiento la empresa a toda la plantilla un nuevo calendario laboral de rotación de turnos de trabajo y descanso semanal, implantándose por primera vez el turno de noche. La sentencia de la instancia estima en parte la demanda declarando que “las modificaciones llevadas a cabo por la empresa del calendario laboral de rotación de turnos y comunicadas a todos los trabajadores mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2008 y con efectos de 27 de septiembre de 2008, no son ajustadas a derecho, y en consecuencia la empresa demandada vendrá obligada a reponer a los trabajadores afectados en las anteriores condiciones de descansos y turnos de trabajo que venían rigiendo en la empresa antes de su adopción, sin perjuicio del derecho de los trabajadores reconocidos individualmente en el artículo 41 del ET en relación al artículo 138 de la LPL”.

2. La Sala de lo Social, con examen del recurso formulado por la empresa, señala que ésta ha procedido a modificar el sistema de turnos rotativos, pasando de tres turnos de mañana y dos de tarde a dos turnos iguales de mañana, dos turnos iguales de tarde y dos turnos iguales de noche, como lo que, mediante este nuevo sistema, si bien se respeta el descanso de tres días de media cada dos semanas, como viene establecido en el artículo 18.4 del Convenio Colectivo aplicable, cada seis semanas se disfruta de una hora y media menos de descanso en el día y medio de descanso correspondiente y no se descansa por todos los trabajadores todos los sábados con carácter fijo, como así se exige por el mencionado precepto; por lo tanto, la modificación del sistema de turnos afecta directamente al descanso legal obligatorio, así como que ello implica una variación en los horarios de trabajo, por lo que con la introducción de dicho nuevo sistema de turnos se están alterando los horarios de trabajo y los días de descanso que ya venían establecidos en la empresa para cada colectivo y turno de trabajo de acuerdo con los que figuran en el calendario laboral, como refiere el artículo 19 del Convenio Colectivo, y se incorporan al propio Convenio Colectivo y a la previa negociación, añadiendo, asimismo, que “cualquier modificación sobre el calendario y horario fuera de lo contemplado en el presente convenio, deberá ser previamente acordado con el Comité de Empresa”, o sea, que en estos casos se podrán alterar los horarios de trabajo y los días de descanso ya establecidos y aceptados por las partes para cada colectivo y turnos de trabajo, pero siempre con el previo acuerdo entre

Empresa y dicho Comité, lo cual no es más que la introducción del criterio dispuesto en el artículo 41.2, párrafo tercero, ET.

En lo que se refiere al recurso formalizado por la representación sindical, en cuanto que la modificación es nula, recoge la sentencia del TS de 14 de junio de 2006 (EDJ 2006/89423) la cual señala que “sólo está prevista la nulidad para aquellas decisiones empresariales sobre modificación de condiciones de trabajo que se adopten en fraude de Ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo en el último párrafo del artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, cuando se realicen sucesivamente las de carácter individual con el fin de eludir el procedimiento previsto para las de carácter colectivo. Pero es que, además, tal como dispone el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, la sentencia firme de conflicto colectivo produce el efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse y que versen sobre idéntico objeto; por ello, y no siendo parte en el procedimiento de conflicto colectivo los trabajadores individuales, no cabe que en dicho proceso se acuerden nulidades que afecten directamente a sus contratos, sin perjuicio de que estos trabajadores puedan utilizar la sentencia del conflicto para impugnar las modificaciones que les hayan perjudicado, si es que la empresa no accede a la regularización, máxime si el efecto perseguido en la presente litis se logra con la condena al empresario a que reponga a todos los afectados en sus anteriores condiciones de trabajo e incluso la demanda solicitaba, ya sea de forma subsidiaria, el reconocimiento como injustificada de la decisión empresarial”.

3. Por tanto la Sala de lo Social reitera el mandato de lo contenido en el artículo 41.2.III ET, en cuanto que “la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior”, entre los que se encuentran el horario de trabajo y el régimen de trabajo a turnos. Por tanto, no habiéndose producido tal acuerdo, la empresa sobrepasó las posibilidades de su poder de dirección, con lo que la modificación es injustificada y no nula pues no se llevó a cabo en fraude de ley y se cumplieron las formalidades legales.

B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Dificil situación de la empresa. Desestimación

STSJ de La Rioja de 22 de mayo 2009 (recurso de suplicación 1226/2009), I.L. J 1199.

1. La empresa ante la situación crítica del sector automovilístico procedió a llevar a efecto diversas medidas, en primer lugar, consultas con el comité de empresa sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo en cuanto a la retirada de prima por cantidad y calidad de trabajo, y, asimismo, instar ERE de suspensión de trabajo y de reducción de jornada. Ésta fue rechazada en un primer momento por la Autoridad Laboral y posteriormente ante el acuerdo con el Comité de Empresa fue estimada en los términos del acuerdo. La empresa asimismo procedió a notificar la supresión de la prima de rendimiento. El Comité de empresa instó demanda de conflicto colectivo en petición de la declaración de nulidad o improcedencia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo realizada

V. Dinámica de la Relación Laboral

por la empresa al imponer a los trabajadores un rendimiento normal en la actividad, con supresión de la prima de rendimiento, y, de modo subsidiario, la declaración del derecho de los trabajadores a percibir el incentivo correspondiente al 80 Bedaux.

2. El recurso, con carácter principal, se sustenta en que el ERE fue denegado en cuanto a la denegación de reducción de jornada y ante ello conformando el criterio del Juez de instancia la Sala sostiene que “mediante la expresión de que la modificación sustancial ‘iba ligada’ al expediente de regulación de empleo, ha de señalarse que la prueba documental que fundamenta el motivo, constituido por la resolución dictada en el ERE, no justifica la realidad de tal vinculación, pues en la misma no se hace mención alguna a la modificación sustancial de reducción de rendimiento que ahora se enjuicia, y no puede por tanto extraerse del contenido de dicha resolución la vinculación del expediente con la modificación sustancial que ahora se trata de introducir al relato de hechos de la sentencia”.

Asimismo y con carácter subsidiario, se vincula al incumpliendo de unos pactos en que se pagará a los trabajadores cuando no haya trabajo suficiente la prima de producción a razón del 80 Bedaux, y por ello en todo caso debe abonarse tal prima, lo que es rechazado desde un punto de vista formal por no citar precepto legal infringido y desde el punto de vista material, por cuanto “dicho acuerdo se ha de entender igualmente afectado por la modificación sustancial del régimen de actividad (la cual persistirá ‘por el tiempo en que las actuales circunstancias empresariales se mantengan’) en tanto que las condiciones de trabajo expresadas en el mismo, en cuanto acuerdo o pacto colectivo, pueden ser modificadas (artículo 41.2 ET) por el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (artículo 41.4 ET), que es el que ha seguido la empresa para realizar la modificación sustancial enjuiciada y que, en cuanto consiste en la implantación de un rendimiento normal, inferior al pactado de 80 puntos Bedaux, afecta clara y directamente, al referido acuerdo, dejándolo en suspenso mientras dure la actual situación, y ello aunque no se hubiera hecho expresa mención por la empresa de esa afectación pero que en todo caso era conocida por las partes en cuanto que fue cuestión expresamente planteada en las reuniones previas a la implantación de la modificación sustancial...”.

3. La Sala de lo Social del TSJ rechaza el recurso de suplicación, confirmado la sentencia de instancia, en esencia, por la no vinculación de la modificación sustancial colectiva y el ERE y por cuanto se justifica por la empresa las razones de producción que suponen modificación sustancial para que lleve a cabo la desaparición de la prima y, por último, la realidad de la modificación sustancial justificada, no sólo afecta a lo directamente vinculado, sino a los pactos anteriores, ello al margen de que implícita o explícitamente se contenga.

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

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de junio de 2009 (recurso de suplicación 1002/2009), I.L. J 1207.

1. Los demandantes venían prestando servicios para un hipermercado realizando funciones de vigilancia y en sus contratos tenían establecido cláusula de trabajo de lunes a do-

mingo realizando guardias en régimen de mañana, tarde y noche, así y para el supuesto de que abriese el centro en domingo se establecían unas compensaciones de descanso semanal en otro día. En el supuesto de trabajar en domingos percibían un plus de festividad y si era en horario nocturno un plus de nocturnidad. A uno de los demandantes en el año 2003 se le propone un horario único de lunes a viernes de 6 a 14,00 horas, dejando de percibir plus de festividad y nocturnidad al no prestar servicios en tal jornada de domingo. El otro de los demandantes impugnó la decisión en vía jurisdiccional y se declaró injustificada la modificación sustancial de condiciones de trabajo. No obstante, le propuso el mismo acuerdo que al otro demandante lo que se admitió por éste desde el año 2003. Éstos han continuado prestando servicios en la jornada de lunes a viernes y sin trabajar los domingos. Por la empresa se modificó el calendario para el 7 de agosto incluyendo los domingos. Los dos trabajadores impugnaron la decisión por vía del proceso ordinario lo que se estimó en parte y declarando injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en lo que se refiere a la omisión de la realización de la jornada de lunes a viernes y la inclusión de tres días festivos de trabajo, condenando a la empresa a reponer a los actores en su anterior condición.

2. La empresa recurre la sentencia estimatoria de la pretensión de los actores alegando en primer lugar la inadecuación de procedimiento a lo que la Sala rechaza la argumentación recordando la doctrina jurisprudencial en cuanto señala que la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de las condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible e identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y estará la acción sujeta a plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores. En caso contrario, la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o del conflicto colectivo si se ejercitara una acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad, de ahí que se rechace el motivo formal alegado (STS de 18 de septiembre de 2009). En el presente supuesto no se siguieron las formalidades del artículo 41 ET y por tal el procedimiento ordinario es el adecuado.

En cuanto al fondo de la litis la Sala, al examinar la cuestión alegada por la empresa de que no se trata de derechos adquiridos la jornada de los demandantes, destaca que “los hechos probados acreditan que la empresa programó la prestación de servicios de lunes a viernes durante dos años, habiendo excluido el trabajo en domingo y festivos, por lo que la incorporación del trabajo en festivos en el calendario laboral de 2006-2007 constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo”.

3. La Sala reitera la validez del proceso ordinario cuando la empresa no acude al procedimiento y forma del artículo 41 ET y respecto al fondo de la litis aunque no hace un estudio de la condición –jornada– incorporada a los contratos de trabajo lleva a la conclusión implícita de que el cambio de la jornada no integrando los domingos altera las condiciones pactadas en el primitivo contrato.

D) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Justificada. Cambio en el sistema retributivo (de destajo por el de rendimiento a prima)

STSJ de La Rioja de 4 de junio 2009 (recurso de suplicación 224/2009), I.L. J 1255.

1. La empresa después de negociar durante un mes con el comité de empresa llegó a un acuerdo con la mayoría de éste y notificando individualmente a los trabajadores la modificación sustancial al amparo del artículo 41 ET y por razones organizativas y productivas pasando a cobrar el salario conforme al Convenio General de la Industria Química y de conformidad con los acuerdos firmados con la representación de los trabajadores, “la empresa abonará mensualmente un plus de penosidad-toxicidad por día efectivamente trabajado que ascenderá a una cuantía equivalente al 10% del salario base de su categoría profesional. Asimismo, en el acuerdo se ha pactado un sistema de incentivos basado en productividad que le permitirá percibir un importe por incentivo de producción que podrá alcanzar hasta un 20% del salario base de su categoría profesional. Dicho incentivo de productividad podrá ser percibido por todos los trabajadores que superen la actividad normal (60 Bedaux) marcada en cada uno de los procesos. La empresa le informará de la actividad normal y óptima de cada proceso”. Fijándose como actividad óptima 80 Bedaux y el trabajador que alcance la actividad óptima percibirá un complemento del 20% del salario base. Sino se alcanza se percibirá el porcentaje. La sentencia de instancia desestimó la demanda.

2. Los recurrentes se basan en que la sentencia incurre en una incorrecta interpretación del artículo 41 ET y el Convenio Colectivo. La Sala confirmando los criterios de la sentencia de instancia señala que “el control jurisdiccional que ha de realizarse en la aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores ha de recaer sobre la veracidad de las causas que se alegan como fundamento de la modificación sustancial y si la medida propuesta se ajusta o no a los objetivos legales de la norma, es decir, si la adopción de las medidas propuestas contribuye, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, y si las mismas favorecen su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, pero sin que se pueda entrar a valorar si se podían haber tomado otras medidas distintas puesto que no corresponde a los tribunales suplantar al empresario en el ejercicio del poder de dirección, como así determina el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de enero de 2000 (RJ 200094) al expresar que corresponde al órgano judicial el control de la existencia, razonabilidad y proporcionalidad de la medida pero, ‘en términos, naturalmente, que no autorizan al Juzgado a sustituir al empresario en la adopción de las medidas que adopte con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa’”, y continúa que “la sentencia recurrida ha examinado si la medida adoptada por la empresa estaba justificada y contribuía, de un modo proporcional y razonable, a mejorar la situación de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos que favorecía la posición competitiva de la empresa en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, llegando a la conclusión de que así era por cuanto el nuevo sistema retributivo se adecuaba al previsto en el Convenio Colectivo y permitía un mejor control de la producción así como un mayor control y concreción previa del coste de producción, además de suponer una mejora en orden al control y a la obtención de calidad del producto”.

3. La Sala de lo Social, dando validez al acuerdo mayoritario con los representantes de los trabajadores, da valor a los criterios de la sentencia de instancia en cuanto que el cambio del sistema retributivo se ajusta a los objetivos legales de la norma y en nada aporta elementos probatorios el sindicato recurrente en cuanto que existan otras medidas menos perjudiciales para los trabajadores.

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

STS de 6 de octubre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3012/2008), I.L. J 1592.

1. En la empresa existía un pacto de empresa para la determinación de la prima de producción para los años 2005 a 2008, el cual sustituía a otro anterior. En éste en sus cláusulas se disponía que la empresa se comprometía a la “realización de un estudio y puesta en marcha de un análisis de la prima de producción para el primero de enero de 2007. Hasta ese momento se garantiza la prima de producción semifija en los términos que hoy se aplica”. Por la empresa se procedió a negociar un nuevo sistema de prima de producción, fijando ante la falta de acuerdo un sistema de primas de producción.

2. La sentencia de la Sala de lo Social del TS parte de que el Título III del ET, conocido como convenio estatutario no es en nuestro Derecho la única forma de regulación de las relaciones. “Se reconoce igualmente la eficacia de los pactos acordados entre empresa y representantes de los trabajadores que no cumplen los requisitos establecidos para los convenios estatutarios, habiendo acuerdo en estimar que la eficacia obligatoria de estos últimos, al igual que los contratos, deriva del reconocimiento de la eficacia de la voluntad plasmada en los artículos 1254 a 1259 del Código Civil”. Y así, “los convenios colectivos tienen eficacia general para todos los comprendidos en su campo de aplicación, hayan o no estado efectivamente representados en su negociación y acuerdo y sigue teniendo eficacia el contenido normativo una vez concluida la duración pactada (artículo 86.3 ET), mientras que los pactos extraestatutarios únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y carecen en general de efectos más allá de las fechas pactadas (Sentencias de 14 de diciembre de 1996, recurso 3063/1995, y 25 de enero de 1999, recurso 1584/1998)”. El legislador, señala, al regular el artículo 41.2 ET en la reforma introducida, que sólo integra la solución consensuada para las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III ET, mientras que la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el período de consultas que establece el artículo 41.4 ET. Por consiguiente, casa la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ recurrida.

3. La sentencia que se examina diferencia si la modificación sustancial colectiva es derivada del Convenio Colectivo o por el contrario, como es el caso, de pacto de empresa o convenio colectivo extraestatutario y ateniéndose al propio contenido del artículo 41.2

ET sólo los convenios colectivos estatutarios necesitan del acuerdo con los representantes de los trabajadores, mientras que los pactos de empresa pueden ser acordados con el solo período de consultas que establece el artículo 41.4 ET.

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

STS de 20 de octubre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2956/2008), I.L. J 1654.

1. En el presente supuesto la trabajadora que prestaba servicios que mediante contrato temporal había realizado durante el curso 2006-2007 determinada jornada semanal que fue rebajada para el año siguiente en el nuevo contrato (indefinido) suscrito, sin emplear la empresa los mecanismos del artículo 41 ET.

2. La sentencia señala recogiendo la doctrina unificada que el proceso especial regulado en el artículo 138 LPL “tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del ET”. De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto: apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales, “no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad”. Asimismo, que “la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad (...) aceptar la tesis de la recurrente, y considerar, en un supuesto como el presente en que están ausentes todos los requisitos de forma, que la acción ejercitada debe seguir los trámites del artículo 138 LPL y está afectada por la caducidad supondría: A) Utilizar indebidamente una modalidad procesal a la que sólo cabe acudir, dada su especificidad frente al proceso ordinario, cuando se impugne una auténtica modificación sustancial. B) Hacer una interpretación extensiva de un instituto tan severo como es el de la caducidad. Cuando es jurisprudencia, que esta Sala sentó ya en sus Sentencias de 27 de septiembre de 1984, 21 de abril de 1986, 22 de enero de 1987, 9 de febrero de 1988 y 24 de mayo de 1988, que la caducidad ‘como medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, impone la decadencia de determinados derechos o facultades

por el mero transcurso del tiempo, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que cierren la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo. Y esta orientación jurisprudencial ha de relacionarse, a su vez, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios de proporcionalidad que, en garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, han de aplicarse para valorar la trascendencia de los defectos procesales' (STS/IV de 27 de diciembre de 1999). C) Cercenar definitivamente el derecho del trabajador no sólo a acceder al proceso, sino posiblemente también, por razón de la perentoriedad del plazo, el de ejercitar la opción que le reconoce el artículo 40.3 del ET. Y D) Primar indebidamente una conducta patronal cuando menos irregular, y que podría incluso incurrir en fraude de ley, si es que la empresa adopta la modificación sin garantía alguna para los trabajadores, con la finalidad de enervar su derecho a reclamar frente a ella, por mor de una supuesta caducidad que sólo cabe esgrimir si previamente se cumple con las exigencias formales que impone el artículo 41". Por consiguiente casa la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ quien al no admitir el recurso de suplicación confirmaba la sentencia del Juzgado de lo Social quien acogía la excepción de caducidad.

3. La presente sentencia reitera la doctrina unificadora en cuanto sólo se seguirá en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por el proceso especial del artículo 138 LPL, cuando el empresario haya seguido los trámites previstos en el artículo 41 ET, en el caso contrario, el proceso es el ordinario y por tal sometido a los plazos de prescripción del artículo 59 ET y el acceso al recurso de suplicación.

5. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: Papel de la negociación colectiva. Cláusula de no competencia

STSJ de Galicia de 10 de julio de 2009 (recurso de suplicación 1888/2009), I.L. J 1356.

La STSJ de Galicia de 10 de julio de 2009, (I.L. J 1356,) analiza la cuestión litigiosa, empezando por recordar que la Jurisprudencia se ha pronunciado sobre el contenido y el alcance de la regulación por medio de convenio colectivo de trabajo del derecho a la excedencia voluntaria. Según resolución del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2002, se constata la "amplia habilitación legal para la regulación colectiva de la excedencia voluntaria por asuntos propios", pudiendo así las partes de la negociación colectiva establecer los requisitos que consideren oportunos, siempre dentro del respeto a las leyes a que están obligados los convenios colectivos, y siempre que no se trate de condiciones exorbitantes o desproporcionadas.

En este caso, lo que se plantea es la decisión de la empresa de dar por extinguida la relación laboral que la unía con el actor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22 de la norma convencional de aplicación ("el excedente voluntario perderá su derecho preferente al reingreso si durante su excedencia, prestase servicios por cuenta ajena en cualquier puesto de trabajo, dentro del territorio nacional, en empresas encuadradas en

V. Dinámica de la Relación Laboral

el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería”) y si la misma resulta o no ajustada a Derecho.

En definitiva lo que se plantea es si el convenio colectivo puede limitar (causalizándolo) el derecho al reingreso preferente del trabajador en excedencia que establece el artículo 46.5 ET.

Para la sentencia: “atendiendo a la literalidad de la norma convencional cuestionada en el recurso, este Tribunal llega a la conclusión de que la misma se mantiene dentro del respeto a las leyes, sin que pueda considerarse exorbitante o desproporcionado el requisito que condiciona (extinguendo el contrato) el reingreso del demandante, encontrando su razón de ser en el hecho de impedir que la experiencia o los conocimientos adquiridos por el trabajador excedente puedan aprovechar a la competencia durante dicha situación. Se trata, por lo demás, de un requisito que bebe precisamente de la fuente legal que habilita al convenio a regular las situaciones de excedencia no contempladas expresamente en el artículo 46 ET, por cuanto que en realidad lo que se establece en él es un pacto de no competencia (ex artículo 21.1 ET) durante el tiempo de suspensión del contrato, al impedir al trabajador trabajar para otros empresarios del mismo ámbito comercial (es el interés industrial o comercial del que habla el artículo 21.1 ET), lo que se justifica por el hecho (“compensación ... adecuada”) precisamente de permitir al trabajador acceder a la suspensión de su contrato de trabajo durante cierto tiempo”.

Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de julio de 2009, I.L. J 1411, analiza un supuesto en el que, solicitada la excedencia por un trabajador que presta sus servicios en una empresa contratada por un determinado Ayuntamiento para realizar trabajos de mantenimiento y jardinería, la empresa accede a dicha solicitud en los siguientes términos: “se le concede la excedencia voluntaria solicitada por un plazo de dos años a partir del próximo 28 de septiembre de 2006, cesando usted en la empresa el 27 de septiembre de 2006”, añadiéndose que “no obstante lo anterior, le recordamos que durante el período de excedencia, no podrá usted prestar sus servicios en otra empresa que se dedique a la misma actividad que la de esta patronal, ya que, si así lo hiciera, perdería automáticamente su derecho de reingreso”.

Desde el día siguiente al inicio del período de excedencia voluntaria y hasta diciembre de 2008, el actor pasó a prestar servicios por cuenta y orden de otra empresa dedicada primordialmente al ámbito de la obra civil, si bien también presta algunos servicios en el campo del medio ambiente, circunstancia que era conocida por su empresa.

El Ayuntamiento procedió a adjudicar a una nueva empresa el servicio de mantenimiento y jardinería, con la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de la anterior adjudicataria, si bien en la lista de trabajadores entregada no figuraba el trabajador.

El trabajador solicitó la prórroga de la excedencia, siendo remitido por la empresa a la nueva adjudicataria.

Solicitada la reincorporación se alega que el actor carece del derecho al reingreso al haber incumplido con la obligación impuesta en la comunicación de concesión de no laborar en otra empresa que se dedique a la misma actividad que la patronal en la que causa excedencia.

Según la sentencia:

“El problema de las excedencias es que las mismas no suponen *ex lege* un supuesto de suspensión de la relación laboral, pues los mismos se regulan en el artículo 45 del ET, pero tampoco puede considerarse un supuesto de extinción, hablándose por la doctrina de un supuesto de relación latente o similar, pero es lo cierto que existe un lazo que justifica el que la empresa pueda poner ciertos condicionantes.

Si la empresa puede tener interés en que el excedente no entre en conflicto laboral con su empresa, es evidente que podrá establecer condicionantes como el que nos ocupa, pero ello será una facultad de alguna manera disciplinaria, que no podrá actuarse mediante un despido, pero que habrá de actuarse comunicando al trabajador la pérdida del derecho al reingreso por dicha circunstancia o denegando el reingreso por dicha causa cuando se solicita”.

En el caso que nos ocupa, la empresa recurrente conocía que el actor trabajaba en una empresa que tenía actividades coincidentes con las de la recurrente. En dicha situación, cuando el actor solicita la prórroga, la empresa no deniega el derecho al reingreso sino que remite al actor a la nueva adjudicataria. Es decir, la recurrente no ejercita lo que sería una facultad disciplinaria en momento oportuno, sino que considera la relación laboral viva, no siendo lícito que posteriormente alegue para desestimar la reincorporación un motivo distinto.

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (COORDINADORA)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

MARTA CIMAS SOTO

MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**Sumario***

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan.**

4. Extinción del contrato por causas objetivas. A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido.

6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo.

b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 9 a 12 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

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

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

Son numerosas las sentencias relativas a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador [artículo 50 ET]. En este sentido, la **STSJ de Extremadura de 23 de junio de 2009** (recurso 262/2009), I.L. J 1260, la **STSJ de Baleares de 9 de junio de 2009** (recurso 247/2009), I.L. J 1250, la **STSJ de Navarra de 22 de julio de 2009** (recurso 193/2009), I.L. J 1382 y la **STSJ de Murcia de 28 de julio de 2009** (recurso 696/2009), I.L. J 1375, analizan los requisitos necesarios para la existencia de una dimisión voluntaria de un trabajador, y desestiman esta última en un supuesto en que el empleado no expresa su voluntad clara, concreta y firme, etc., reveladora de tal propósito.

Las Salas argumentan:

“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 producirse desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo. Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción”.

Asimismo, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de septiembre de 2009** (recurso 516/2009), I.L. J 1470, niegan que exista dimisión de sendos trabajadores ante dos casos de falta de abono del subsidio por incapacidad temporal durante un largo período. Las Salas argumentan que el incumplimiento no es de tal gravedad como para extinguir la relación laboral.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque:

“Se había venido pagando puntualmente todas las mensualidades desde el inicio de esta situación, y pagó también aún con retraso, los meses de noviembre y diciembre, y sobre todo, que aquella irregularidad obedece al hecho de que había fallecido el socio mayoritario que dirigía la empresa en una situación de falta de liquidez de la misma, de forma que hasta que no se produjo la aceptación de la herencia por parte de los herederos no pudieron éstos conseguir los créditos necesarios para hacer frente a los pagos pendientes. Hecho que no es lo suficientemente grave como para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de septiembre de 2009 (recurso 1279/2009), I.L. J 1468, versa sobre un supuesto de extinción de contrato de trabajo por voluntad de un trabajador con categoría profesional de Jefe de sección de la empresa. El empleado alega ser objeto de *mobbing* al venir realizando un horario de trabajo superior al ordinario, encomendándosele, además, la realización de un curso de formación y tras haber mantenido una conversación irrespetuosa con su superior. La Sala deniega la calificación de despido.

La sentencia, en su FJ 2º argumenta:

“El que la empresa demandada tenga una política de personal con los jefes de sección en el que la flexibilidad de horario se vuelve una espada de Damocles contra el trabajador, si bien autoriza a efectuar las protestas oportunas en la medida en que el horario efectivamente realizado excede de los mínimos o máximos legales, ello no puede implicar que exista un incumplimiento grave susceptible de motivar la extinción de la relación laboral por el citado artículo 50 ET. En este supuesto estamos ante una movilidad funcional que no ha conllevado (al menos al momento de ejercitar la acción) un cambio de condiciones de trabajo que altere lo antes obtenido por la vía de la concertación entre las partes, pues no puede hablarse de un traslado forzoso a la necesidad de realizar un curso de formación, aunque sea fuera de su localidad de origen y de trabajo, salvo que se acreditara una evidente mala fe en su ubicación, lo que no consta; tampoco puede estimarse que una conversación fuera de tono e irrespetuosa, como lo fue la realizada, suponga la manifestación de una situación de acoso moral, pues consta su condición de extraordinaria y puntual, lo que no puede incluirse dentro del concepto doctrinal de *mobbing* a que antes se ha hecho mención. Por ello y con independencia de las posibles acciones que pueda conservar el actor en el ejercicio de sus derechos laborales, al igual que el resto de sus compañeros afectados por similar problemática, no puede considerarse que exista una especial situación de discriminación o afectación especial del actor, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de la instancia”.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Las SSTSJ de La Rioja de 2 y 24 de septiembre de 2009 (recursos 235/2009 y 2372009), I.L. J 1613 y 1614, respectivamente, fallan la procedencia de la extinción de los contratos

de trabajo de los trabajadores demandantes basadas en la disminución importante de la jornada por absentismo laboral que impide el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, las Salas razonan:

“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”.

En sentido análogo, la **STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009** (recurso 1260/2009), I.L. J 1386, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en la transgresión de la buena fe contractual.

Para la Sala, dicha actuación, determina la procedencia del despido disciplinario efectuado:

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, (...) b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

La **STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2009** (recurso 874/2009), I.L. J 1160, y la **STSJ de Asturias de 5 de junio de 2009** (recurso 844/ 2009), I.L. J 1244, declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios, basados en la desobediencia a una orden de la empresa.

Las Salas exponen 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 Sentencias de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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”.

La STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2009 (recurso 7903/2009), I.L. J 1388, estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, en el supuesto en que él realiza una ofensa verbal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección”.

Finalmente, la STSJ de La Rioja de 4 de junio de 2009 (recurso 184/2009), I.L. J 1254, y la STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009 (recurso 1335/2009), I.L. J 1384, estiman la improcedencia del despido efectuado a dos trabajadores, en un supuesto de faltas reiteradas justificadas. Las Salas argumentan, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido. En idéntico sentido falla la STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2009 (recurso 342/2009), I.L. J 1148, al desestimar la procedencia del despido efectuado a un trabajador debido a una agresión física no acreditada.

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 Extremadura de 16 de junio de 2009 (recurso 254/2009), I.L. J 1259. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante fundada en causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la pérdida de los cuatro clientes que la empresa tenía en la provincia, la disminución importante de la facturación, el 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 2º, 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”.

Finalmente, la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de junio de 2009 (recurso 400/2009), I.L. J 1228, la STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2009 (recurso 402/2009), I.L. J 1168, la STSJ de Madrid de 7 de julio de 2009 (recurso 2040/2009), I.L. J 1372, la STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009 (recurso 1272/2009), I.L. J 1385 y la STSJ de Navarra de 20 de julio de 2009 (recurso 202/2009), I.L. J 1378, juzgan procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, organizativas o de producción, concurrentes en un centro de trabajo.

Las Salas fundan su fallo en que

“Ninguna duda cabe que la redacción dada al citado precepto [artículo 52.c) ET] a raíz de su modificación por el RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo, posteriormente convertido en Ley 63/1997, amplía considerablemente las posibilidades del empresario para acogerse a este privilegiado método de resolución de los contratos de trabajo, porque ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa, como anteriormente se exigía, y basta que se pruebe la concurrencia de dificultades que inciden en el buen funcionamiento de la misma. La cuestión que se suscita, en segundo término, es si la necesidad de amortizar un puesto de trabajo es una circunstancia a valorar exclusivamente en relación con el centro de trabajo o la unidad productiva afectados por la medida o, por tener superior dimensión conceptual, habría de ponderarse en todo el ámbito de la empresa (...) A la vista de la unificación de doctrina, plasmada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002, en las que tras distinguir entre causas económicas y las organizativas y productivas, señalan que cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta. El remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio”.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La STSJ de Cantabria de 8 de julio de 2009 (recurso 593/2009), I.L. J 1406, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido. A tal respecto, la Sala desestima la excepción de caducidad de la acción en el cómputo del plazo fallando: “Alegada por primera vez en el recurso de suplicación, no puede ser estimada por falta de constancia de los datos necesarios en los hechos probados”.

Asimismo, la STS de 17 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4089/2008), I.L. J 1325, desestima la excepción de caducidad ante un supuesto de defectuosa notificación de la resolución de la reclamación previa, que indujo a error al trabajador. “Error en la fijación del plazo en la resolución administrativa. El error de la Administración no puede perjudicar al actor, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 193 y 194/1992 y 214/2002)”.

La Sala fundamenta su fallo en los siguientes términos: La doctrina unificada ha dado respuesta a cuestiones como la que se plantea en este procedimiento y así se advierte en la sentencia de contraste, que, refiriéndose a la doctrina constitucional, Sentencias del Alto Tribunal 193 y 194/1992 y 214/2002, han establecido, recuerda, “que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Así estas sentencias señalan que, aunque “los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario”, también “lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración –hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas”, “cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social”. Por otra parte, se afirma que “la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable”. Por ello, “no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987)”. Por el contrario, “resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo –hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación,

aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado”.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Las SSTSJ de La Rioja de 2 y 24 de septiembre de 2009 (recursos 235/2009 y 2372009), I.L. J 1613 y 1614, respectivamente, revocan las sentencias de instancia, que declararon la improcedencia de la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores demandantes basadas en la disminución importante de la jornada por absentismo laboral que impide el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, las Salas razonan:

“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”.

En sentido análogo, la STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009 (recurso 1260/2009), I.L. J 1386, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en no tener preparada la contabilidad de la empresa al día, ocasionando descubiertos bancarios para la empresa, incurriendo en transgresión de la buena fe contractual.

Para la Sala, dicha actuación, determina la procedencia del despido disciplinario efectuado:

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, (...) b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

La STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2009 (recurso 874/2009), I.L. J 1160 y la STSJ de Asturias de 5 de junio de 2009 (recurso 844/ 2009), I.L. J 1244, declaran la proce-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

dencia de sendos despidos disciplinarios, basados en la desobediencia a una orden de la empresa, de dos trabajadores que, pese a tener pactado verbalmente con la empresa que deben realizar un servicio de guardia (de turno rotatorio semanal) fuera de las horas ordinarias de la jornada laboral y durante los fines de semana, se negaron a llevarlo a cabo.

Las Salas exponen 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 Sentencias 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”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2009 (recurso 7903/2009), I.L. J 1388, estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, en el supuesto en que él realiza una ofensa verbal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección”.

Asimismo, la STS de 14 de octubre de 2009, Sala Cuarta, (recurso de casación para la unificación de doctrina 3505/2008), I.L. J 1650, 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.

Razonan los Tribunales:

“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; 2 de junio de 1986, y 9 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 –recurso para la unificación de doctrina 4180/1992–). 3. Algunos años más tarde la inicial formulación constitucional se incorporó al Texto Refundido del ET [RD Legislativo 1/1995, de 24/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 6º; y 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). 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 6º; en términos parecidos, la 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3º)”.

Asimismo, la STSJ de La Rioja de 4 de junio de 2009 (recurso 184/2009), I.L. J 1254, y la STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009 (recurso 1335/2009), I.L. J 1384, estiman la improcedencia del despido efectuado a dos trabajadores, en un supuesto de faltas reiteradas justificadas. Las Salas argumentan, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido. “La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección”. En

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

idéntico sentido falla la STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2009 (recurso 342/2009), I.L. J 1148, al desestimar la procedencia del despido efectuado a un trabajador debido a una agresión física no acreditada.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STSJ de Baleares de 30 de junio de 2009 (recurso 300/2009), I.L. J 1249, 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”.

En sentido análogo, la STSJ de Asturias de 16 de octubre de 2009 (recurso 2050/2009), I.L. J 1661, falla a favor de la inexistencia de nulidad de un despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación.

La Sala argumenta:

“(…) habiendo sido iniciado expediente de invalidez permanente, el cual había manifestado a sus compañeros de lista y a algún encargado de la empresa que iba a dejar su cargo, no habiendo comunicado en ningún momento dicha circunstancia a la empresa demandada; por lo tanto si toda argumentación respecto al despido nulo que hace el recurrente está orientada a que la empresa conocía que el candidato elegido iba a renunciar a su cargo y que éste le iba a sustituir, habiendo quedado suficientemente acreditado que la empresa no conocía esta circunstancia, no concurre el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de la discriminación alegada, es por ello por lo que el motivo ha de ser desestimado”.

Por el contrario, la **STSJ de Cantabria de 7 de mayo de 2009** (recurso 273/2009), I.L. J 1146, estima la nulidad del despido efectuado a dos trabajadoras, en represalias contra su actividad sindical. 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 Aragón de 10 de julio de 2009** (recurso 495/2009), I.L. J 1393, 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”.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla), de 21 de julio de 2009** (recurso 47/2009), I.L. J 1447 haciéndose eco de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, en recientes sentencias, determina la nulidad objetiva y directa de los despidos efectuados a sendas trabajadoras embarazadas, a pesar de que su estado de gestación era desconocido por la empresa.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Las Salas fundamentan 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, recursos 387/2005 y 1452/2005, reiteradas por la de 24 de julio de 2007, recurso 2520/2006. Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en sentencia de 17 de octubre de 2008 (recurso 1957/2007), en la cual se señala: “Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en Sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el 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 que se haga por dicho Tribunal”.

De otro lado, la **STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2009** (recurso 2531/2009), I.L. J 1667, 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 trasgresión de la buena fe contractual.

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Contenido y alcance. a) Libertad sindical, igualdad y mayor representatividad. b) Acumulación del crédito horario para la total liberación del secretario de la sección sindical. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Represalias contra la actividad sindical. b) Despido nulo. Intimidación efectuada por un grupo a compañero no huelguista. C) Negociación Colectiva. a) Injerencia de la representación unitaria en la comisión negociadora del convenio al objeto de reducir la presencia en ella de una sección sindical. Vulneración del derecho a la libertad sindical. b) Requisitos para que una sección sindical tenga derecho a participar en la comisión paritaria del convenio. **2. Representación unitaria.** A) Vulneración del derecho. Desestimación. Traslado de delegado de personal. **3 Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: elementos necesarios. B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial. C) El proceso de conflicto colectivo: legitimación.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2009 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Libertad sindical, igualdad y mayor representatividad

El pluralismo sindical permite la existencia de organizaciones sindicales diversas, de desigual entidad representativa y, por tanto, desiguales en el plano jurídico. El Tribunal Constitucional ha establecido que “la existencia de un sistema de pluralismo sindical que tiene su origen en la libertad sindical del artículo 28 CE y responde en su concreta configuración a un proceso electoral de tipo proporcional, trae consigo la existencia de una multiplicidad de centrales sindicales y plantea el problema de determinar a cuáles de éstas ha

de corresponder la representación de los intereses de los trabajadores, que sería notablemente mermada en su eficacia si se atribuyera por igual a todos los sindicatos existentes”, por lo que “para hacer frente a este problema, el ordenamiento jurídico utiliza el criterio de la mayor representatividad para reconocer a las centrales que la ostenten el derecho a defender los derechos de los trabajadores en la negociación colectiva o ante organismos de la Administración” (STC 65/1982).

Así, la mayor representatividad otorga una “singular posición jurídica” (artículo 6.1 LOLS), distinguiéndose dos clases diferentes: la mayor representatividad a nivel estatal [artículo 6.2.a) LOLS] y la mayor representatividad a nivel de Comunidad Autónoma (artículo 7.1 LOLS). Ahora bien, la pregunta es inmediata, ¿ostentan la misma singularidad jurídica los sindicatos más representativos a nivel de Estado y a nivel de Comunidad Autónoma?

Precisamente la respuesta a esta pregunta da pie a la resolución del caso a que se refiere la **STS de 21 de julio de 2009**, I.L. J 1310. En el marco de un conflicto resuelto por otras sentencias, el caso gira en torno a la impugnación de una serie de preceptos de un convenio colectivo por entender el sindicato recurrente que le otorgan un trato discriminatorio al establecer derechos y garantías diferentes, no justificadas, para los sindicatos más representativos a nivel estatal, respecto de su caso, sindicato más representativo autonómico.

Sin embargo, la Sala se aparta de tal planteamiento y señala que para resolver los problemas de legalidad del convenio “no ha de acudirse al criterio de legalidad extraído de los artículos 6 y 7 LOLS, sino que ha de tenerse en cuenta que se trata de la representatividad medida en una empresa como ADIF, con actividad en casi la totalidad del territorio del Estado (Comité General), y la misma sólo se mide por el número de representantes que se hayan obtenido en las elecciones celebradas en la propia empresa”.

De esta forma, con cita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, toma el concepto de mayor representatividad para afirmar que la proyección de la igualdad en la libertad sindical no impide la existencia de tratos desiguales entre sindicatos, cuando éstos estén basados precisamente en el criterio de “mayor representatividad” y siempre que cumpla con el principio de proporcionalidad. “El concepto de mayor representatividad es, por tanto, un criterio objetivo y, por ello, constitucionalmente válido. Ahora bien, ello no significa que cualquier regulación apoyada por el mismo hay de reputarse constitucionalmente legítima (SSTC 9/1986 y 7/1990), pues ha de reunir, además, los restantes requisitos exigibles y, singularmente, el de proporcionalidad”. De ahí que rechace los argumentos del sindicato recurrente y desestime el recurso de casación planteado.

b) Acumulación del crédito horario para la total liberación del secretario de la sección sindical

Resulta de sobra conocida la teoría del Tribunal Constitucional que, sobre la libertad sindical, distingue entre su contenido esencial, mínimo e indisponible, y el adicional, de configuración legal o convencional y cuya trasgresión también supone una vulneración de la libertad sindical (STC 39/1986, por citar un ejemplo).

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Dentro de este contenido adicional se encontraría la facultad de acumulación del crédito horario a que se refiere el artículo 68.1.e) ET. Ahora bien, como ha advertido el TC “el derecho de libertad sindical consagrado constitucionalmente incluye el reconocimiento de una serie de garantías y facilidades para el eficaz ejercicio de sus funciones por parte de los representantes sindicales en la empresa entre los que figuran los derechos de acción sindical establecidos en los artículos 9 y 10 LOLS (SSTC 40/1985, 95/1996 y 64/1999) y, sin duda, el derecho a un crédito de horas retribuido para el ejercicio de sus funciones de presentación proclamado en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores”, lo que implica que, cuando este derecho se refiere a los representantes unitarios de los trabajadores, no se integra en el fundamental de la libertad sindical.

Sobre esta precisa cuestión gira la **STJS de Galicia de 6 de julio de 2009**, I.L. J 1353. Se trata de un supuesto en el que la central sindical pretende la acumulación del crédito horario de los representantes de los trabajadores y hasta el límite de la total liberación en el secretario de la Sección Sindical. Así, sobre la base de la anterior doctrina, la Sala viene a señalar que la pretensión “sí queda amparada dentro del contenido de la libertad sindical (...) con independencia de que prospere o no, pero en cambio no queda aparada dentro del mismo la pretensión de concentrar en una bolsa mensual las horas sobrantes, para el resto de delegados de personal, pues no consta en la comunicación presentada que los mismos ostenten la condición de delegados sindicales”.

De esta forma, delimitado el derecho reconocido en el artículo 28 CE, el Tribunal procede a declarar como vulneradora de tal derecho la conducta de la empresa consistente en la denegación de la acumulación en tanto que no se probaron los perjuicios y la imposibilidad fáctica de la sustitución a que se refiere el artículo 179 LPL, por lo que no sólo estima el recurso sino que resarce los daños y perjuicios ocasionados.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Represalias contra la actividad sindical

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela de los derechos fundamentales, en general, y del derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE), en particular, exige, en lo que a la carga de la prueba se refiere (artículos 96 y 179.2 LPL), por una parte, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial que se enjuicia lesiona tal derecho fundamental, poniéndose así de manifiesto un motivo oculto que suscitó que se tomara aquél; por otra parte, una vez cubierto el anterior inexcusable requisito, entonces se hace recaer sobre la parte demandada la carga de probar la razonabilidad y legalidad de su actuación. En relación con esto último, el Alto Tribunal ha puesto de manifiesto que “se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales que debe llevar al juzgador a la convicción de que han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales” (STC 38/1981).

Precisamente sobre la base de este canon de enjuiciamiento, resuelve la **STSJ de Cantabria de 7 de mayo de 2009**, I.L. J 1146, el conflicto que se le suscita, corroborando la nulidad

del despido calificada en instancia. Así, por lo que hace a la primera parte, la Sala entiende que constituyen indicios suficientes la integración de las trabajadoras en la candidatura de un sindicato a las elecciones de representantes de los trabajadores y la participación activa en el proceso, en este caso, mediante la recogida de firmas para tal candidatura. Cumplido este requisito, se “activa” la inversión de la carga probatoria, correspondiendo al empresario demostrar que el acto impugnado, en el presente caso el despido de dos trabajadoras, tiene una justificación objetiva y razonable. Puesto que el argumento esgrimido por la empresa fue la terminación de los trabajos para los que fueron contratadas, pero no se demostró ni un aumento de las plazas necesarias en el momento de la contratación, ni una disminución en el momento del cese; la alegación no logra demostrar la razonabilidad y objetividad exigida, por lo que deviene vulneradora del derecho a la libertad sindical y, de ahí, la ratificación de la nulidad del despido.

b) Despido nulo. Intimidación efectuada por un grupo a compañero no huelguista

En el marco de una huelga, un grupo de trabajadores que formaban parte de un piquete informativo a la entrada de la empresa tuvieron una discusión con un trabajador no huelguista, humillándole al pasarle durante unos momentos, alrededor del cuerpo, y de ellos mismos, una cuerda estrecha; poco después los mismos trabajadores se untaron con grasa sus ropas de trabajo y al querer entrar otros trabajadores no huelguistas al centro resultaron manchados. Por tales motivos, dos de los trabajadores implicados fueron despedidos: uno, miembro del Comité de Empresa y, el otro, afiliado sindical y significado activista en el conflicto que originó la huelga. Las razones que justificaron el despido disciplinario fueron precisamente las conductas descritas con anterioridad.

La STSJ de Galicia 29 de junio de 2009, I.L. J 1666, analiza si los anteriores despidos fueron en realidad discriminatorios por razones sindicales. Para sopesar todos los factores en juego, se valora, por un lado, si hay un panorama de indicios de discriminación que sea suficiente y que esté conectado con el hecho sindical y, de otra parte, se debe aplicar la doctrina judicial dictada en materia de participación de los trabajadores en los piquetes de huelga. Por lo que se refiere al primer elemento de análisis, el Tribunal alcanza la conclusión de que sí existen los indicios que ponen de manifiesto la existencia de una conducta antisindical porque uno de los trabajadores despedidos se había presentado como candidato en una lista sindical aunque no resultara elegido, si bien se hallaba en los puestos de reserva y además se había significado en la empresa por actitudes reivindicativas sindicales o de discrepancias, especialmente en el momento actual en el que se estaba negociando el nuevo Convenio Colectivo. Frente a este panorama discriminatorio, le corresponde a la empresa aportar datos y razones objetivas que eliminen esta sospecha.

En segundo lugar, el Tribunal tiene en cuenta la doctrina penal del Tribunal Constitucional (SSTC 332/94 y 333/94, entre otras), según la cual, la imposición de una pena por participar en los piquetes violentos o coactivos debe tener lugar tras una individualización adecuada de los actos ilícitos y no mediante la imputación colectiva a un grupo de determinados actos penalmente reprochables, para condenar a cualquiera de ellos. En el caso concreto, las acciones descritas no se hallan singularizadas o individualizadas de modo

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

que las acciones se dicen cometidas por el grupo formado por el trabajador despedido y otros muchos o el trabajador despedido y otros ocho o diez más sin que destaque el trabajador despedido de entre los demás en cuanto a una mayor gravedad o intensidad en la acción ejercitada. Se concluye por el magistrado que si la misma conducta y en la misma intensidad ha sido cometida por un conjunto de personas y la empresa conocía la identidad de todos ellos, la elección del trabajador despedido y otro más de entre todos ellos sin que los demás sean sancionados determina que el motivo jurídico esencial del cese no está en su conducta individual sino en su actuación general previa de acción sindical frente a situaciones laborales anteriores y en el propio conflicto existente. En definitiva, se aprecia la existencia de una conducta antisindical, máxime cuando no se han demostrado los motivos o justificaciones de ese trato dispar.

C) Negociación Colectiva

a) Injerencia de la representación unitaria en la comisión negociadora del convenio al objeto de reducir la presencia en ella de una sección sindical. Vulneración del derecho a la libertad sindical

El artículo 81.7 ET legitima para negociar convenios colectivos de ámbito empresarial, tanto a la representación unitaria como a la representación sindical; representación que, como sabemos, tiene reconocido el derecho a la negociación colectiva en los términos establecidos en el artículo 8.2 LOLS. El legislador parte así de una legitimación dual para intervenir en la negociación de convenios de empresa y de tal regulación cabe extraer las siguientes conclusiones: a) que esta legitimación unitaria y sindical no es acumulativa, sino alternativa y excluyente. En consecuencia, no es posible la negociación de un convenio de empresa por las dos representaciones al mismo tiempo. b) La representación sindical únicamente puede negociar a través de sus órganos internos, esto es, a través de sus secciones sindicales. El comité intercentros no puede representar a las secciones sindicales ni a sus sindicatos, ni éstos pueden negociar a través del aquél. Y c) Cuando es la empresa la que promueve la negociación puede optar libremente entre llevarla a cabo con la representación unitaria o con la sindical.

Ahora bien, promovida la negociación del convenio por parte de la empresa y habiendo optado por hacerlo con las secciones sindicales, la posterior injerencia del Comité Intercentros en la negociación puede suponer lesión del derecho a la libertad sindical. Es esto precisamente lo que ocurre en la **STS de 8 de octubre de 2009**, I.L. J 1528, en la que la intervención del comité intercentros en la negociación del convenio reducía la presencia de CCOO y UGT en el seno de la comisión negociadora, de manera que la empresa podía cerrar el acuerdo con FETICO y USO.

b) Requisitos para que una sección sindical tenga derecho a participar en la comisión paritaria del convenio

Como sabemos, todo sindicato que tenga legitimación para negociar un convenio colectivo, tiene legitimación igualmente para participar en cualquiera de las comisiones de carácter negociador creadas por el propio convenio, aun cuando no hubiese participado en su gestación. Para determinar si el sindicato ostenta o no la condición de más represen-

tativo a este respecto, el Tribunal Supremo toma como referencia los resultados electorales en la fecha en la que se suscribe y se negocia el convenio y queda constituida, por tanto, la comisión paritaria.

En aplicación de lo anterior, la **STS de 14 de julio de 2009**, I.L. J 1419, considera que no se ha lesionado la libertad sindical del sindicato STAS-CLM por parte de la empresa al haber impedido su participación en la comisión paritaria del convenio colectivo, por cuanto éste no ostentaba la condición de más representativo a nivel autonómico en la fecha de la constitución de la comisión paritaria. A ello hay que añadir que no consta que, una vez que el sindicato obtuvo un porcentaje de representación superior al 10% dentro del ámbito de la empresa, se haya celebrado ninguna reunión de la comisión.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Vulneración del derecho. Desestimación. Traslado de delegado de personal

La decisión de un traslado colectivo puede afectar a la labor representativa realizada por un delegado de personal elegido por todos los trabajadores adscritos a un determinado centro de trabajo. Con esta premisa, en la **STSJ de Murcia de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1274, se dirime un recurso planteado por la Federación Agroalimentaria del Sindicato CCOO de la Región de Murcia contra la empresa Cultivos de Águilas SA en el que se solicita que se declare el derecho de los delegados de personal a permanecer adscritos al centro de trabajo por el cual fueron elegidos. El Tribunal no acoge esta pretensión al quedar acreditado por la empresa las razones organizativas que justifican tal decisión y al recordar que es reiterada la jurisprudencia que señala que “el traslado del centro de trabajo, por sí mismo, no supone la finalización del mandato de representación, de modo que el trabajador afectado por el traslado mantiene su condición de representante de los trabajadores”, siendo de destacar que el artículo 68.b) ET establece la prioridad para la permanencia, o en caso de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, sin establecer similar preferencia en caso de traslado. Por ello, y a pesar de que el ejercicio de las funciones de representación puede verse afectado o dificultado por la menor presencia en el centro de trabajo, la Sala entiende que esta mayor dificultad “no vicia ni afecta a la legalidad de la decisión colectiva de traslado”.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: elementos necesarios

La impugnación de una decisión empresarial que afecta a una pluralidad homogénea de trabajadores con un interés general determina situación de conflicto colectivo, por cuanto las modificaciones técnicas que la empresa incorpora afecta a un grupo indiferenciado con idéntica categoría profesional que además solicita un plus salarial en términos de reequilibrio económico. La base fáctica de la causa viene dada por la implantación que hace

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la empresa concesionaria del servicio de limpieza del Ayuntamiento de Santander de unos dispositivos electrónicos en determinados vehículos resultando afectados los conductores de camiones de carga lateral y de máquinas barredoras con alteración de las condiciones en que su tarea se venía realizando. Éste es el objeto del motivo de suplicación que analiza la STSJ de Cantabria de 5 de octubre de 2009, I.L. J 1636, y que confirma en este extremo la dictada en instancia por considerar ajustada a la doctrina del Tribunal Supremo la pretensión actora seguida por el cauce del artículo 151 de la Ley adjetiva laboral.

En particular, toma por fundamento dicho criterio el requisito finalista de la acción ejercitada por el sindicato reclamante, según el cual, el conflicto colectivo presupone la controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica ... en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación del orden jurídico preestablecido, aspecto clave que no concurre en el presente caso y que impediría al juez toda suerte de pronunciamiento al suplantar la actividad negociadora de las partes. Además resulta cuestión idónea para ser objeto de conflicto colectivo al reunir los dos elementos requeridos para ello: de un lado, la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores; y, de otro, la presencia de un interés general indivisible y no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, circunstancia esta no incompatible con el interés individualizado siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o la aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1992 (RJ 1992/4503).

En relación con la determinación de los elementos que son necesarios para que concurra un conflicto colectivo, el Tribunal Supremo en su STS de 14 de julio de 2009, I.L. J 1341, tiene que resolver el recurso de casación sobre confección de calendarios y turnos de trabajo. El TS trae a colación su jurisprudencia sobre elementos necesarios para que concurra un conflicto colectivo. Así, establece que es necesario: 1) la existencia de un conflicto actual; 2) su carácter jurídico, y 3) su índole colectiva entendiendo por tal, no la mera pluralidad de trabajadores singularmente considerados sino un conjunto dotado de homogeneidad que representa un interés general. En este sentido, el TS analiza el supuesto y llega a la conclusión de que no existe una verdadera y real controversia entre la organización empresarial y los sindicatos demandados ya que la primera pretendía una declaración abstracta sobre determinadas situaciones que podría plantearse en el futuro. Por tanto, faltan los presupuestos de existencia de un conflicto actual, confirmando, por ello, la sentencia recurrida.

B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial

El supuesto que analiza la STS de 24 de septiembre de 2009, I.L. J 1438, encuentra origen en la demanda formulada por la Asociación Sindical Independiente de la Energía al objeto de declarar la nulidad del llamado “compromiso de disponibilidad” aplicado a los trabajadores procedentes de la empresa canaria de electricidad, absorbida por el grupo Endesa, que implicaba una especial dedicación y la eventual realización de trabajos extraordinarios a cambio de una contraprestación mensual y al margen de que éstos se realizasen.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife rechaza las excepciones de incompetencia territorial, inadecuación de procedimiento y falta de legitimación pasiva, entre otras, opuestas por las codemandadas y estima la demanda. En casación, la Sala estima que la circunstancia determinante de la competencia territorial viene dada por el ámbito real de extensión de efectos del conflicto planteado, en aplicación de los artículos 6, 7 y 8 LPL, y no por el mayor o menor número de centros de trabajo repartidos por la geografía nacional.

Al quedar delimitado el conflicto a esa solicitud y afectar sólo a los trabajadores procedentes de la empresa absorbida es claro que aquel “sólo puede extender sus efectos sobre el territorio de dicha Comunidad Autónoma en que están ubicados los centros de trabajo que en la actualidad ocupan a los trabajadores afectados”; y ello sin perjuicio –añade– de considerar su extensión a trabajadores desplazados a otros centros fuera del referido marco geográfico; pero tal circunstancia, que pudiera haber sido clave al valorarse la excepción estudiada, no ha sido en absoluto probada por la empresa que bien pudo acreditar este hecho a lo largo del proceso sin constancia de haberlo intentado en ningún momento.

Aprovecha la sentencia para fijar su doctrina a propósito de lo que debe entenderse como “afectación general” a que se refiere el artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral cuando el conflicto alcanza a un grupo genérico de trabajadores en su doble aspecto subjetivo (no mera pluralidad de trabajadores sino conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad) y objetivo (el interés general concurrente ha de ser indivisible no fraccionable entre sus miembros), determinando en aplicación de ésta que no hay conflicto colectivo porque, aunque afecta a más de un centenar de personas, “en la configuración de la pretensión” se percibe la ausencia de todo pronunciamiento declarativo, “propio e inherente al fallo de un conflicto colectivo” frente a una decisión empresarial de carácter general que en el presente caso no se da por cuanto se comprometen derechos materiales de trabajadores individuales que están al margen del proceso y cuyos intereses pueden verse dañados sin tener oportunidad de defensa.

A resultas de dicha postura, se estima el recurso declarando la inadecuación de procedimiento sin perjuicio, concluye, de iniciar el cauce ordinario conforme a los artículos 80 y siguientes de la Ley Procesal Laboral.

Aunque el conflicto se refiera exclusivamente a un centro de trabajo, si tiene efectos en otras partes del territorio en relación con las mismas partes y el mismo objeto, es claro que la competencia funcional desborda el ámbito del juzgado y debe ser tratado en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Así lo entiende la sentencia dictada en casación unificadora por el Tribunal Supremo en **STS de 23 de septiembre de 2009**, I.L. J 1489, que remite a la dictada por la misma Sala en fecha de 21 de julio anterior al entender que, aunque la pretensión contenida en demanda sólo se circunscriba al aeropuerto de Santander, la afectación del conflicto posee naturaleza colectiva. Así resulta de aplicar el principio de territorialidad que en materia de conflicto colectivo determina la competencia, primero, en razón a los límites reales e inherentes a la cuestión debatida impidiendo extenderla con hipótesis de futuro y artificio de voluntades; y, después, teniendo bien presente que

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la afectación del conflicto no debe ser necesariamente coincidente con el área de la norma aplicable, como se pone de manifiesto en el artículo 152 de la LPL cuando la legitimación para promoverlo se vincula al alcance de la representación, circunstancia esta que no puede impedir la actuación del sindicato en un concreto ámbito territorial y sin perjuicio de la ulterior unificación de doctrina en caso de producirse sentencias contradictorias de los distintos órganos jurisdiccionales en que se haya extendido el conflicto.

En el caso estudiado, el ámbito del conflicto se ciñe al aeropuerto de Santander, encuentra base en acuerdo de alcance general y el incumplimiento que se denuncia en demanda viene dado por la externalización del servicio de asistencia técnica para el control y vigilancia de la obra de “instalación del sistema para la lectura de matrículas y actualización del sistema de gestión”. Es por tanto la actuación empresarial concreta de adjudicar a un tercero determinada obra la que determina el ámbito del conflicto y con ello la competencia funcional y territorial del órgano que debe conocerlo.

C) El proceso de conflicto colectivo: legitimación

No procede interponer demanda de conflicto colectivo frente al INSS; así se establece en la **STS de 13 de julio de 2009**, I.L. J 1312. Se trata de un supuesto en el que los sindicatos, UGT y CCOO, solicitan que el período voluntario del servicio militar, de los militares en prácticas que prestaron servicios en RENFE, deben ser tenidos en cuenta a efectos de cómputo de cotizaciones y a todos los demás efectos. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declara la incompetencia funcional para el conocimiento de la demandada así como que la modalidad procesal adecuada para este caso es la de Seguridad Social, competencia de los Juzgados de lo Social. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo establece que el proceso de conflicto colectivo tiene su basamento en el artículo 37.2 CE que reconoce el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo exclusivamente a los trabajadores y a los empresarios y no a ninguna otra persona o entidad. Por ello, dice el TS que, aunque el INSS no ha sido demandado en el proceso, no podría serlo en ningún caso pese a que sean los únicos legitimados para conceder las pretensiones. El TS desestima el recurso y establece además que “desde una perspectiva objetiva tampoco cabe conflicto colectivo sobre la Seguridad Social, porque en esta materia no estamos ante una controversia sobre derecho y obligaciones del contrato de trabajo o de la relación de servicios, sino ante una actividad de la Administración pública sometida a una regulación imperativa y no disponible, que afecta además a personas que no tienen la condición de trabajadores ni pueden estar representados por los sujetos colectivos”.

JESÚS R. MERCADER UGUINA (COORDINADOR)

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

PATRICIA NIETO ROJAS

JOSÉ DELGADO RUIZ

AMANDA MORENO SOLANA

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario

1. Legitimación para negociar. 2. Contenido “normativo” del convenio colectivo.

A) Cláusulas. B) Límites. **3. Concurrencia de convenios colectivos. 4. Sucesión de convenios colectivos. 5. Convenios colectivos “extraestatutarios”. 6. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 7. Administración del convenio colectivo. Por los Tribunales laborales.**

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 9 a 12, ambos incluidos, de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, 2009, de Lex Nova. Resultan particularmente interesantes tres del TS dictadas en casación ordinaria: la de 21 de julio de 2009, sobre el ajuste a derecho de la cláusula del convenio de empresa que limita el acceso a determinadas ventajas sindicales a los sindicatos que cuenten con presencia en los órganos de representación unitaria, y las de 23 y 28 de septiembre de igual año, sobre el juego del principio de igualdad en materia retributiva y, en concreto, en relación con el devengo del complemento por antigüedad.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Constitución de la comisión negociadora. Falta de legitimación ampliada de las asociaciones empresariales. Tal falta, que impide apreciar que sea válida la constitución de la comisión negociadora, concurre en el caso del convenio autonómico negociado por una única asociación cuyas empresas asociadas no dan ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio. No desvirtúa tal conclusión el hecho de que se hubiese consultado con dos empresas no asociadas que cuentan con la aludida mayoría de trabajadores (STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de abril de 2009, I.L. J 1390).

2. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cláusulas

Forma parte del contenido normativo, sin ninguna duda, la cláusula reguladora de la jubilación forzosa. Ello conduce a que su aplicabilidad durante la situación de ultraactivi-

dad del convenio. Así, **STSJ de Baleares de 8 de junio de 2009** (I.L. J 1247), que razona, además, sobre las diferencias entre aquel contenido y el obligacional:

“Estuviera el convenio denunciado o no, la Disposición Adicional Cuarta mantendría su vigencia porque, a pesar de lo que argumenta la parte actora, forma parte claramente de su contenido normativo. La diferencia entre contenido normativo y obligacional de los convenios es, ciertamente, una cuestión controvertida, pues el legislador mantuvo un silencio absoluto respecto de las características de cada uno de ellos y lo más probable es que con esta diferencia lo que pretendiera fuera la pérdida de vigencia de las cláusulas sobre el deber de paz. Pero, en cualquier caso, una definición medianamente pacífica entre doctrina y jurisprudencia de uno y otro contenido convencional arroja el siguiente resultado. El contenido obligacional sería el dirigido a las partes firmantes donde se establecen derechos y obligaciones entre ellas, constituiría la parte contractual del convenio. El ejemplo típico es el pacto de deber de paz citado. El contenido normativo, en cambio, está destinado a terceros ajenos a las partes firmantes, esto es, a los sujetos o partes de las relaciones de trabajo, empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito del convenio, respecto de los que generan de manera inmediata derechos y deberes en su condición de sujetos de la relación de trabajo pues despliega una eficacia similar a las normas jurídicas en sentido estricto. A la vista de esta definición no puede haber duda de que las previsiones sobre jubilación forzosa integran este último contenido, como corrobora la doctrina judicial derivada de, entre otras, las STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de marzo de 1992, STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 1992, STSJ de Cantabria de 18 de septiembre de 1997, STSJ de Galicia de 7 de julio de 1998 y STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 13 de julio de 2008”.

B) Límites

Vulneración por la diferente regulación del complemento de antigüedad según que se trate de trabajadores fijos o temporales. Sobre el tratamiento por los convenios colectivos de las modalidades del contrato y aspectos conexos y, en concreto, las diferencias que establecen, en algunas ocasiones, entre el grupo de los trabajadores fijos y el de los trabajadores temporales o a tiempo parcial son ya abundantes las decisiones judiciales que han tenido ocasión de pronunciarse acerca de las condiciones bajo las cuales aquel tratamiento y las aludidas diferencias se acomodan o no a la legalidad constitucional y ordinaria que deben respetar las partes negociadoras. A esas decisiones se suma la **STS de 23 de septiembre de 2009**, I.L. J 1431, en la que la Sala debe resolver si respeta el principio de igualdad la cláusula del convenio colectivo que somete el derecho de los trabajadores temporales al complemento de antigüedad a unas reglas diferentes de las aplicables a los trabajadores fijos. La aludida cláusula, del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid, establecía que el tiempo computable a efectos del derecho al complemento de antigüedad era, en el caso de los trabajadores temporales, sólo el correspondiente a los servicios continuados prestados “durante tres o más de tres años en virtud de un mismo contrato de trabajo”, por lo que quedaban excluidos los períodos trabajados en virtud de contratos de trabajo temporales anteriores, constitutivos de una cadena. Para la Sala, semejante cláusula es nula por no respetar las exigencias del

VIII. Negociación Colectiva

referido principio y contradecir lo previsto, concordando con éste, en el artículo 15.6 ET. No constituye una razón objetiva que justifique la desigualdad entre trabajadores fijos y temporales derivada de una cláusula como la indicada el hecho de que los segundos no hayan superado los procedimientos selectivos previstos en los artículos 103.3 y 23.2 CE para el acceso al empleo público.

Distinto es el caso de aquel otro apartado de igual convenio que se ocupa del cómputo, a efectos del devengo del complemento por antigüedad por parte de los trabajadores que pasen a tener la condición de fijos, de los servicios prestados con anterioridad en virtud de contratos de duración determinada. Para la **STS de 28 de septiembre de 2009**, I.L. J 1499, la estipulación según la cual sólo se tendrán en cuenta los servicios posteriores a la última interrupción de más de tres meses consecutivos en la cadena de contratos temporales es ajena a la cuestión de la regulación diferente del complemento de antigüedad según que se trate de trabajadores fijos o temporales. Por lo tanto, no es atendible la pretensión de que aquella estipulación se declare nula por conducir a esa regulación diferente y vulnerar el principio de igualdad (“es evidente que, en estos términos, la petición no puede ser atendida por la Sala”). Ello no significa que se ajuste a las exigencias de este principio la sujeción del indicado grupo de trabajadores fijos a la expuesta forma de cómputo de los servicios. Ante una pretensión ejercitada con la finalidad de dilucidar si se da el expresado ajuste habría que estar al criterio de la propia Sala y Tribunal (Sentencias de 8 de marzo y 17 de diciembre de 2007 y 21 de mayo de 2008), según el cual “lo determinante no es que el contrato que une a las partes sea el mismo, sino la ‘unidad de vínculo contractual’”.

En materia sindical. No es contraria a la libertad sindical y al principio de igualdad la cláusula que limita la concesión de ciertas ventajas (empleo de medios informáticos de la empresa) a los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria (en el caso de autos, un comité general de empresa). No se está ante una limitación irrazonable ni desprovista de justificación objetiva. En tales circunstancias, el mero hecho de ostentar la condición de sindicato más representativo no sirve para pretender el acceso a las aludidas ventajas. Tiene oportunidad de pronunciarse en este sentido la **STS de 21 de julio de 2009**, I.L. J 1310:

“En realidad, en el planteamiento de base del sindicato LAB para postular la nulidad de esos tres preceptos del convenio late lo que para el recurrente resulta ser un trato discriminatorio, una desigualdad no justificada objetivamente, porque en su condición de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma, artículo 7 LOLS, no se le reconocen los mismos derechos que a otros sindicatos que la tienen por la vía del artículo 6 LOLS. O lo que es lo mismo, la distribución de las ventajas sindicales complementarias que se contiene en esos preceptos en función de la representatividad obtenida en el comité general se opone a ese principio y vulnera los referidos preceptos.

Sin embargo, es preciso discrepar de tal planteamiento del sindicato recurrente, puesto que para resolver esos problemas concretos de legalidad del convenio en este caso no ha de acudir al criterio legal de representatividad extraído de los artículos 6 y 7 LOLS, sino que ha de tenerse en cuenta que se trata de la representatividad medida en una empresa como ADIF, con actividad en casi la totalidad del territorio del Estado, y la misma sólo se mide

por el número de representantes que se hayan obtenido en las elecciones celebradas en la propia empresa, de manera que si LAB no conserva en ADIF ningún representante, si en ningún caso tiene representatividad para acceder al comité general, no puede pretender que se le otorgue el mismo trato que a los sindicatos que conservan en ADIF la representación suficiente para formar parte de dicho comité general (...). El trato diferente que se ha descrito por tanto tiene una justificación objetiva absolutamente razonable que conduce como consecuencia legal lógica a la desestimación de la demanda por ser ajustados a la legalidad los preceptos discutidos”.

Respeto a las leyes. Concorre en la cláusula del convenio colectivo de una empresa pública de radio y televisión de una Comunidad Autónoma (Andalucía) que establece una convocatoria excepcional y extraordinaria (por una única vez) con objeto de resolver una precedente situación de masiva contratación temporal fraudulenta mediante la transformación en fijos de los trabajadores afectados. Así, **STS de 23 de septiembre de 2009, I.L. J 1432:**

“La demanda postulaba la nulidad de la cláusula adicional del convenio colectivo que autoriza –por una vez– la contratación como trabajadores fijos a (sic) determinados temporales. Convocatoria extraordinaria que se realiza a la vista de una masiva contratación temporal que se califica de fraudulenta. La sentencia recurrida razona que tal proceder no es sino la aplicación del principio plasmado en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores que presume la indefinición de aquellos contratos celebrados en fraude de ley. El precepto convencional permite cumplir con el objetivo legal sin necesidad de que hayan de reiterarse las sentencias en las que se había venido condenando a la demandada, mediante la contratación masiva pactada con los sindicatos codemandados. Y esta solución es ajustada a los mandatos legales, del precepto invocado y del artículo 37.1 de la Constitución que autoriza la contratación colectiva de las condiciones de trabajo y de cuya autorización es un fiel y adecuado exponente la cláusula que se impugna”.

3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

No incurre en ella el convenio (de empresa) negociado durante la situación de ultraactividad de otro de mayor ámbito (de sector); otra cosa sería que aquél se hubiese negociado durante la prórroga de éste provocada por la falta de denuncia. La situación originada a raíz de la negociación del primero de esos convenios, determinante de la creación de una nueva unidad de negociación, conlleva que tampoco quepa apreciar que su convenio sucesor concorra con el que lo sea del segundo y hubiese entrado en vigor con anterioridad. Tal es la conclusión que se extrae del razonamiento realizado por la **STS de 30 de junio de 2009, I.L. J 1518:**

“En el supuesto ahora examinado, constando la existencia de un I convenio colectivo de la empresa Fontestad –firmado el 7 de octubre de 2003, acordada su publicación por

VIII. Negociación Colectiva

Resolución de 24 de octubre de 2003 y publicado (...) el 23 de febrero de 2004– al que sucede el II convenio colectivo de Fontestad –firmado el 14 de septiembre de 2005, acordada su publicación por Resolución de 13 de octubre de 2005 y publicado (...) el 9 de noviembre de 2005– al que la parte actora califica de convenio invasor –por invadir supuestamente el ámbito ocupado por dos convenios sectoriales de cítricos de la Comunidad Valenciana, de vigencia del 1 de septiembre de 2003 al 31 de agosto de 2010–, incumbía a la parte actora probar que el primer convenio de empresa se firmó sin haber procedido previamente la denuncia de los convenios de sector de los convenios del sector de cítricos de la Comunidad Valenciana, a saber, el de manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas –publicado (...) el 2 de julio de 2001, vigencia de 1 de septiembre de 2000 a 31 de agosto de 2003– y el de recolección de cítricos –publicado (...) el 7 de febrero de 2001, vigencia de 1 de septiembre de 2000 a 31 de agosto de 2003–, prueba que el actor no ha practicado, por lo que no han quedado acreditados los hechos constitutivos de su demanda (...).

Los negociadores del I convenio colectivo de Fontestad, SA han respetado el artículo 84 del ET, ‘pues, cuando negociaron el mismo, ya había expirado la vigencia de los convenios del sector de cítricos de la Comunidad Valenciana, en concreto el 31 de agosto de 2003, constando que el convenio de empresa fue firmado el 7 de octubre de 2003 y publicado en el DOGV de 23 de febrero de 2004’ y ‘no habiendo acreditado la parte actora que dicho convenio se negociara sin haber [sido] denunciado previamente los dos convenios del sector de cítricos de la Comunidad Valenciana’.

Por lo que se refiere a la supuesta concurrencia del II convenio de Fontestad, SA con los dos convenios del sector de cítricos de 2003, ‘es cierto que dichos convenios sectoriales se firmaron y aparecieron publicados en el DOGV en fechas anteriores’ (el de manipulado y envasado de cítricos el 25 de marzo de 2004 y el de recolección de cítricos el 5 de marzo de 2004) a la publicación de aquel II convenio de empresa, producida el 9 de noviembre de 2005, ‘y que regulan la misma actividad y coinciden en su ámbito territorial (sic) de manipulado, envasado y recolección de cítricos; sin embargo no existe la concurrencia de convenios prohibida por el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores’.

En efecto, (...) no se puede olvidar la existencia de un convenio válido y eficaz de ámbito empresarial, el I convenio colectivo de la empresa Fontestad, SA, con vigencia de 1 de septiembre de 2003 al 31 de agosto de 2005, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todo el personal empleado por la empresa en la Comunidad Valenciana, y el convenio cuya nulidad, o subsidiaria inaplicabilidad pretende la parte actora, el II convenio colectivo de la empresa Fontestad, SA, vino a sustituir al I convenio colectivo de dicha empresa. En definitiva, el I convenio colectivo de la empresa Fontestad, SA estableció una unidad de negociación colectiva de nivel inferior a la hasta entonces existente –las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa pasan a regirse por un convenio de empresa en lugar de por los dos convenios del sector de cítricos–, viniendo el II convenio colectivo de empresa a sustituir al primero. Por lo tanto, no se da la concurrencia denunciada entre el II convenio de la empresa Fontestad y los dos convenios del sector de cítricos de la Comunidad Valenciana, pues las relaciones laborales de los incluidos en el ámbito de aplicación de dicho II convenio ya venían rigiéndose por el I convenio de empresa”.

4. SUCESIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

Del convenio “extraestatutario” por uno estatutario. Semejante sucesión pone fin a la aplicación del primer convenio; las condiciones de trabajo que hubiese establecido no pueden mantenerse más allá de su vigencia. El convenio extraestatutario no es fuente de condiciones más beneficiosas que se incorporen a los contratos de trabajo individuales y deban continuar rigiendo, en cuanto tales, cuando aquél agote su período de vigencia. Así, con referencia al reconocimiento de una determinada categoría profesional y rectificación de su doctrina anterior, también de casación para la unificación de doctrina (véanse SSTs de 12 de diciembre de 2008, I.L. J 506 y 25 de febrero y 20 de marzo de 2009, I.L. J 165 y 241), **STS de 14 de octubre de 2009**, I.L. J 1542, con cita y reproducción parcial del razonamiento contenido en la STS de 11 de mayo 2009, I.L. J 788; véase *Justicia Laboral*, núm. 41):

“Entre las razones que llevan a la Sala a la rectificación de la mencionada doctrina, cabe sintetizar las siguientes:

a) Aparte de la apuntada cuestionable validez de la regulación extraestatutaria de una materia de afectación general como la clasificación profesional, permanece intacta nuestra doctrina, resumida en la Sentencia de 25 de enero de 1999 (recurso 1584/1998), sobre la fuerza contractual y naturaleza limitada de los convenios extraestatutarios, así como el no nacimiento de una condición más beneficiosa en orden a los derechos que sean consecuencia de un pacto de esta naturaleza, que expresamente prevé su duración temporal, sin que exista razón alguna para mantenerlo después de haber expirado, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables (...).”

5. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Consecuencias de su naturaleza contractual. Se manifiestan, entre otras situaciones, en la sucesión del convenio “extraestatutario” por uno estatutario. Además de no resultar entonces de aplicación lo dispuesto en los artículos 82.4 y 86.3 y 4 del ET, tampoco se puede admitir que la naturaleza contractual de aquél conduzca a que el término de su vigencia consienta, de acuerdo con la doctrina de la condición más beneficiosa, el mantenimiento de las condiciones que se hubiesen estipulado, como puede ser el reconocimiento de una determinada categoría profesional. Esto es, no cabe postular que las aludidas condiciones se incorporen al vínculo contractual y no queden eliminadas o suprimidas por la entrada en vigor de una regulación procedente de otro orden normativo. Mantienen tal conclusión, con rectificación de la doctrina anterior de la Sala, también de casación para la unificación de doctrina (véanse SSTs de 12 de diciembre de 2008, I.L. J 506 y 25 de febrero y 20 de marzo de 2009, I.L. J 165 y 241, respectivamente), la **STS de 14 de octubre de 2009**, I.L. J 1542, que se suma al criterio ya seguido por las SSTs de

VIII. Negociación Colectiva

11 de mayo y 16 de junio 2009 (I.L. J 788 y 854, respectivamente; véase Justicia Laboral, núm. 41).

6. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Por conculcar la legalidad vigente. Legitimación. Entre los sujetos que la ostentan figuran las asociaciones empresariales “interesadas”; dicha legitimación es diferente de la que prevén los artículos 152 y 153 LPL y no puede confundirse con la de derecho material para intervenir en la negociación del convenio colectivo. Se explica entonces que deba reconocerse a la asociación empresarial de ámbito estatal que impugna un convenio colectivo autonómico, “visto el gran número de representados” con que cuenta en el ámbito de la correspondiente Comunidad Autónoma. No se opone al expresado reconocimiento el hecho de que la asociación se haya constituido con posterioridad “al depósito para la publicación del convenio impugnado” (STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de abril de 2009, I.L. J 1390).

Ese criterio de la implantación (contar con afiliados o asociados en el ámbito del convenio) rige también para los sindicatos, según tiene oportunidad de señalar la STS de 21 de julio de 2009, I.L. J 1310, en relación con la impugnación de un convenio colectivo de empresa. “Un sindicato con implantación, en este caso a nivel de empresa, sería portador del interés legítimo al que se refiere el artículo 163.1.a) LPL, de manera que si esa implantación (...) se reconoce (...) y la misma no se ha desvirtuado” ha de rechazarse la pretensión de que se declare la falta de legitimación de aquél para la impugnación por ilegalidad del convenio.

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES

General primacía de la interpretación llevada a cabo por el juzgador a quo. Insiste en ello, con cita de otras sentencias de igual Tribunal y Sala, la STS de 15 de septiembre de 2009, I.L. J 1331. “Es doctrina constante de esta Sala que ‘la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual’”.

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) Indemnización por daños y perjuicios. B) Enfermedad intercurrente. 9. Régimen
económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.
11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones
y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social. A) Incompetencia del orden
jurisdiccional social. B) Ejecución.

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

Se comentan a continuación dos sentencias del Tribunal Supremo sobre la delimitación de responsabilidades en el pago de prestaciones ante incumplimientos empresariales en materia de cotización.

La **STS de 21 de julio de 2009**, I.L. J 1477, en unificación de doctrina, determina que es la Mutua aseguradora y no la empresa la responsable del pago de una pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo en un supuesto de infracotización por riesgos profesionales debida a una elección errónea del epígrafe.

La MATEPSS recurrente solicita que sea el empresario que cotizó indebidamente quien deba asumir el pago de la pensión de incapacidad permanente. Alega como causa de la aplicación errónea del epígrafe la interpretación errónea del RD 2930/1979, de 29 de diciembre.

El Tribunal Supremo confirma la doctrina iniciada por la STS de 28 de enero de 2008, y señala que la cotización a un epígrafe distinto por parte de la empresa no conlleva responsabilidad de ésta en el pago de la prestación a no ser que se constate mala fe en la infracotización.

El argumento principal para la exoneración de la responsabilidad empresarial se basa en que “tratándose de un accidente de trabajo para el que no se exigen períodos previos de cotización y la base reguladora de la prestación se calcula en función de las retribuciones efectivamente percibidas por el trabajador accidentado, el simple error empresarial en el abono de las cotizaciones (...) no puede tener trascendencia en orden a la responsabilidad del pago de la prestación de Seguridad Social correspondiente, siempre, eso sí, que no se demuestre una manifiesta voluntad empresarial de omitir el pago de la cotización adecuada”. Todo ello sin perjuicio de la posible reclamación que pueda ejercitar la MATEPSS contra la empresa por inadecuación de las cotizaciones a las características del trabajo desarrollado.

Con esta sentencia el Tribunal Supremo refuerza más su línea doctrinal de exoneración o atenuación de la responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones atendiendo al criterio del origen de la contingencia sobre la base argumental de que no se deben exigir responsabilidades al empresario si del incumplimiento no se derivan perjuicios al trabajador a la hora de cobrar la prestación.

Por otra parte, la **STS de 15 de noviembre de 2009**, I.L. J 1600, delimita el alcance de la responsabilidad del INSS en el pago de un subsidio de incapacidad temporal por causas comunes en un supuesto de descubierto de cotización. La sentencia determina la responsabilidad del empresario y subsidiariamente de la MATEPSS aseguradora de la contingencia de manera que el INSS sólo responderá en caso de insolvencia de esta última.

En el supuesto enjuiciado, el INSS recurre ante el Tribunal Supremo en unificación de doctrina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la que se declaraba responsable del pago de un subsidio de incapacidad temporal por causas comunes a la empresa empleadora que había incumplido de forma pertinaz sus obligaciones de cotización. El fallo

IX. Seguridad Social

de la sentencia recurrida señaló que tal responsabilidad no obstaba a que la MATEPSS en cuanto gestora de la contingencia adelantase el pago y que luego repitiese con posterioridad contra la empresa o el INSS subsidiariamente.

El Tribunal Supremo resume la doctrina asentada ya por numerosos pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal en materia de responsabilidad empresarial en el abono de las prestaciones por contingencias. A tal efecto distingue según se trate de un incumplimiento de alta absoluta ante la protección de contingencias comunes en cuyo caso la empresa es la única responsable del pago de la prestación y no existe obligación de anticipar el pago por parte de la MATEPSS o del INSS. O bien cuando el incumplimiento empresarial se deba a la existencia de infracotización o descubierto de cotizaciones en cuyo caso el INSS o la MATEPSS, según proceda, serán las responsables de anticipar el pago. En el caso que sea la MATEPSS la que asuma la función colaboradora en la protección de riesgos comunes además de las derivadas de accidente de trabajo, “el INSS sólo asume la responsabilidad subsidiaria cuando se produce una insolvencia de la MATEPSS pero no de la empresa incumplidora de sus obligaciones de cotización con la Seguridad Social”.

Por tanto, la MATEPSS en los casos que gestione el subsidio de incapacidad temporal por causas comunes y anticipe el pago de la prestación de la que es responsable el empresario incumplidor, no puede repetir ante el INSS en caso de que dicho empresario sea insolvente. La inexistencia de responsabilidad subsidiaria del INSS en estos casos se argumenta sobre la base de que se trata de una contingencia común que “no es susceptible de reaseguramiento por parte de la Entidad que asume su cobertura –en este caso, la Mutua Patronal de Accidentes– para garantizar el riesgo derivado de falta de cotización” de manera que será la propia Mutua quien figure como responsable subsidiaria en estos casos. El Tribunal advierte, en cambio, la distinta solución que se da cuando la incapacidad temporal deriva de contingencias profesionales pues subsiste la responsabilidad subsidiaria del INSS en virtud de ser este organismo el sucesor del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Señala finalmente el Tribunal que el INSS en estos supuestos será responsable en caso de insolvencia de la MATEPSS aseguradora de la contingencia común y ello en base a la posición de último garante de protección que tiene la entidad gestora en cumplimiento del mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar una protección pública de Seguridad Social (artículo 41 CE).

7. RECAUDACIÓN

Se da cuenta de cuatro pronunciamientos jurisprudenciales cuyo denominador común es delimitar en qué casos corresponde el reintegro de prestaciones de jubilación parcial, los dos primeros, y de desempleo, los dos últimos.

En primer lugar, en la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009, I.L. J 1234, se resuelve un supuesto en el que una empresa jubila parcialmente a 9 trabajadores procediendo a contratar a sus relevistas. Tiempo después, se aprueba un ERE en el que se ven afectados todos ellos aunque no afecta a la continuación de la actividad empresarial. En este contexto, la empresa no procede a contratar a nuevos trabajadores para sustituir a

los relevistas y, por tanto, entiende el Tribunal que resulta de aplicación lo previsto en la DA Segunda del RD 1132/2002, de 31 de octubre, debiendo la empresa abonar al INSS el importe de la pensión de jubilación parcial desde la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores relevistas hasta que los trabajadores jubilados parcialmente accedan a la pensión de jubilación anticipada u ordinaria.

De otro lado, en el caso enjuiciado por la **STSJ del País Vasco de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1283, tras la extinción del contrato de la trabajadora relevista, se procede a concertar nuevo contrato de relevo seis meses después, fuera del plazo legal de 15 días. Por dicho motivo la empresa es declarada responsable del abono de la pensión de jubilación parcial por ese período transcurrido entre la fecha en que debió suscribir el contrato de relevo y aquélla en que realmente se formalizó, aplicando el régimen de responsabilidad de forma proporcional al incumplimiento parcial que ha realizado la empresa.

En lo que al segundo grupo de sentencias mencionado anteriormente hace referencia, la primera de ellas, la **STS de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1293, no hace sino reiterar la doctrina mantenida por el Tribunal en relación a la aplicación del artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral respecto al reintegro de la prestación por desempleo por el empresario ante la existencia de contratos temporales fraudulentos, en el sentido de que aquélla sólo procede cuando se causara perjuicio al Servicio Público de Empleo, y ello sólo ocurre en los supuestos en los que se obtiene la prestación por la celebración irregular del contrato, cosa que no hubiera sucedido en el caso que se hubiera concertado el contrato que correspondía.

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2009**, I.L. J 1630, también conoce de un supuesto de reintegro de la prestación por desempleo, pero en este caso se centra en la relación entre prestación por desempleo y salarios de tramitación, recogida en el artículo 209 LGSS. Entiende el Tribunal, por remisión a la doctrina de la STS de 26 de marzo de 2007, que no procede reintegrar la prestación que coincide con un período en el que el empresario es condenado a abonar salarios de tramitación, por cuanto aquél no ha hecho ni va a hacerlos efectivos en tanto que se declara la insolvencia empresarial.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Según la **STS de 8 de octubre de 2009**, I.L. J 1533, no tiene el carácter de accidente de trabajo en misión el que se produce a consecuencia de un infarto de miocardio durante el tiempo de descanso, en el caso de un viajante cuyo fallecimiento se produce fuera de horas y lugar de trabajo (en el hotel).

En la **STSJ de Extremadura de 10 de septiembre de 2009**, I.L. J 1568, se desestima la calificación de accidente de trabajo de un trabajador autónomo que sufrió un accidente de tráfico cuando circulaba con una motocicleta. A juicio del tribunal, no se acredita que fuese dentro del tiempo y lugar de trabajo, al no quedar constancia de si el trabajador iba a realizar asuntos personales.

IX. Seguridad Social

La STSJ de Navarra de 18 de mayo de 2009, I.L. J 1173, considera accidente de trabajo el que se produjo en tiempo y lugar de trabajo debido a inyección de Bronsal que la propia trabajadora se inyectó en la nalga el día 16 de octubre, mientras prestaba servicios de urgencia, lo que le produjo el fallecimiento.

En la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2009, I.L. J 1266, se analiza un supuesto en el que se concluye que existe una conducta inadecuada de la empresa encuadrable dentro de las reglas generales de prevención, en concreto, la falta de protección del trabajador, a consecuencia de lo cual se produjo la caída por el hueco del ascensor, por la falta de redes de seguridad y de iluminación. Así pues, se generó un riesgo específico para la seguridad del trabajador, debiendo estimarse tal inobservancia como la causa eficiente y determinante del daño producido al trabajador. Por todo ello, procede el recargo de prestaciones en el porcentaje del 30%. Véase en este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2009, I.L. J 1348, la STSJ de Aragón de 14 de septiembre de 2009, I.L. J 1625 y la STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2009, I.L. J 1169.

En la STSJ de Murcia de 28 de septiembre de 2009, I.L. J 1554, se concluye que procede el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, a pesar de que el trabajador cometiese imprudencia profesional, al darse un exceso de confianza como consecuencia de que el trabajador tuviera conocimientos especializados para el manejo de la máquina. Para la sentencia, concurre la relevancia causal que demuestra la omisión de medidas de seguridad que son imputables al titular de la empresa.

La STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2009, I.L. J 1566, señala la responsabilidad solidaria de la empresa principal en un caso de contratos de obras o servicios. Para el juzgador, se da el concepto de propia actividad, además de acontecer el accidente de trabajo en el local de que era titular la empresa principal. Se da, por tanto, una especie de responsabilidad objetiva que le hace responder, junto con el contratista y el subcontratista, de las consecuencias de las infracciones que, en materia de seguridad e higiene, se produzcan en el centro de trabajo. También en la STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2009, I.L. J 1164, se concluye que la presencia en un centro de trabajo de diferentes empresas no genera por sí sola una responsabilidad solidaria cuando se produce un accidente de trabajo en el que concurren falta de medidas de prevención de riesgos laborales. La norma impone a todas las que intervienen en el centro una serie de obligaciones, incluso normas de coordinación de toda ellas, y cada una siempre tiene frente a sus propios trabajadores las obligaciones o deberes de seguridad que sean propios de su actividad. Pero el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social gira sobre el concepto de empresario infractor y en este sentido es en el que debe analizarse la responsabilidad, incluso solidaria de todas las que intervienen en la actividad laboral.

Por el contrario, en la STSJ de Asturias de 16 de octubre de 2009, I.L. J 1662, aunque se pide la declaración de responsabilidad solidaria del empresario autónomo codemandado, ésta no se aprecia porque no se ha podido llegar a demostrar el incumplimiento de normas de seguridad achacable al trabajador autónomo.

Para la STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2009, I.L. J 1670, no puede estimarse el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad debido a la imprudencia profesional del trabajador, ya que el empresario no puede realizar una vigilancia empresarial

en todo momento constante. Según la sentencia, ese deber no puede llevarse al extremo de una vigilancia constante y tan minuciosa que obligaría a que en muchos trabajos a cada trabajador tuviese que asignársele un vigilante. De manera similar, la **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1240, señala que, por lo que hace a la omisión que se imputa a la empresa, por no proporcionar al trabajador formación en materia de seguridad, no puede ser considerada como la causante del accidente, pues no existe la relación de causalidad precisa entre el accidente y dicha infracción. No es suficiente que se produzca la omisión de medidas de seguridad o prevención, para atribuir la responsabilidad por cualquier daño, sino que es necesario que dicho incumplimiento sea la causa determinante del daño producido, lo que no sucede en el presente caso, según la sentencia, si se tiene presente que el trabajador, de categoría profesional de conductor mecánico y 10 años de antigüedad en la empresa, venía realizando dicha tarea con habitualidad pues las funciones de su profesión ordinaria consistían en la reparación y mantenimiento de los camiones.

A) Indemnización por daños y perjuicios

La **STS de 14 de julio de 2009**, I.L. J 1306, recuerda que la reparación por el accidente de trabajo se instrumenta a través de tres vías: las prestaciones de Seguridad Social, el recargo de prestaciones y la denominada indemnización civil adicional. La coordinación entre las distintas vías indemnizatorias debe hacerse con criterios de homogeneidad, teniendo en cuenta que el daño tiene distintos componentes: las lesiones físicas y psíquicas, los daños morales, el daño económico emergente y el lucro cesante, y, en consecuencia, la compensación de las diversas indemnizaciones debe efectuarse también entre conceptos homogéneos para lograr una justa y equitativa reparación. En cuanto al descuento del capital coste de las pensiones por incapacidad permanente de la Seguridad Social, hay que tener en cuenta que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción. Sin embargo, como sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, sólo se descontará la indemnización reconocida por lucro cesante. No cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste de la pensión de incapacidad permanente, porque se vulnera doblemente la regla de homogeneidad, al imputar a la indemnización por incapacidad temporal lo que corresponde a la incapacidad permanente, y, en segundo lugar, al compensar unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que cubrirían el lucro cesante. Véase, asimismo, la **STS de 23 de julio de 2009**, I.L. J 1342.

La **STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2009**, I.L. J 1567, recuerda la jurisprudencia del TS, según la cual, para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, resulta oportuno –que no obligatorio– la utilización, como criterio de orientación analógica, del sistema de valoración de daños introducido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

En la **STSJ de Asturias de 11 de septiembre de 2009**, I.L. J 1607, se desestima la indemnización por accidente de trabajo porque no consta el incumplimiento empresarial de las normas o medidas de seguridad.

D) Enfermedad intercurrente

En la STSJ de Asturias de 17 de julio de 2009, I.L. J 1398, se da un supuesto de enfermedad intercurrente (agorafobia). En dicha sentencia, se señala que si se admitiese la etiología común del trastorno de ansiedad con agorafobia diagnosticado, nos encontraríamos con que su activación –tras producirse el accidente de trabajo– aparecería indudablemente relacionado con él, ya que su intercurrentia, además de constituir una complicación que surge y deriva del proceso clínico determinado por el accidente, modifica las consecuencias de éste.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La STS de 23 de septiembre de 2009, I.L. J 1490, establece que, a efectos de determinar la entidad responsable de la renovación de una prótesis consecuencia de accidente de trabajo, debe atenderse a quién fuera la entidad aseguradora en el momento del hecho causante. Siéndolo el Instituto Nacional de Previsión, su sucesor, el INSS, es el responsable de la prestación, y no los servicios correspondientes de la Comunidad Autónoma.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La STS de 22 de septiembre de 2009, I.L. J 1323, resuelve un recurso de casación en el que lo debatido es la subsistencia del régimen de colaboración con la Seguridad Social prevista en el artículo 77.1.b) del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS, con anterioridad a la supresión de dicho apartado – con efectos de 1 de enero de 2009 – por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, y a resultados de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Sobre tal extremo recuerda como doctrina aplicable que una colaboración de décadas entre empresa y la Administración de la Seguridad Social no puede quedar extinguida por voluntad tácita de la administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir, la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La STSJ de Galicia de 15 de junio de 2009, I.L. J 1261, entiende improcedente el alta médica relativa a una incapacidad temporal de trabajadora embarazada de profesión mariscadora iniciada por enfermedad común por la persistencia de molestias en fosas renales y lumbalgia inespecífica. Entiende la Sala que la trabajadora no se encontraba con capacidad

laboral para desempeñar tareas propias de su profesión habitual de mariscadora, profesión que requiere continuas flexiones a nivel de columna vertebral y de esfuerzos posturales, debiendo soportar también la carga de pesos para el marisqueo, siendo de apreciar los requisitos legalmente exigidos para que proceda el mantenimiento de la trabajadora en la situación de incapacidad temporal. No obstante, no puede dejar de comentarse que el mejor encuadre de partida de la situación hubiera sido el correspondiente a la situación de riesgo durante embarazo.

La STSJ de La Rioja de 2 de julio de 2009, I.L. J 1363, a la hora de valorar el momento en que se producen los efectos de la extinción de la prestación por incapacidad temporal, entiende que es la fecha en que se dicta por el INSS la resolución que declara la denegación al actor de la prestación por incapacidad permanente, y no la fecha en que ésta se notifica al solicitante. En similares términos, puede consultarse la STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009, I.L. J 1383.

La STSJ de Galicia de 15 de septiembre de 2009, I.L. J 1474, analizando un supuesto en el que la MATEP expide directamente un parte de baja médico por accidente de trabajo, procediendo posteriormente a modificar la contingencia causante de dicha baja inicial, entiende que cualquier modificación de la contingencia causante de la baja inicial correspondería decidirla al INSS a instancia del trabajador o de la propia Mutua, y no a ésta directamente.

12. MATERNIDAD

En la STS de 16 de junio del 2009, I.L. J 1294, se trataba de resolver cuál es la base reguladora del subsidio por maternidad en una situación en la que la trabajadora agotó las prestaciones por desempleo del nivel contributivo e inició un período de incapacidad temporal-desempleo al día siguiente. A la situación de incapacidad siguió meses después sin solución de continuidad la maternidad. La base reguladora será la de la incapacidad temporal e igual al Indicador Público de Rentas a efectos Múltiples Mensuales.

Según la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de octubre de 2009, I.L. J 1642, la situación protegida es el período de suspensión del contrato de trabajo que nace de la imposibilidad técnica o la inexistencia del traslado del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o para la del feto. En el artículo 4.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, se relaciona una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir en la salud de la madre o del feto.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

El Tribunal Supremo examina en la STS de 23 de julio de 2009, I.L. J 1302, el supuesto de quien solicita una prestación por Incapacidad Temporal que en el momento de la

IX. Seguridad Social

contingencia determinante de su incapacidad no reunía el requisito de estar al corriente de pago de todas sus cotizaciones en el RETA, si bien en los meses posteriores satisfizo las cuotas adeudadas a al Tesorería General de la Seguridad Social. El tribunal actualiza su jurisprudencia anterior a la luz de lo dispuesto en el RD 1273/2003, de 10 de octubre, dictado en desarrollo de lo que se estableció en la Ley 55/2003 que modificó la Disposición Adicional Trigésima Novena de la LGSS, que estableció el mecanismo de invitación al pago también para los casos en que la prestación causada fuese de Incapacidad Temporal, y en el supuesto examinado considera computables unas cotizaciones que se acreditan pagadas durante un período que transcurre desde poco antes de la baja médica hasta que solicita la prestación, de forma que en el momento de tal solicitud la interesada se hallaba al corriente de pago de sus cotizaciones.

En la **STSJ de Baleares de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1246, se examina una solicitud de reconocimiento de subsidio por maternidad de una trabajadora que se afilió al RETA seis meses antes de dar a luz por lo que en dicho momento acreditaba justo la carencia mínima de 180 días. Sin embargo, el INSS denegó el subsidio recordando que en Decreto 2530/1970 se establece en su artículo 30.3 que a los efectos de cubrir la carencia del subsidio de maternidad no pueden computarse las cotizaciones abonadas tras el primer día del mes en que se cause la prestación.

El Tribunal considera que esta norma reglamentaria debe someterse al criterio más amplio que se deriva de la Disposición Adicional Novena de la LGSS que establece que en el RETA, las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores al alta producirán plenos efectos respecto a las prestaciones, desde el momento en que hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente sean aplicables. Y, razona el Tribunal, si son computables las cuotas correspondientes a períodos anteriores al alta, con más razón deben serlo las correspondientes a períodos en alta pero ingresadas fuera de plazo.

La **STS de 22 de septiembre de 2009**, I.L. J 1569, examina la concesión de un subsidio por Incapacidad Temporal a una persona afiliada al RETA que vio inicialmente denegada su pretensión por parte de la entidad gestora, siendo dos los puntos de debate y respecto a los cuales se aportan sentencias contradictorias: la posible extensión actual a las prestaciones por Incapacidad Temporal de la tradicional invitación al pago y los efectos de un aplazamiento de pago de las cotizaciones adeudadas cuando la concesión de éste se realizó con posterioridad al hecho causante, motivo este último que, amén de hallarse ya unificada la doctrina como recuerda el Tribunal, con cita entre otras de la STS de 4 de mayo de 2004, I.L. J 504, no procede ser examinado dado que no se realizó la correspondiente invitación al pago y si la entidad gestora no ejercita la facultad de condicionar el reconocimiento de la prestación al pago de lo adeudado en el momento oportuno —es decir, antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación— ya no podrá efectuarlo posteriormente por lo que no procede estimar la objeción.

Respecto al primer motivo, la posible aplicabilidad de la invitación al pago, la posición del Tribunal Supremo es más novedosa, aunque ratifica una doctrina que ya había sido apuntada en otras dos recientes sentencias suyas: la **STS de 10 de febrero de 2009**, I.L. J 420, y la **STS de 22 de abril de 2009**, I.L. J 494. En primer lugar, el Tribunal realiza un resumen de la evolución normativa de tal institución y relacionando diversas sentencias que rechazaron la posibilidad de que la exigencia de hallarse al corriente de pago pudiera

moderarse mediante la invitación al pago de las cotizaciones adeudadas, remitiéndose especialmente a lo argumentado en la STS de 30 de septiembre de 2004, I.L. J 1938; sin embargo, considera que tras la nueva Disposición Adicional Trigésima Novena de la LGSS que rige desde el año 2004 la situación ha cambiado, puesto que en éste no se excluye ninguna prestación, y si bien las remisiones al Decreto que regula el RETA no contemplan la prestación de Incapacidad Temporal, ello es debido a que cuando se promulgó tal Decreto en 1970 tal prestación no se hallaba prevista para los trabajadores autónomos, conclusión que se ve ratificada por lo que indica el RD 1273/2003 en sus artículos 5 y 12 que indican expresamente en relación a la Incapacidad Temporal que de no hallarse el causante al corriente de pago se les cursará invitación al ingreso de las cuotas debidas; insistiendo en que el artículo 12 del referido RD 1273/2003 es específico para la Incapacidad Temporal y que la referencia a que debe formularse una invitación al pago es inequívoca.

Régimen Especial Agrario

En la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009, I.L. J 1235, debe dilucidarse si las tareas que realiza el propietario de una pequeña explotación agraria pueden considerarse esporádicas y ocasionales o habituales, dado que el artículo 52.2 del RD 3772/1972 que regula este régimen especial limita la compatibilidad de la pensión de vejez del REA al ejercicio de labores agrarias que tengan dicho carácter ocasional, estableciendo como límites seis días laborables consecutivos o un trimestre al año. El debate tuvo su origen en una actuación de la Inspección de Trabajo, tras la cual el INSS consideró que el interesado había cometido una falta grave por lo que le impuso la sanción de pérdida de tres meses de la pensión de jubilación.

El Tribunal, en primer lugar, constata que las actas de la Inspección de Trabajo están basadas no en la observación directa del inspector sino en manifestaciones del empresario, trabajadores y testigos, por lo que al tratarse de referencias indirectas no gozan de la presunción de veracidad con la fuerza suficiente para imponerse a otras consideraciones fácticas o a las declaraciones de testigos que comparecieron en el acto del juicio, por lo que la pretensión del INSS de revisar en base a tales actas los hechos probados no prospera. Seguidamente analiza el precepto clave, antes citado, para considerar que éste no legitima toda actividad agraria realizada por un jubilado que sea inferior a los límites temporales señalados, sino que se formula inicialmente una regla básica: la pensión de vejez del REA será compatible con tareas esporádicas y ocasionales, y después se indica, sin que “en ningún caso” pueda excederse de dichos límites temporales; en consecuencia, si se excede de dichos límites es claro que habrá infracción, pero por debajo de dichos límites temporales la compatibilidad no es automática sino que requerirá que se trate de tareas esporádicas.

Para dilucidar el carácter esporádico el Tribunal se apoya en los rendimientos obtenidos, siguiendo una sentencia del TSJ de Navarra que cita, por cuanto si los ingresos fueran importantes sería un fuerte indicio de que las labores agrarias realizadas habrían sido importantes y no meramente ocasionales; y como en este caso los beneficios netos de la explotación aparecen como inexistentes ya que la rentabilidad se obtiene sólo gracias a

IX. Seguridad Social

las subvenciones gubernamentales, el Tribunal considera que la labor realizada era compatible con la jubilación del REA.

La STSJ de Extremadura de 17 de julio de 2009, I.L. J 1359, ratifica la concesión de una pensión de viudedad que inicialmente había sido denegada por la entidad gestora alegando la existencia de un descubierto de cotización. El causante había estado en alta durante su vida laboral tanto en el REA como en el Régimen General; a finales de 2006 causó baja médica por Incapacidad Temporal y en poco más de treinta días le rescindieron su contrato de trabajo, se emitió alta médica por mejoría e ingresó en el hospital donde le trataron de graves enfermedades que causaron su fallecimiento al mes siguiente; en este breve periplo final no percibió prestaciones por desempleo aunque anteriormente había estado inscrito como desempleado. El Tribunal rechaza la objeción formulada por la entidad gestora de que el causante no se hallaba en alta debido a que, en los breves días que transcurrieron entre el alta médica extendida por mejoría y su fallecimiento, el causante tuvo que peregrinar por consultas médicas y estar hospitalizado, por lo que resulta de aplicación la doctrina unificada por el Tribunal Supremo –con cita de la STS de 17 de marzo de 2004, I.L. J 1317, entre otras muchas– de atenuar la exigencia del requisito del alta cuando se produjeran casos injustificados de desprotección.

Respecto a la exigencia de que el causante se hallase al corriente de pago de sus cotizaciones, el Tribunal recuerda que el artículo 46.2 del Decreto 3272/1973 que regula el REA indica que tal exigencia se formula sin perjuicio de las excepciones y plazos que se indican en el mismo reglamento, y que en su artículo 53 se prevé que para descubiertos de cuantía inferior a los seis meses de cotización, los causabientes tienen la posibilidad de satisfacer lo adeudado para percibir la pensión causada. Finaliza el Tribunal con una breve consideración acerca del hecho de que el descubierto de cotización fuese de tan sólo 175,56 euros, y que no constase que se había cumplido con la preceptiva invitación al pago.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Incompetencia del orden jurisdiccional social

La STS de 23 de julio de 2009, I.L. J 1340, establece que la competencia para conocer de la pretensión de encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar es de la jurisdicción laboral. El Tribunal Supremo recuerda que, a pesar de que el tema de altas y bajas pueda tener repercusión sobre la recaudación de cuotas, aquí estamos ante un tema de encuadramiento, por lo que no estamos puramente ante materia de gestión recaudatoria, a pesar de que los efectos sobre la recaudación de cuotas puedan ser indirectos.

Según la STSJ de Cantabria de 13 de julio de 2009, I.L. J 1410, la jurisdicción social resulta incompetente para conocer de los supuestos de responsabilidad de la Mutua por

los daños causados por o con ocasión de asistencia sanitaria. Dado que es aplicable la DA Duodécimo de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, redactada conforme a la Ley 4/1999, de 13 de enero, ello implica que la cuestión debe ser conocida por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

B) Ejecución

La STS de 14 de julio de 2009, I.L. J 1306, respecto al ámbito de la ejecución, aclara cuándo proceden los intereses. La sentencia de instancia había condenado al abono del interés legal desde la fecha de la conciliación hasta la fecha de la sentencia. Esta condena de intereses moratorios ha de mantenerse, pero referida ahora a las cantidades que se establecen en esta sentencia. Para el período posterior a la sentencia de instancia, el artículo 576 de la LEC establece un interés igual al interés legal del dinero más dos puntos o el que corresponda por acuerdo de las partes o disposición especial de la ley. Y añade que en caso de revocación parcial el Tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal a su prudente arbitrio. En aplicación de estas normas, hay que distinguir entre la condena de abono de intereses a la empresa y la de la aseguradora. Así, la primera sigue el régimen común, mientras que la segunda se rige por el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, tal como ha sido interpretado por la Sentencia de 16 de mayo de 2007.

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***

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones Generales.

C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección.

c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protecto-

ra. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidades e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios

por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a respon-

sabilidades 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. **2. Jubilación.** A) Jubilación

contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora.

b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Dinámica de la prestación.

e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva.

a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad

e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras

voluntarias b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad

contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos.

b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad perma-

nente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas.

a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad

del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del

beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e

Incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los bene-

ficiarios 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.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 9 a 12 del 2009 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1143 a 1672).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

e) Supuestos especiales

En el caso resuelto por la **STS de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1293, se plantea la cuestión de determinar si los sucesivos contratos por circunstancias de la producción, suscritos por la empresa recurrente con un trabajador, son abusivos a fraudulentos, a efectos de lo dispuesto en el artículo 145 bis de la LPL.

La sentencia recurrida contempla el caso de un cocinero al que la empresa recurrente contrataba todos los años, aproximadamente, desde Semana Santa hasta mediados de octubre. Durante los períodos de inactividad, el trabajador percibió determinadas prestaciones por desempleo, cuyo reintegro, así como el de las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social, pidió el SPEE.

La demanda fue desestimada en la instancia, pero la sentencia de suplicación la estimó por entender que había sido incorrecta la contratación temporal por circunstancias de la producción, que el contrato se debía haber formalizado bajo la modalidad de parcial por tiempo indefinido o fijo periódico y que la obligación de reintegrar del artículo 145 bis LPL existía siempre que se probara la existencia de fraude de ley en la contratación “en los términos definidos en el artículo 6.4 del Código Civil, sin necesidad de que resulte probada la connivencia entre empresa y trabajador (...) y ni siquiera la contratación indefinida que se ha evitado hubiera dado igualmente derecho a ellas, pues la finalidad de la Ley (...) era precisamente el fomento del empleo estable.

La razón de la inclusión del artículo 145 bis LPL fue proporcionar a la Entidad Gestora un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales que le hayan irrogado un perjuicio.

En definitiva, la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada vía artículo 145 bis de la LPL únicamente podría encontrar favorable acogida, cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un perjuicio a la Entidad Gestora.

Por tanto, aunque es cierto que la modalidad contractual utilizada por la recurrente no fue la correcta, y que dada su actividad turística, debió contratar al trabajador como fijo discontinuo, también lo es que con independencia de la forma del contrato, el trabajador

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

tenía derecho a las prestaciones por desempleo que obtuvo ilícitamente, razón por la que no existió un cobro indebido de las mismas que fuese imputable a la empresa, ni un perjuicio para la Entidad Gestora.

f) Compatibilidades e incompatibilidades

En la STSJ de Cataluña, de 28 de abril de 2009, I.L. J 1190, se resuelve sobre el derecho a la prestación por desempleo de la administradora única de una sociedad.

Los preceptos estudiados en este caso son, los artículos 208.1.1 LGSS y 1.1.b) y f) del RD 625/1985, de 2 de abril, así como una numerosa jurisprudencia dictada al respecto.

De dichos preceptos se deduce, que el fundamento de la incompatibilidad entre el cargo de administrador y la prestación por desempleo está en la realización o no de funciones o trabajos materiales para la empresa independientes o ajenos a las actividades propias de los órganos de gobierno.

En el caso resuelto por el TSJ de Cataluña, queda suficientemente probado que la actora tenía el poder de dirección, control y organización de la empresa; no teniendo, por tanto, derecho a la prestación por desempleo, ya que no puede ir en contra de sus propios actos.

F) Gestión, Financiación y Pago

La STSJ de Aragón de 29 de julio de 2009, I.L. J 1395, resuelve el recurso planteado por el actor frente a la denegación de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, por haber sido despedido de su anterior empresa a través de un despido disciplinario por la disminución en el rendimiento habitual.

El SPEE entiende que falta la nota de involuntariedad en la pérdida de su empleo anterior y que por tanto incumple el artículo 203.1 LGSS, valorándose el despido como fraudulento.

Mayoritariamente la Sala viene entendiendo que en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma, sin embargo, más recientemente, la Sala sostiene que si la intención del agente es algo consustancial al fraude, parece lógico entender que aquélla habrá de ser objeto de la correspondiente prueba, cuya práctica es la que genera en el juez de instancia, o en el de suplicación por la vía revisoria, la convicción de que el dato o elemento en cuestión existe o no existe.

En el caso enjuiciado, de los hechos se deriva que el cese en el anterior empleo se instrumentalizó como un medio de financiación de la nueva actividad por cuenta propia, conclusión a la que llega la sentencia impugnada y sin presumir fraude alguno, mediante la prueba de presunciones, partiendo de los hechos probados y deduciendo de ellos que, en realidad, el trabajador demandante no se encontraba en situación legal de desempleo, por no responder su cese a una causa real, sino a la financiación de la constitución de una nueva empresa o actividad por cuenta propia, aprovechando la obtención de la prestación por desempleo en pago único.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa y objetivos de política de empleo

Las SSTSJ de Cantabria, de 9 de junio de 2009, I.L. J 1225; y del TS de 14 de octubre de 2009, u.d., I.L. J 1650, vuelven a resolver sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo y el requisito de cumplir objetivos de política de empleo. En la primera de ellas, en relación con el VII Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Gobierno de Cantabria, se recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que los “objetivos coherentes con la política de empleo”, con los que debe estar claramente vinculada la jubilación forzosa, debe entenderse en el sentido de “mantenimiento o mejora del empleo” que realmente se concreta en tres exclusivos apartados: estabilidad en el empleo (conversión de los contratos temporales en indefinidos); sostenimiento del empleo (contratación de nuevos trabajadores); e incremento en la calidad del empleo (fórmula que hace referencia a medidas de diversa naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo). El incumplimiento de estos requisitos legales supone unas actuaciones empresariales no cumplidas suficientemente, lo que conlleva declarar la existencia de un despido improcedente (no nulo). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de octubre de 2009, I.L. J 1650, que considera que el II Convenio Único para el Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado no cumple los requisitos previstos para el establecimiento de la jubilación forzosa en la Disposición Adicional Décima del ET, ya que se limita a realizar una referencia general a los objetivos genéricos de estabilidad y mejora del empleo público que establezca la oferta de empleo público, siendo obvio que la convocatoria en concurso de la plaza no puede ser una medida de este tipo.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Trabajadores migrantes

En relación con el cálculo de la base reguladora de trabajadores migrantes, la STSJ de Galicia de 18 de mayo de 2009, I.L. J 1157, en relación con un trabajador que acredita períodos de cotización en Suiza y que con anterioridad suscribió convenio especial estando encuadrado en el Régimen Especial del Mar, Instituto Social de la Marina, aplica la doctrina del Tribunal Supremo revisada a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La cuestión que se plantea el Tribunal en esta Sentencia es si el sistema de cálculo que se establece en el artículo 14 del Convenio Hispano Suizo ofrece una solución más ventajosa para el trabajador que la que se obtiene

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de la aplicación del Reglamento comunitario. La Sentencia considera que sí, porque el cálculo sobre bases reales remotas, aún cuando se actualice hasta la fecha del hecho causante, es menos favorable que si la pensión se calcula en la forma indicada en el Convenio, esto es, sobre las bases mínimas de cotización, durante los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, conforme a las que hubieran sido aplicables en España a los trabajadores de la misma profesión que la últimamente ejercida por el trabajador en España.

Por su parte, en la STS de 16 de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1493, se declara que, rompiendo la línea interpretativa anterior como consecuencia de los pronunciamientos de Tribunal de Justicia Comunitario, impidiendo que se puedan tomar en consideración, a los efectos del cálculo de la pensión teórica española, las bases medias de cotización de los últimos años trabajados por el interesado en el extranjero, debiendo calcularse sobre las bases de cotización reales del asegurado. A pesar de ello, el Tribunal Supremo precisa que la doctrina de esa Sala sobre las “bases medias” continúa siendo de aplicación, si bien circunscrita a los supuestos de trabajadores que tienen acreditadas cotizaciones a nuestro sistema de Seguridad Social y también a la Seguridad Social de otros países de la Unión Europea, concurriendo, además, la existencia de un Convenio Bilateral de Seguridad Social entre España y otro país, de resultar dicho Convenio más favorable.

d) Dinámica de la prestación

– Revisión de la base reguladora

La cuestión planteada en la STS de 22 de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1487, es la relativa a la fecha de efectos económicos que haya de darse a la rectificación de la base reguladora de la pensión de jubilación que inicialmente le había sido reconocida al actor, ex trabajador de la ONCE. La Sentencia declara la aplicación del plazo de tres meses anteriores a la solicitud de revisión, como fecha de efectos económicos, sin que opere la regla de retroactividad máxima de cinco años. Y ello porque en este caso no puede considerarse la existencia de un “error material, de hecho o aritmético” en la determinación de la base reguladora, sino que se trata de una defectuosa interpretación jurídica en orden a la calificación de la naturaleza del vínculo laboral de los trabajadores de la ONCE y de la correspondiente cotización [los primeros convenios colectivos calificaron dicha relación como la de carácter especial prevista en el artículo 2.1.f) del ET hasta que el Tribunal Supremo reconoció que la verdadera naturaleza de la relación era la correspondiente a un contrato de trabajo de carácter común].

e) Jubilaciones anticipadas

– Coeficientes reductores de edad

La cuestión planteada en la STS de 13 de julio de 2009, u.d., I.L. J 1320, consiste en determinar si al personal de vuelo que se dedica al transporte de personas y mercancías, en concreto a los pilotos, le son de aplicación los coeficientes reductores de edad para la pensión de jubilación, que vienen establecidos en el RD 1559/1986, de 28 de junio, por

el que se reduce la edad de jubilación al personal de vuelo de trabajos aéreos. La Sentencia declara efectivamente la aplicación a estos supuestos de los señalados coeficientes reductores, ya que concurren en ellos las especiales condiciones de peligrosidad y penosidad en que se desarrollan tales trabajos y se produce el “prematureo envejecimiento” propio de las condiciones de la actividad aeronáutica, con la consiguiente retirada de licencias de vuelo antes de cumplir los 65 años. Por todo ello, resulta inexplicable y contrario a razón que se otorgue el referido beneficio de reducción de edad sólo al personal de las compañías de trabajo aéreos y no se aplique al personal de vuelo de transporte aéreo de personas y mercancías.

– Prejubilación por ERE

Nuevamente, en el caso de prejubilaciones por ERE, se declara en la **STSJ de Castilla y León (Burgos), de 8 de julio de 2009**, I.L. J 1413, que en estos casos no puede hablarse de que el origen de la jubilación sea voluntario, aun cuando el actor hubiera optado por la prejubilación en lugar de la extinción indemnizada del contrato de trabajo, puesto que tanto en una u otra opción la extinción de la relación laboral era consecuencia obligada. Es decir, que en estos casos no nos encontramos ante el caso de un mutuo acuerdo extintivo en la finalización de la relación laboral, sino por el contrario, en la aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario –aprobada, eso sí, por la autoridad laboral–, en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador, tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada asimismo involuntaria. En consecuencia, se debe fijar un coeficiente reductor de la pensión de jubilación de un 6%.

– Prejubilación en la minería del carbón: ayudas

Varias sentencias plantean la determinación del papel que juegan los distintos topes establecidos en los párrafos 1º y 2º del artículo 9.4º del RD 808/2006, de 30 de junio, en el que se establece el régimen de ayudas por costes laborales mediante prejubilaciones, destinadas a cubrir cargas excepcionales vinculadas a planes de racionalización y reestructuración de la actividad de las empresas mineras del carbón, en orden a la fijación del importe final de la “cantidad bruta garantizada” en concepto de ayudas a cargo del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras. En dicha norma se establecen los criterios de cuantificación de dichas ayudas. Las **SSTS de 6 de octubre de 2009**, u.d., I.L. J 1505; **de 5 de octubre de 2009**, I.L. J 1507; **de 21 de septiembre de 2009**, I.L. J 1574; y **de 14 de octubre de 2009**, I.L. J 1590, establecen que si la cantidad bruta garantizada en función de las bases máximas (“no podrá exceder, en ningún caso, del importe de la base máxima de cotización por contingencia por accidentes de trabajo del RGSS vigente en la fecha en la que se extinga la relación laboral”) y/o de la media de las bases normalizadas (“ni ser inferior al 80% de la media de las bases normalizadas correspondientes a las categorías en las que hubiera cotizado el trabajador en el período de los 6 últimos meses anteriores a la fecha de extinción”), conforme al primer párrafo del artículo 9.4º, resultara que así calculada excediera en más o fuera inferior en menos del 8% del 80% del salario medio percibido por el

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

trabajador, entran en juego los topes del párrafo 2º de dicho artículo y debería reducirse hasta dicha cuantía y si por el contrario fuera inferior debería incrementarse.

f) Compatibilidades e incompatibilidades

La STSJ de Cantabria, de 11 de junio de 2009, I.L. J 1221, declara la incompatibilidad de pensiones en el caso de intercomunicación de regímenes, en este caso concreto en Régimen General, RETA y Régimen de Clases Pasivas. Frente a la argumentación del recurso en el sentido de que las cotizaciones a la Seguridad Social no computadas para la jubilación por incapacidad permanente de Clases Pasivas serían suficientes para lucrar la pensión de jubilación, se señala que la incompatibilidad se vincula al mero hecho de la intercomunicación para complementar el período mínimo de cotización exigido, o para la determinación del porcentaje aplicable, o para ambas cosas a la vez, excluyendo la pretendida facultad de atribuir el cómputo de determinadas cuotas o períodos cotizados a uno u otro Régimen, según los intereses del beneficiario y sin el efecto legal de la incompatibilidad.

Por otro lado, la STSJ de Cantabria, de 12 de junio de 2009, I.L. J 1223, declara la incompatibilidad de las prestaciones de jubilación con la pensión de incapacidad permanente absoluta previamente reconocida ya que no se ha producido superposición de cotizaciones durante quince años, necesaria para la compatibilidad de prestaciones según el artículo 161.4 LGSS.

Sí se declara la compatibilidad de la pensión de jubilación del Régimen Especial Agrario con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional (que en ningún caso puedan llevarse a cabo más de 6 días laborales consecutivos ni invertir en ellos un tiempo que exceda de un trimestre por año) en la STS de Castilla y León (Burgos), de 17 de junio de 2009, I.L. J 1235.

D) Previsión Social Voluntaria

b) Planes de Pensiones

– Externalización de compromisos por pensiones

La cuestión litigiosa planteada en la STS de 22 de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1578, se centra en determinar si se ha llevado a cabo la exteriorización o externalización de los compromisos por pensiones en el caso de los trabajadores afectados por este conflicto de conformidad con las previsiones convencionales contenidas en el II Convenio Colectivo del Grupo Unión FENOSA, para sustentar en definitiva el derecho al resarcimiento que se postula. Del relato fáctico resulta que las empresas del Grupo FENOSA han exteriorizado los compromisos por pensiones ajustándose a la normativa convencional y la reguladora de estos supuestos a través de un procedimiento que encaja en los habituales del mercado y que cumple con la finalidad protectora de los derechos de los trabajadores. El hecho de que una modificación legislativa posterior determine que las primas de regularización tengan un tratamiento fiscal más perjudicial para los afectados no conlleva la inadecuación del proceso de exteriorización. Esta financiación de los seguros colectivos de vid que ins-

trumentan tales compromisos verificada por Unión FENOSA, combinando el pago de una prima única con primas adicionales para ajustar o cubrir las desviaciones sobre hipótesis no asegurables como la jubilación anticipada, siguiendo en la exteriorización pautas de uso general en el mercado, y esencialmente lo prevenido en la norma de cobertura, no puede dar lugar a declarar el derecho al resarcimiento postulado en la demanda, pues se trata de un cambio legislativo que incide sobre los derechos de Seguridad Social, concretamente en materia de mejoras.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

b') Incapacidad permanente parcial

La disminución del rendimiento normal que caracteriza la IP Parcial (artículo 137.3 LGSS), consistente en una disminución no inferior al treinta y tres por ciento de su rendimiento laboral en el desempeño de su profesión habitual, y sin que le impida la realización de todas o las más importantes tareas de la misma. Esta disminución puede concurrir “no solamente atendiendo a lo que objetivamente puede rendir el trabajador afectado, sino teniendo en cuenta también la mayor peligrosidad o penosidad que comporta al mismo la realización de determinadas tareas” (STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2009, I.L. J 1191).

e') Gran invalidez

Lo determinante en situaciones de ceguera total, como también en aquellas situaciones equiparables a ella, es que sea necesaria la colaboración de terceras personas para la realización de determinadas actividades esenciales de la vida, pues “si la visión restante hace innecesaria la asistencia de otra persona para la realización de tales actos”, procede la denegación de la Gran Invalidez (STSJ de Asturias de 5 de junio de 2009, I.L. J 1241). El reconocimiento de dicho grado o la existencia de tal situación no requiere de una múltiple imposibilidad para realizar todos y cada uno de los actos ejemplificados (en el artículo 137.6 LGSS), y que dicha imposibilidad puede alcanzar asimismo a otras actividades no expresamente enumeradas, lo que permite considerar que la valoración de la concurrencia de los requisitos del artículo 137.6 LGSS se sujeta a la acreditada necesidad del concurso de un tercero para realizar alguna actividad esencial de la vida cotidiana o de la inexistencia de autosuficiencia o independencia para su realización por el afectado por las lesiones que se valoran. En supuestos de pérdida prácticamente total de la visión, la condición exigida se liga a la imposibilidad de desplazamiento autónomo, de suerte que la falta de autonomía viene condicionada por la falta de visión. La gran invalidez, tal como se configura por el artículo 137.1.d) LGSS, “no viene determinada por una absoluta falta de autonomía para subsistir y enfrentarse a la vida cotidiana, sino para hacerlo en algunos actos que se entienden esenciales para llevar una vida autónoma y mínimamente digna” (STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2009, I.L. J 1194).

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”, 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) (STS de 22 de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1580). Cuando se trata de trabajadores fijos discontinuos, el cálculo de la base reguladora relativo al tiempo comprendido “entre campañas” tendrá la consideración de lagunas de cotización, que habrán de integrarse con las bases mínimas de cotización correspondientes a la actividad contratada (la totalidad de la jornada realizada durante la campaña en que se prestan los servicios), esto es “en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuados en la campaña correspondiente” (STS de 21 de septiembre de 2009, u.d., I.L. J 1479).

d) Dinámica de la protección

La revisión del grado de incapacidad laboral por agravación viene condicionada por la necesidad de que, después de comparar las secuelas que determinaron la declaración de invalidez permanente, en el grado que fuere, con todas las que presenta el incapacitado en el momento actual, se llegue a la conclusión de que inciden más desfavorablemente en su capacidad laboral, hasta alcanzar el nuevo grado que se pretende, debiendo resaltarse que lo trascendente no es el agravamiento en sí de las lesiones, sino la repercusión que el mismo tiene sobre la capacidad laboral. Para que prospere una revisión del grado de invalidez es preciso que concurren dos circunstancias: a) que se haya producido un empeoramiento de las dolencias primitivas o que, por la concurrencia de éstas con otras aparecidas con posterioridad, se haya agravado el cuadro clínico del trabajador; b) que dicho empeoramiento o agravación repercuta en su capacidad laboral, de tal forma que le inhabilite para la realización de actividades que antes sí podía llevar a cabo y le provoquen un grado superior de invalidez (ex artículo 143 LGSS) (STSJ de La Rioja de 4 de junio de 2009, I.L. J 1253; STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de julio de 2009, I.L. J 1230; STSJ de Asturias de 24 de julio de 2009, I.L. J 1399).

e) Compatibilidades e incompatibilidades

El reconocimiento de la pensión de Gran Invalidez es compatible con el desempeño de trabajo por cuenta ajena apropiado o compatible con la situación del inválido. La STS de 14 de octubre de 2009, u.d., I.L. J 1595, reafirma la compatibilidad del cobro de una pensión por IPA o GI con una actividad laboral. Para ello se basa en una interpretación literal del artículo 141.2 LGSS, donde se señala que la pensión no impedirá aquellas actividades compatibles, junto con la idea de que una posición contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT que al incapaz declarado en IPA o GI, al que se negaría toda actividad —e ingresos— extramuros de la marginalidad. Además la incompatibilidad “tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo

trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras (...), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (...) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido”. Del mismo modo, el TS considera que este “planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), que consienten pluralidad de actividades laborales –a jornada completa– a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa –en el indicado marco de actividades sedentarias– un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida”.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

En relación con el requisito [artículo 172.1.a) de la LGSS] de que el causante cumplan la condición general exigida en el artículo 124, es decir, que se encuentre en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada, la **STSJ de Extremadura, de 16 de noviembre de 2009**, concede la pensión de orfandad en un supuesto en el que realiza una atenuación de la exigencia de este requisito, mediante lo que aquí se ha comentado en otras ocasiones y que se conoce como interpretación humanizadora que pondera las circunstancias del caso. En el supuesto que juzga, considera que la falta de renovación de la demanda de empleo por parte del causante, no supone la voluntad de apartarse del mundo laboral, pues el fallecimiento se produce días antes de que finalizara un curso de formación impartido por el servicio público de empleo, de lo que se deduce que la falta de renovación de la demanda de empleo un mes antes, no supuso que no pretendía encontrar empleo, puesto que la intención de trabajar se desprende de que estaba realizando dicho curso.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

El artículo 174.2 de la LGSS, en su redacción dada por la reforma operada en 2007, subordina el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de separación o divorcio, a la existencia de una dependencia económica del fallecido por parte del supérstite, como corresponde a una prestación que se aleja de estrictos planteamientos de contributividad y se caracteriza como renta de sustitución frente a situaciones de necesidad que hasta la muerte del causante venían siendo atendidas por la pensión compensatoria civil; sobre este aspecto, la **STSJ de Aragón, de 23 de septiembre de 2009**, I.L. J 1628, deniega la pretensión de pensión de viudedad, en un supuesto en el que aunque inicialmente se reconocía pensión compensatoria, dicha pensión fue dejada sin efecto por sentencia dictada en segunda instancia años más tarde, y es que el texto que aquí se interpreta no deja en la actualidad

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

margen a la duda, ya que lo en él dispuesto resulta claro y terminante: se precisa “en todo caso”, como condición generadora del derecho a la pensión de viudedad, el dato objetivo de la percepción de una prestación compensatoria, en los términos prevenidos en el artículo 97 del Código Civil, y ello al tiempo del fallecimiento del causante –no inicialmente y luego dejada sin efecto, es decir, que la misma se extinga por razón del óbito–. La razón de esta “nueva” condición puesta por el legislador, no es otra que hacer depender el derecho prestacional de la situación económica de dependencia que pudiera tener el beneficiario, asumiendo la pensión de viudedad en estos casos, los caracteres de una verdadera renta de sustitución, todo ello de conformidad con la doctrina constitucional asentada en sentencias del TC 184/1990, de 15 de noviembre, y 15/1991, de 14 de febrero, que considera que la pensión de viudedad tiene por estricta finalidad “compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite, y en general afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad”.

La STSJ de Madrid, de 30 de junio de 2009, I.L. J 1978, siguiendo esta doctrina, deniega la pensión de viudedad, en un supuesto en el que la separada legalmente del causante, había renunciado en su momento a la pensión compensatoria (renuncia que es válida jurídicamente –artículo 6.2 del Código Civil); y es que esa renuncia elimina la condición de sujeto dependiente del causante, que es en la actualidad, tal y como hemos argumentado, la condición que el legislador ha contemplado para poder generar la protección del sistema en estos casos.

b) Orfandad

La STSJ de Castilla la Mancha, de 3 de septiembre de 2009, I.L. J 1563, recuerda que el artículo 177.1 del Código Civil establece, en relación con la adopción, que habrá de consentirse ésta en presencia del Juez, por el adoptante o adoptantes, lo que determina, que se debe denegar la pensión de orfandad en el caso que juzga, pues el fallecimiento del causante se produce antes de este hecho, aunque iniciada la tramitación de la adopción (si bien el artículo 176.3, también del Código Civil, señala para tres específicos supuestos, que podrá constituirse la adopción, si el fallecido hubiera ya prestado ante le Juez su consentimiento); es cierto que la claridad de esta regulación civil (previo y necesario trámite al reconocimiento de la pensión de orfandad), impide poder realizar una interpretación extensiva, toda vez que el supuesto viene expresamente contemplado en la norma general (y sus excepciones), y a la misma hay que atenerse por sometimiento a la legalidad. Sobre este supuesto es oportuno considerar que el legislador social (artículo 176.1 de la LGSS), y en cuanto a la orfandad, podía establecer una previsión legal que permitiera una distinta interpretación, por ejemplo, reconociendo el derecho con la simple acreditación de la iniciación del procedimiento de adopción, y no lo que hace en la regulación actual, que simplemente reconoce el derecho a la prestación cualquiera que sea la naturaleza de la filiación (en régimen de igualdad, aunque olvidando los supuestos de acogimiento –pre-adoptivo o permanente–), y por consiguiente y como condición, siempre que concurra alguna de las situaciones de filiación previamente establecidas.

La cuestión que se plantea en casación unificadora y que a nuestro parecer resuelve de forma acertada la STS de 10 de noviembre de 2009, I.L. J 2036, consiste en determinar si

impide o no el acceso a la pensión de orfandad, de un huérfano de edad igual o superior a dieciocho años pero incapacitado para el trabajo, la mera circunstancia de que, a pesar de su estado patológico incapacitante, haya prestado servicios por cuenta ajena (artículo 175.1 de la LGSS).

La jurisprudencia unificadora, hasta la fecha, ha interpretado que para el reconocimiento de la pensión de orfandad a los mayores de 18 años en razón a su incapacidad, no es necesaria la previa declaración de incapacidad en expediente administrativo específico, sino que la apreciación de la incapacidad para el trabajo puede y debe realizarse en el propio expediente que decide sobre la prestación de orfandad (entre otras SSTs de 4 de noviembre de 1997 y 10 de febrero de 1998).

Igualmente ha establecido la jurisprudencia unificadora que la incapacidad para el trabajo se exige que sea análoga a la incapacidad permanente absoluta o a la gran invalidez, argumentándose, que el artículo 16.3 de la OM de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia, precisa que la incapacidad para el trabajo a que se refiere el vigente artículo 175 de la LGSS, debe ser entendida como “incapacidad para todo trabajo” en los términos señalados en la propia Orden, es decir, que tal incapacidad es la de carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio, sin que esta regulación reglamentaria sea contraria al tenor literal de la norma legal ni tampoco a la finalidad de la misma, que es la de proteger como pensionista a los huérfanos mayores de cierta edad que carezcan por completo de capacidad de trabajo, pero no a los que dispongan de una capacidad aunque sea limitada para ciertas actividades (entre otras STS de 28 de abril de 1999).

Ahora bien, aceptada esta doctrina unificadora, no puede obviarse que la propia normativa de seguridad social acepta la compatibilidad de la pensión de orfandad con las rentas de trabajo del huérfano mayor de 18 años incapacitado para el trabajo (artículo 179.2. de la LGSS y el artículo 10.1 del RD 1647/1997, disponiendo este último, que “la pensión de orfandad de beneficiarios (...) que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, será compatible con cualquier renta de trabajo (...) del propio huérfano”).

A ello hay que añadir la reiterada doctrina unificadora que permite la compatibilidad de la pensión de incapacidad y la realización de actividad laboral, pues “el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el artículo 35 de la CE y lo corroboran los artículo 141.2 de la LGSS, y 2 del RD 1071/1984” (en este sentido y entre otras las SSTs de 23 de noviembre de 1987 y 20 de febrero de 1989).

Por todo ello se puede concluir (fundamento quinto de la **STS de 10 de noviembre de 2009** antes citada), que la mera circunstancia de que el huérfano (con un grado de discapacidad del 74%), hubiera trabajado como auxiliar administrativo en fechas posteriores al reconocimiento de la pensión de orfandad, no puede impedir o enervar tal calificación, pues el posterior trabajo por cuenta ajena del huérfano incapaz en ningún momento se ha cuestionado que no fuera compatible “con el estado del inválido”, o que pudiera representar “un cambio de su capacidad de trabajo”, tanto más cuanto de los propios hechos

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

probados y de los razonamientos de la sentencia impugnada se deduce que precisamente dicho estado patológico se ha ido progresiva y significativamente agravando.

A ello hay que añadir, que si la aptitud laboral del huérfano resulta simplemente residual y encuadrable en el artículo 141.2 de la LGSS, sin que se pueda admitir su calificación como expectativa laboral seria y valorable en el mercado de trabajo, que es la única que debe tenerse en cuenta para determinar el correcto grado invalidante, es posible reconocer la pensión de orfandad (STSJ de Galicia, de 11 de septiembre de 2009, I.L. J 1471).

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) Infracciones en materia de extranjería.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica persigue el doble objetivo de ofrecer las principales aportaciones, tanto normativas como judiciales, que en el último período se han producido en el ámbito del Derecho Administrativo Laboral.

a) En el primero de estos terrenos, es necesario destacar las abundantes novedades normativas aparecidas en los últimos meses en esta materia.

Sin duda, especial importancia alcanzan los cambios introducidos por La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. En primer lugar, mediante su Disposición Final Tercera.Uno, esta Ley ha dado nueva redacción al artículo 31 LGSS, regulador de las actas de liquidación: en concreto, la principal variación se dirige a modificar el procedimiento administrativo, de forma que, a partir de ahora, las actas de liquidación notificadas se elevarán a definitivas tras dar audiencia al interesado “mediante acto administrativo de la Dirección General o de la respectiva Dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, a propuesta del órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” —y ya no mediante acto administrativo del respectivo jefe de la unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que era la previsión que regía hasta el momento—. En segundo término, a través de su Disposición Final Sexta se introduce una modificación en el apartado Tres del artículo 48 de la Ley 62/2003: recordemos que en este precepto se ordena que la sanción a imponer a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo debe incrementarse en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta; pues bien, el cambio normativo sobre esta previsión se centra en el procedimiento de recaudación de

este incremento, respecto al que ahora se indica que se recaudará conjuntamente con el importe de la sanción, debiendo transferirse periódicamente las cantidades recaudadas a la Tesorería General de la Seguridad Social. Por último, en su Disposición Final Duodécima también se ha modificado el artículo 48 LISOS, a efectos de dar un nuevo tenor a su apartado 5, en el que, ahora, de forma separada, se regula la competencia para sancionar las infracciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores, sin que se diferencie ya el tratamiento a recibir por las leves y graves y por las muy graves: en concreto, conforme a ese propósito unificador con independencia de la gravedad de la infracción, el precepto actual dispone que la imposición de sanciones por estos ilícitos “corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente, salvo que la sanción afecte a las prestaciones por desempleo, en cuyo caso la competencia corresponde a la entidad gestora de éstas”.

Asimismo, la normativa reglamentaria en materia inspectora y sancionadora ha sido también objeto de modificación, a fin de adaptarse a los cambios que, como ya se destacó en la crónica anterior, fueron introducidos por la Ley 25/2009 sobre la Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En su momento ya se subrayó que esas variaciones incorporadas a la Ley inspectora están dirigidas a asegurar la colaboración entre autoridades con competencias para iniciar procedimientos sancionadores en los distintos Estados miembros, admitiéndose que la Inspección pueda valorar los datos o antecedentes que obren en las Administraciones de dichos Estados y previendo la interrupción de los plazos para desarrollar su actuación probatoria en caso de existir dificultades en la cooperación administrativa internacional. Pues bien, al objeto de acomodarse a estos cambios legales, se han introducido los correspondientes ajustes reglamentarios. De una parte, el RD 107/2010, de 5 de febrero, ha modificado diversos preceptos del RD 138/2000, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: en concreto, los cambios han recaído sobre los artículos 15.1.c), 17.1 y 3 y 47.4. De otra, también el RD 103/2010, de 5 de febrero, ha introducido variaciones en el texto del RD 928/1998, regulador del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social: en este caso, a tales efectos se modifica el artículo 8.2 y se incorpora el artículo 11.7; pero al mismo tiempo –y por razones diversas–, también se aprovecha para dar nuevo tenor a su artículo 25.1 –con el fin de señalar que, a partir de ahora, la recaudación de las sanciones pecuniarias impuestas por la Administración estatal, excepto por infracciones sobre Seguridad Social, corresponderá “en período voluntario a las Delegaciones de Economía y Hacienda y en período ejecutivo a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria”–, e igualmente, se modifican asimismo los apartados 1.d) y e) de su artículo 32 –con el objeto de introducir algunas variaciones en los requisitos de contenido de las actas de liquidación–; en cambio, resulta llamativo que no se hayan introducido cambios en su artículo 33, a efectos de ajustar la regulación reglamentaria del procedimiento administrativo de liquidación a la nueva redacción, ya comentada, que ha recibido el artículo 31 LGSS.

Finalmente, por lo que se refiere a aspectos de organización, cabe hacer mención a otras dos novedades normativas de alcance diverso. Por un lado, la aprobación del RD 1854/2009,

XI. Administración Laboral

de 4 de diciembre, por el que se modifican las normas reguladoras de la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo e Inmigración (RRDD 1129/2008 y 438/2008), como consecuencia de la creación en su seno del “Gabinete para el Diálogo Social, con rango de Secretaría General”. Por otro, también cabe subrayar la aprobación del RD 38/2010, de 15 de enero, por el que se modifican diversos preceptos del RD 1993/1995, regulador del Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social: principalmente, su artículo 12 –sobre servicios sanitarios y recuperadores–, su artículo 13 –sobre actividades preventivas–, su artículo 14 –sobre coordinación–, y su artículo 35 –respecto al Director Gerente–, así como también se añade un nuevo Título III, sobre colaboración y cooperación entre mutuas (artículos 91 a 121).

b) Por su parte, como segundo objetivo, la presente crónica está dirigida a destacar los principales pronunciamientos judiciales que en materia de Derecho Administrativo Laboral aparecen publicados en los números 9 a 12 de 2009 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, al tiempo que también se da cuenta de algunas otras sentencias dictadas en este tema por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional durante los meses de julio a octubre de 2009. A esta labor se dedican los siguientes epígrafes.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

En este ámbito, la STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1243/2002), constituye un nuevo pronunciamiento que vuelve a insistir en la idea de que el trámite de audiencia previsto en el artículo 18.4 RD 928/1998 sólo resulta exigible cuando de la instrucción se desprendan hechos distintos a los reseñados en el acta, por lo que, no derivándose tal circunstancia del escrito de alegaciones y de las diligencias probatorias, su omisión no constituye irregularidad alguna en el procedimiento administrativo sancionador. Además, a mayor abundamiento y con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional, la Sentencia recuerda que, aun cuando se apreciara la existencia de este defecto procedimental, la ausencia de dicho trámite sólo alcanzaría relevancia si hubiera generado indefensión al imputado.

También cabe aludir a la STSJ de Madrid de 23 de junio de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 1270, en la que se hace aplicación de un precepto incluido en la regulación del proceso de oficio, pero con evidente incidencia sobre el procedimiento administrativo sancionador. Concretamente, esta Sentencia se dicta en un proceso de oficio iniciado tras haberse extendido acta de infracción por apreciación de una conducta empresarial contraria a la dignidad de la trabajadora y a su derecho a la ocupación efectiva. Se da la circunstancia de que, tras la actuación inspectora, la empresa y la trabajadora habían alcanzado en acto de conciliación un acuerdo de cese indemnizado. Pues bien, en atención a este hecho, la Sentencia aplica al caso la previsión contenida en el artículo 148.2.c) LPL, por el que se declara que “los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan sólo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados a presencia del Inspector de Trabajo que levantó el acta, o de la autoridad laboral”. Por ello, no habiéndose

alcanzado el acuerdo en estas circunstancias, el Tribunal niega que dicho pacto de cese indemnizado tenga efecto alguno sobre el acta de infracción.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la **STSJ de Extremadura de 15 de octubre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1320/2008), relativa al principio *non bis in idem* en materia de sanción administrativa y penal sobre el trabajo de extranjeros sin autorización administrativa. Con todo, a efectos de evitar reiteraciones, su comentario se remite al epígrafe correspondiente a las infracciones sobre esta materia [*infra*, 2.C).c)].

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

No constituyen ninguna novedad las sentencias que, una vez más, reiteran el fundamento, caracteres y alcance de la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo —es el caso de la **STS de 23 de septiembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 1324—. De entre ellas, no obstante, merece la pena destacar dos pronunciamientos.

En primer lugar, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de octubre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1243/2002), en la que se pone el acento sobre la suficiencia del contenido de las actas a efectos de atribuirles valor probatorio. Lo cierto es que, de entrada, la Sentencia empieza recordando la doctrina constitucional sobre la presunción de certeza de las actas y la conocida doctrina jurisprudencial de que su eficacia probatoria queda limitada a los hechos percibidos directamente por el Inspector o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por *medios de prueba consignados en la propia acta*. Pues bien, es precisamente la importancia que adquiere esta última exigencia la que dota de interés a este pronunciamiento, por cuanto el hecho de que el Subinspector actuante no especificara en el acta de infracción las comprobaciones realizadas para conocer la identidad y la nacionalidad extranjera de determinados trabajadores constituye la razón por la que el Tribunal no acepta extender la presunción de certeza a la afirmación inspectora de que estamos ante personas de “nacionalidad ecuatoriana”. Por ello, en tanto finalmente no se considera acreditada su extranjería, la Sentencia declara que no cabe entender cometida la infracción respecto a estos trabajadores y sólo mantiene la sanción por la contratación de otros trabajadores extranjeros respecto a los que sí se había hecho constar el pasaporte.

“En cuanto al tema de fondo se alega que la presunción de veracidad del acta de la Inspección, en la que se basa la resolución sancionadora, no puede alcanzar al extremo que se recoge en la misma sobre la afirmación de que los 5 trabajadores cuyo pasaporte no se reseña fueran de nacionalidad ecuatoriana como se dice en ella, ya que no se expresa ninguna indicación sobre los medios empleados por los Inspectores para efectuar esa comprobación.

(...)

Pues bien, siendo cierto que en el acta no se detallan cuáles han sido las comprobaciones efectuadas por la Inspección para dejar constancia de la identidad y nacionalidad de las

XI. Administración Laboral

cinco personas, cuyo pasaporte no se consignó, hemos de concluir, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, que la presunción de certeza del acta no ampara las afirmaciones contenidas en la misma acerca de la identidad y nacionalidad de dichas personas, con la consecuencia de que, al no quedar acreditada la extranjería de aquéllas, no pueda estimarse cometida la infracción sancionada respecto de ellas, debiendo, pues, reducirse la sanción impuesta a la cuantía de 13.000.013 pesetas”.

El segundo pronunciamiento a resaltar es la **STSJ de Madrid de 6 de julio de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2746/2009), que centra su atención en otra de las características de esta presunción de veracidad: su carácter *iuris tantum*. En concreto, la Sentencia analiza el valor probatorio de las actas inspectoras en el curso de un proceso laboral de oficio, en el que, recordemos, el artículo 148.2.d) LPL dispone que “las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe *salvo prueba en contrario*, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada”. En el caso, la valoración de la prueba practicada en el juicio permite inferir conclusiones distintas a las estimadas por la Inspección de Trabajo, de ahí que, finalmente, no se haga valer la presunción de certeza de las actas (artículo 97.2 LPL).

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

En este terreno, el interés se centra en la **STS de 23 de septiembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 1324, mediante la que se confirma la imposición de doble sanción por la comisión de dos infracciones muy graves que se consideran diferenciadas y autónomas: la prevista en el artículo 12.9 LISOS en relación con el artículo 13.6 LISOS –superar los límites de exposición a los agentes nocivos que originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes– y la tipificada en el artículo 12.8 LISOS en relación con los artículos 12.16 y 13.10 LISOS –incumplimiento de obligaciones de formación e información y falta de adopción de medidas preventivas que originen un riesgo grave e inminente–. Probablemente, uno de los aspectos más destacables de esta Sentencia reside en el rechazo que hace de la existencia de imprudencia temeraria por parte del trabajador, a la vista de la tácita negación de la empresa y de la responsabilidad de ésta por falta de adopción de medidas de seguridad.

“No es baladí el argumento que contiene la Sentencia en el sentido de que el accidente fue considerado por la empresa como un accidente laboral o de trabajo y que, en consecuencia, esa calificación como tal excluye la concurrencia en el mismo de la imprudencia temeraria del trabajador puesto que así lo expresa el artículo 115.4.b) de la Ley General de Seguridad Social. Es significativo que sobre esa cuestión nada diga el motivo cuando precisamente el argumento que lo sustenta de forma esencial es precisamente el hecho de la conducta temeraria del jefe de turno, y es que, no en vano, aún de concurrir esa circunstancia, lo que por otra parte en modo alguno se ha acreditado, no es menos cierto que la Ley citada

excluye de esa calificación el supuesto al que se refiere el número 5.b) de ese mismo precepto cuando en el accidente concurriera culpa civil de la empresa.

A los efectos del motivo es necesario insistir en lo expuesto más arriba acerca del contenido de la Sentencia en cuanto a la valoración de la prueba, y la responsabilidad en que incurrió la empresa al no adoptar no ya medidas de prevención sino de seguridad para solventar adecuadamente una incidencia en el sistema de producción de tanta gravedad como el que acontecía en la unidad en la que el hecho se produjo”.

b) Infracciones en materia de Seguridad Social

En relación a los ilícitos sobre este tema, merece la pena destacar un par de sentencias, ambas relacionadas con las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, pero en materias y con posiciones muy distintas.

La primera de ellas es la **STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 1159, que se pronuncia sobre la entidad competente para imponer la sanción de suspensión de la prestación de incapacidad temporal por haber realizado la interesada trabajos durante su percepción (artículos 25.1 y 47 LISOS). Al respecto, y tras reproducir la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema, la Sentencia afirma que la facultad para imponer esta sanción queda reservada a las entidades gestoras de la Seguridad Social (artículo 48.4 LISOS –actual artículo 48.5 LISOS, tras la comentada reforma introducida por la Ley 26/2009; *vid. supra*, 1–). Por ello, declara que debe considerarse nula la sanción impuesta por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

La segunda es la **SAN de 15 de julio de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 234/2008). En ella, la Audiencia Nacional confirma la sanción impuesta a una Mutua por incurrir en el ilícito previsto en el artículo 29.4 LISOS, por el que se tipifica como infracción muy grave “concertar, utilizar o establecer servicios sanitarios, de prevención de accidentes, de recuperación o de rehabilitación propios o de terceros, sin la previa autorización del organismo competente”. Al respecto, la Sentencia razona que, conforme a los apartados 4 y 5 del artículo 12 RD 1993/1995 –en su redacción previa al reciente RD 38/2010 (*vid. supra*, 1)–, las Mutuas pueden hacer efectivas las prestaciones sanitarias y recuperadoras a su cargo mediante conciertos con otras entidades, pero previa autorización del Ministerio de Trabajo. En otro caso –esto es, de no realizarse la prestación con medios propios o ajenos autorizados–, el Tribunal indica que no procede abonar los gastos por asistencia sanitaria y recuperadora, salvo en situaciones de riesgo vital (artículo 4.3 RD 1030/2006). En el supuesto enjuiciado, no se constata que todas las asistencias sanitarias realizadas por otras entidades sin concierto autorizado se deban a tales situaciones de riesgo vital. Por ello, la Sentencia ratifica la sanción, impuesta además en su grado máximo, en atención a la intensidad del incumplimiento –en concreto, la infracción se extiende a la gran mayoría de entidades que han prestado estos servicios para la Mutua (el 84%), y el importe abonado por estos conceptos asciende al 67%, alcanzando al 65% de los trabajadores atendidos–.

c) Infracciones en materia de extranjería

En esta materia adquiere especial protagonismo la **STSJ de Extremadura de 15 de octubre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1320/2008), que acaba anulando la sanción administrativa impuesta a un empresario por haber contratado a nueve trabajadoras extranjeras que no disponían de autorización para trabajar (artículo 54.1 LO 4/2000). El motivo de esta decisión reside en que simultáneamente al procedimiento administrativo sancionador, se estaba tramitando un proceso penal por los mismos hechos, en el que se imputaba al empresario el delito tipificado en el artículo 312 CP, por el que se sanciona a quienes empleen súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen o restrinjan los derechos reconocidos por el ordenamiento. A juicio del Tribunal, nos encontramos ante unos mismos hechos que podrían acabar siendo sancionados dos veces, sin que se aprecie que una y otra sanción –la administrativa y la penal– respondan a fundamentos distintos. Por ello, dado el necesario respeto al principio *non bis in idem*, la Sentencia reprocha a la Administración que, siendo conocedora de la tramitación del juicio penal, no haya declarado la suspensión del expediente administrativo sancionador, conforme ordenan los artículos 3.2 LISOS y 5 RD 928/1998. El incumplimiento del mandato contenido en estos preceptos es, pues, el que conduce al Tribunal a anular la resolución administrativa sancionadora:

“podemos comprobar que el tipo penal contiene una redacción similar a la infracción administrativa puesto que precisamente el delito parte de emplear ‘a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo’, siendo precisamente la infracción muy grave la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo. Lo que hace el delito es añadir un plus de culpabilidad al exigir además que la contratación se realice en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual, siendo lo cierto que los trabajadores extranjeros que no disponen de la preceptiva autorización para trabajar se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad que hace que sea fácil su contratación bajo unas condiciones contrarias a la normativa laboral. A la vista de lo que acabamos de señalar estamos ante hechos idénticos y ante un tipo penal que para su comisión exige la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, es decir, que su definición absorbe la falta administrativa. Se señala por la Administración que la doble respuesta punitiva es posible por existir un diferente fundamento o interés a proteger por cada una de las infracciones. Sin embargo, estimamos que no existe ese diferente fundamento puesto que tanto una como otra infracción pretenden proteger los derechos de los extranjeros, no olvidemos que el tipo penal es un tipo específico de protección de los derechos de los trabajadores extranjeros. (...) Las dos infracciones castigan la contratación de trabajadores extranjeros que no cuentan con permiso de trabajo, y además, el tipo penal, para ser distinguido de la sanción administrativa, anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. En la conducta descrita por el tipo penal existe un plus que exige no solamente la contratación de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo, sino que además se les impongan las condiciones restrictivas que indica el precepto, pero, como decimos, parte de la conducta tipificada en el artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000. No existe distinto

fundamento que permita una doble imposición por los mismos hechos basado en que la infracción administrativa castigaría el incumplimiento de la legislación de extranjería y el tipo penal los derechos de los trabajadores puesto que la infracción administrativa y el delito están íntimamente relacionados, el tipo penal contiene la descripción del hecho que es constitutivo de infracción administrativa y la diferencia existente viene dada por la Ley donde ha sido incluida cada infracción, diferente norma que no da lugar a distinto fundamento pues, de ser así, la existencia de dos normas distintas permitiría siempre decir que no existe vulneración del principio de *non bis in idem*. A ello debemos añadir que la doctrina jurisprudencial sobre el diferente fundamento que permite castigar dos veces el mismo hecho se refiere fundamentalmente a las denominadas relaciones de sujeción especial pero no es admisible con carácter general en otros ámbitos”.

Además, recuérdese que, en relación a esta misma infracción –la contratación de trabajadores extranjeros sin autorización administrativa previa (artículo 54.1 LO 4/2000)–, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de octubre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1243/2002), ha reducido la sanción económica impuesta, por cuanto el Subinspector actuante no había detallado en el acta de infracción las comprobaciones concretas que le habían permitido conocer la identidad y nacionalidad de cinco de los varios trabajadores respecto a los que se imputaba el ilícito, razón por la que se entiende que la presunción de certeza no debe extenderse a su afirmación sobre la “extranjería” de tales trabajadores [vid. *supra*, 2.B)].

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) Movilidad funcional. Empleado de las Cortes de Aragón. B) Seguridad Social. Reconocimiento de períodos en alta. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Impuesto sobre la renta de no residentes. B) Futbolista. C) Contratos de naturaleza administrativa: Régimen Foral. D) Méritos para acceder a procesos de selección de la Administración. E) Relación entre dos personas jurídicas. F) Reclamación de daños y perjuicios contra una Mutua. **4. Demanda. Modificación sustancial. 5. Acumulación. Acciones. 6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de acción. D) Falta de legitimación activa. E) Litisconsorcio pasivo necesario. F) Prescripción. **7. Práctica de la prueba.** A) *Ficta confessio*. B) Carga de la prueba. C) Denegación. Prueba testifical. **8. Sentencia.** A) Incongruencia. Inexistencia. B) Incongruencia. Existencia. **9. Despido. Salarios de tramitación.** A) Exención. a) No procede. b) Procede. B) Incapacidad Temporal. C) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. D) Contrato temporal. **10. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. c) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. B) Legitimación. Absolución en la instancia. C) Cuestión nueva. D) Modificación de hechos probados. Prueba inhábil. E) Interposición. Requisitos. **11. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Falta de contradicción. C) Escrito de preparación. **12. Recurso de casación. Cuestión nueva. 13. Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta. 14. Ejecución de sentencia.** A) Concurso de acreedores. No procede ejecución separada. B) Embargo. Sociedad de gananciales. C) Interés de mora procesal. Salarios de tramitación. **15. Costas. Beneficio de justicia gratuita.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 9 al 12 (ambos inclusive) del año 2009 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Movilidad funcional. Empleado de las Cortes de Aragón

La STSJ de Aragón de 8 de junio de 2009, I.L. J 1215, declara la competencia del orden social para conocer de la movilidad funcional de un contratado laboral fijo de las Cortes de Aragón: éste fue cesado de sus funciones como Jefe de Servicio de Publicaciones y adscrito temporalmente al puesto de Técnico Superior de Publicaciones. La sentencia considera que, al estar ante un acto de pura movilidad funcional, lo que se está impugnando es una práctica empresarial, pues las Cortes están actuando como empresario y no investidas de potestad administrativa. Se añade asimismo que ha sido la propia administración la que decidió que la relación establecida se regulara por el Derecho del Trabajo y, por tanto, al actuar como particular queda sometida, con las garantías de la reclamación previa, al orden social.

B) Seguridad Social. Reconocimiento de períodos en alta

La STS de 8 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1338, considera que el orden social de la jurisdicción es competente para decidir si determinados períodos de tiempo han de ser reconocidos como de alta en la Seguridad Social, a todos los efectos. El TS razona dicha competencia en el hecho de que el período de alta y su cotización pueden tener incidencia en materias relacionadas con el derecho al percibo de prestaciones de Seguridad Social.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Impuesto sobre la renta de no residentes

La STS de 14 de septiembre de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 1321, declara la incompetencia del orden social para conocer de una demanda de reclamación de cantidad interpuesta por los trabajadores de la embajada española en Costa Rica, a quienes es de aplicación la legislación laboral de dicho país. Los actores reclamaban la indebida aplicación por parte de la embajada (como empleadora) de una retención del 8% a cuenta del impuesto sobre la renta de los no residentes. El TS considera que el orden social es incompetente para determinar la procedencia o no de los descuentos, o para la fijación de las cantidades a retener por el empresario en concepto del citado impuesto, ya que se trata en esencia de una relación jurídico tributaria en la que el empresario efectúa, por obligación legal, la retención de las cantidades que son a cargo del trabajador sin ser su deudor.

B) Futbolista

Se analiza en la STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2009, I.L. J 1362, si la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda planteada por un futbolista contra un

XII. El Proceso Laboral

club en el que prestaba servicios y del que percibía una compensación de 150 euros mensuales, destinada a cubrir gastos. Considera la Sala que el orden social no es competente ya que, con independencia de la literalidad del contrato suscrito, al actor se le abonaba una cantidad mínima, incluso insuficiente para cubrir gastos, que no puede ser considerada como retribución y que, por tanto, no se trataba de un futbolista profesional.

C) Contratos de naturaleza administrativa: Régimen Foral

Varias trabajadoras reclaman en el orden social que los contratos que había suscrito con el Ayuntamiento de Pamplona eran de carácter laboral e indefinidos. La STSJ de Navarra de 21 de julio de 2009, I.L. J 1379, considera que el orden competente para conocer de esta reclamación es el contencioso-administrativo, ya que al estar vinculadas las actoras a una administración situada en la Comunidad Foral de Navarra y ser la materia de función pública una competencia foral exclusiva, no les es de aplicación la legislación estatal. La citada normativa foral permite la contratación temporal administrativa para la provisión temporal de vacantes y, por tanto, al ser administrativos los contratos suscritos entre el Ayuntamiento de Pamplona y las actoras, el orden jurisdiccional social no es competente.

D) Méritos para acceder a procesos de selección de la Administración

Las SSTS de 17, 24 y 29 de septiembre de 2009, y de 20 y 27 –dos– de octubre de 2009, I.L. J 1434, 1429, 1496, 1519, 1587 y 1599, 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 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, por cuanto lo pretendido es acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de puntuación de un concurso administrativo. Razona la Sala que, en su caso, la pretensión debería ser analizada como cuestión prejudicial laboral en el proceso contencioso-administrativo que dirimiese una posible controversia sobre la puntuación otorgada en el concurso.

E) Relación entre dos personas jurídicas

En el supuesto de un contrato suscrito entre dos personas jurídicas, en el que la que presta los servicios no es una sociedad unipersonal, su administrador único no es el socio mayoritario y, asimismo, éste no mantiene vinculación familiar o afectiva alguna con el otro socio, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de septiembre de 2009, I.L. J 1467 considera que la jurisdicción social es incompetente por no existir una relación laboral, sino una relación mercantil entre dos sociedades.

F) Reclamación de daños y perjuicios contra una Mutua

La STSJ de Cantabria de 13 de julio de 2009, I.L. J 1410, declara la incompetencia del orden jurisdiccional social en una reclamación por daños y perjuicios contra una mutua

de accidentes de trabajo que prestó la asistencia médica a la actora, pese a que previamente la Sala de lo contencioso-administrativo de dicho TSJ se había declarado asimismo incompetente en favor del orden social. Considera la Sala de lo Social que las instituciones y centros sanitarios de las mutuas, en los que se llevan a cabo las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social tienen la condición de entidades del Sistema Nacional de Salud y que, por tanto, corresponde su conocimiento al orden contencioso-administrativo.

4. DEMANDA. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

En un proceso por despido, la **STSJ de Madrid de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1269, considera que existió modificación sustancial de la demanda no amparada por la LPL. En el caso analizado, el actor introdujo en el acto del juicio variantes de antigüedad y salario no reflejadas en la demanda. Entiende el TSJ que la posibilidad de ampliar la demanda tiene como límite el derecho de defensa del demandado, negando tanto el legislador como la jurisprudencia validez a la alegación de nuevos hechos no esperables por el demandado. Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 22 de septiembre de 2009**, I.L. J 1565, entiende que no es constitutivo de una modificación sustancial de la demanda el hecho de que en ésta se manifieste que “(...) los contratos habían sido suscritos en fraude de ley (...)” y, sin embargo, en el acto del juicio se modifique la demanda diciendo que “(...) al demandante se le contrató eventual por circunstancias de la producción y el objeto de colocación en el almacén no es la actividad normal de la empresa (...)”, por no considerarse como un elemento de innovación suficiente generador de indefensión que, por otro lado, sólo fue alegada por la empresa en trámite de suplicación.

5. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La acumulación de la acción de despido y de clasificación profesional es aceptada por la **STSJ de La Rioja de 10 de septiembre de 2009**, I.L. J 1612. Entiende la Sala que en el proceso de despido se puede entrar a discutir sobre la fijación del salario regulador, ya sea por cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la realización de funciones de superior categoría, como es el caso. En consecuencia, determinar las funciones que efectivamente desarrollaba el trabajador al efecto de fijar su salario, es una pretensión propia del proceso de despido que ha de ventilarse en éste.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 17 de septiembre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1325, analiza el cómputo del plazo de la caducidad en el ejercicio de una acción por despido contra un Ayuntamiento.

XII. El Proceso Laboral

En el caso analizado, el Ayuntamiento empleador realizó una notificación defectuosa que indujo a error al trabajador respecto de los plazos para reaccionar frente al despido. EL TS llega a la conclusión de que “(...) no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de notificar con todos los requisitos legales (...)”, y razona que no puede achacarse al trabajador falta de diligencia por seguir las instrucciones de las notificaciones administrativas en relación a los citados plazos. Por lo tanto, el TS repone las actuaciones al momento de dictar sentencia el Juzgado de lo Social –que declaró caducada la acción–, a fin de que por éste se resuelvan el resto de las cuestiones planteadas en la demanda.

B) Cosa juzgada

La STS de 14 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1347, confirma la sentencia de suplicación que entiende aplicable el efecto positivo de la cosa juzgada en relación con el derecho que había generado el actor a la percepción de un bonus que integraba el salario a efectos del despido. Según el TS, aunque la sentencia de instancia no era firme, ese extremo en ningún momento fue objeto de controversia. Y la consecuencia que se deriva es que la retribución variable constituye cosa juzgada respecto de un proceso posterior de reclamación de cantidad, de conformidad con el artículo 222 LEC. Se apoya el TS en la doctrina que entiende que el elemento característico de la cosa juzgada positiva es, precisamente, que las acciones no sean coincidentes.

C) Falta de acción

La STSJ de Valencia de 23 de junio de 2009, I.L. J 1288, recuerda asentada jurisprudencia que entiende que concurre falta de acción del trabajador que formula demanda al amparo del artículo 50 ET, cuando previamente se había producido su despido contra el que no reacción. Y ello es así, dado que ya no existe relación laboral alguna entre las partes. Por su parte, la STS de 14 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1341, entiende que concurre falta de acción en su supuesto en el que una organización empresarial interpone demanda de conflicto colectivo para la interpretación de un convenio colectivo, sin que existiera una verdadera y real controversia. Declara el TS que se trata de una mera consulta en abstracto para resolver futuros conflictos relacionados con el convenio colectivo en cuestión, ya que faltan los presupuestos de existencia de un conflicto actual.

D) Falta de legitimación activa

La STS de 14 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1305, establece la falta de legitimación activa de las Mutuas para impugnar las resoluciones que declaran al trabajador en situación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. Esta decisión se basa en la declaración de ilegalidad de la DA de la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 2005, por la que se ofrece a las Mutuas la opción de asumir el coste de la prestación. Según el TS, las Mutuas no pueden impugnar el reconocimiento de la pensión a favor del

trabajador, que ha realizado el único órgano competente para ello. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2009**, I.L. J 1226. Por otro lado, la **STS de 21 de julio de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1310, resuelve sobre la impugnación de ciertos artículos del convenio colectivo de Renfe-Adif. El conflicto surge como consecuencia de una separación de los trabajadores en dos actividades (infraestructuras y transporte) teniendo en cuenta que la negociación del convenio había sido anterior. Se da la circunstancia de que el sindicato accionante no tenía representantes en una de esas ramas de actividad, porque sus cuatro representantes pasaron a una misma división por razón de la actividad. En este escenario, el TS considera que la acción del sindicato respecto de los trabajadores de la rama de actividad en la que no tenía representantes sí tiene encaje en el artículo 163 LPL, apoyándose asimismo en la doctrina constitucional que entiende legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores.

E) Litisconsorcio pasivo necesario

La **STS de 20 de octubre de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1523, resuelve sobre la petición de un sindicato a que se declarase el derecho de los trabajadores de la empresa al disfrute de un beneficio social, impugnando así la decisión empresarial de anularlo. Se plantea la duda de si es necesario que figure como parte demandada la anterior empresa empleadora de la plantilla –que dejó de serlo como consecuencia de una subrogación empresarial– y que concedió en su día dicho beneficio. El TS llega a la conclusión de que no es necesario que se demande a la anterior empleadora, puesto que no existe ya vinculación laboral entre los trabajadores afectados por el conflicto sobre condición más beneficiosa y aquella empresa, por lo que el contencioso deberá resolverse con el empleador actual. Por su parte, la **SAN de 11 de septiembre de 2009**, I.L. J 1647, resuelve la posible aplicación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandado el comité intercentros en un proceso de conflicto colectivo. En opinión de la AN la excepción no puede prosperar, puesto que, de conformidad con el artículo 153 LPL, se admite que puedan personarse los sujetos colectivos interesados, pero no se impone que deban ser demandados.

F) Prescripción

Respecto de la interrupción eficaz de la prescripción en una reclamación de cantidad, se pronuncia la **STSJ de Navarra de 11 de junio de 2009**, I.L. J 1278. Esta sentencia confirma la de instancia en el sentido de entender que es de aplicación la excepción de la prescripción. El actor presentó papeletas de conciliación en 2002, y en enero y diciembre de 2004, en reclamación de salarios (retribución variable del año 2001, subida salarial de 2002 y horas extraordinarias) a las que luego no siguieron las correspondientes demandas judiciales. El juzgador no otorga efectos interruptivos de la prescripción a dos acuses de recibo de las cartas, en principio dirigidas a la demandada durante 2005, en los que no se acreditaba ni el contenido de las comunicaciones ni siquiera el destinatario de

XII. El Proceso Laboral

éstas. En consecuencia, se declara prescrita la demanda del actor de 30 de junio de 2008 (a la que acompaña el acta de conciliación sin avenencia del año 2005), ya que es evidente que entre la fecha de nacimiento de la obligación de pago de los salarios reclamados y la presentación de la demanda transcurrió sobradamente el plazo de un año establecido en el artículo 59 ET. Por su parte, la **STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009**, I.L. J 1386, analiza, en un proceso de despido, la posible prescripción de las faltas muy graves en las que incurrió un director de sucursal bancaria en la gestión financiera a lo largo de un extenso período de tiempo. El TSJ de Valencia entiende que es de aplicación la doctrina de la conducta continuada que se extiende a toda la duración de las operaciones concertadas, situando por tanto el *dies a quo* para el inicio de la prescripción, tanto corta como larga, en el momento en el que el banco tiene conocimiento cabal, pleno y exacto de la falta, esto es, cuando tuvo conocimiento del informe de la auditoría anual. En consecuencia, se declara que las faltas no estaban prescritas. En otro sentido, la **STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2009**, I.L. J 1169, examina la posible interrupción de la prescripción de la acción para reclamar el recargo de prestaciones por incapacidad permanente absoluta consecuencia de un accidente de trabajo. En el caso concreto la Sala comparte los dos argumentos utilizados por el juzgador de instancia a favor de la no prescripción de la acción: (i) no habían transcurrido 5 años desde el hecho causante (de conformidad con el artículo 43.1 LGSS) ya que la resolución del INSS reconociendo las prestaciones por incapacidad interrumpió el cómputo de la prescripción, y (ii) al haberse acordado la suspensión del procedimiento administrativo en materia de responsabilidad empresarial por omisión de medidas de seguridad, como consecuencia de la tramitación de causa penal, el plazo de prescripción habría quedado también interrumpido. Por otro lado, el juego de la prescripción en los supuestos de demandas derivadas de cambios en las condiciones laborales (en este caso, nueva asignación de tareas) es analizado por la **STSJ de Extremadura de 3 de septiembre de 2009**, I.L. J 1564. El TSJ estima que el plazo del año de prescripción del artículo 59 ET debe computarse desde que se producen los cambios en las funciones asignadas. Por último, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 y 14 de julio y de 16 de octubre –dos– de 2009**, I.L. J 1414, 1415, 1643 y 1644, confirman reiterada doctrina del TS y entienden que la formulación de la demanda de conflicto colectivo debe producir la interrupción de la prescripción de las acciones individuales vinculadas directamente con el objeto del conflicto. En consecuencia, se debe computar de nuevo el plazo completo de prescripción de las demandas individuales a partir de la sentencia firme que resuelva el conflicto colectivo.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) *Ficta confessio*

La **STSJ de Extremadura de 16 de junio de 2009**, I.L. J 1259, analiza recurso contra sentencia desestimatoria de una demanda de despido por causas objetivas. Como quiera que al acto de juicio no compareció la persona física demandada a pesar de estar citada en legal forma, se alza la recurrente solicitando la nulidad de la sentencia al no haberla ésta tenido por confesa, tal y como se alegó en la instancia. A juicio del TSJ, esta pretensión no puede prosperar, ya que tal declaración no es una obligación sino una facultad exclusiva y

excluyente del juez *a quo*, según entienda éste que la restante prueba practicada le ofrece o no elementos de juicio suficientes para formarse una convicción respecto del proceso sobre el que ha de emitir el correspondiente fallo. Además, en este caso, no se solicitaba en la ampliación de la demanda contra la no compareciente su interrogatorio, por lo que no pudo ser apercibida de tenerla por confesa en la sentencia.

B) Carga de la prueba

La STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2009, I.L. J 1188, resume la doctrina judicial sobre la carga de la prueba respecto de la reclamación de abono de horas extraordinarias, en recurso planteado por el FOGASA. Razona la sentencia que, de conformidad con la jurisprudencia, no basta con que el trabajador manifieste haberlas realizado, sino que se requiere de éste una estricta y detallada prueba de tal circunstancia y del número de horas realizadas. Sin embargo, dicha exigencia ha sido matizada en aquellos supuestos en los que se acredite por el demandante el desarrollo habitual de una jornada uniforme que exceda de la ordinaria, quedando en estos casos obligado el empresario a probar el número de horas y los días en que se realizaron para desvirtuar la pretensión, pues ha de entenderse que en este supuesto es el empresario el que incumplió su obligación de registrar dichas horas y de entregar copia del resumen al trabajador, de conformidad con el artículo 35 ET. Corresponde al trabajador la carga de probar los hechos en que base su pretensión y que, en materia de despido, se concretan en acreditar la existencia misma de la relación laboral y la decisión empresarial constitutiva de despido. Así lo ha declarado la STSJ de La Rioja de 2 de julio de 2009, I.L. J 1366. Por su parte, resulta interesante en esta materia la STS de 15 de septiembre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1484. La Sala, con fundamento en la STS de 24 de junio de 2009, ratifica el criterio de hacer valer “(...) la norma excepcional de distribución de la carga probatoria establecida en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), según la cual ‘el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio’ (...)”. En el caso de autos, los demandantes habían sido excluidos de las bolsas de empleo elaboradas para el acceso al trabajo en la demandada. Razona el Tribunal en el sentido de que es la empresa y no el trabajador quien tiene la mayor disponibilidad probatoria sobre la existencia o inexistencia de vacantes y que, aunque se trate de un hecho negativo, la empresa puede fácilmente acreditar que no se contrató a trabajadores de inferior preferencia, mientras que en los demandantes concurre una clara dificultad probatoria respecto de las incidencias de la gestión de las listas, las personas contratadas y su cualificación. En idéntico sentido se pronuncia la STS de 23 de septiembre de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 1575.

C) Denegación. Prueba testifical

Declara la STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2009, I.L. J 1475, que no existe nulidad de actuaciones por haberse negado el juez a aceptar la testifical de todos los testigos propuestos. Razona la Sala que el juzgador está facultado, de conformidad con el artículo

92 LPL, para limitar el número de testigos cuando lo estime conveniente, si se considera suficientemente ilustrado en el conocimiento de los hechos.

8. SENTENCIA

A) Incongruencia. Inexistencia

En un procedimiento de impugnación de recargo de prestaciones, la sentencia de instancia estima la demanda de la empresa y revoca el recargo impuesto por el INSS. Se alza el trabajador contra dicha sentencia en suplicación, alegando su nulidad por haber incurrido en incongruencia. Alega el recurrente que existe un claro desajuste entre la sentencia y la demanda, pues si el demandante basaba su pretensión en que el accidente fue fortuito e inevitable, la sentencia resuelve el fondo del asunto imputando imprudencia al trabajador. La **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1240, declara que no existe tal incongruencia, pues la sentencia resuelve todas las cuestiones planteadas por las partes. A juicio del Tribunal, que el análisis de la sentencia sea más o menos certero y que en sede de recurso pueda discutirse la correcta interpretación de las pruebas practicadas, no entraña incongruencia con indefensión del recurrente, por lo que no procede declarar la nulidad de la sentencia –remedio procesal, por lo demás, que ha de ser manejado con la máxima cautela y ponderación–. También la **STSJ de Murcia de 15 de junio de 2009**, I.L. J 1271, desestima la alegación de incongruencia omisiva en un procedimiento de declaración del grado de minusvalía. A juicio del Tribunal, en la instancia no existió falta de pronunciamiento sobre determinado extremo planteado por el recurrente –grado de minusvalía por factores sociales– sino rechazo de su solicitud, evidenciándose además que ni en la demanda se hacían constar los hechos y circunstancias determinantes del porcentaje de minusvalía discutido, ni éstos fueron acreditados en la fase de prueba. No existe tampoco incongruencia, al amparo de lo que declara la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de septiembre de 2009**, I.L. J 1553. El actor basa la solicitud de incongruencia *extra petita* en el hecho de que, en el suplico de su demanda, solicitaba la improcedencia del despido y, sin embargo, la sentencia de instancia declaró la nulidad de éste. Razona el TSJ que no existe tal incongruencia pues el juez *a quo* acogió las relevantes argumentaciones que se contenían en el cuerpo de la demanda sobre vulneración del derecho de indemnidad y *mobbing*.

B) Incongruencia. Existencia

En un procedimiento de despido por causas objetivas, la sentencia de instancia desestimó las demandas de las dos trabajadoras despedidas. La **STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2009**, I.L. J 1257, entiende que la sentencia de instancia no sólo omite datos relevantes para el fallo, como son las cuantías de las comisiones recibidas por las demandantes, sino que además incurrió en incongruencia y, por ello, declara su nulidad. Razona el tribunal ad quem que la sentencia recurrida no resuelve todas las cuestiones planteadas en la instancia, como son la relativa a la falta de preaviso y aquella referida a la incorrecta contabilidad de la empresa, que fue alegada en la vista e insinuada en la demanda.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Exención

a) No procede

Tras el despido del actor, la empresa reconoció su improcedencia y consignó la indemnización legal por despido improcedente una vez que recibió la papeleta de conciliación, esto es, una vez transcurrido el plazo de las 48 horas siguientes al despido establecido en el artículo 56.2 ET. Además, dicha consignación no incluyó los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta la fecha del depósito judicial. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de junio de 2009**, I.L. J 1209, considera que la no inclusión en el depósito de la cantidad correspondiente a los salarios de tramitación devengados hasta dicha fecha, supone el incumplimiento de lo previsto en el artículo 56.2 ET. Resulta del máximo interés la **STS de 27 de octubre de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 1652. Su importancia radica en que revisa y rectifica la doctrina sentada por la STS de 30 de mayo de 2006 e interpreta que, en los términos que seguidamente se describen, la paralización de los salarios de tramitación tiene lugar únicamente desde la fecha en que el trabajador conoce del depósito de la indemnización y no desde la fecha de dicho depósito, si es que esta fecha fue anterior a la de la notificación del depósito al trabajador. En el supuesto, la trabajadora fue despedida el 21 de junio de 2007 y el día 25 de junio de 2007, dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles siguientes, la empresa presentó escrito en el Juzgado de lo Social reconociendo la improcedencia del despido y depositando el importe de la indemnización, lo que se comunicó por el Juzgado a la trabajadora el día 26 de julio de 2007. La sentencia de instancia consideró que sí se habían paralizado los salarios de tramitación desde la fecha de consignación de la indemnización (25 de junio de 2007). Pero en suplicación se entendió que los salarios de tramitación sólo se habían paralizado desde el día 26 de julio de 2007, fecha en la que la trabajadora tuvo conocimiento, por comunicación del Juzgado de lo Social, del depósito de la indemnización. A juicio del TS, no basta la consignación para paralizar el devengo de los salarios de tramitación, sino que es preciso que al trabajador se le haya comunicado la oferta.

b) Procede

La **STSJ de Asturias de 11 de septiembre de 2009**, I.L. J 1606, declara el no devengo de salarios de tramitación, confirmando la sentencia de instancia, pues, según la Sala, en el supuesto analizado la empresa cumplió todos los requisitos exigidos a tal efecto: comunicación del despido, simultáneo ofrecimiento de la cuantía indemnizatoria con reconocimiento de la improcedencia del despido y con indicación expresa de que, de no aceptarla, se procedería a su depósito en las 48 horas siguientes, lo que efectivamente se realizó.

B) Incapacidad temporal

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de junio de 2009**, I.L. J 1220, al amparo de lo establecido por la jurisprudencia unificada (entre otras, en la STS de 28 de

XII. El Proceso Laboral

septiembre de 2006), confirma que no procede el devengo de salarios de tramitación si el trabajador despedido se encuentra en situación de incapacidad temporal durante el período de devengo de los citados salarios.

C) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

Resulta de interés la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009**, I.L. J 1231. En ella se razona sobre si resulta excusable el error cometido para calcular la indemnización por despido, a los efectos de eximir del pago de salarios de tramitación. En el supuesto analizado, la trabajadora despedida tenía acordado contractualmente un blindaje con la empresa cedente de un arrendamiento de negocio para el caso de despido improcedente, y con posterioridad fue despedida por la empresa cesionaria de dicho arrendamiento. Declara la sentencia que la empresa cesionaria se subrogó, al amparo del artículo 44 ET, en el blindaje suscrito entre la actora y la cedente y ello por cuanto (i) la actora no mantenía una relación laboral especial de alta dirección (en cuyo caso resultaría inaplicable dicha disposición); y (ii) se acreditó que la cesionaria conocía la cláusula de blindaje suscrita. En consecuencia, el TSJ considera que la empresa cesionaria —que no la cedente— debe responder de las consecuencias indemnizatorias del despido improcedente, esto es, del abono de la cuantía del blindaje acordado y, en la medida en que éste no fue consignado aun cuando se conocía su existencia, del pago de los salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la sentencia, pues no puede predicarse en este caso error excusable en el cálculo de la indemnización por despido. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2009**, I.L. J 1269, declara la inaplicación de error excusable en un supuesto en el que la empresa calculó la indemnización teniendo en cuenta una antigüedad inferior del trabajador, lo que resultó en una diferencia importante de la cuantía consignada. Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de septiembre de 2009**, I.L. J 1466, declara la existencia de error excusable en la consignación de la cuantía indemnizatoria, con fundamento en la escasa diferencia entre el importe consignado y el debido: en este caso, dicha diferencia rondaba el 10% de la cantidad. Ésta es también la postura de la **STSJ de La Rioja de 10 de septiembre de 2009**, I.L. J 1612. En este caso, la empresa calculó la indemnización en función de la antigüedad y salario que la actora venía ostentando y percibiendo de forma pacífica en el momento del despido, circunstancias que sólo fueron cuestionadas por la actora en el juicio.

D) Contrato temporal

El Tribunal Supremo reitera su criterio de que la condena a abonar los salarios de tramitación sólo alcanza hasta el momento en el que debió de quedar extinguido por vencimiento del plazo el contrato temporal suscrito entre demandante y demandado, no siendo posible extender esa condena hasta la fecha de notificación de la sentencia si ésta es posterior. Así lo declara la **STS de 23 de julio de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1313.

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

Las STSS de 21 de septiembre y de 15 de octubre de 2009, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1439 y 1649, dictadas en reclamación de diferencias salariales, así como la STSJ de Aragón de 30 de junio de 2009, I.L. J 1214 –esta última dictada en materia de prejubilación y jubilación anticipada–, sintetizan la doctrina del TS en relación con el concepto de afectación general: (i) se trata de un concepto jurídico indeterminado que requiere la existencia de un conflicto generalizado y que alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social; (ii) cuando la afectación sea notoria para el Tribunal debido a la naturaleza de la cuestión debatida, a las circunstancias concurrentes o a la existencia de otros procesos con la misma pretensión, o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, no se requiere alegación y prueba, y (iii) “(...) en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de modo reiterado que una cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tienen valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión (...)”.

b) Cuantía litigiosa

En materia de reconocimiento de derecho de un trienio y de condena al pago de una determinada cantidad de dinero, la STSJ de La Rioja de 4 de junio de 2009, I.L. J 1251, reiterando doctrina unificada del TS establece que “(...) en aquellos casos en que la acción declarativa es insuficiente por sí misma para tutelar el interés del actor –y de ahí que se ejercite conjuntamente con la condena–, el elemento determinante a efectos de recurso no es la previa declaración que se pide (...) sino la cuantía efectiva que se reclama (...)”. El origen, profesional o común, de una contingencia que da lugar a un proceso de IT es determinante para concretar el derecho a la obtención de otro tipo de prestaciones de la Seguridad Social. Al ser éste el reconocimiento de un derecho de mucha mayor trascendencia que la cuantía que pudiera resultar del pleito, ya sea por la vía del artículo 189.1.c) de la LPL o bien por considerar que se trata de un reconocimiento no cuantificable, procede reconocer el acceso al recurso de suplicación. Así lo ha manifestado la STS de 15 de septiembre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1482.

c) Modificación sustancial de condiciones de trabajo

La STS de 20 de octubre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1654, declara que la impugnación de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que fue realizada sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 ET, 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 contra la sentencia de instancia.

XII. El Proceso Laboral

B) Legitimación. Absolución en la instancia

La STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2009, I.L. J 1160, atribuye a la empresa demandada en un proceso de despido interés directo para recurrir en suplicación a pesar de haber sido calificado el despido como procedente. Y ello es así por cuanto se pretendía determinar vía recurso la antigüedad del trabajador a los efectos de fijar, en su caso, el importe de la indemnización por despido en el supuesto de que éste fuese declarado improcedente por el Tribunal *ad quem*.

C) Cuestión nueva

Constituyen cuestiones nuevas no revisables en sede de recurso de suplicación, la alegación por primera vez en sede de recurso del valor liberatorio del finiquito, así como la pretensión de compensación de una cantidad ya percibida por el demandante. Esto es lo que concluye la STSJ de La Rioja de 4 de junio de 2009, I.L. J 1252, que destaca el carácter extraordinario del recurso de suplicación “(...) exclusivamente dirigido a la depuración de la sentencia de instancia, en la que el objeto del debate queda limitado a las cuestiones que se hayan planteado y discutido en instancia (...)”. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2009, I.L. J 1388; en este caso, por primera vez en fase de suplicación se alegaba la no constancia en la carta de despido de la fecha de efectos de la decisión extintiva.

D) Modificación de hechos probados. Prueba inhábil

Las pretensiones revisoras de hechos probados no pueden prosperar si se sustentan en medios de prueba distintos de la documental pública o privada y la prueba pericial. Así lo recuerda la STSJ de Extremadura de 23 de junio de 2009, I.L. J 1260, ante la solicitud de modificación de hechos basada en el interrogatorio del representante legal de la empresa y en las manifestaciones de su letrado en el acto de juicio.

E) Interposición. Requisitos

La STSJ de Baleares de 8 de julio de 2009, I.L. J 1402, desestima un atípico recurso de suplicación en el que ni se menciona el artículo 191 LPL, ni ninguno de sus apartados sino que, simplemente, se formulan alegaciones como si se tratara de un recurso de apelación y no de un recurso extraordinario. En este sentido, se declara que “(...) el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas (...)”.

11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La STS de 14 de octubre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1659, declara la inexistencia de interés casacional, por ser la decisión desestimatoria de la sentencia recurrida coincidente con

la doctrina de la Sala, en un supuesto de solicitud de un turno fijo de trabajo por cuidado de hijo menor, sin previa reducción de la jornada laboral. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 17 de septiembre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1583, en materia de pagas extraordinarias, como crédito salarial incluido en la prestación de garantía del FOGASA.

B) Falta de contradicción

La STS de 15 de junio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1292, niega la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste por no haber identidad de hechos: si bien ambas debaten el reconocimiento del derecho a la antigüedad y el abono de la cantidad correspondiente a un trienio por parte de trabajadores temporales con contratos sucesivos, en la sentencia recurrida no existen interrupciones de actividad superiores a los 20 días, mientras que en la de contraste sí. Asimismo, la STS de 14 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1337, dispone que la contradicción “(...) se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones (...)”.

C) Escrito de preparación

De acuerdo con la STS de 6 de octubre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1525, en el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina se deberá identificar “(...) tanto el núcleo básico de la contradicción, definido como la determinación del objeto y el sentido de la divergencia entre resoluciones comparadas, como las sentencias concretas que se tienen por contradictorias (...)”.

12. RECURSO DE CASACIÓN. CUESTIÓN NUEVA

En procedimiento sobre nulidad de una disposición de un convenio colectivo, la STS de 23 de septiembre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1432, entiende que es cuestión nueva no susceptible de examen, las infracciones de las normas jurídicas alegadas en casación y que no habían sido objeto de estudio en la sentencia de instancia, al no haber sido suscitadas en la demanda ni debatidas en el acto de juicio.

13. RECURSO DE REVISIÓN. MAQUINACIÓN FRAUDULENTO

No se considera que haya habido maquinación fraudulenta en el recurso de revisión enjuiciado por la STS de 6 de octubre de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1534. La parte actora sitúa la maquinación fraudulenta en el hecho de que, a sabiendas de las reclamaciones formuladas en vía civil, la parte demandada hubiese alegado por primera vez en el acto

XII. El Proceso Laboral

del juicio oral la excepción de prescripción. El TS niega que haya existido conducta fraudulenta o engañosa, efectuando la excepción en el momento procesal oportuno, sin que en tal acto el actor hubiese formulado protesta alguna o acreditado la existencia de las reclamaciones efectuadas.

14. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Concurso de acreedores. No procede ejecución separada

La STSJ de Cantabria de 9 de junio de 2009, I.L. J 1224, deja sin efecto un auto por el que se aprueba ejecución separada ante el orden laboral de una indemnización por extinción del contrato de trabajo, reconocida en sentencia judicial, contra la sociedad empleadora que se hallaba en situación de quiebra voluntaria. El trámite judicial efectivo de traba de bienes se inició con posterioridad a la reforma del artículo 32 ET, dada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ya no admite ejecución separada una vez declarado el concurso.

B) Embargo. Sociedad de gananciales

La STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2009, I.L. J 1285, resuelve sobre la continuidad de la ejecución de una sentencia firme contra el codemandado y, en su caso, su esposa, con la que convive en régimen de gananciales. El Tribunal rechaza la petición de ampliación de la ejecución a la esposa del codemandado, al declarar que los bienes adquiridos por cualquiera de los dos cónyuges durante el matrimonio y afectos a aquel régimen no pueden responder por deudas exclusivas de uno de los dos cónyuges adquiridas con anterioridad al matrimonio. El codemandado había prestado servicios como profesor de autoescuela en régimen de autónomo, para el empresario que despidió a la actora y que fue declarado insolvente.

C) Intereses de mora procesal. Salarios de tramitación

Los intereses de mora procesal regulados en el artículo 576.1 LEC, que se derivan del incumplimiento del abono de unos salarios de tramitación, se devengan desde del auto dictado en el incidente de no readmisión que declaró extinguida la relación laboral y condenó al empresario al abono de indemnización y de salarios de tramitación. Ésta es la conclusión de la STS de 21 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1309, si bien, en Voto Particular, se declara que los intereses de mora procesal se devengan desde el momento en que se dicta la sentencia de instancia que condena al pago de una cantidad líquida.

15. COSTAS. BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

El Servicio Madrileño de Salud es beneficiario de la justicia gratuita que gozan las entidades gestoras de la Seguridad Social, según la STS de 17 de septiembre de 2009, Sala

Cuarta, I.L. J 1571. Se razona que dicho organismo ha pasado en su conjunto a sustituir a una Entidad Gestora de la Seguridad Social, tras haber recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el INSALUD.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

MIGUEL ÁNGEL BUJÁN BRUNET

PATRICIA GALIÁN RUANO

JESÚS DAVID GARCÍA SÁNCHEZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario****Consideración preliminar. 1. La responsabilidad empresarial por daños y perjuicios.**

A) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos. B) Concurrencia de culpas. C) Ejercicio de la acción de daños y perjuicios: distinción de la ejercida por sustitución procesal y por derecho propio.

2. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad. A) Sujeto infractor: responsabilidad exclusiva de la empresa principal. B) Responsabilidad solidaria: no lo es el trabajador autónomo. C) Recargo de prestaciones y deber de vigilancia.

D) Prescripción: interrupción por la tramitación del expediente administrativo.

E) Incumplimiento de medidas de seguridad: manipulación manual de cargas y medidas de organización adecuadas. **3. Organización de la prevención.** A) Amortización de puesto de trabajo por exteriorización o subcontratación de la actividad preventiva con un Servicio de Prevención Ajeno. **4. Protección de la maternidad.** A) Acreditación de las condiciones del puesto de trabajo y su influencia negativa para la salud de la madre o del feto.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se compendian en esta crónica las sentencias recaídas sobre la materia preventiva contenidas en los números 9 a 12 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, 2009.

1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS**A) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos**

Los criterios de complementariedad y homogeneidad en la aplicación del principio de compatibilidad de indemnizaciones –cuando confluyen los distintos instrumentos reparadores– para la determinación de la cuantía única en la indemnización por daños y perjuicios derivada de incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo, encuentran aplicación en las SSTS de 14 de julio de 2009, I.L. J 1306, y 23 de julio de 2009, I.L. J 1342, y es confirmación de otros pronunciamientos que iniciaron un cambio de la doctrina jurisprudencial en la doctrina de la compatibilidad (SSTS de 17 de julio de 2007).

La doctrina de la compatibilidad de las indemnizaciones permite la acumulación o superposición de las indemnizaciones hasta la reparación del daño total y con el límite del enriquecimiento injusto, pero, al introducirse en la determinación del daño varios componentes –lesiones físicas y psicológicas, daño emergente y lucro cesante y daños morales–, la compensación operará entre conceptos homogéneos.

Así, en la STS de 23 de julio de 2009, en primer lugar, se establece que “no cabe deducir de la indemnización por incapacidad temporal lo abonado en concepto de capital coste de la pensión de incapacidad permanente, porque se vulnera doblemente la regla de homogeneidad, primero, al imputar a la indemnización por incapacidad temporal lo que corresponde a la incapacidad permanente, y, en segundo lugar, al compensar unas partidas que corresponden a la indemnización básica por otras que funcionalmente cubrirían en su caso el lucro cesante”.

Tampoco cabe, en segundo lugar, la “deducción del capital coste de la incapacidad permanente de la indemnización básica por secuelas”.

La indemnización por la disminución de ingresos durante el período de Incapacidad Permanente Total (lucro cesante) requiere, en tercer lugar, “desglosar dentro de este concepto entre la parte que corresponde de la indemnización de la discapacidad laboral y la que puede atribuirse a la discapacidad vital”. Las lesiones, sus características especiales, la edad, la categoría profesional que ya no puede desarrollar, el haber encontrado un trabajo de inferior categoría (peón) son circunstancias a tener en cuenta para valorar la discapacidad laboral. De modo que “la indemnización por el factor de corrección de la discapacidad laboral será absorbida de forma completa por el capital coste de la incapacidad permanente”.

Por último, los daños morales cuantificados como concepto autónomo no pueden ser objeto de reclamación por tal concepto cuando el demandante utiliza el Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Y es que, como pone de relieve la sentencia “en las cuantías indemnizatorias previstas en dichas Tablas están incluidos ya los daños morales como expresamente se señala en las mismas” lo que implicaría una duplicidad en los conceptos indemnizatorios.

B) Concurrencia de culpas

La conducta culposa de la empresa de la que deriva su responsabilidad por incumplimiento de los deberes de seguridad y la conducta imprudente del trabajador en la causación de accidentes son tomadas en consideración por la **STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2009**, I.L. J 1567, para reducir la indemnización de daños y perjuicios a cargo de la empresa. La sentencia recurre a las decisiones judiciales de otros Tribunales Superiores de Justicia para fundamentar los deberes del propio trabajador para evitar el daño propio y los criterios de moderación de la responsabilidad y concluir que corresponde reducir la indemnización porque “siendo el encargado de mantenimiento de la empresa, debía conocer sobradamente el mecanismo de la máquina que iba a reparar y, por tanto, tuvo que cerciorarse de que estaba desconectada antes de introducirse en la

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

tolva que iba a reparar para que el tornillo sin fin no se pusiera automáticamente en marcha, reducción que puede cifrarse en la mitad pues en la producción del accidente puede decirse que concurrieron en la misma forma tanto la omisión de medidas de seguridad como la imprudencia a que nos hemos referido”.

C) Ejercicio de la acción de daños y perjuicios: distinción de la ejercida por sustitución procesal y por derecho propio

En la STSJ de Cataluña de 31 de marzo 2009, I.L. J 1184, se aborda un supuesto de acción de daños y perjuicios y sucesión procesal. El derecho a la indemnización de daños y perjuicios surge con el evento lesivo susceptible de resarcimiento y fallecido el trabajador –debido a la asbestosis causada por enfermedad profesional– antes de la admisión de la demanda la acción continúa en sus herederos y “no lo es tanto a título *iure successionis* sino *ope legis* (lo que no obsta para que, entre las condiciones legalmente establecidas para su operatividad, se imponga la necesidad de acreditar el título sucesorio); debiendo, por ello, distinguirse entre los perjuicios irrogados directamente a la víctima que genera una acción de indemnización a su favor transmisible, con su fallecimiento, a los sucesores procesales y la ejercitable *iure proprio* por quienes se consideren ‘perjudicados’ por el hecho de su muerte. En el primer caso, nos encontraríamos con los ‘hijos del litigante fallecido que han acreditado perfectamente su condición de herederos’; en el segundo, con la acción deducida por su viuda”.

Considera la sentencia que “el derecho a la integridad física es un derecho inherente a la personalidad pero no personalísimo a los efectos de la transmisibilidad del derecho (de contenido patrimonial) al resarcimiento derivado del daño causado por la conducta negligente de otro y de la contravención del principio del deber de no dañar (patrimonialización que se da por supuesto en el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro al contemplarse el derecho al resarcimiento tanto respecto del perjudicado como de sus herederos)”. Por ello concluye que “los actores –en su acreditada condición de sucesores procesales del trabajador fallecido– se hallan legitimados para reclamar la indemnización por él pretendida; circunstancia que no concurre en la viuda que, de forma expresa, se reserva su derecho a ejercitar las acciones que le correspondan en su condición de ‘perjudicada’ por la muerte de su marido”.

2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Sujeto infractor: responsabilidad exclusiva de la empresa principal

La STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2009, I.L. J 1164, da respuesta a varios motivos sobre los que la recurrente funda su recurso, pero es significativo el planteamiento que, sobre la base de una infracción constitucional de los artículos 9 y 14, efectúa y que gira en torno al tratamiento desigual que se da a las “demás empresas intervinientes en la operación en la que se produjo el accidente, reclamándose una responsabilidad solidaria para éstas”, ya que sólo se declara la responsabilidad de la principal por el recargo de

prestaciones a favor del trabajador accidentado de la empresa subcontratista. Y es que los hechos son determinantes en la solución dada por el órgano judicial puesto que afirma que en los supuestos de concurrencia de actividades “la presencia en un centro de trabajo de diferentes empresas no genera por sí sola una responsabilidad solidaria cuando se produce un accidente de trabajo en el que concurren falta de medidas de prevención de riesgos laborales”.

A la hora de valorar la responsabilidad, la sentencia reconoce que la normativa preventiva impone distintas obligaciones, tanto de coordinación entre las empresas como los oportunos deberes de seguridad frente a sus propios trabajadores. Sin embargo, “el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social gira sobre el concepto de empresario infractor y en este sentido es en el que debe analizarse la responsabilidad, incluso solidaria de todas las que intervienen en la actividad laboral y no por el simple hecho de entender que el principio de igualdad obliga a hacer responsables a todas por los incumplimientos de una de ellas, que es lo que se alega en este motivo”. Al no quedar acreditada una conducta incumplidora de normas de prevención de riesgos o seguridad en el trabajo imputable a la empresa del trabajador accidentado ni que la orden dada por otra empresa subcontratista fuese la causa del accidente no “permiten imputar una relación de causalidad en la producción del siniestro y sin ésta no es posible calificarlo como empresario infractor ni solidariamente responsable con la demandante en virtud del principio de igualdad aquí invocado”. Antes al contrario, la resolución judicial considera que la responsabilidad recae sobre la empresa principal “por la indebida forma de apilar el material, realizar las labores en horas improcedentes y sin luz adecuada que hubiera permitido ver que la barrera desplazada iba a golpear con el material acopiado y, de haber estado éste bien apilado, hubiera impedido aun en ese caso el desplazamiento del mismo” y, por consiguiente, el accidente se produce por el incumplimiento de obligaciones que incumben a la propia empresa principal.

B) Responsabilidad solidaria: no lo es del trabajador autónomo

La STSJ de Asturias de 16 de octubre de 2009, I.L. J 1662, resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la empresa responsable del recargo de prestaciones declarado por la Entidad Gestora y confirmado en la instancia por el Juzgado de lo Social. La empresa recurrente solicita la revocación de la sentencia para que se mantenga el porcentaje inferior acordado en la resolución administrativa (treinta por ciento frente al cuarenta por ciento reconocido por la sentencia de instancia) y declare la responsabilidad solidaria del trabajador autónomo causante del accidente. Los hechos y el ámbito de actividad son determinantes: el trabajador accidentado se encontraba sobre el forjado colocando bovedillas cuando se presentó la necesidad de mover un palé que se hallaba sobre el forjado para concluir la colocación de bovedillas. El palé se hallaba enganchado al cable de la grúa que guiaba el trabajador autónomo y la manejaba desde el camión de su propiedad. Al levantar éste la carga, y debido a la altura del cable al que se hallaba sujeta, se balanceó bruscamente el palé golpeando al trabajador, quien se hallaba en lugar próximo a la zona de maniobra del desplazamiento y a unos dos metros del borde del forjado; por lo que

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

se precipitó al vacío impactando primeramente contra el suelo a una altura de unos tres metros y medio y deslizándose posteriormente hasta el fondo de la excavación de la obra otros dos metros más abajo.

En el plan de seguridad de la obra se evaluaron los riesgos sobre la utilización del camión pluma y se fijaron las medidas de seguridad correspondientes así como las medidas de protección colectivas para evitar riesgos de caída desde los forjados

Respecto de la responsabilidad solidaria del trabajador autónomo, la empresa recurrente alega infracción del artículo 42.3 LISOS en relación con lo dispuesto en el artículo 24.3 LPRL y propugna la solidaridad en el recargo del autónomo porque actuó vulnerando el principio de seguridad y con su conducta incorrecta generó el resultado lesivo. La sentencia pone de relieve que no existe infracción de norma sustantiva y rechaza la argumentación del recurrente con la siguiente fundamentación:

“En primer lugar y, fundamentalmente, porque la responsabilidad que se establece en ambos preceptos lo es respecto a la empresa principal o contratante de la obra o servicio a través del correspondiente negocio jurídico al que genéricamente se alude con el término ‘contrata’ y en el supuesto aquí examinado el trabajador accidentado pertenece a la plantilla de la empresa principal cuyo deficiente método de trabajo desatendió al cumplimiento de las reglas más elementales de prevención.

No debe olvidarse tampoco que el artículo 11.2.1º del Real Decreto 1627/1997 dispone que los contratistas y los subcontratistas serán responsables de la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud en lo relativo a las obligaciones que les correspondan a ellos directamente o, en su caso, a los trabajadores autónomos por ellos contratados sin que, además, y a mayor abundamiento, existan datos en la resolución impugnada que revelen la existencia de incumplimiento en materia de normas de seguridad achacable al trabajador autónomo que manejaba el camión pluma que descargaba la carga que lesionó al accidentado”.

Y es que en el sector de la construcción el trabajador autónomo no tiene la condición de empresario, excepto que emplee trabajadores por cuenta ajena, tal como establece el RD 1627/1997 o la Ley 32/2006, por ello técnicamente no puede ser considerado empresario infractor y extenderse la responsabilidad solidaria, como ha declarado la STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2007. Pero si no puede ser responsable, tampoco puede ser beneficiario de la prestación recargada porque en la ecuación subjetiva, como señala la STSJ de Madrid de 15 de junio de 2009, uno de los elementos es el empresario infractor y el otro es el trabajador por cuenta ajena, y el trabajador autónomo no tiene esa condición laboral, aun cuando se trate de una sociedad limitada en la que es socio y administrador. Sin perjuicio de que el Estatuto del Trabajador Autónomo reconozca el derecho a la indemnización de daños y perjuicios en los supuestos previstos legamente (artículo 8.6).

C) Recargo de prestaciones y deber de vigilancia

En STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2009, I.L. J 1240, el Tribunal reitera la exigencia del nexo causal entre el accidente o resultado lesivo para la vida o integridad física del

trabajador y la conducta del empresario omisiva de las medidas de seguridad o incumplimiento empresarial. Por lo que se refiere a los deberes de vigilancia o *culpa in vigilando*, la resolución judicial parte de la categoría y experiencia profesional del trabajador, del “principio de confianza en la profesionalidad y en el sentido de responsabilidad del trabajador” para atemperar el deber de vigilancia del empresario al entender que “en el ejercicio de su tarea hará uso adecuado del medio adecuado para la realización del trabajo que tenía encomendado”. Igualmente, respecto de la obligación de formación preventiva, considera que “ha de ponderarse con criterio de razonabilidad adecuada a la actividad a desarrollar” y teniendo en cuenta dicha categoría y experiencia profesional o antigüedad en la realización de las tareas habituales y “no cabe hablar de culpa empresarial, pues no se acredita que la ausencia *in abstracto* de esa medida de seguridad (falta de formación del trabajador) se implicase como causa adecuada del siniestro, integrable en una negligencia empresarial”.

A similares conclusiones respecto de la *culpa in vigilando* llega la **STSJ de Murcia de 28 de septiembre de 2009**, I.L. J 1554, que revoca la sentencia de instancia en el accidente producido con el manejo de un equipo de trabajar la madera (Tupi). El accidente se produjo cuando el trabajador acercó con las manos una pieza de madera a la zona de corte de la máquina y, en ese momento, la pieza salió proyectada verticalmente y la mano izquierda del trabajador fue atrapada con amputación de la primera falange del tercer y cuarto dedos.

En dicha sentencia se declara probado la existencia de un plan de prevención, que la empresa facilitó al trabajador accidentado, la formación adecuada, así como la identificación de los riesgos que comportaba la utilización de la máquina Tupi llegándose a prever el accidente que sufrió el trabajador, ya que el trabajador llegó a prescindir “de empujadores u otro dispositivo que alejara las manos de la fresadora, elementos de que la máquina estaba dotada, pero que de los que el trabajador accidentado, por un exceso de confianza, decidió prescindir”. De ahí, que la sentencia concluya que “concorre una clara imprudencia profesional del trabajador que, teniendo los conocimientos sobre el funcionamiento de la máquina, habiendo sido expresamente prevenido de los riesgos que su utilización suponía, mediante el plan de prevención y por la formación impartida al trabajador, decidió por su propia voluntad prescindir de tales medidas de seguridad”.

En relación con el deber de vigilancia del empresario y, por tanto, de la *culpa in vigilando* la resolución razona lo siguiente: “en modo alguno exige que el empresario deba de establecer los mecanismos necesarios para que exista un control permanente e individualizado sobre cada uno de los trabajadores y, concretamente, respecto del cumplimiento por éstos de las medidas de seguridad previstas en el plan de prevención de riesgos, —máxime cuando se trata de empresas de reducidas dimensiones en cuya organización no está prevista la presencia de encargados o capataces que ejerzan tal tipo de control sobre los trabajadores que, en la realización de su trabajo, gozan de autonomía—, sino que, tan sólo, el artículo 16 establece que “Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

El deber de vigilancia también es objeto de consideración por la **STSJ de Extremadura de 27 de octubre de 2009**, I.L. J 1671, que, frente a la alegación del trabajador que la empresa no observó su deber de vigilancia en materia preventiva y evitar que la grúa fuera manejada por el trabajador accidentado en lugar de por quien tenía capacitación, mantiene como doctrina judicial que, si bien el deber de seguridad no se agota con la facilitación de los medios preventivos y alcanza al deber de vigilar el cumplimiento, así como las imprudencias profesionales, “ese deber no puede llevarse al extremo de una vigilancia constante y tan minuciosa que obligaría a que en muchos trabajos a cada trabajador se le tuviera que asignar un vigilante”. Y es que, a pesar de declararse el incumplimiento de medidas de seguridad por parte de la empresa, el accidente “se produjo porque fue el propio trabajador quien las omitió, incurriendo en una imprudencia que no calificaremos como temeraria o no ya que no se ha discutido la naturaleza del accidente, no cabe imponer a la empresa para la que trabajaba el recargo en las prestaciones derivadas del accidente que establece el artículo 123 LGSS y, como así se entendió en la sentencia recurrida”.

La conducta del trabajador consistente en no utilizar un EPI (casco de seguridad) cuando le ha sido suministrado por la empresa no enerva el incumplimiento empresarial cuando “no se colige que dicha circunstancia (la conducta del trabajador) se configure como determinante del accidente” ni tampoco cuando el trabajador no sigue el sistema de trabajo al no constituir la causa única del accidente. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2009**, I.L. J 1348, entiende que “es a la empresa a la que le corresponde no sólo establecer las medidas de seguridad, sino también velar por el cumplimiento íntegro de las mismas por parte de los trabajadores”, singularmente, cuando el sistema de trabajo —en concreto, las operaciones de desencofrado— no están recogidas en el Plan de seguridad y salud en la obra o la no adopción de las correspondientes protecciones colectivas. En consecuencia, se deduce que difícilmente se pueden vigilar las medidas que no se adoptan, de ahí la conclusión a la que llega la sentencia y que la responsabilidad sea enteramente de la empresa sin que dé lugar a considerar la concurrencia de culpas ni tampoco la culpa exclusiva de la víctima.

El deber de comprobar la realización del trabajo en condiciones de seguridad cuando se realiza en centros de trabajos e instalaciones pertenecientes a terceros no exonera de su obligación de cerciorarse que sus operarios desarrollan su trabajo en condiciones de seguridad, de proporcionarles la formación adecuada y facilitarles equipos de trabajo tendentes a eliminar el riesgo, según la **STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2009**, I.L. J 1169. Los hechos que motivaron el accidente fueron la inspección del interior de una cisterna destinada al transporte de mercancías peligrosas (butano/propano) y el trabajador no disponía de ningún aparato medidor de gases, y para la realización de sus funciones empleaba utensilios susceptibles de provocar deflagraciones. Previamente a la inspección se habían realizado las operaciones de desgasificado y limpieza previas a la inspección quedando después la cisterna en situación de ventilación, mediante la apertura de una boca superior y de la posterior dedicada a la revisión. Cuando se realizaba la inspección, saltó una chispa de la lámpara portátil con cuya luz se examinaba el interior de la cisterna al tiempo de apagarla que produjo la deflagración por la existencia de riesgo de explosión por gases.

D) Prescripción: interrupción por la tramitación del expediente administrativo

Se enjuicia en la STS de 15 de septiembre de 2009, I.L. J 1480, si la tramitación administrativa del recargo de prestaciones con resolución expresa interrumpe o no la prescripción quinquenal ya que en la sentencia recurrida se considera que el *dies a quo* o plazo inicial de los cinco años se corresponde con la fecha de la última prestación reconocida y la solicitud del recargo para mejorar dicha prestación prescribe a los cinco años, por lo que si la tramitación del expediente supera dicho plazo se entiende prescrita.

En relación con la interrupción de la prescripción y si se prolonga o no durante todo el tiempo que medie entre la fecha de incoación de dicho expediente y aquella en la que tenga lugar pronunciamiento expreso o resolución que en aquél recaiga, la sentencia toma en consideración su doctrina sobre la no caducidad del expediente por el transcurso de los 135 días y la introduce en su argumentación para sostener que no es un expediente sancionador y que “el exceso sobre el plazo establecido para la resolución del mismo no produce como consecuencia la caducidad del expediente, sino la de entender que la solicitud ha sido desestimada, permitiendo a la parte ejercitar las acciones legales correspondientes”; y ello sobre la base de dos consideraciones. Una, que “el artículo 14 de la OM de 18 de enero de 2006 (...) aunque fija el plazo de 135 días, no tiene prevista como consecuencia de su incumplimiento la caducidad del expediente sino precisamente que la solicitud podrá entenderse desestimada”. Dos, “porque en la citada LRJAP-PAC, en concreto en su artículo 44.2, sólo tiene establecida la caducidad para los procedimientos iniciados de oficio cuando a su vez se trate de procedimientos ‘en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o (...) susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen’; habiendo llegado esta Sala a la conclusión de que el recargo de prestaciones, a pesar de lo controvertido de su naturaleza jurídica, no es ni una sanción ni un gravamen sino una indemnización”.

Por ello, concluye que “en este tipo de expedientes no se produce su caducidad por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión, y ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el artículo 42.1 de la LRJAP-PAC, por lo que la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el artículo 43.1 de la LGSS se prolonga –en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa– durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga; ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo”.

E) Incumplimiento de medidas de seguridad: manipulación manual de cargas y medidas de organización adecuadas

La STSJ de Aragón de 14 de septiembre de 2004, I.L. J 1625, declara la existencia de responsabilidad por recargo de prestaciones de la empresa a partir del conocimiento de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

los resultados de la vigilancia de la salud del trabajador a través del informe médico del Servicio de Prevención de la empresa, en la que se le califica de “apto para el puesto de trabajo habitual”, así como de los riesgos laborales que se describen como “Tenosinovitis-peritendinitis. Esfuerzo-pesos”. Es decir, a la empresa le comunican el resultado de aptitud, la patología sufrida por el trabajador y las actividades laborales afectadas, relativas a la realización de esfuerzos o cargar pesos, dando recomendaciones para su lumbalgia crónica en cuanto al cuidado en el levantamiento de pesos y cargas, sin que la empresa adoptase las correspondientes medidas preventivas.

Se declara probado que “cuando realizaba su trabajo habitual en la empresa, manipulando cargas de aproximadamente 28 kg de peso, presentó dolor en la espalda al realizar el levantamiento de esas cargas, por lo que causó baja e inició un proceso de incapacidad temporal” que derivó en una incapacidad permanente total para su profesión habitual.

La sentencia, al amparo del artículo. 3 del RD 487/1997 y de su Anexo, declara la responsabilidad de la empresa: “Conocedora la empresa, según el examen médico practicado el 12 de septiembre de 2001, del que tuvo la noticia resumida antes señalada, de que el trabajador presentaba riesgos, por tenosinovitis y peritendinitis, a la realización de esfuerzos y el levantamiento de pesos, no se adoptaron las que el artículo 3 del Real Decreto citado denomina ‘medidas de organización adecuadas, (...) medios apropiados o proporcionar a los trabajadores tales medios para reducir el riesgo que entrañe dicha manipulación’, teniendo en cuenta que el trabajador, en su trabajo habitual, manipulaba y levantaba cargas de aproximadamente 28 kg de peso”.

3. ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN

A) Amortización de puesto de trabajo por exteriorización o subcontratación de la actividad preventiva con un Servicio de Prevención Ajeno

La sustitución de la especialidad de “vigilancia de la salud” por la especialidad de “ergonomía y psicología aplicada”, contratando la primera especialidad con un servicio de prevención y la consiguiente amortización del puesto de trabajo de ATS/DUE que venía desempeñando las correspondientes funciones preventivas y también de carácter asistencial están en el fondo de la STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2009, I.L. J 1198, que enjuicia la extinción del contrato de trabajo por causa técnica y organizativa al amparo del artículo 52.c) LET. Lo relevante de esta sentencia, cuya doctrina judicial no es nueva ya que hay antecedentes en resoluciones del Tribunal Supremo (Sentencias de 3 y 4 de octubre de 2000), es que la convivencia de servicios preventivos propio y ajeno, con la particularidad de que la opción por un servicio de prevención de la especialidad de Vigilancia de la Salud que no se ajustó a lo prevenido en las normas preventivas, al combinar los servicios médicos existentes en la empresa sin la debida capacitación con la contratación en su centro de trabajo de servicios de prevención externos, es una causa alegada por la empresa que no constituye un hecho sobrevenido pero sí es “una causa directamente imputada por ley” por lo que, concluye la resolución que “es evidente que puede concurrir una conveniencia o interés de la empresa en la extinción del contrato de la actora, pero también que dicho interés está directamente relacionado con un desajuste entre los me-

dios humanos de que dispone la empresa y las necesidades de ésta o la conveniencia de una mejor organización y optimización de tales recursos. Y, dado que es al empresario a quien corresponde valorar su situación y adoptar las medidas necesarias para superar una incidencia negativa en su desarrollo industrial o comercial, y se han acreditado las causas organizativas invocadas, la decisión extintiva merece ser calificada de procedente”.

4. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

A) Acreditación de las condiciones del puesto de trabajo y su influencia negativa para la salud de la madre o del feto

En el marco de la prestación económica por riesgo durante el trabajo, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de octubre de 2009, I.L. J 1642, aborda la aplicación del artículo 26 LPRL y parte de considerar que “La situación protegida es, pues, el período de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado de puesto de trabajo de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto”. Se pone de relieve que constituye una medida que está “en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso, el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es: a) si el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o b) si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados”.

La acreditación de que las condiciones del puesto de trabajo influyen negativamente en la salud de la madre o del feto constituye un “requisito ineludible”, que se contraen, en el supuesto enjuiciado, al trabajo desarrollado por la trabajadora “que tiene que manipular manualmente piezas de hasta 30 kg, con posturas forzadas de inclinación y flexión, lo que en sí ya supone un riesgo, máxime cuando ya fue diagnosticada de amenaza de aborto (Hecho Probado 6º), como también supone un riesgo la conducción de la carretilla elevadora por las continuas vibraciones que produce”. Igualmente, la resolución judicial trae a colación la reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prevención para incorporar una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada, de modo que “si estamos ante condiciones de trabajo que impliquen riesgo y una vez acreditado que las mismas crean un riesgo en él para la mujer embarazada o para el feto se tendrá derecho a acceder a la prestación solicitada y prevista en los artículos de la Ley General de la Seguridad Social denunciados como infringidos en relación con el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, pues concurren los requisitos necesarios para acceder a la misma y en tanto dure tal situación de riesgo”.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ

El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta

[Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, abril 2010, 480 páginas]

LEX NOVA

La actual situación económica está provocando que las empresas se adapten y reestructuren con arreglo a esta nueva –y compleja– coyuntura, provocando una reducción de costes que incide, directamente, en las plantillas de trabajadores, con los consiguientes despidos, individuales y colectivos; lo que ha supuesto un relevante aumento de la litigiosidad en esta materia.

De ahí la oportunidad de este libro, una verdadera guía –muy didáctica, útil y práctica– para conocer todos los aspectos sustantivos y procesales del despido.

Cada capítulo incluye la jurisprudencia más relevante dictada por el Tribunal Supremo y una relación de las preguntas más frecuentes que las partes se plantean durante la tramitación de todo el proceso de despido, obteniendo una respuesta clara y precisa que incluye el criterio jurisprudencial que resuelve la cuestión planteada.

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y psicología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 15.ª ed., Valladolid, enero 2010, 582 páginas]

LEX NOVA

La 15ª edición de este manual para la formación de especialistas es aún más didáctica, incluye test de autoevaluación y un CD-ROM con normativa y documentación. De esta forma, el libro se convierte en un excelente instrumento para cursar esta especialidad, con arreglo al anexo VI del Reglamento de los Servicios de Prevención.

Su contenido se estructura en nueve grandes apartados que van desde el origen de la ergonomía hasta conceptos tan recientes como el *mobbing*, el síndrome del “quemado” u otras patologías de índole psicosocial (adicción al trabajo, acoso sexual y violencia en el lugar del trabajo).

Se trata de un libro básico para quienes realicen los estudios conducentes al título de prevenciónistas de nivel superior en esta especialidad, y también para quienes sientan un especial interés por la Ergonomía y la Psicología y puedan comprender el potencial de dominio y utilidad de una disciplina que estudia la actividad humana y en particular la actividad laboral.

I.A. RODRÍGUEZ CARDO

Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, abril 2010, 468 páginas]

LEX NOVA

Desde la creación del Retiro Obrero, en 1919, la edad de jubilación se situó en los 65 años; en aquel momento, esa edad resultaba muy elevada, lo que garantizaba que el número de beneficiarios fuera muy escaso durante las primeras décadas de aplicación del seguro social obligatorio y su sostenimiento no corriese peligro.

Sin embargo, el actual contexto es muy distinto. Al incrementarse la esperanza de vida, también se han elevado los costes de protección social y las necesidades de financiación, pues —al margen del coste de la asistencia sanitaria— la Seguridad Social tendrá que afrontar el pago de pensiones durante más tiempo.

Las estimaciones económicas sobre la viabilidad de los sistemas públicos de Seguridad Social confirman que esta incertidumbre no es infundada y que se sufrirá a partir de 2025, cuando comiencen a jubilarse los que nacieron en la década de los 60 del pasado siglo.

En ese contexto, la jubilación parcial suscita una serie de problemas específicos:

1) El alcance subjetivo de esta modalidad de jubilación —pensada para la empresa privada— y que muestra dificultades para su traslado al sector público o el trabajo autónomo.

2) Su puesta en marcha ocasiona dudas a la hora de calibrar los presupuestos necesarios para acogerse a ella (edad, antigüedad en la empresa, reducción en el tiempo de trabajo, etc.) o calcular la correspondiente pensión (cómputo de cotizaciones, cuantía de la pensión, compatibilidades, etc.).

3) Su esencia, pues la combinación de trabajo con pensión genera una situación muy particular en la que se plantean cuestiones inéditas tanto desde el punto de vista de la relación laboral (que demanda una adaptación constante de las reglas generales) como de la protección social (cabe la posibilidad de que el trabajador incurra, como tal, en contingencias sociales distintas de la jubilación, como la incapacidad temporal).

4) El relevo parcial del trabajador jubilado que, no sólo actúa como condición de validez para esta específica vía de jubilación sino que también abre un nuevo escenario para la duda y la incertidumbre, no siempre atendido con rigor por parte de la ley.

Este libro aborda todos esos problemas que afectan a la jubilación parcial del trabajador asalariado (que deberá acreditar una edad de 60 o 61 años, una antigüedad mínima y un período de carencia superior al exigido por la jubilación ordinaria así como el consentimiento imprescindible del empresario, al reducirse la jornada del interesado —entre un 25 y un 75 por 100, como regla general— y la contratación de un relevista, cuando el jubilado parcial no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación), el propio contrato de relevo (quizá, su obligación más característica) y la jubilación flexible (menos polémica por que su incidencia práctica también es menor); su régimen jurídico y la necesidad de un desarrollo reglamentario, específico para la jubilación parcial y acorde con la actual coyuntura socioeconómica.

F. FERNÁNDEZ ZAPICO y B. FERNÁNDEZ MUÑIZ

Guía del Delegado de Prevención

[Lex Nova 1.ª ed., Valladolid, abril 2010, 468 páginas]

LEX NOVA

La presente guía pretende ser un resumen de las condiciones básicas en las que tiene que desenvolverse la prevención de riesgos laborales con el fin de garantizar una actuación correcta que proteja la seguridad y salud de los trabajadores.

Sabiendo que esto es misión de todos los que participan en el hecho laboral, sus contenidos podrán ser útiles para todos ellos, pero de una forma muy especial, para quienes ostentan la representación de los trabajadores. Por este motivo, la guía está concebida como un prontuario de rápida consulta ante situaciones que se produzcan en el campo preventivo, sin menoscabo de la posterior profundización en documentación más específica que complete los criterios de una actuación especializada.

Para ellos, este manual se desarrolla a partir de dos puntos de vista: por una parte se indican los criterios fundamentales recogidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Reglamento de los Servicios de Prevención, y por otra parte se incluyen aspectos paralelos al campo preventivo, como son la seguridad industrial o la seguridad minera, todo ello adaptado a las exigencias de la reciente Ley 25/2009.

Además, el libro dispone de un anexo donde, de forma resumida y esquemática, se indican los requisitos impuestos por algunas normas reglamentarias de uso menos frecuente en el campo de la prevención de riesgos, como es el caso de lo relacionado

con lugares de trabajo, utilización y comercialización de equipos de protección individual y disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

C. ORTEGA CARBALLO, R. JOVER GÓMEZ-FERRER, S. RIPOL CARULLA

Derechos Fundamentales de los extranjeros en España

[Lex Nova 1.ª ed., Valladolid, abril 2010, 324 páginas]

LEX NOVA

Este libro trata una cuestión de plena actualidad y no exenta de problemas, cuando aún está latente un vivo debate político sobre la obligación de los ayuntamientos de empadronar a los extranjeros.

La primera parte analiza el Derecho internacional y europeo sobre extranjería, así como las normas de Derecho español que lo incorporan a nuestro ordenamiento; normas entre las que la LOEX ocupa, claro está, un lugar preferente. A continuación, se realiza un examen del modo en que el Tribunal Constitucional ha recurrido a los Tratados Internacionales para interpretar las normas sobre extranjería, lo que le ha permitido determinar los términos en que los extranjeros han de ser o no considerados titulares de unos u otros derechos.

Los capítulos siguientes estudian, de forma particularizada y con mayor detalle, algunos de los principales derechos fundamentales que han merecido la atención de la jurisprudencia constitucional: educación, protección de la salud, trabajo y seguridad social, reunión, asociación, sindicación y

huelga y, como derecho instrumental de primer orden para la protección de todos ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva (con referencia al beneficio de justicia gratuita).

Finalmente, se estudian los derechos de participación política, reducto sacrosanto tradicionalmente vedado a los extranjeros y, en gran medida, reservado a los nacionales desde la propia Constitución.

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.

N O T A S

N O T A S

N O T A S

