

revista

Justicia Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

LEX NOVA

REVISTA Justicia Laboral

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

CONSEJO ASESOR

Jesús Cruz Villalón CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Javier Gárate Castro** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. **Joaquín García Murcia** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE OVIEDO. **José María Goerlich Peset** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **José Luis Goñi Sein** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA. **Julia López López** CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA. **Lourdes Martín Flórez** URÍA MENÉNDEZ. ABOGADOS. **José Luis Monereo Pérez** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE GRANADA. **Jesús R. Mercader Uguina** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID. **María del Carmen Ortiz Lallana** CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. **Luis Enrique de la Villa Gil** CATEDRÁTICO EMÉRITO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID (UDIMA). ABOGADO **Lourdes López Cumbre**. CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

Manuel Carlos Palomeque López CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. **Aurelio Desdentado Bonete** MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO. **Santiago González Ortega** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD PABLO OLAVIDE DE SEVILLA. **Manuel Álvarez de la Rosa** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA. **Ricardo Escudero Rodríguez** CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE ALCALÁ. **María Luz García Paredes** MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

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

DIRECTOR ADJUNTO

Jesús R. Mercader Uguina

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

© LEX NOVA 2010

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

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

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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

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

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

Sumario

EDITORIAL

- [5] “Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”: El principio de no contradicción en la jurisprudencia constitucional

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA

- [13] La pensión de viudedad: entre la “contributividad automática” y la “asistencialidad contributiva”. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo —poco a poco— cada cosa en su lugar

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

- [35] La tributación de la pensión de viudedad: una sospechosa situación de desigualdad de trato

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

- [51] La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno

BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO

- [81] La oportuna adopción de un acuerdo colectivo comunitario sobre protección de datos personales de los trabajadores

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

- [103] I. FUENTES DEL DERECHO

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [115] II. TRABAJADOR

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

- [133] III. EMPRESARIO

JESÚS CRUZ VILLALÓN

- [151] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [163] V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

- [191] VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

- [201] VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [215] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

JAVIER GÁRATE CASTRO

- [221] IX. SEGURIDAD SOCIAL

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

- [229] X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- [245] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [249] XII. EL PROCESO LABORAL

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [263] XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[271] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

“ES IMPOSIBLE QUE UNA COSA SEA Y NO SEA AL MISMO TIEMPO Y BAJO EL MISMO ASPECTO”: EL PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El llamado “principio de contradicción” (y que podría llamarse “principio de no contradicción”) es considerado como un principio ontológico a tenor del cual: “es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”. El citado juicio forma parte del pensamiento racional del ser humano. Decía Aristóteles que “hay un principio en los seres, relativamente al cual no se puede incurrir en error; precisamente ha de suceder lo contrario, esto es, que se está siempre en lo cierto. Este principio es el siguiente: no es posible que una misma cosa sea y no sea a un mismo tiempo; y lo mismo sucede en todas las demás oposiciones absolutas” [Met. XI, V]. El citado principio ha sido considerado también como un principio lógico, y entonces se enuncia: “No a la vez p y no p”.

El citado principio lógico se proyecta en el Derecho sobre el mundo de la seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional ha sostenido en diversas ocasiones que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible, además de con el principio de seguridad jurídica —en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia— con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, pues unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Entre los precedentes se encuentran las SSTC 77/1983, de 3 de octubre, y 62/1984, de 21 de mayo, en la última de las cuales se recoge de forma expresa que “a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron”. Pero, probablemente, la sentencia más citada a estos efectos ha sido la STC 158/1985, de 26 de noviembre. En la misma, durante la tramitación del expediente administrativo sancionador y del proceso contencioso contra la sanción impuesta, en la actividad administrativa paralela para la fijación de las pensiones de los trabajadores accidentados, el INSS había reputado que el accidente de trabajo había sido debido a la omisión de las mismas medidas de seguridad apreciadas por el acta citada de la Inspección de Trabajo, procedien-

do a recargar en un 30% el importe de las prestaciones debidas. Impugnada la decisión administrativa del INSS ante la Magistratura de Trabajo, fue desestimada la impugnación y confirmada la resolución recurrida. Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo y es en este recurso donde se intentó presentar la sentencia de lo contencioso-administrativo, notificada al recurrente cuando ya había formalizado el recurso de suplicación; esta fue la presentación que el Tribunal Central no admitió. El Tribunal Central decidió en sendas sentencias de 5 y 10 de julio de 1984, de tenor muy similar, desestimar el recurso de suplicación, confirmando las sentencias impugnadas y declarando que se habían infringido las normas de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

La pretensión del recurrente en amparo es que no se le sancione (con el recargo de las indemnizaciones por el accidente) en virtud de unas infracciones “que ya habían sido declaradas inexistentes” por sentencia firme, y en virtud de cuya declaración se había levantado otra sanción (la multa). El Tribunal Constitucional estima “que, cuando dos jurisdicciones abordan una misma cuestión, aunque lo hagan «bajo ópticas distintas”, es preciso que la que resuelva en segundo lugar conozca la decisión firme de la que en primer lugar decidió, para así poder “razonadamente desechar la identidad de situaciones cuando la contradicción sea sólo aparente o existan razones que justifiquen una diversa apreciación de los hechos” (o hacer lo contrario, esto es, apreciar la identidad, y por tanto la contradicción real o la inexistencia de razones que justifiquen apreciaciones diversas).

Precisamente por ello, los órganos jurisdiccionales han de ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de decidir sobre una relación o situación respecto de la cual la Sentencia recaída se encuentre en estrecha conexión; ello obliga a que la decisión que se adopte en esa Sentencia siga y aplique los mandatos y criterios establecidos por la Sentencia firme anterior; máxime cuando no sólo se suscitan los problemas propios del primer proceso, sino que, además, se plantean otras cuestiones nuevas no ventiladas en aquél. Por ello, si bien es cierto que la libertad de interpretación de la norma ha de ser respetada como parte integrante de la propia función jurisdiccional, los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (arts. 9.3 y 117.3 CE) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, 67/1984 y 189/1990, entre otras).

No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el artículo 24.1 CE, de tal suerte que éste resulta también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo

que haya de ser resuelto (lo que indudablemente sucederá cuando la parte a quien interesa la aporte a los autos), tal y como puso de manifiesto la STC 182/1994, de 20 de junio, y corroboró, con posterioridad, la STC 190/1999, de 25 de octubre.

Estos problemas se producen también dentro del propio orden social. En la STC 151/2001, de 2 de julio, se planteaba el siguiente supuesto: en un primer pleito por despido se decidió que el despido no había tenido lugar, pero en el segundo pleito, por resolución del contrato (artículo 50 ET), la demanda se desestima porque el trabajador ya había sido objeto del despido que había negado la primera sentencia. El Tribunal considera que “no es posible apreciar el efecto de cosa juzgada al no concurrir la perfecta identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes y la calidad con que fueron parte en los respectivos procesos”, pero concede el amparo y revoca la segunda sentencia, y lo hace no porque la primera decisión fuese vinculante, sino porque la segunda se fundaba “en una irrazonable motivación, carente de toda lógica y nada respetuosa con el antecedente ya firme anteriormente adoptado”.

La STC 34/2003, de 25 de febrero, examina si se produce lesión del derecho a una tutela judicial efectiva cuando un mismo supuesto fáctico obtiene resultados contradictorios. En concreto, cuando en lo contencioso administrativo se da por acreditada una relación laboral con fines de alta en la Seguridad Social a pesar de que la misma Sala, en dos fallos previos, había anulado dos sanciones administrativas por entender que no podía considerarse probado que existiera dicha relación laboral. En el caso enjuiciado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la Sentencia recurrida, había confirmado los actos administrativos impugnados al considerar probado que la asociación recurrente tenía una relación laboral con las personas que prestaban servicios en el bar que explotaba la referida asociación. Pero esa misma Sala, en otras resoluciones anteriores en las que tuvo ocasión de pronunciarse sobre esos mismos hechos, llegó a la conclusión de que no se había acreditado que los servicios prestados por quienes realizaban los trabajos de camarero y de limpiadora en el bar de la asociación se efectuaban en el marco de una relación de carácter laboral. Tales pronunciamientos los realizó la Sala en sendas Sentencias resolviendo los recursos interpuestos contra las resoluciones que habían impuesto sanciones por infracción de la LISOS (respectivamente: extinción del derecho al percibo de las prestaciones de desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas por cobrar el desempleo y trabajar al mismo tiempo; y sanción por dar ocupación a trabajadores titulares de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la seguridad social con carácter previo al inicio de la relación laboral).

La STC 34/2003 concluyó que no se ha producido la vulneración denunciada. El TC parte de que, en efecto, en las Sentencias que resolvieron los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los actos de carácter sancionador la Sala consideró que no estaba acreditada la relación laboral existente entre quienes prestaban servicios en el bar de la Asociación y esta entidad, lo que le llevó a estimar los recursos interpuestos y anular los actos impugnados. Y de que, por el contrario, en la Sentencia recaída en el recurso que interpuso la Asociación Amigos del Valle contra el acto por el que se le exige el pago de las cuotas de la Seguridad Social por el periodo de descubierto, que es la Sentencia recurrida en amparo, la Sala sí consideró acreditada la existencia de la referida relación laboral.

Pero establece una importante aclaración necesaria para comprender el fallo desestimatorio. El TC señala que para la determinación de la laboralidad de la relación, el órgano judicial ha tenido que aplicar, dependiendo de los casos, diferentes prescripciones jurídicas. En las Sentencias en las que no consideró acreditada la existencia de la relación laboral, el órgano judicial llegó a esta conclusión al entender que, al estar enjuiciando actos de carácter sancionador, el principio *in dubio pro reo* le obligaba, en caso de duda sobre la existencia de ese hecho, a optar por la solución más favorable al imputado. Distinta fue la conclusión a la que llegó ese mismo órgano judicial cuando tuvo que apreciar si el acto administrativo impugnado —acto por el que se le exigía el pago de las cuotas del régimen general de Seguridad Social por el periodo de descubierto— era conforme a Derecho. Para realizar tal juicio debía primero comprobar si se había producido el presupuesto de hecho del que se deriva la obligación de dar a un trabajador de alta en el régimen general de la Seguridad Social, lo que le obligaba a tener que decidir si entre quienes prestaban servicios en el bar y la entidad que lo explotaba existía una relación de carácter laboral. Para determinar este hecho, el órgano judicial partió de la presunción legal de certeza que tienen los hechos reflejados en el acta de la Inspección de Trabajo que hayan sido comprobados por el Controlador laboral y llegó a la conclusión de que, como la prueba practicada a instancia de la parte actora no había destruido la referida presunción legal, debía considerar probados los hechos allí constatados, lo que, a su vez, le llevó a entender que entre la asociación y quienes prestaban servicios en el bar por ella explotado existía una relación de carácter laboral.

Ante tal situación, el TC afirma que es claro que un mismo hecho ha sido apreciado de forma distinta en diferentes resoluciones; resoluciones que, además, han sido dictadas por un mismo órgano judicial. Pero declara que esta diferente apreciación de los hechos no conlleva en este concreto supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero el Tribunal Constitucional entiende que “la diferente apreciación de los hechos no conlleva en este supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [...], pues en la sentencia impugnada, aunque no se advierta expresamente el cambio de criterio respecto de sus decisiones anteriores [...], sí que se exponen las razones que llevan al órgano judicial a realizar en este caso una valoración distinta de los mismos” y en un caso aplicó el principio *in dubio pro reo* por tratarse de sanciones y en otro la presunción de certeza del acta”.

La STC 16/2008, de 31 de enero, resuelve, también, un interesante supuesto en el que se encuentra en juego el principio de no contradicción. Según consta en los antecedentes de esta Sentencia, a raíz del accidente sufrido por un operario de la recurrente, la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia levantó acta de infracción al considerar que la causa determinante del accidente había sido la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, por carecer la máquina causante del accidente de la documentación acreditativa del cumplimiento de las normas de seguridad con anterioridad a la fecha del accidente y por no haberse cumplido por parte de la empresa el plan de acción preventiva establecido respecto de dicha máquina. Esta actuación inspectora originó, a su vez, dos reacciones administrativas: por una parte, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordó la imposición del recargo previsto en el artículo 123 LGSS por

inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y, por otra, se incoó un expediente sancionador que concluyó por Resolución de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia, que confirmó el acta de infracción elaborada por la Inspección de Trabajo, e impuso a la actora una sanción de 6.911,65 euros, por la comisión de una infracción leve (infracción del artículo 3.2 del Reglamento de seguridad en máquinas, al carecer la máquina causante del accidente de documentación acreditativa del cumplimiento de las normas de seguridad) y de otra grave (incumplimiento del plan de acción preventiva).

Frente a la primera de dichas actuaciones administrativas, la demandante de amparo formuló demanda ante la jurisdicción social, que fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Murcia, en la que se dejó sin efecto el recargo impuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, al considerar el órgano judicial que no existía incumplimiento de las medidas preventivas, sino que la empresa había puesto de su parte todo lo que le era posible para evitar el accidente, habiéndose producido éste exclusivamente por la ligereza con que en los hechos actuó un tercero. Ante la sanción administrativa impuesta por la Consejería de Trabajo y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la empresa reaccionó interponiendo un recurso de alzada y, al no obtener respuesta dentro del plazo legalmente previsto, entendió desestimada su pretensión y acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa, sustanciándose su recurso ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Antes del señalamiento para votación y fallo, aunque después de practicada la prueba y desarrollado el trámite de conclusiones, la demandante aportó la resolución dictada por el Juzgado de lo Social. La Sala dictó Sentencia, en la que desestimó el recurso al considerar que la empresa no había cumplido “con su obligación legal de establecer las medidas preventivas precisas que prevean las distracciones o imprudencias no temerarias de un trabajador”. En esta resolución no se hizo referencia alguna a la Sentencia del Juzgado de lo Social.

Concretamente, la actora achaca a la resolución judicial la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) desde tres perspectivas: en primer lugar, por la violación del principio de seguridad jurídica, ya que la Sentencia resulta contradictoria respecto a la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Murcia sobre los mismos hechos; en segundo lugar, habría incurrido en incongruencia por omisión, reprochando a la Sentencia impugnada la valoración de la prueba que realiza al no haber tenido en cuenta los elementos documentales que habían sido acogidos por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Murcia, incorporada al recurso contencioso-administrativo, y sobre la que no se hace ninguna referencia; por último, y como consecuencia de las dos anteriores, se imputa a la Sentencia recurrida haber incurrido en arbitrariedad.

Entiende la Sentencia que venimos comentando, que las normas aplicadas por uno y otro órganos judiciales no son las mismas, pues, en un caso, el recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo viene regulado en el artículo 123 LGSS, mientras que, en el otro, las concretas infracciones que se imputaban a la empresa se encontraban tipificadas en los arts. 46.5 y 47.1 LPRL (a la sazón vigentes), aparte de otras prescripciones jurídicas, como las del artículo 3.2 del Reglamento de seguridad en máquinas (aprobado por Real Decreto 1495/1986, de 26 de mayo), artículo 16.2 de la misma LPRL y artículo

36.5 ET, cuyo incumplimiento originaba la comisión de las concretas infracciones por las que fue sancionada la demandante. Sin embargo, “el factum, esto es, el presupuesto de aplicación de unos y otros preceptos es el mismo: la existencia de un incumplimiento por parte de la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales en relación con la máquina que originó el accidente”. En este sentido, “las dos resoluciones judiciales parten de los mismos hechos y tienen su origen último en el acta de infracción de la Inspección de Trabajo, pero mientras una –la del orden social– declaró que no hay incumplimiento de aquellas normas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo entendió que la recurrente no había adoptado las medidas de prevención de riesgos para el adecuado uso de la máquina causante del accidente, conclusión a la que llegó partiendo la presunción iuris tantum de veracidad de que gozan las actas de los Inspectores de Trabajo que, a su juicio, no había desvirtuado la recurrente con pruebas en contrario”. En suma, el Tribunal Superior de Justicia no ha tenido en cuenta para valorar los hechos la existencia de un previo pronunciamiento judicial; de ahí que ambos resulten claramente contradictorios en cuanto a la observancia por parte de la demandante de amparo de las normas sobre prevención de riesgos laborales con respecto a la máquina en cuestión. Y, lo que es más importante, en el momento en el que la resolución aquí impugnada se dicta, existe ya una resolución firme recaída en otro orden jurisdiccional, que niega la existencia del incumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales que se achacaba a la actora, declaración que no podía ser desconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

Ello no supone la primacía o la competencia específica de una jurisdicción, que sólo se produciría cuando así lo determine el Ordenamiento jurídico, como ocurrirá, por ejemplo, cuando una decisión tenga carácter prejudicial respecto a otra. Fuera de esos casos, lo que cuenta es que “el Estado, a través de uno de sus órganos jurisdiccionales, ha declarado la existencia o inexistencia de unos hechos, y no cabe, por las razones expresadas anteriormente, que otro órgano jurisdiccional del mismo Estado desconozca dicha declaración”. Naturalmente, para que el órgano judicial pudiera tomar en cuenta una resolución firme de otro órgano, era preciso que “tuviera conocimiento oficial de la misma, porque se hallara incorporada al proceso tramitado ante él, presupuesto que aquí concurre, dado que la demandante de amparo aportó la Sentencia del Juzgado de lo Social a las actuaciones del recurso contencioso-administrativo casi tres meses antes de que la Sala procediera a dictar Sentencia resolviendo el recurso sometido a su conocimiento. Y, aunque tal aportación se realizó una vez concluido el período probatorio y celebrado el trámite de conclusiones, lo cierto es que, como sostiene el Ministerio Fiscal, los arts. 56.4 LJCA y 270 LEC permitían incorporar la Sentencia de lo Social al recurso, por lo que el Tribunal la tenía a su disposición y pudo y debió valorarla al adoptar su decisión.

En tal tesitura, concluye el Tribunal Constitucional, “es evidente que la Sala no podía desconocer la premisa básica que con anterioridad se había establecido y que, para desestimar el recurso interpuesto por la actora, tenía que haber entrado a razonar, con una motivación suficiente que exteriorizase el fundamento de la decisión adoptada, por qué, si antes se había acordado por el Juzgado de lo Social, en una decisión judicial ya firme, que no había existido incumplimiento por la empresa de las normas sobre prevención

de riesgos laborales, ahora partía de la premisa contraria. No obstante, la Sala no incluyó esa motivación en la Sentencia recurrida, sino que, con omisión de toda referencia a esa previa resolución, ratificó la sanción administrativa impuesta, declarando que no se había destruido la presunción de veracidad de las actas de la inspección”. Todo ello lleva a la Sala a declarar vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

La STC 192/2009, de 28 de septiembre, incorpora una nuevos argumentos a la dogmática del principio de no contradicción. En la misma, la recurrente en amparo, que venía trabajando como auxiliar de enfermería para el Servicio Canario de Salud en una unidad hospitalaria de esterilización y quirófano, obtuvo la declaración de incapacidad permanente absoluta por Sentencia del JS núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife, pronunciamiento que fue confirmado por Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias. En la misma quedó acreditado que el aparato esterilizador dedicado a la desinfección de material sanitario que utilizaba la recurrente, y que fue causa de su dolencia, carecía de un sistema de eliminación de residuos y de sistemas de control de fugas; que no se aireaba el material como era debido; que no se había instalado de forma aislada, sino en una sala en la que se trabajaba a diario; que no se utilizaba ningún sistema de protección; como mascarillas, guantes o gafas; que no se había recibido información ni medios de protección adecuados; que tampoco se efectuaron mediciones ambientales, y que los controles médicos fueron esporádicos. Asimismo, se declaró probado que las emanaciones de gases eran continuas y que la recurrente estuvo expuesta a ellas durante más de dos años, ocho horas al día. Posteriormente, la recurrente formuló demanda para que se declarase que la contingencia de la que derivaba su incapacidad permanente absoluta era profesional, dando lugar al procedimiento tramitado por el JS núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife. La demanda fue finalmente estimada en suplicación por Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, en la que también se volvía a insistir en que la recurrente, en el ejercicio de su profesión, había utilizado durante dos años un aparato esterilizador, sin que se hubieran adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar la inhalación de gases que emanaban de la máquina esterilizadora.

La recurrente, al considerar que su invalidez derivaba del incumplimiento por parte de la empleadora de las medidas de prevención de riesgos laborales, por no haber tomado las medidas oportunas para impedir su exposición a una sustancia emanada por la máquina de esterilización, formuló demanda para que se le reconociese el derecho a cobrar un recargo del 50% sobre su pensión, dando lugar al procedimiento tramitado por el JS núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife. La demanda fue íntegramente desestimada, partiendo de unos hechos radicalmente opuestos a aquéllos de los que había partido en los precedentes procedimientos judiciales. De este modo, en contra de lo previamente mantenido, en esta ocasión afirma que la máquina en cuestión estaba conectada al exterior y hacía sus desgasificaciones conforme al manual de uso, que se había instalado en un local con ventilación, separado por tabique y ventana de la zona de trabajo, que fue sometido a revisiones periódicas, que se había informado a los trabajadores de sus peligros y proporcionado mecanismos de protección y que la exposición al riesgo había sido mínima, habiendo sido manipulada casi exclusivamente por otro trabajador, plenamente informado de los riesgos y funcionamiento del aparato.

La recurrente aduce en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), argumentando que las resoluciones judiciales impugnadas han desconocido el efecto de cosa juzgada de unos previos pronunciamientos sobre el mismo objeto, inaplicando arbitraria e irrazonablemente la prejudicialidad devolutiva, incurriendo en una patente contradicción con el relato fáctico de anteriores resoluciones judiciales firmes. De ese modo, se habría infringido la doctrina según la cual unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

El Tribunal Constitucional comienza recordando su doctrina en esta materia y reitera que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios.

En atención a estos antecedentes, el Tribunal concluye que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), toda vez que: “en el presente procedimiento se reabrió el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme, desconociendo el efecto de la cosa juzgada y privando de eficacia a lo que se había decidido con firmeza en los procesos sobre invalidez y sobre accidente laboral, lesionándose, con tal actuación, la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por las Sentencias dictadas en unos procesos anteriores entre las mismas partes y en las que se había considerado acreditado el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo”. Se recuerda, igualmente, que “unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia siempre que queden justificadas las razones de este apartamiento”, si bien, en este caso, tal separación no se encuentra justificada. Por todo ello, concluye que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), lo que comporta la declaración de nulidad del pronunciamiento referido exclusivamente a la desestimación de la demanda respecto del Servicio Canario de Salud, el INSS y la TGSS y la retroacción de las actuaciones para que se dicte nueva resolución respecto de ese particular respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

La complejidad técnica del principio de no contradicción es evidente. Cosa juzgada, pronunciamientos procedentes de distintos órdenes jurisdiccionales, hechos valorados contradictoriamente o calificación jurídica de los hechos no coincidentes son algunos de los aditamentos de una reflexión jurídica que deja abiertos múltiples problemas sobre los que volveremos en próximos editoriales.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

La pensión de viudedad: entre la “contributividad automática” y la “asistencialidad contributiva”. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo —poco a poco— cada cosa en su lugar

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal
Supremo, Profesora Titular de la
Universidad de Oviedo

Resumen

**LA PENSIÓN DE VIUEDAD: ENTRE LA “CONTRIBUTIVIDAD AUTOMÁTICA” Y LA “ASISTENCIALIDAD CONTRIBUTIVA”.
BREVE CRÓNICA DE CÓMO EL TIEMPO VA PONIENDO —POCO A POCO— CADA COSA EN SU LUGAR**

Este trabajo pretende suscitar debate sobre el giro copernicano que las últimas reformas han supuesto en la configuración de la pensión de viudedad. La actual reformulación de esta prestación supone, con los matices que se exponen, cierto retorno a los orígenes, por el sinfín de llamadas más o menos directas a la protección de la situación de necesidad que identificaba en su génesis la pensión, fruto de la incorporación en los últimos tiempos de nuevos beneficiarios —convivientes de hecho—, y del ajuste intenso de las exigencias impuestas al “antiguo cónyuge”, medidas de nuevo cuño que se suman a otras ya no tan flamantes pero que igualmente bar-

nizan de “asistencialidad” esta prestación. Así, la pensión protege hoy la mera pérdida personal del cónyuge en la pensión de viudedad del cónyuge legal —“contributividad automática”—; el desequilibrio económico en la pensión de las parejas de hecho que acreditan inicialmente el quebranto económico —“contributividad relativa”—, y en la pensión del cónyuge histórico —“asistencialidad contributiva relativa”—; y la situación efectiva de necesidad en la pensión del conviviente que acredita la no superación de cierto límite de ingresos, y en el porcentaje adicional de la pensión (70%) —“asistencialidad contributiva pura”—.

Abstract

**THE WIDOW'S PENSION: AMONG THE “AUTOMATIC CONTRIBUTION” AND THE “CONTRIBUTIVE ATTENDANCE”.
BRIEF CHRONICLE OF HOW THE TIME IS GOING PUTTING -LITTLE BY LITTLE- EACH THING IN ITS PLACE**

This work seeks to raise debate on the radical change that the last reforms have mean in the configuration of the widow's pension. The current reformulation of this benefit means,

with the nuances that are exposed, a certain return to the origins, because the numberless of calls more or less direct to the protection of the situation of necessity that identified the

pension in its genesis, result of the incorporation in the last times of new beneficiaries -live-in partners-, and of the intense adjustment of the demands imposed to the "old spouse", newly-coined measures that are added to other ones not so splendid but that equally varnish of "attendance" this benefit. This way the pension protects today the spouse's mere personal loss in the legal spouse's widow's pension -"automatic contributivity"-; the

economic imbalance in the pension of the living-in partners who initially prove the economic damage -"relative contributivity"-, and in the historical spouse's pension -"relative contributive attendance"-; and the effective situation of necessity in the pension of the living-in partner that prove the non beating of certain limit of income, and in the additional percentage of the pension (70%) -"pure contributive attendance"-.

Sumario

I. Del propósito del trabajo. II. Génesis y evolución: de la manifiesta exigencia de situación de necesidad a su extraña desaparición por el juego del principio de igualdad. III. El primer hito hacia la "asistencialidad contributiva pura": el porcentaje del 70%. IV. La protección de las parejas de hecho: entre la contributividad relativa y la "asistencialidad contributiva pura". V. La pensión de viudedad del ex cónyuge: ¿integración real o aparente de la situación de necesidad? VI. El curioso caso de la "unidad económica unipersonal". 7. Y en el futuro: ¿quién le pondrá el cascabel al gato?

I. DEL PROPÓSITO DEL TRABAJO

Hasta la promulgación de la Ley 40/2007, de 2 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia –cuyo grueso se aloja en normas preconstitucionales inmunes, parece, a los envites del tiempo [OM de 13 de febrero de 1967, Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre¹ y Decreto 1646/1972]– se había sometido a reformas de alcance bastante limitado, ya fuera por lo nimio del avance o por lo reducido del número de afectados. En efecto, con excepción de las modificaciones que requirió la adaptación del marco normativo al principio de igualdad proclamado en nuestra Carta Magna, el resto de reformas había consistido en su mayoría en mejoras puntuales resultado de compromisos gubernativos o de esfuerzos propagandísticos, y en concesiones a la modernidad con las que se había procurado aproximar la anacrónica regulación de estas prestaciones a las nuevas necesidades sociales,

(1) Nótese que la última modificación de estas dos normas es francamente reciente, y se acomete mediante el RD 296/2009, de 6 de marzo, aunque los aspectos que reforma no interesan al actual trabajo, al referirse a la incorporación como causa de extinción de la pensión de viudedad de la constitución de pareja de hecho, y al acrecimiento de la pensión de orfandad de los hijos extramatrimoniales.

en especial a las necesidades sociales que menos coste económico implicasen².

Esta técnica de “parcheo” mediante la reforma puntual, tímida y contenida, se quiebra absolutamente con la Ley 40/2007, que ha dado un giro copernicano al sentido y alcance que la regulación de la pensión de viudedad había mantenido hasta la fecha. La regulación que de esta pensión resulta de la señalada reforma legal está plagada ahora de llamadas más o menos directas, más o menos soterradas, a la protección de la situación de necesidad que identificaba en sus orígenes la pensión de viudedad. Aunque como viene siendo habitual esta reconfiguración de la prestación, tan loable por lo que tiene de racional “dar al César lo que es del César”, incorpora a la escena jurídica algunas inseguridades y extrañezas cuya justificación no resulta en modo alguno sencilla. En todo caso, el comentario que con estas líneas se inicia tiene por objeto, precisamente, llamar la atención sobre este retorno a los orígenes, punteando para ello las nuevas previsiones que de uno u otro modo resucitan esta exigencia, pronunciadísima en su génesis y “secuestrada” en su día por el Tribunal Constitucional.

**EL REQUISITO DEL
VÍNCULO CONYUGAL
HA DEJADO PASO A LA
CONVIVENCIA DE HECHO**

Comencemos por enunciar las reglas que rememoran esa protección de la situación de necesidad, para detenernos luego más sosegadamente en su alcance real —dejamos al margen otras reglas, no menos interesantes, que se incorporan ahora como novedad, pero que no sirven a nuestro propósito—.

De todas la novedades de la Ley 40/2007, la que más ha brillado, en todos los sentidos y en el que a este trabajo interesa particularmente, es la relativa al derecho a pensión a favor del conviviente de hecho, pues en este caso, y aparentemente sin ambages, la norma condiciona el acceso a la prestación a la previa acreditación de una situación de necesidad generada con el óbito, recuperando con ello la razón de ser originaria de esta prestación, eso sí, debidamente actualizada, en el bien entendido que el vínculo conyugal, requisito inmutable durante

(2) Sobre las reformas anteriores a la Ley 40/2007, ALONSO OLEA, M.: “Las pensiones de viudedad hoy”, *Tribuna Social*, núm. 154, octubre, 2003; DÍAZ AZNARTE, M.T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003; GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia”, *Información Laboral*, núm. 20, 2002; GÁRATE CASTRO, J.: “La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia a partir del acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, *Tribuna Social*, núm. 137, 2002; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “La modificación parcial de las prestaciones de muerte y supervivencia”, *AL*, núm. 24, 2002; SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones por muerte y supervivencia en la unificación de doctrina”, *Tribuna Social*, núm. 154, octubre, 2003; GONZÁLEZ DE PUJANA, B.: “Aspectos actuales de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social y su conexión con el Derecho de familia”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2002; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, 2000, Valencia; SASTRE IBARRECHE, R.: “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *AS*, núm. 15, 2007.

décadas, ha dejado paso, al fin, a una realidad social que parece imponerse: la convivencia de hecho.

La otra medida con claras pretensiones en la línea expuesta es la relativa a los requisitos impuestos para lucrar pensión por parte de quienes en el pasado fueron cónyuges legales del causante, habiendo dejado de serlo por mediar separación o divorcio (segundo apartado del artículo 174 LGSS). Se exige al “antiguo cónyuge” que no haya contraído nuevas nupcias o constituido una convivencia que dé derecho a pensión de viudedad, y que tenga reconocida una pensión compensatoria como consecuencia de aquel vínculo, siendo, como es lógico, esta última exigencia la que interesa a este trabajo. Mucho más problemático, como se verá, resulta el reconocimiento de pensión a los “antiguos cónyuges” que hubiesen visto anulado su matrimonio con el causante, a los que se exige el reconocimiento del derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil.

Sería injusto sostener que las medidas expuestas, de nuevo cuño, son las únicas que evocan la tuición de una situación de necesidad, y ello porque contiene la regulación de la pensión que nos ocupa otra regla, ya no tan flamante, que igualmente barniza de “asistencialidad” esta prestación: nos estamos refiriendo a la elevación de la cuantía de la pensión hasta el 70% de la base reguladora³. A la que convendrá también hacer alguna referencia.

El estudio de las medidas legales se culmina con una referencia a una insólita regla referida a las “unidades económicamente unipersonales”, que contiene una dosis innegable de protección de la situación de necesidad, aunque con un alcance real, al menos por el momento, totalmente nulo.

II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN: DE LA MANIFIESTA EXIGENCIA DE SITUACIÓN DE NECESIDAD A SU EXTRAÑA DESAPARICIÓN POR EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Sacar a la luz los renovados visos de asistencialidad de la prestación que nos ocupa sólo tiene sentido si se reconstruye –someramente, claro está– su historia y su devenir, pues

(3) La cuantía de las pensiones de viudedad había sido también objeto de mejora para supuestos excepcionales de necesidad, con la regla incorporada a la Disposición Adicional Séptima bis LGSS por la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, para conseguir la equiparación de las cuantías de las pensiones de viudedad de los beneficiarios con menos de 60 años y cargas familiares y de los beneficiarios de entre 60 y 64 años. Esta regla se reitera en el artículo 8 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, que desarrolla determinados aspectos de la señalada Ley 24/1997, en el que se concreta, además, qué debe entenderse por cargas familiares a estos efectos, si bien es preciso tener en cuenta que este precepto debe combinarse debidamente con las previsiones del RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial de las prestaciones de muerte y supervivencia, que modificó, a su vez, el artículo 31 del Decreto 3158/1966. Como fuere, se entiende que existen cargas familiares cuando el beneficiario tiene hijos menores de 26 años, mayores incapacitados –esto es, cuya discapacidad supere el 33%– o menores acogidos, y los rendimientos de la unidad familiar, incluido el pensionista, divididos por el número de miembros que componen la citada unidad, no superan el límite del 75% SMI –consideración que resulta de las reglas específicas para el acceso al porcentaje especial del 70% de la pensión de viudedad–. Ocurre, así, que a los efectos de las cuantías mínimas de las pensiones de viudedad no se está al IPREM sino al importe del SMI, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.3 del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio. Si bien, algún autor ha entendido que esta Disposición Adicional ha quedado tácitamente derogada con las previsiones específicas de la Ley 40/2007 (TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 302, mayo, 2008, pág. 68).

sólo con ello se comprenderá el objetivo de este comentario, que no es otro que destacar cómo en un momento dado el legislador, tomando una prestación que había nacido —y se había mantenido— para proteger una situación de necesidad, hizo desaparecer esta exigencia en aras a garantizar un mal entendido derecho a la igualdad, y ahora vuelve sobre sus pasos para rescatar, al menos en parte, ese lógico requerimiento, eso sí, con un artificio que hace que más que un regreso al origen la reforma se nos presente como la gran novedad.

Pero, comencemos por el principio. La primera mención en el sistema general a la compensación económica por la pérdida del cónyuge aparece en la ya centenaria Ley de accidentes de trabajo de 1900, que reconocía el derecho de la viuda a lucrar una indemnización en caso de fallecimiento del trabajador en accidente de trabajo. Esta exclusiva configuración del causante como el varón asalariado fallecido respondía, en conexión directa con lo que aquí interesa, con el entonces establecido reparto de roles sociales⁴. Huelga señalar que entonces el sostenimiento económico de la unidad familiar recaía en la práctica totalidad de los casos sobre los hombres, de ahí que se entendiese que sólo la desaparición de un varón generaba una pérdida económica merecedora de resarcimiento⁵. Este derecho a favor exclusivamente de la viuda se mantuvo en la Ley de accidentes de trabajo en la industria, de 8 de octubre de 1932⁶.

La intención legal de proteger sólo estados de necesidad generados con el óbito del asegurado se reforzó aún más en el caso de contingencias comunes. Así, la Ley de 23 de octubre de 1939 exigía expresamente a las viudas la acreditación de la dependencia económica del causante para poder lucrar subsidios familiares en caso de fallecimiento por contingencia común. Yendo aun más allá, el SOVI reconocía pensión de viudedad sólo a favor de las viudas mayores de 65 años o incapacitadas para el trabajo, y siempre que hubiesen contraído matrimonio con el causante diez años antes del fallecimiento o conviviesen con él a la fecha del óbito. Y ya a mediados del siglo XX, en el marco del Mutualismo Laboral, se incorporó por primera vez al varón al catálogo de potenciales beneficiarios de la pensión de viudedad, exigiéndole, como es lógico, que acreditase dependencia de la esposa

(4) Conectando con la situación familiar de necesidad, en caso de optar el empresario por pagar una prestación periódica en lugar de una indemnización, la viuda lucraba un 40% del salario anual de la víctima si quedaban hijos o nietos menores de 16 años, y un 20% en caso de no quedar descendientes legítimos. Téngase en cuenta que, ya entonces, advertía la ley que la celebración por la viuda de nuevas nupcias era causa de extinción de la prestación periódica.

(5) En tal sentido, pueden verse, por ejemplo, las siguientes normas: artículo 27 del RD de 26 de marzo de 1902, para la aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo al ramo de guerra; artículo 26 del RD de 2 de julio de 1902, para la aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo al ramo de marina; artículo 5 del RD de 15 de octubre de 1919, sobre obligación de los navieros de asegurar a sus dotaciones contra los accidentes del mar; artículo 6 de la Ley de 10 de enero de 1922, de Accidentes de Trabajo; artículo 6 del RD de 29 de diciembre de 1922, del Reglamento provisional de la Ley de Accidentes de Trabajo; artículo 71 del Reglamento para aplicar a la agricultura la Ley de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 28 de agosto de 1931; artículo 28 de la Ley de Accidentes de Trabajo en la industria, de 8 de octubre de 1932; artículo 29 del Reglamento de la indicada norma, aprobado por RD de 31 de enero de 1933; junto a un largo etcétera.

(6) La Ley de 13 de julio de 1936, relativa a las enfermedades profesionales, cuya entrada en vigor se vio truncada por el estallido de la Guerra Civil, extendió el derecho al fallecimiento por enfermedad profesional en los mismos términos. Eso sí, esta norma suprimió la opción de la indemnización, limitándose a reconocer el derecho a lucrar una renta, cuya cuantía ascendía al 50% del salario del trabajador, a compartir con los descendientes en caso de haberlos menores de 18 años o incapacitados para el trabajo. Vid., sobre el aplicabilidad de esta norma, HERNÁNZ MÁRQUEZ, M.: “Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1945, págs. 520-521. También, BERNAL MARTÍN, S.: *Enfermedades profesionales* (silicosis, neumoconiosis y nistagmus), Victoriano Suárez, Madrid, 1953, pág. 4.

fallecida (Orden de 10 de septiembre de 1954, por la que fue aprobado el Reglamento General del Mutualismo Laboral)⁷.

El espíritu de la prestación no se alteró en la legislación de Seguridad Social *stricto sensu*. Ciertamente, aunque la regulación concreta de la prestación (las “prestaciones” más bien: la vitalicia y la temporal) sufrió alguna variación de relevancia, el ánimo que aquí interesa sobrevivió en la Ley de Seguridad Social, aprobada con el Decreto 907/1966, de 21 de abril, en el Reglamento General aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y, más específicamente, en la Orden de 13 de febrero de 1967, reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia.

Por lo que ahora concierne, la pensión vitalicia tenía en estas normas una regulación diversa para el viudo y para la viuda. La viuda podía lucrar la prestación cuando hubiese convivido habitualmente con el cónyuge causante, y tuviese 40 años (por las especiales dificultades de acceso al trabajo a partir de esa edad), estuviese incapacitada para el trabajo, o tuviese a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad. El viudo, por su parte, sólo tenía derecho a pensión si además de concurrir los requisitos de convivencia señalados se encontraba al tiempo de fallecer su esposa incapacitado para el trabajo, en grado de incapacidad permanente o absoluta, y sostenido económicamente por ella. De ahí que si se había producido la separación judicial de los cónyuges, sólo cabía reconocer pensión de viudedad a la mujer —la ruptura del vínculo imposibilitaba la dependencia económica del esposo respecto de su mujer— y para ello era preciso que la sentencia firme le reconociese como inocente u obligase al marido a prestarle alimento. Nuevamente, se hace innecesario insistir en que esta diferencia de trato se ajustaba a la realidad de la época⁸.

El subsidio temporal, por su parte, se preveía en el artículo 12 de la Orden de 1967 y se reconocía sólo a favor de la viuda que cumpliendo los requisitos de convivencia señalados no acreditaba el resto de exigencias, lucrando la pensión de viudedad correspondiente por un tiempo máximo de 24 mensualidades [suprimido por la Ley 24/1972, de 21 de junio]⁹. En todo caso, no se piense que este subsidio era una excepción a la protección

(7) Sobre la pensión en esta etapa, ALMANSA PASTOR, J.M.: *El derecho de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador accidentado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, y “La protección por muerte en la Seguridad Social Española”, *RISS*, núm. 2, 1969.

(8) En este sentido, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. y LASARTE ÁLVAREZ, C.: *También los varones tienen derecho a la pensión de viudedad*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 12.

(9) Lógicamente, aquella pensión temporal de viudedad no coincidía con la que ahora prevé la norma, aunque en realidad respondía en buena medida al mismo espíritu. En efecto, la nueva redacción del artículo 174.1 IGSS ha incorporado un requisito adicional para los casos de fallecimiento por enfermedad común cuando ésta es anterior al matrimonio. Se exige ahora, en estos casos, que el matrimonio tenga al menos una duración de un año o existan hijos comunes, salvo que con anterioridad a la formalización del vínculo hubiese convivido la pareja en las condiciones exigidas para que la convivencia dé derecho a prestación durante un tiempo que sumado al de matrimonio alcance al menos los dos años. Previsión claramente conectada con la idea de evitar los matrimonios de conveniencia para la generación de pensión. En todo caso, este nuevo requisito que, lógicamente, conlleva una restricción en el acceso a la pensión del cónyuge legal, se ha acompañado de un instrumento particular de compensación parcial: una prestación temporal a la que pueden acceder quienes no cumplen los requisitos legales antes indicados. Este subsidio temporal tiene una duración de dos años, durante los cuales el beneficiario lucrará la pensión de viudedad, calculándose ésta conforme a las reglas generales de la pensión ordinaria, tanto en cuanto a las exigencias al sujeto causante (alta, o situación asimilada y carencia mínima), como en lo relativo a la

-- Pensión de viudedad: entre “contributividad automática” y “asistencialidad contributiva” --

de la situación de necesidad, antes al contrario, aunque no se exigiese a la mujer acreditar por la vía ordinaria —antes indicada— la necesidad económica en la que la situaba el óbito del causante, el subsidio respondía también a la consideración de la mujer viuda como una persona más necesitada de tutela económica —siquiera temporal— que el viudo varón.

El contexto normativo descrito varió en parte con la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Ley de Seguridad Social, de 21 de junio de 1972, que hizo desaparecer las exigencias de edad, incapacidad para el trabajo o hijos para las viudas. A partir de esta norma las mujeres no tenían que acreditar ninguno de los requisitos expuestos, reconociéndoseles directamente la pensión de viudedad. Pero, nuevamente conviene precisar que con este cambio normativo no se pretendía convertir la pensión de viudedad en una prestación contributiva automática, sino simplemente sustituir las exigencias legales de las que se deducía la necesidad económica de la beneficiaria por una simple presunción *legal de dependencia*, relativamente razonable si tenemos en cuenta que tuviese o no cuarenta años, estuviese o no incapacitada para el trabajo, y tuviese o no hijos, lo normal era que la mujer que contraía matrimonio no prestase servicios y se dedicase al cuidado de la unidad familiar, colocándola el fallecimiento del marido generalmente, por ende, en una situación de necesidad económica. Y prueba de que no se pretendía cambiar el sentido originario de la pensión es que los requisitos para el varón se mantuvieron, así la LGSS de 1974, en su versión original, reconocía la prestación a la viuda que conviviese habitualmente con el causante (salvo separación judicial) y al viudo que además de respetar las exigencias prescritas para la viuda, se encontrase al tiempo del fallecimiento de la esposa incapacitado para el trabajo y a su cargo¹⁰.

Así las cosas esta configuración de la pensión de viudedad (también en buena medida del resto de prestaciones por muerte y supervivencia) respondía a una distribución de roles que encajaba a la perfección con la situación social del momento, en la que las mujeres encontraban serios problemas para acceder

**LA CONFIGURACIÓN DE
LA PENSIÓN DE VIUEDAD
RESPONDÍA A UNA
DISTRIBUCIÓN DE ROLES
QUE ENCAJABA CON LA
SITUACIÓN SOCIAL DEL
MOMENTO**

base reguladora y a la cuantía. Téngase en cuenta que en el Acuerdo en que trae su causa la Ley 40/2007, se hablaba de una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial, pero la redacción final de la norma ha sido más generosa, al prever una duración de dos años con independencia de la duración que finalmente hubiese tenido el matrimonio —en todo caso inferior a un año—. En todo caso, se trata de un subsidio reservado a los cónyuges, sin que la convivencia *more uxorio* que no cumple los requisitos que la Ley exige para acceder a la pensión de viudedad genere derecho a ninguna ayuda equivalente, que cumple la misma finalidad que el previsto hasta 1972, esto es, garantizar una compensación económica al cónyuge que no cumple los requisitos legales para lucrar la pensión vitalicia.

(10) Sobre esta exigencia, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: “La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”, RL, núm. 24, 1990, págs. 40 y 41.

al mundo laboral, percibían salarios ostensiblemente más bajos que los hombres en los casos en los que conseguían prestar servicios retribuidos y, en general, se situaban en una situación de fragilidad económica —salvada generalmente por el marido o padre, del que, consiguientemente, dependían¹¹.

La situación se complica cuando la Constitución Española en 1978 proclama el principio de igualdad —al menos formalmente—, y el Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse sobre la constitucionalidad de este trato diferente de hombres y mujeres a efectos de lucrar pensión de viudedad (Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre). No resultaba sencillo congeniar aquella distinción por razón de sexo, que hasta entonces había mantenido su sentido por el respaldo que obtenía de la realidad social, con el recién estrenado principio de igualdad¹². Ante tal tesitura el Tribunal Constitucional podía haber asumido un papel más comprometido y derogar dicha regulación obligando al legislador a pergeñar una nueva que atendiese a una forma diversa de entender estas prestaciones, o mantenerla vigente adaptándola al principio de igualdad y preservando su espíritu, que no era otro, como se ha visto, que el diseño de mecanismos de protección de situaciones de necesidad¹³. Pero, finalmente, no lo hizo así, sino que optó por derogar las exigencias referidas al varón y situar a viudos y viudas en iguales condiciones legales¹⁴. Con ello hizo nacer el derecho a pensión con la simple “convivencia”, salvo que mediase separación judicial (o divorcio), secuestrando el sentido originario de la pensión, y quebrando su

(11) Esta especial debilidad económica de la mujer y su dedicación a la familia alcanzó también a la pensión de orfandad y a las prestaciones a favor de familiares, si bien de un modo un tanto diferente, en el bien entendido que la norma (también la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Ley de Seguridad Social, de 21 de junio de 1972) exigía la acreditación de situación de necesidad, sin presumirla como hacía para la viuda. Baste señalar que las hijas del difunto podían acceder a la pensión de orfandad aunque no cumpliesen los requisitos generalmente exigidos (tener menos de 18 años o estar incapacitado para el trabajo) si habían convivido con el causante y a su cargo, eran mayores de 45 años, solteras o viudas, y carecían de medios propios de vida (artículo 4.2º) [STS de 17 de septiembre de 1993 (Ar. 6883)]. Similar régimen se preveía para las hijas y hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez que, igualmente, podían acceder a una pensión a favor de familiares si habían convivido con el causante y a su cargo, acreditaban dedicación prolongada a su cuidado, eran mayores de 45 años, solteras o viudas, y carecían de medios propios de vida. Sobre este punto, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. y LASARTE ÁLVAREZ, C.: *También los varones tienen derecho a la pensión de viudedad*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 11 y 12. Los privilegios atribuidos a la mujer en la percepción de la prestación de orfandad fueron derogados, también para las prestaciones a favor de familiares, por la Ley 26/1990, que introdujo definitivamente el principio de igualdad a estos efectos. Sobre la derogación de previsiones que incluían trato discriminatorio a favor de la mujer en las pensiones de orfandad, SSTs de 24 de marzo de 1988 (Ar. 2433), de 14 de octubre de 1991 (Ar. 7809), aunque no referidas al régimen general de la Seguridad Social sino al de clases pasivas y a la regulación de Navarra.

(12) Sobre este punto, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Las pensiones de viudedad ante la no discriminación por razón de sexo o estado civil”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 6, Murcia, 1984.

(13) Sobre la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de la Seguridad Social, AZNAR LÓPEZ, M.: “La interdicción constitucional de la discriminación por razón de sexo y el sistema de Seguridad Social”, *Disposición Adicional*, núm. 204, 1985, págs. 75-90; GONZALO GONZÁLEZ, B.: “El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social: su aplicación a las pensiones de viudedad”, *AL*, Tomo II, 1988, págs. 2705 y ss.; LASARTE, C.: “La equiparación entre hombre y mujer en la Constitución”, *La Ley*, 5 de abril de 1983; LAURENT, A.: “El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Seguridad Social y límites al mismo”, *RSS*, núm. 33, 1987, págs. 103-123; ORTIZ LALLANA, M.C.: “Igualdad de trato por razón de sexo: Un estudio especial (I y II)”, *AL*, núm. 13-4, 1988, págs. 669-687 y 725-744; PÉREZ DEL RÍO, T.: “El principio de igualdad en la Seguridad Social: No discriminación por razón de sexo”, *RT*, núm. 71, 1983, págs. 9-56.

(14) La derogación del artículo 160.2º LGSS de 1974, que se llevó a cabo legalmente a través de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. Esta Ley fue declarada inconstitucional por la STC 3/1993, de 14 de enero, en un aspecto de la regulación prevista para las prestaciones a favor de familiares.

-- Pensión de viudedad: entre “contributividad automática” y “asistencialidad contributiva” --

hasta entonces mantenida racionalidad. Y aquel desbocado avance hacia no se sabía muy bien dónde culminó con el desplazamiento incluso de la exigencia de convivencia¹⁵.

El resultado no pudo ser más extraño, neutralizada la exigencia de situación de necesidad, las pensiones de viudedad se convirtieron en prestaciones contributivas automáticas, contra el espíritu que había inspirado su regulación en la LGSS de 1974 —heredera de las precedentes—, que por lo demás seguía vigente¹⁶. Ciertamente, aquella regulación presumía la dependencia de la mujer, y la independencia del varón no parecía tener cabida en el nuevo sistema —que proclamaba la igualdad de los sexos—, pero nada obstaba para presumir la independencia de ambos, permitiendo por descontado su ruptura con la aportación de datos que demostrasen que el fallecimiento del trabajador/a dejaba al beneficiario en una situación de necesidad merecedora de protección, igual que acontecía con el resto de prestaciones por muerte y supervivencia¹⁷. De este modo se hubiese salvado la inconstitucionalidad de la norma preservando al mismo tiempo el sentido de estas prestaciones¹⁸.

La incoherencia descrita no se solventó en el texto refundido de la LGSS de 1994, que arrastró la regulación precedente. Y en realidad no se ha resuelto aún, ni siquiera tras la reforma de la Ley 40/2007. La pensión de viudedad continúa siendo un *tertius genus*, a caballo ahora entre la “asistencialidad contributiva” —parejas de hecho y ex cónyuges, como veremos— y la “contributividad automática” y pura.

III. EL PRIMER HITO HACIA LA “ASISTENCIALIDAD CONTRIBUTIVA PURA”: EL PORCENTAJE DEL 70%

Hasta la promulgación de la Ley 40/2007, el único elemento distorsionador de la configuración de la pensión de viudedad como prestación “contributiva automática”, había

(15) Téngase en cuenta que esta exigencia dejó de aplicarse por Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 23 de junio de 1990.

(16) En este sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “En torno a la pensión de viudedad”, RSS, núm. 25, 1985. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; ZORRILLA RUIZ, M. y GÓMEZ DE ARANDA, L.: *Nueva pensión de viudedad*, Colex, Madrid, 1986; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “Nueva pensión de viudedad. Doctrina general. Comentarios a la Ley de 17 de julio de 1981”, Edersa, Madrid, 1986.

(17) En efecto, en el resto de prestaciones de muerte y supervivencia se mantuvo el ánimo de tutelar estados de necesidad. Así, la pensión de orfandad en la primera versión de la LGSS de 1994 se reconocía en exclusiva a favor de hijos menores de dieciocho años o incapacitados para el trabajo, esto es, a favor de quienes por sus circunstancias (sometimiento a la patria potestad del progenitor fallecido, o incapacidad para el trabajo) presumiblemente dependían económicamente del causante (así se formulaba también en la Orden de 1967). También las prestaciones a favor de familiares, previa eliminación de los privilegios atribuidos a las mujeres, mantuvieron intacta la exigencia de acreditación de situación de necesidad (acreditación de dependencia económica del causante). La configuración no varió tampoco cuando se permitió el acceso a la pensión de orfandad a los mayores de dieciocho años, en tanto que este derecho se condicionó a la no realización de trabajos lucrativos por cuenta propia o ajena, y a la no percepción de prestaciones que superen el 75% del SMI en cómputo anual (inicialmente sólo a la no realización de un trabajo lucrativo). No en vano tal exigencia garantiza la existencia de una situación de necesidad, que sin duda acontece en igual medida si el hijo es mayor de edad y continúa formándose a la muerte del causante o por cualquier otra causa no tiene suficientes ingresos. Esta ampliación de la edad no fue más que una actualización de la norma para atender a las nuevas necesidades sociales, pues su concesión a los menores de dieciocho años resultaba claramente insuficiente a la luz de los cambios de la estructura social, de las dificultades de los jóvenes en el acceso al mercado de trabajo y de la duración de las etapas formativas (Pacto de Toledo). Por descontado, en el caso de los menores de edad cabe presumir la situación de necesidad, en tanto que permanecen sujetos a patria potestad, y lo mismo se puede decir de quienes están incapacitados para el trabajo, en el del resto de hijos la presunción funciona a la inversa, de ahí la necesidad de acreditar la carencia de ingresos suficientes.

(18) Vid. En este sentido, ALONSO OLEA, M.: “Familia, matrimonio y pensión de viudedad”, REDT, núm. 46, 1991, págs. 311 y 312.

venido de la mano de la excepcional posibilidad de elevar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de viudedad hasta el 70%¹⁹. El acceso a este porcentaje se encuentra condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos, bastante estrictos, que sirven para acreditar la existencia de una especial situación de necesidad, a saber: que los rendimientos anuales del pensionista por todos los conceptos no superen cierta cuantía²⁰, que la pensión constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista²¹ y que sobre el beneficiario pesen cargas familiares²².

Esto significa que en la protección de la viudedad derivada del matrimonio hay dos niveles, un nivel estrictamente contributivo, el general (pensión del 52% de la base reguladora), que se reconoce automáticamente con el cumplimiento de los requisitos propios de esta modalidad, y un nivel pseudo-asistencial (“asistencialidad contributiva pura”), esto es, un grado especial de protección (pensión del 70%) al que sólo accede el beneficiario –hombre o mujer– si acredita la existencia de una situación de necesidad²³ (teniendo en cuenta que a este porcentaje adicional pueden acceder hoy también el resto de potenciales beneficiarios de la pensión).

Llama la atención y hasta cierto punto perturba el principio de separación financiera entre prestaciones contributivas y no contributivas que proclama el artículo 86.2 LGSS, el reconocimiento de una pensión materialmente asistencial, al menos en el porcentaje que resta entre el 52% general y el 70% especial²⁴, integrada en la configuración netamente

(19) Posibilidad nacida del compromiso asumido por el Gobierno en el Acuerdo social para la mejora y desarrollo del sistema de protección social, firmado con fecha de 9 de abril de 2001 e incorporado al artículo 31 del Decreto 3158/1966, por el 1465/2001, de 27 de diciembre, de desarrollo y ejecución de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2002.

(20) En concreto, no pueden superar la cuantía resultante de sumar al límite que en cada ejercicio económico esté previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas, el importe anual que, en cada ejercicio, corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista. No se aclara si dentro de esos “rendimientos anuales” del pensionista se debe incluir o no la propia pensión de viudedad. Habría que concretar, en efecto, de qué pensión se parte para ello, si de la pensión calculada con el porcentaje del 52% (con el fin de elevarlo si no superan aquellos límites), o, por el contrario, de la pensión resultante de aplicar el 70% sobre la base reguladora. En todo caso, se precisa que la aplicación de este último porcentaje (el 70%) no podrá dar lugar a que la suma de la cuantía anual de la pensión de viudedad y los restantes rendimientos anuales del interesado exceda del citado límite, pues en caso contrario se reduce la cuantía de la pensión en la parte correspondiente hasta llegar al límite señalado (artículo 31.3, Decreto 3158/1966, en la redacción del artículo 1 del Real Decreto 1465/2001).

(21) Se entiende que concurre este requisito cuando el importe anual de la pensión represente al menos el 50% del total de los ingresos del beneficiario, calculados también en cómputo anual.

(22) Se entiende que existen cargas familiares cuando el beneficiario conviva con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos –entendiendo que existe incapacidad cuando acredite una minusvalía igual o superior al 33%–. Por lo demás, los rendimientos de la unidad familiar, incluido el propio pensionista, divididos entre el número de miembros que la componen, no pueden superar, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias.

(23) TORTUERO PLAZA, J.L.: “Reflexiones sobre la Reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres”, *Tribuna Social*, núm. 154, octubre, 2003.

(24) ALONSO OLEA, M.: “Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 39, 2002, pág. 13, lo califica expresamente de “complemento asistencial”.

-- Pensión de viudedad: entre “contributividad automática” y “asistencialidad contributiva” --

contributiva de la prestación —nótese que juega, también, para las pensiones automáticas derivadas del matrimonio—²⁵.

IV. LA PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO: ENTRE LA CONTRIBUTIVIDAD RELATIVA Y LA “ASISTENCIALIDAD CONTRIBUTIVA PURA”

Hasta la promulgación de la Ley 40/2007, ni la norma, ni la jurisprudencia amparaban la generación de pensiones de viudedad sin vínculo conyugal previo, habiendo insistido con reiteración los tribunales en que a los efectos de causar esta pensión no era asimilable la convivencia *more uxorio* y el matrimonio²⁶, ni siquiera cuando los miembros de la pareja hubiesen dado muestras de su intención de contraer nupcias, si éstas no habían llegado a consumarse²⁷.

**EL SUPÉRSITE DEBE
ACREDITAR LA SITUACIÓN
DE NECESIDAD O
EL DESEQUILIBRIO
ECONÓMICO**

La situación da un giro radical con la promulgación de la indicada norma, que permite ahora a la pareja de hecho del causante lucrar pensión de viudedad²⁸, sin perjuicio de las dudas de tipo terminológico que suscita este reconocimiento, en el bien entendido que difícilmente puede denominarse pensión de viudedad la prestación que percibe quien legalmente no

(25) En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: ¿Hacia dónde camina el nivel no contributivo de la Seguridad Social?, *Aranzadi social*, núm. 15, 2007.

(26) En este sentido, y por todas, STS de noviembre de 1998 (recurso 53/1998). Esta interpretación literal del artículo 174 LGSS se sustentaba en la jurisprudencia constitucional, que entendía que la exigencia de matrimonio debidamente celebrado para causar la pensión de viudedad no infringía ningún precepto de la Constitución (Sentencias de 1 de julio de 1987 y 14 de febrero de 1991, entre otras). Y que, recientemente, había insistido en la constitucionalidad de la exclusión de las uniones de hecho de la pensión de viudedad, razonando que tal diferencia de trato no vulneraba el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, ni el mandato constitucional de protección social, jurídica y económica de la familia, ni el principio de mantenimiento del sistema de la Seguridad Social, ni el derecho a las correspondientes prestaciones en situaciones de necesidad, ni el libre desarrollo de la personalidad, ni el principio de aconfesionalidad del Estado, ni la libertad ideológica y religiosa (STC 203/2005, de 10 de mayo). Esta doctrina no ha devenido ineficaz con la nueva reforma. Antes al contrario, esta jurisprudencia continúa siendo de aplicación a los supuestos en los que la convivencia *more uxorio* no cumple los requisitos que la nueva Ley exige para generar derecho a prestación.

(27) Así lo había advertido recientemente el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 3 de mayo de 2007 (recurso 140/2006) y 29 de octubre de 2007 (recurso 4744/2006), sosteniendo que no bastaba para generar derecho a pensión de viudedad con que los miembros de la pareja hubiesen dado muestras de su intención de contraer matrimonio, ni siquiera aunque se hubiese señalado ya fecha y hora para su celebración, porque, aunque el matrimonio es consensual, la forma del consentimiento es esencial. Y la exigencia de que este consentimiento conste de modo indubitado y público es consustancial a la trascendencia que el matrimonio tiene para los contrayentes, su posible descendencia y la sociedad en general. De modo que, entendía el Tribunal Supremo, como la regulación civil del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio equivalga al consentimiento formal que constituye la médula esencial de la institución, sin dicho consentimiento no cabía el reconocimiento de la pensión.

(28) Sobre la nueva regulación legal, LÓPEZ CUMBRE, L.: “Los nuevos pensionistas de viudedad”, *Tribuna Social*, núm. 209, 2008; BALLESTER PASTOR, I.: “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, *Tribuna Social*, núm. 209, 2008; APILLUELO MARTÍN, M.: “La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *AL*, núm. 9, 2008; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *AS*, núm. 6, 2008; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada”, *RL*, núm. 17, 2008.

puede tener la condición de viudo porque nunca tuvo la de cónyuge. Para que tal reconocimiento acontezca es preciso, en primer término, que concurra análoga relación de afectividad a la conyugal, que la pareja hubiese podido contraer matrimonio [básicamente por no existir vínculo matrimonial con otra persona, ni estar incurso en alguna de las causas de prohibición matrimonial del CC (relación de parentesco, menor edad, por ejemplo)], que acrediten mediante el correspondiente certificado de empadronamiento una convivencia estable y notoria persistente a la fecha del fallecimiento ininterrumpida durante al menos cinco años²⁹, y que la inscripción como pareja en el registro correspondiente se hubiese producido con una antelación mínima al óbito de dos años (tercer apartado del artículo 174 LGSS)³⁰.

A los requisitos descritos, con los que se certifica la estabilidad de la pareja, agrega el legislador otro vinculado con lo que a este estudio interesa, a saber: la acreditación por el superstite de la situación de necesidad o del desequilibrio económico generado con el óbito.

Esta dilatación del ámbito subjetivo de la prestación tiene, como resulta fácilmente imaginable, algo de innegable innovación, al hacerse eco de una reivindicación social cada vez más intensa y hasta la fecha desatendida (de ahí lo que decíamos de “dar al César lo que

(29) En efecto, se exige se hayan inscrito como pareja en los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, pues ésta es la vía general de acreditación, si bien es cierto que se permite también dar fe de la condición de pareja mediante documento público en el que conste su constitución.

(30) Llama la atención la indicación que se hace en la norma a que “en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica”. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la Constitución de 1978 (artículo 149.1.8ª), atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la “legislación civil” y, sobre la lista de materias que, “en todo caso”, se le reservan. El propio precepto dispone, sin embargo, que esta competencia estatal se establece, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Y al amparo de esta fórmula constitucional, diversas Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos de Autonomía la competencia para legislar sobre sus respectivos Derechos civiles particulares, lo que ha generado intensos debates sobre el alcance y el objeto de esta exclusiva competencia autonómica. Para unos, esta competencia habilita para la normación de todas las materias del Derecho civil no incluidas en la reserva “en todo caso” prevista en el inciso segundo del artículo 149.1.8ª CE. Para otros, en cambio, la competencia autonómica sólo puede recaer sobre aquellas instituciones o materias que, al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, conformaban la particularidad jurídico-civil propia del correspondiente Derecho civil especial o foral. Una lectura literal del nuevo artículo 174.3 in fine LGSS parece llevar a una remisión a la normativa autonómica exclusivamente a aquellos territorios que tienen “Derecho Civil propio”, esto es, Cataluña (la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía, atribuye competencia exclusiva a la Comunidad en materia de derecho civil a salvo de las materias que artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado, entre las que se encuentran las formas de matrimonio); País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía, y Ley 3/1992, de 1 de julio, Derecho Civil del País Vasco); Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba el Fuero Nuevo de Navarra); Aragón (Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona; Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, y la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y de Viudedad); Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia), y Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares). Pero cuesta pensar que sea la voluntad del legislador limitar la entrada de la normativa autonómica a estos territorios, particularmente por dos motivos, porque las normas señaladas que regulan el derecho civil propio no se ocupan de las parejas de hecho, al ser ésta más bien una regulación administrativa referida fundamentalmente a cuestiones de registro, y segundo porque el resto de territorios tiene también una normativa específica sobre parejas de hecho, cuya regulación ha de tener el mismo valor a estos efectos. Como fuere, y aunque resulta extraño en todo caso que corresponda, aunque sea de modo indirecto, a las Comunidades Autónomas parte de la regulación de una institución de Seguridad Social, lo más adecuado es, sin duda, entender que la condición de pareja de hecho vendrá dada por la regulación autonómica correspondiente. Sobre la posible inconstitucionalidad de esta remisión a la normativa autonómica, TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La reformulación de la pensión de viudedad ...”, loc. cit., págs. 75 y ss.

-- Pensión de viudedad: entre “contributividad automática” y “asistencialidad contributiva” --

es del César”), pero también tiene mucho de retorno a la génesis³¹. El resultado, exótico sin duda, es la confección de una prestación que aunque comparte con la que se reconoce al cónyuge superviviente denominación —pensión de viudedad—, requisitos del causante (en cuanto a carencia, alta o situación asimilada, etc.) y cuantía y porcentaje de la base reguladora, disiente en el resto, y en particular en los requisitos del beneficiario. No en vano, mientras al cónyuge legal se le reconoce de forma automática la prestación —con la salvedad del fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio—, con independencia de su situación económica y del quebranto que pueda ocasionarle o no el óbito del causante, a la pareja superviviente sólo se le permite el acceso a la pensión si acredita una situación de necesidad o un desequilibrio económico. Componiéndose con ello una prestación “pseudo-asistencial” aunque sometida por lo demás a las imposiciones propias de las prestaciones estrictamente contributivas (carencia, alta, etc.)

Qué duda cabe que esta naturaleza híbrida de la prestación debería ser común a todas sus manifestaciones —también en el caso del cónyuge legal—, y probablemente a la consecución de este objetivo se vaya orientando el legislador en el futuro. Y es que no puede por menos que extrañar que el viudo/a pueda lucrar pensión aunque hubiese sido el que sostenía económicamente a la familia³².

Dicho esto, y elogiada debidamente esta apuesta relativa por la “asistencialidad contributiva”, llega el momento de la crítica, que trae su causa en este caso en la extraña hechura del estado de necesidad³³. Como se ha dicho anteriormente, la pareja de hecho del causante sólo lucrará pensión si acredita que el fallecimiento le genera una “situación de necesidad” o un “desequilibrio económico”. Pues bien, es precisamente este distingo el que desentona en la melodía de la prestación, pues desequilibrio económico no es sinónimo necesariamente de estado de penuria o escasez económica acreedora de protección social, sino más bien de cierta dependencia económica del causante. Piénsese, por ejemplo, en una pareja superviviente que aunque con rentas muy inferiores a las del fallecido supera con creces los umbrales económicos fijados para la acreditación de la situación de necesidad. En estos casos el óbito genera sin duda cierto desequilibrio al beneficiario, pero ello no significa que le ocasione una necesidad crematística que deba protegerse.

Si la intención para las parejas de hecho es tutelar la situación real de necesidad, ¿qué sentido tiene referirse al desequilibrio desligándolo por completo del nivel efectivo de ingresos? Nótese, en este sentido, que se considera que existe desequilibrio cuando, habiendo hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, la pareja superviviente acredita que sus ingresos durante el año natural anterior al óbito no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Rebajándose este porcentaje

(31) Sobre la situación legal precedente, BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992; BORRAJO DACRUZ, E.: “Unión familiar de hecho y pensión de viudedad”, *AL*, núm. 26, 1994; LABACA ZABALA, L.: “La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social: la pensión de viudedad”, *La Ley*, núm. 4, 2004; PANIZO ROBLES, J.A.: “La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente”, *Justicia Laboral*, núm. 24, 2005, págs. 62 y ss.

(32) Nótese que la propia Disposición Adicional Vigésimo Quinta de la Ley 40/2007 encomienda al Gobierno elaborar un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión.

(33) Sobre el carácter “asistencial” de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social*, Valencia, 2008, pág. 110.

hasta el 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad³⁴. Con independencia de la cuantía exacta que suponga ese porcentaje.

Queda claro que la intención es ofrecer protección económica frente a la pérdida de un determinado “nivel de vida”, resultado de la contribución económica del causante a la unidad familiar. Compartido o no el criterio, que como se verá recuerda al propio de las compensatorias en las rupturas matrimoniales, lo que no puede negársele es cierta razonabilidad. Razonabilidad que, sin embargo, se tambalea un tanto con el hecho de que esta exigencia de acreditación de “desequilibrio” sea inicial, en el bien entendido que cubierto el requisito señalado en el año natural anterior al fallecimiento, el conviviente supérstite mantiene el derecho a la pensión con independencia de su situación económica —esto es, aunque ésta mejore sustancialmente—³⁵. Piénsese, por ejemplo, en una pareja de hecho que temporalmente no presta servicios o lo hace por una jornada inferior a la normal en el año anterior al óbito, y que una vez acaecido éste —y reconocida la pensión— retorna al empleo o a la jornada ordinaria, con el consiguiente incremento de sus ingresos, o en una pareja que encuentra empleo tras el fallecimiento, etc. Si, del modo que sea, la pareja supérstite recupera por sus propios medios aquel inicial “nivel de vida”, ¿qué sentido tiene que continúe lucrando la pensión de viudedad? No sería más razonable que en tales casos, como acontece con el cónyuge histórico, cese el percibo de la pensión que compensa un desequilibrio ya inexistente. Y el modo de garantizar esta razonabilidad sería, sin duda, la exigencia de acreditación de la permanencia del desequilibrio mientras se pretenda mantener el percibo de la pensión.

No ocurre así con la “situación de necesidad”, que resulta de la presunción que alcanza al potencial beneficiario que acredita ingresos inferiores a 1,5 veces el SMI vigente en el momento del hecho causante —el SMI para 2009 ha quedado fijado en 20,80 euros/día o 624 euros/mes, por Real Decreto 2128/2008, de 26 diciembre—, límite que se eleva hasta 2 veces el SMI si al fallecimiento quedase hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente (y que se irá elevando en 0,5 veces el SMI por cada hijo común supérstite con derecho a orfandad)³⁶. En este otro caso, la situación económica ulterior del beneficiario sí repercute en la percepción de la prestación, toda vez que el límite de ingresos señalado deberá concurrir tanto en el momento del hecho

(34) Es decir, podrá lucrar prestación de viudedad el conviviente supérstite de una pareja de hecho en la que el causante aportase más del 50% de los ingresos si hay hijos comunes que perciban pensión de orfandad, y más del 75% en caso de no tener la pareja hijos comunes o no lucrar éstos pensión de orfandad. Se entiende que la pérdida de más del 50% de los ingresos comunes de la pareja o más del 75%, según el caso, deja al beneficiario en una situación de desequilibrio que justifica el reconocimiento de la pensión de viudedad. Si no se alcanzan estos porcentajes y salvo que la pareja acredite situación de necesidad no lucrará pensión de viudedad.

(35) Apostando por atemperar este requisito cuando se acrediten cambios de circunstancias en el año del fallecimiento del causante, PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 23 y 24.

(36) Llama particularmente la atención la mención que en estas reglas se hace a la existencia de “hijos comunes” con derecho a la prestación de orfandad, y ello porque de la dicción del precepto parece deducirse que en el cómputo de los límites correspondientes no se incluyen los hijos de uno u otro miembro de la pareja aunque convivan en la unidad familiar, e incluso en el caso de que siendo hijos exclusivos del fallecido continúen viviendo con el conviviente supérstite y perciban pensión de orfandad. En todo caso, los hijos que computan a estos efectos no son sólo los menores de edad, sino también aquellos otros que siendo mayores de edad lucran pensión de orfandad.

-- Pensión de viudedad: entre “contributividad automática” y “asistencialidad contributiva” --

causante de la prestación como durante todo el período de su percepción –sin perjuicio, hay que entender, de la ocasional y puntual percepción de ingresos superiores–³⁷.

No se alcanza a entender qué justifica este trato diferente entre los convivientes que se ven “desequilibrados económicamente” por el fallecimiento y los que efectivamente quedan en una situación de necesidad por tener ingresos inferiores a los límites señalados. Y, en concreto, resulta incomprensible que a estos últimos se les exija el mantenimiento de esta situación económica precaria para conservar la pensión, mientras que el derecho a pensión de quienes acreditan desequilibrio económico a la fecha del óbito se blinde en similares términos que para los cónyuges legales, con independencia de la evolución de la situación económica del conviviente superviviente³⁸.

Como fuere, el resultado es la configuración de una pensión de viudedad con tres subtipos –amén de la reconocida a los ex cónyuges (cónyuge histórico)–, a saber, la del cónyuge legal –de “contributividad automática”–, la de la pareja de hecho a la que el óbito genera un desequilibrio económico –“contributividad relativa”, que presenta la singularidad de cierta asistencialidad [quebranto económico, más bien] en una primera fase, en el sentido de reconocimiento del derecho sólo si se acredita dependencia económica del causante, y que se convierte una vez atribuida en una pensión de contributividad pura como la del viudo/a–, y la de la pareja de hecho a la que el fallecimiento deja en situación de necesidad –que se presenta como una pensión contributiva pero sometida a la acreditación de permanente necesidad económica en similares términos a las prestaciones asistenciales puras [“asistencialidad contributiva pura”]–³⁹.

**LA PENSIÓN DE VIUEDAD
SE CONFIGURA CON
TRES SUBTIPOS:
CONTRIBUTIVIDAD
AUTOMÁTICA,
CONTRIBUTIVIDAD
RELATIVA Y
ASISTENCIALIDAD
CONTRIBUTIVA PURA**

(37) La norma no ha sido modificada para incluir como causa extintiva de la prestación la obtención de ingresos que superan el límite señalado, de modo que no queda claro si el incumplimiento de esta exigencia supone la pérdida del derecho o su suspensión, pudiendo recuperarse la prestación si el beneficiario vuelve a percibir ingresos inferiores al límite indicado.

(38) La nueva norma establece también reglas para el cálculo de estos límites de ingresos señalando que se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

(39) Por último, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de pensiones de viudedad a las parejas de hecho tiene cierta aplicación retroactiva, en el bien entendido que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007 prevé el excepcional reconocimiento de este tipo de pensiones cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a la muerte del causante, y reuniendo éste los requisitos de alta y cotización que prevé el artículo 174.1 LGSS, el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho en los términos que hoy dan derecho a pensión durante, al menos, los seis años anteriores al óbito, con hijos comunes, y siempre que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. Para acceder a la pensión la solicitud debe presentarse a lo largo de 2008, produciendo efectos económicos desde el 1 de enero de 2007.

V. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DEL EX CÓNYUGE: ¿INTEGRACIÓN REAL O APARENTE DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD?

Si en general la regulación de la pensión de viudedad había perdido buena parte de su lógica, la porción relativa a los derechos de los ex cónyuges simplemente se había convertido en un absurdo. La crítica que en los últimos tiempos, a la luz de los cambios sociales y familiares resultado de la generalizada aceptación de las distintas formas de disolución del matrimonio, había comenzado a acumular el “acceso automático” a la pensión de viudedad de los ex cónyuges —con frecuencia concurriendo con los cónyuges legales— obligó al legislativo a reformular este derecho procurándole una lógica de la que, ya se ha dicho, carecía, y que necesariamente tenía que vincularse con la generación de una situación de necesidad como consecuencia del fallecimiento del causante⁴⁰.

Hoy el artículo 174.2 LGSS condiciona el acceso a la pensión de viudedad del ex cónyuge, en caso de separación o divorcio, a que éste tuviera reconocida una pensión compensatoria de las previstas en el artículo 97 CC, mantenida a la fecha del óbito, y extinguida con éste⁴¹. Ahora bien, lejos de lo que pudiera deducirse de una lectura apresurada, la configuración de la pensión de viudedad del ex cónyuge se sitúa más próxima a la reconocida a las parejas de hecho con desequilibrio económico que a la protección estricta de la situación de necesidad, en realidad a caballo entre ambas.

La pensión compensatoria a que alude ahora el artículo 174 LGSS se reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro (ahora causante), que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. En concreto, para su fijación se tiene en cuenta, si no hay acuerdo de los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, y cualquier otra circunstancia relevante (artículo 97 del CC)⁴². Nótese que no alude el precepto a la situación de necesidad en que queda el ex cónyuge, sino a la creación de un desequilibrio económico con la ruptura matrimonial.

(40) Sobre la regulación precedente, CUENCA ALARCÓN, M.: “La pensión de viudedad en casos de separación: cuantía proporcional al tiempo de convivencia (Comentario a la STS de 17 de julio de 2000)”, RL, núm. 4, 2001; MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y ZORRILLA RUIZ, M.: “La pensión de viudedad en la reciente legislación sobre el divorcio. Aspectos de un esfuerzo transformador en pro de la igualdad material”, *Documentación Laboral*, núm. 16, 1985.

(41) En la redacción dada al precepto por la Ley 40/2007 desaparece la indicación que antes se hacía a que el derecho nacía con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. Y es que en la normativa preconstitucional el acceso a la pensión de viudedad en caso de separación (no había divorcio entonces) quedaba condicionado, como ya se dijo, a que el beneficiario no hubiese sido culpable de la ruptura conyugal. En todo caso, aunque la norma hoy no lo diga, parece lógico pensar que continúa resultando indiferente la causa de la separación o del divorcio, siempre que el ex cónyuge cumpla los requisitos que ahora le exige la Ley.

(42) Es necesario tener en cuenta que esta pensión compensatoria puede ser temporal o indefinida, o consistir en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

-- Pensión de viudedad: entre “contributividad automática” y “asistencialidad contributiva” --

No obstante, es justo también señalar que el mantenimiento de la pensión compensatoria depende en buena medida de la permanencia de dicho desequilibrio, no en vano, la pensión se pierde si cesa la causa que la motivó (artículo 101), y puede ser modificada en caso de producirse una alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge (artículo 100). Y de lo que acontezca con dicha pensión depende el derecho a viudedad. Generándose, de este modo, para el cónyuge histórico una pensión de “asistencialidad contributiva relativa”.

Así las cosas, la pensión del ex cónyuge divorciado o separado depende del mantenimiento del desequilibrio económico, no produciéndose por tanto un blindaje de la pensión como acontece en el caso de las parejas de hecho con desequilibrio. No olvidemos que no basta con que el ex cónyuge hubiese sido beneficiario en su día de una pensión compensatoria, sino que es preciso que la haya lucrado hasta la fecha del fallecimiento, siendo precisamente el óbito del causante la causa de extinción, es decir, no generándose derecho a viudedad si los herederos del causante continúan abonando la pensión compensatoria⁴³, o si se ha pactado una pensión vitalicia, que igualmente continúa lucrándose tras el fallecimiento del causante.

Lo dicho no puede, sin embargo, obviar una realidad, y es que el reconocimiento de una pensión compensatoria mantenida hasta el fallecimiento del causante no sirve *per se* para garantizar la existencia de un desequilibrio económico merecedor de una pensión de viudedad. Ciertamente, si el importe de la pensión compensatoria reconocida al cónyuge histórico se sitúa por debajo de la cuantía que legalmente le corresponde en concepto de pensión viudedad, nos encontramos con el injustificado reconocimiento de un derecho, pues el óbito del causante provoca al beneficiario un daño económico inferior al que se le compensa con la pensión. Así las cosas, no parece descartado pensar que el importe de la pensión compensatoria haya de servir de tope máximo para fijar la cuantía de la pensión de viudedad, debiendo en su caso adoptar el legislador las medidas pertinentes para evitar esa excesiva reparación del daño.

Más problemático aun resulta el reconocimiento de la pensión de viudedad en caso de nulidad, toda vez que la norma exige ahora el previo reconocimiento de una indemnización de las previstas en el artículo 98 del CC. El acceso a esta indemnización queda condicionado en el Código Civil a que el cónyuge lo fuese de buena fe, y ésta se fija en atención a las circunstancias señaladas para la pensión en caso de separación o divorcio (artículo 97 CC). Pero en todo caso, se trata de una “indemnización”, en principio, en el sentido clásico del término –cuantía a tanto alzado–, que se percibe una vez, y que, por ende, resulta, salvo pacto en contrario de los implicados, saldada en su momento, sin mantenimiento de vinculación económica posterior que justifique el ulterior reconocimiento de una pensión de viudedad.

(43) Téngase en cuenta, en este sentido, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 101 del CC, el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor, pudiendo continuar con ella sus herederos, a quienes se reconoce el derecho a solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

De este modo, si con carácter general el reconocimiento de la pensión de viudedad en estos casos ya resultaba insólito en la legislación precedente, en la vigente es simplemente inconcebible⁴⁴. El posible daño económico causando al contrayente de buena fe queda compensado tras la anulación del matrimonio con la indemnización indicada, por lo que no es posible pensar, en principio, que el fallecimiento del causante afecte en modo alguno a su economía. Esta incoherencia únicamente se salva en los casos en los que los cónyuges en lugar de una indemnización pactan una pensión compensatoria mantenida a la fecha del óbito, en idénticos términos que los matrimonios disueltos por divorcio o separación.

Por lo demás, el derecho del ex cónyuge —divorciado, separado o con matrimonio anulado— que concurre con un cónyuge o conviviente legítimo está además condicionado por la garantía que la nueva Ley incorpora para preservar un mínimo de pensión a favor de este último⁴⁵. En otras palabras, por muy dilatada en el tiempo que haya sido la convivencia del ex cónyuge con el causante, al cónyuge o conviviente legítimo le corresponderá siempre, como mínimo, un 40% del total de la pensión a repartir.

Por último, es preciso destacar que la convivencia *more uxorio* no da derecho a pensión de viudedad a favor del que fue conviviente y dejó de serlo, por mucho que aquella convivencia hubiese cumplido en su día los requisitos que la ley exige para generar pensión, o incluso aunque, conforme a la normativa autonómica correspondiente, la ruptura de la convivencia hubiese generado derecho a pensión compensatoria y el fallecimiento del causante provoque al antiguo conviviente un desequilibrio económico. El cese de la convivencia frustra, por el momento, las expectativas de una potencial pensión de viudedad.

VI. EL CURIOSO CASO DE LA “UNIDAD ECONÓMICA UNIPERSONAL”

Es imposible hacer un balance —aunque sea somero— de la reconfiguración legal de la pensión de viudedad desde la perspectiva que aquí interesa, y resistirse a traer a colación, aunque sea sólo como anécdota de ignorado alcance, la previsión contenida en la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 40/2007, que siquiera tangencialmente alude a cierta situación de necesidad. Conforme a esta regla los perceptores de pensiones contributivas de viudedad —también los de pensiones de incapacidad permanente y jubilación— que formen una “unidad económica unipersonal”, y que tengan que hacer frente con su pensión al mantenimiento de un hogar, experimentarán durante los próximos cuatro años subidas adicionales de su complemento para mínimos, de modo que puedan alcanzar los niveles de renta mínimos necesarios para el sostenimiento de su hogar.

(44) Sobre la regulación precedente de la pensión en caso de nulidad, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Pensión de viudedad y declaración de nulidad del matrimonio contraído por la viuda”, *La Ley*, núm. 4, 2002, págs. 1772 y 1773.

(45) Téngase en cuenta que ahora si el causante no contrae nuevas nupcias y no convive con nadie en las condiciones que la ley exige para generar pensión, el ex cónyuge lucra íntegramente la pensión de viudedad si tenía derecho a pensión compensatoria, con independencia del tiempo convivido con el causante y del lapso temporal transcurrido entre la ruptura del vínculo conyugal y el fallecimiento. En el caso del matrimonio nulo el derecho queda siempre en proporción al tiempo de convivencia con el causante, no pudiendo lucrar nunca la pensión íntegra aunque no quedase al fallecimiento cónyuge o conviviente legítimo con derecho a pensión.

Qué duda cabe que esta exótica regla está pensada para las personas que se encuentran imposibilitadas económicamente para hacer frente a los gastos derivados del sostenimiento del hogar que habitan, evocando con ello cierta situación de necesidad económica, al menos para hacer frente a este gasto concreto. Pero la falta de alguna regla que permita concretar el alcance de la fórmula “niveles de renta mínimos necesarios para el sostenimiento de su hogar” genera cuando menos cierta inquietud, sino perplejidad al lector, y probablemente más aun a quien haya de aplicarla. No en vano, el coste económico del mantenimiento de una vivienda varía notablemente en función de las condiciones, localización, dimensiones y valor de ésta. Y la norma no fija límite alguno. Pareciera, así, que el importe del incremento adicional podría depender de la necesidad económica de cada pensionista —y más en concreto, del gasto que cada hogar reporte—. Lo que a todas luces colisiona frontalmente con la práctica totalidad de los principios rectores de nuestro sistema de Seguridad Social.

Pero en realidad esta previsión está plagada de otras muchas imprecisiones, que van minándola hasta hundirla. Por ejemplo, dice la norma “... tengan que hacer frente con su pensión al mantenimiento de un hogar”, dando a entender *prima facie* que la pensión ha de ser la única fuente de ingresos para hacer frente a ese gasto, lo que no casa en modo alguno con las reglas generales de generación de complementos por mínimos, para cuyo reconocimiento se toman en consideración todos los ingresos del pensionista —derivados del trabajo, del capital, etc.—⁴⁶.

Tampoco aclara la norma qué ha de entenderse por “unidad económica unipersonal”, aunque sí parece pretender hacerlo —con escaso éxito— el artículo 7.3 del Real Decreto 2127/2008, de 26 de diciembre, de revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2009. Advierte este precepto: “Se considerará que el pensionista constituye una unidad económica unipersonal, a los efectos de la aplicación de lo previsto en la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, cuando, acreditando derecho a complemento por mínimos, en atención a sus ingresos y patrimonio conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, no se encuentre comprendido en ninguno de los supuestos previstos en los apartados anteriores de este artículo”. Esto

**ES MUY DIFÍCIL
CONCRETAR CUÁLES SON
LOS “NIVELES DE RENTA
MÍNIMOS NECESARIOS
PARA EL MANTENIMIENTO
DEL HOGAR”**

(46) En efecto, del derecho a complemento por mínimos se genera si los ingresos laborales y/o de capital (o cualesquiera otros rendimientos sustitutivos de aquéllos) del pensionista no exceden de 6.923,90 euros anuales, sin inclusión de la plusvalía o ganancia patrimonial de la vivienda habitualmente.

es, cuando acreditado el derecho a complementos por mínimos no exista cónyuge —ni a cargo, ni no a cargo—.

De esta particular “definición” sólo resulta que la unidad económica unipersonal es aquella en la que no hay cónyuge, lo que en el caso de la pensión de viudedad es una redundancia, pues la ausencia de cónyuge —a cargo o no— es el presupuesto mismo de esta prestación. Por lo demás, aunque una primera lectura de la regla, sumada a la indicación hecha, pudiera llevar a la conclusión de que esta fórmula sólo alcanza a las personas que viven solas, la realidad es que comprende también las unidades familiares pluripersonales en las que sólo el pensionista aporta ingresos para el sostenimiento del hogar —por ejemplo, pensionista que convive con uno o varios ascendientes o descendientes sin ingresos—. Que es ésta la intención del legislador se deduce, con facilidad, tanto de la misma incorporación de la expresión “económica”, como de los términos de las cuantías mínimas previstas en el Real Decreto 2127/2008.

En efecto, este Real Decreto dispone que la cuantía mínima de la pensión contributiva de viudedad para 2009 (tablas del Anexo I) de la unidad económicamente unipersonal asciende si el titular tiene cargas familiares —lo que confirma que la unidad económica unipersonal no equivale a unidad familiar unipersonal— a 9.122,82 euros anuales; si el titular tiene 65 años o una discapacidad en grado igual o superior al 65% a 7.339,92 euros anuales, si el titular tiene entre 60 y 64 años a 7.339,92 euros anuales y si el titular tiene menos de 60 años a 5.899,74 euros anuales.

Así las cosas, se tendrá derecho a la mejora que prevé esta disposición cuando el viudo o conviviente supérstite tenga derecho a complementos por mínimos que no le alcancen para cubrir los gastos derivados del hogar familiar, conviva o no con otras personas.

Cercado en los términos expuestos el derecho, llega el momento de la decepción, que deriva en este caso del humo en el que se convierte esta medida⁴⁷. La vaguedad con la que se formula el derecho en la Ley 40/2007 ya podría hacer dudar, *per se*, de su aplicabilidad, pero si a ello sumamos que desde su promulgación el legislador no ha incorporado incremento alguno para este supuesto, el resultado, obvio, es un derecho hueco. La veracidad de esta aseveración resulta directamente del catálogo de cuantías mínimas de las pensiones contributivas de viudedad para 2009 previsto en el citado Real Decreto 2127/2008. El Anexo I de esta norma contiene para la pensión de viudedad una única columna de cuantías mínimas en función de las condiciones personales del pensionista —ya hemos dicho: con cargas familiares, con 65 años o una discapacidad en grado igual o superior al 65%, con edad entre 60 y 64 años o con menos de 60 años—, y esa columna, y ahí está la incoherencia, alcanza a las pensiones “sin cónyuge a cargo/unidad económica unipersonal”, es decir, a todas las pensiones de viudedad. En otras palabras, el importe de la pensión mínima de viudedad del pensionista que forma una unidad económicamente

(47) Se trata de un claro ejemplo de legislación-propaganda a que se refiere DESDENTADO BONETE, A.: “La legislación como propaganda”, *La Ley*, núm. 7090, 2009.

-- Pensión de viudedad: entre “contributividad automática” y “asistencialidad contributiva” --

unipersonal es el mismo que el de cualquier otro pensionista de viudedad.

Así las cosas, por el momento esta situación de necesidad queda sin cobertura específica a la espera de alguna concreción legal, habiendo dejado pasar el legislador dos oportunidades para ir cumpliendo con este compromiso de incremento progresivo —en cuatro años—, a saber: la Ley de presupuestos generales (y el decreto de revalorización) para 2008 y la Ley de presupuestos generales (y el decreto de revalorización) para 2009.

El legislador parece haber comenzado a hacer realidad este encargo para las pensiones de jubilación y para las de incapacidad permanente, al prever la normativa sobre complementos por mínimos una cuantía mínima ligeramente superior para los pensionistas sin cónyuge a cargo/unidad económica unipersonal⁴⁸ a la de los pensionistas con cónyuge no a cargo —que no depende económicamente del titular—⁴⁹, y ligeramente inferior a la de los pensionistas con cónyuge a cargo⁵⁰. Desligándose con ello de la escala mantenida hasta la fecha, en la que sólo se diferenciaba entre el pensionista con cónyuge a cargo y el pensionista sin cónyuge a cargo. Ahora bien, este incremento paulatino para las unidades económicamente unipersonales es más aparente que real, toda vez que también para las pensiones de incapacidad permanente y para las de jubilación la pensión mínima es la misma para quien no tiene cónyuge que para quien formando una unidad económicamente unipersonal tiene problemas económicos para asumir el sostenimiento de un hogar, y realmente sólo para atender a esta particular necesidad tiene sentido hacer mención segregada y expresa a quien sin tener cónyuge forma una unidad económica unipersonal.

**NO EXISTEN DIFERENCIAS
EN LAS CUANTÍAS
MÍNIMAS ATENDIENDO
A LAS CIRCUNSTANCIAS
PERSONALES DEL
PENSIONISTA**

(48) Para el pensionista de jubilación que forme una unidad económica unipersonal, la pensión mínima asciende a 7.861,70 euros si el titular tiene 65 años o más, y a 7.339,92 euros si tiene menos de 65 años. Por su parte, para el pensionista de incapacidad permanente la cuantía mínima asciende a 11.792,62 euros en caso de gran invalidez, a 7.861,70 euros en caso de incapacidad permanente absoluta, a 7.861,70 euros en caso de incapacidad permanente total de un pensionista de 65 años o más, a 7.339,92 euros en caso de incapacidad permanente total de pensionista entre 60 y 64 años y a 5.014,80 euros en caso de incapacidad permanente total con menos de 60 años.

(49) Para el pensionista de jubilación con cónyuge a cargo, la pensión mínima asciende a 9.746,66 euros si el titular tiene 65 años o más, y a 9.122,82 euros si tiene menos de 65 años. Por su parte, para el pensionista de incapacidad permanente la cuantía mínima asciende a 14.620,06 euros en caso de gran invalidez, a 9.746,66 euros en caso de incapacidad permanente absoluta, a 9.746,66 euros en caso de incapacidad permanente total de un pensionista de 65 años o más, a 9.122,82 euros en caso de incapacidad permanente total de pensionista entre 60 y 64 años y a 5.014,80 euros en caso de incapacidad permanente total con menos de 60 años.

(50) Para el pensionista de jubilación con cónyuge no a cargo, la pensión mínima asciende a 7.651,70 euros si el titular tiene 65 años o más, y a 7.129,92 euros si tiene menos de 65 años. Por su parte, para el pensionista de incapacidad permanente la cuantía mínima asciende a 11.477,62 euros en caso de gran invalidez, a 7.651,70 euros en caso de incapacidad permanente absoluta, a 7.651,70 euros en caso de incapacidad permanente total de un pensionista de 65 años o más, a 7.129,92 euros en caso de incapacidad permanente total de pensionista entre 60 y 64 años y a 4.804,80 euros en caso de incapacidad permanente total con menos de 60 años.

VII. Y EN EL FUTURO: ¿QUIÉN LE PONDRÁ EL CASCABEL AL GATO?

Lo dicho hasta aquí deja muy pocas dudas al lector sobre cuál es la propuesta para el futuro de quien suscribe este trabajo: la pensión de viudedad debería abandonar, de una vez por todas, cualquier viso de contributividad automática, y convertirse bien directamente en una prestación no contributiva, similar a la de vejez o invalidez; bien, sin ir tan lejos, en una prestación de “asistencialidad contributiva pura” —como la de las parejas de hecho en situación de necesidad— o de “asistencialidad contributiva relativa” —como la del cónyuge histórico cuya prestación se condiciona a la existencia y permanencia de desequilibrio económico— para todos los beneficiarios, si acaso aprovechando el recorte subjetivo que tal medida conllevaría para incrementar la cuantía de la prestación.

No obstante, es justo señalar que el elevado coste político que una reforma de este calado podría acarrear al partido que la llevase a cabo, hace dudar de la viabilidad de esta propuesta. ¿Quién en estas condiciones se atrevería a ponerle el cascabel al gato? No en vano, las reformas de la Ley 40/2007 han ofrecido una cara amable y políticamente rentable —la extensión a las parejas de hecho—, las que han de venir, de ir en línea sugerida, no gozarán de ese semblante.

En todo caso, hasta que la reforma llegue la prestación de viudedad, tal como se configura hoy, protege la mera pérdida personal del cónyuge, con independencia de la situación económica del beneficiario —pensión de viudedad del cónyuge legal: “contributividad automática”—; el desequilibrio económico —pensión de las parejas de hecho que acreditan inicialmente el quebranto económico: “contributividad relativa”, y pensión del cónyuge histórico: “asistencialidad contributiva relativa” (cuya persistencia depende del mantenimiento del desequilibrio)—, y la situación efectiva de necesidad —pensión de la pareja de hecho que acredita la no superación de cierto límite de ingresos, y porcentaje adicional de la pensión (70%)— (“asistencialidad contributiva pura”).

La tributación de la pensión de viudedad: Una sospechosa situación de desigualdad de trato

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

Doctora en Derecho. Profesora de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social de la Universidad Carlos III

Resumen

LA TRIBUTACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD: UNA SOSPECHOSA SITUACIÓN DE DESIGUALDAD DE TRATO

El artículo 41 de la Constitución española reconoce el derecho a prestaciones suficientes en el ámbito de la Seguridad Social. Cuando la tributación de una pensión, como es el caso de la de viudedad, queda sustancialmente mermada por la posterior tributación, difícilmente puede alcanzar esta calificación y, consecuentemente, tampoco su finalidad específica. Pero, además, su situación tributaria plantea un trato desigual a los beneficiarios de la pensión de viudedad vulnerando el artículo 14 de la Constitución desde dos puntos de vista. Por una parte,

el tratamiento de las familias que conforman es diferente al del resto de los grupos familiares en general, conculcando con ello también el artículo 31 y 39 del texto constitucional. Asimismo se infringe el principio de igualdad si se les compara con el régimen aplicable a otros pensionistas del sistema de la Seguridad Social. Por otra, hay que mencionar la discriminación indirecta de las viudas en cuanto a que ellas son las beneficiarias mayoritarias de estas ayudas.

Abstract

WIDOW'S PENSION AND IRPF: A PRESUMED SITUATION OF INEQUALITY OF TREATMENT

The article 41 of the Spanish Constitution recognizes the right to enough benefits in the environment of the Social Security. When the tax of a pension, like it is the case of that

of widow's pension, it is substantially shrunk by the later tax, difficultly it can reach this qualification and, consequently, neither its specific purpose. But, also, its tributary

situation outlines an unequal treatment to the beneficiaries of the widow's pension infringing the article 14 of the Constitution from two points of view. On one hand, the treatment of the families that it conform is different to that of the rest of the family groups in general, violating with it also the articles 31 and 39 of the constitutional text.

Also the principle of equality is infringed if they are compared with the applicable regime to other pensioners of the system of the Social Security. For other, it is necessary to mention the indirect discrimination of the widows because they are the majority beneficiaries of these helps.

Sumario

Introducción: Justificación del tema elegido. I. Presentación del supuesto de hecho:

los efectos perniciosos de la tributación de la pensión de viudedad. II. La aplicación

del principio de igualdad al supuesto de hecho. A) El tratamiento desigual de los/as

viudos/as. a) Familias encabezadas por viudos/as versus familias en general. b) La falta de

justificación de las diferencias a tenor del análisis de los artículos 31 y 39 CE. B) El tra-

tamiento de los pensionistas de la viudedad en comparación con otros beneficiarios del

sistema de la Seguridad Social. C) La discriminación indirecta por razón de sexo de las

viudas. a) La utilización de la estadística como medio de valoración de la discriminación.

b) La discriminación indirecta de las viudas. c) Conclusiones. III. Propuesta de solución.

INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

A simple vista puede pensarse que el tema de la tributación de la pensión de viudedad es un asunto para analizar más en un foro fiscal que en uno de Seguridad Social. Esta realidad hace que un tema de extraordinaria importancia para los hogares que sufren la presión fiscal en sus pensiones sea olvidado generalmente por la doctrina, quizá por su ambigüedad a la hora de encuadrar el problema¹.

En todo caso, este mismo interrogante se ha planteado cuando se ha intentado estudiar este tema a los efectos de proponer reformas legislativas, lo que consecuentemente ha dificultado su modificación. En ocasiones se ha entendido que siendo un tema fiscal, debe ser tratado como tal con independencia de que se tribute por una pensión de Seguridad Social. No obstante, en los últimos tiempos parece que esta cuestión se deriva al estudio

(1) Si bien es verdad que en el ámbito de la Seguridad Social la cuestión se ha apuntado en algunos tratados sobre la prestación de viudedad (por ejemplo, en BARREIRO GONZÁLEZ, G. y MARTÍNEZ BARROSO, M.² R.: "La reforma de la pensión de viudedad. A propósito del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006 y otros temas pendientes" en *Mes a Mes. Social*, núm. 125/2007 y NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad*, La Ley, 2006, págs. 296 y 297). Asimismo, existe algún estudio desde el punto de vista económico (por ejemplo, DE VILLOTA, P.: "Análisis de un retroceso desde la perspectiva de género en la política fiscal española" en *Aequalitas*, núm. 21/2007, págs. 52 y ss.

próximo de la pensión de viudedad en el marco de los Pactos de Toledo, entendiendo que es más conveniente desarrollar un estudio integral de la prestación repensándola en conjunto de acuerdo con la realidad social actual².

Al margen de esta polémica, en este trabajo se elige el estudio de este problema desde el punto de vista de la Seguridad Social, entendiendo que una tributación que merma sustancialmente la pensión de viudedad, atenta contra el principio de suficiencia de las prestaciones que proclama el artículo 41 CE, así como influye de forma negativa en la consecución de su finalidad principal.

I. PRESENTACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO: LOS EFECTOS PERNICIOSOS DE LA TRIBUTACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Si bien es verdad que en los últimos tiempos se han elevado las cuantías mínimas de las pensiones de viudedad³, su regulación sigue presentando caracteres que hacen difícil calificarlas como suficientes, tal y como proclama el artículo 41 de la Constitución que deben ser todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social⁴. Uno de los elementos que influye negativamente en este objetivo es la tributación a la que es sometido el beneficio.

En cualquier caso, se hace complicado reivindicar la suficiencia de dichas pensiones, cuando se está preparando una transformación de sus bases, que seguramente llevará a la denegación de la protección a muchos sujetos nacidos después de 1967, de acuerdo con la idea de la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral⁵. En concreto, es esperable que a este colectivo

**UNA TRIBUTACIÓN QUE
MERMA LA PENSIÓN
DE VIUEDAD ATENTA
CONTRA EL PRINCIPIO
DE SUFICIENCIA DE LA
PRESTACIONES**

(2) Esta dicotomía se infiere de la lectura del *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, celebrado el 25 de noviembre de 2008, donde los dos grandes partidos abogan por la inclusión de esta cuestión en el estudio general de la pensión de viudedad en el seno de los Pactos de Toledo. Al contrario, otros partidos minoritarios defienden su análisis al margen, dado que entienden que hasta el momento la fiscalidad de las prestaciones de la Seguridad Social se ha realizado fuera de este marco (*Diario de sesiones*, núm. 48/2008, de 25 de noviembre).

(3) En esta línea, se ha mejorado la pensión de viudedad, por ejemplo, igualando la pensión mínima de los viudos con cargas familiares y discapacitados a la señalada para los beneficiarios mayores de sesenta y cinco años en la Ley de Presupuestos para 2007.

(4) BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, BOE, 2005, págs. 133 y ss.

(5) Así lo anuncia el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de fecha 13 de junio de 2003. Incluso ya en el Pacto de Toledo se mencionaba la necesidad de una reformulación de esta prestación con el objeto de adaptarla a las nuevas pautas de vida, sobre todo de la mujer, que aún hoy sigue siendo la principal beneficiaria de la pensión. Cuando la mujer permanecía en el hogar al cuidado de su familia, mientras su cónyuge desarrollaba una actividad laboral, cuando

se le impida acceder al beneficio cuando perciban rentas de trabajo. Sin ánimo de abordar este asunto, que seguramente daría lugar a otro trabajo, y sin entrar en las posibles críticas a este proceder, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades anexas a la crianza de los hijos sin la ayuda de otro progenitor, este trabajo se centra en la insuficiencia de las pensiones de viudedad de acuerdo con la regulación actual.

Para esta empresa, hay que partir de la determinación del principal objetivo de la pensión de viudedad. Con independencia de las posibles opiniones sobre el particular⁶, la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, indica como tal la sustitución de los ingresos perdidos que aportaba el causante al grupo familiar antes de su fallecimiento. Sin embargo, esta finalidad es difícil de cumplir, cuando a la fórmula de cálculo de la prestación⁷ se añade la tributación posterior del beneficio.

Si hasta el momento el tema que ha dado lugar, no sin razón suficiente, a las principales críticas sobre la dificultad de cumplir la finalidad señalada, han sido los bajos importes del beneficio, esta aserción se hace igualmente defendible desde el punto de vista de la tributación de la pensión. Y claro está, tiene una mayor incidencia en los supuestos en los que el/la viudo/a perciben, además, o bien un salario en contraprestación a su trabajo, o bien la compaginan con una pensión, por ejemplo, de jubilación o cualquier otra sometida a imposición.

La pensión de viudedad se califica como renta de trabajo en el artículo 17.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, de modificación del IRPF (desde ahora, LIRPF). De este modo no se percibe el importe íntegro del beneficio, sino que éste se somete posteriormente a imposición, perdiendo de nuevo capacidad económica. Como previamente se ha señalado, esta situación es especialmente valorable cuando el disfrute del beneficio de la Seguridad Social se compatibiliza con el desarrollo de actividad laboral o con la percepción de otra prestación, ya que la cantidad otorgada se sumará a los ingresos obtenidos por estos conceptos. Dicha acumulación de rentas, sujetas a gravamen, consecuentemente provocan el incremento del tipo impositivo aplicable y, por tanto, la cuota a abonar. En caso contrario, si la norma tributaria no obligase a la agrupación, no se perdería una importante parte del importe de la prestación que se está percibiendo con el objeto de sustituir el salario que aportaba a una familia uno de sus miembros.

Además, no le es aplicable el límite general de ingresos preciso para estar obligado a presentar declaración de IRPF (22.000 euros), ya que en el supuesto de percibir dos rentas de dos pagadores distintos, la presentación de la declaración del IRPF es en general coer-

éste fallecía, precisaba de rentas sustitutivas para sobrevivir, situación que el beneficio estudiado venía a paliar. Hoy con la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral, obviamente esta función se diluye.

(6) BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 131 y ss.

(7) Como ya se sabe, la pensión de viudedad se calcula aplicando el 52% (o el 70%, cuando existen cargas familiares y carencias de rentas), a la base reguladora determinada desde las bases de cotización del causante. Es fácil deducir que con esta regla su cuantía generalmente no será muy elevada. Además a esta limitación vienen a contribuir otras normas: la limitación de la suma de ésta y las pensiones de orfandad, originadas por el mismo sujeto, al 100% de la base reguladora (algo más en el supuesto de la aplicación del 70% de la Base Reguladora) o el reparto de la prestación entre varios beneficiarios, cuando existan más de un cónyuge o pareja de hecho.

La tributación de la pensión de viudedad: Una sospechosa desigualdad de trato

citiva⁸. Así, cuando se perciben dos ingresos económicos (la pensión de viudedad y otra renta de trabajo), se está obligado a la presentación del tributo con independencia de que no se supere el tope señalado. Lo que significa que seguramente va a abonarse una cuota tributaria que no se pagaría en el supuesto que la cuantía se obtuviese de un mismo pagador o quienes la percibiesen fuesen dos miembros distintos del grupo familiar al poder optar por la declaración separada. De nuevo, se pone de manifiesto que al ínfimo importe de la viudedad hay que restarle la cantidad a pagar en concepto de tributo, provocando una importante merma del importe, preciso para el sostenimiento de la familia.

Pero lo más llamativo de esta situación es que provoca un trato desigual respecto a otros colectivos, en concreto en relación al tratamiento dado a otros grupos familiares y a otros pensionistas como a continuación se pasa a exponer⁹. Este trabajo justamente tiene por objetivo central el análisis de este asunto, examinando finalmente algunas propuestas de posible modificación de la norma.

II. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD AL SUPUESTO DE HECHO

Como es bien conocido, el artículo 14 de la Constitución reconoce en su tenor el principio de igualdad desde dos perspectivas: un primer inciso, donde se hace referencia a la desigualdad de trato en general (“Los españoles son iguales ante la ley”) y, un segundo, donde se prohíbe expresamente la discriminación por razón de unas materias concretas (“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”)¹⁰. Tal y como ha señalado la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), la elección del análisis de una determinada cuestión en uno de los dos apartados que trae consigo la apertura de sendos tipos de protección.

Así, en la primera parte se hace referencia a la igualdad de trato en general, siendo precisa la prueba de su incumplimiento por parte de quien lo alegue¹¹. Con este fin, es preciso el cotejo de esta circunstancia con otra similar (un término de comparación) en la que el tra-

(8) El artículo 96 LIRPF establece que “1. (...) no tendrán que declarar los contribuyentes que obtengan rentas procedentes exclusivamente de las siguientes fuentes, en tributación individual o conjunta: a) Rendimientos íntegros del trabajo, con el límite de 22.000 euros anuales (...) 3. El límite a que se refiere el párrafo a) del apartado 2 anterior será de 10.000 euros para los contribuyentes que perciban rendimientos íntegros del trabajo en los siguientes supuestos: a) Cuando procedan de más de un pagador. No obstante, el límite será de 22.000 euros anuales en los siguientes supuestos: 1º Si la suma de las cantidades percibidas del segundo y restantes pagadores, por orden de cuantía, no supera en su conjunto la cantidad de 1.500 euros anuales. 2º Cuando se trate de contribuyentes cuyos únicos rendimientos del trabajo consistan en las prestaciones pasivas a que se refiere el artículo 17.2.a) de esta Ley y la determinación del tipo de retención aplicable se hubiera realizado de acuerdo con el procedimiento especial que reglamentariamente se establezca. b) Cuando se perciban pensiones compensatorias del cónyuge o anualidades por alimentos diferentes de las previstas en el artículo 7 de esta Ley. c) Cuando el pagador de los rendimientos del trabajo no esté obligado a retener de acuerdo con lo previsto reglamentariamente. d) Cuando se perciban rendimientos íntegros del trabajo sujetos a tipo fijo de retención”.

(9) Este problema ya fue esbozado en BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La pensión de viudedad y orfandad. Una realidad pendiente de cambio” en *Aequalitas*, núm. 21/2007, págs. 60 y ss.

(10) En todo caso, esta doctrina no es pacífica, ya que algunos autores mantienen que tal distinción es artificial, dado que el segundo inciso sólo concreta la declaración del primero. La consecuencia de esta opción es que todas las cuestiones sometidas al análisis del baremo del principio de igualdad se tratarán idénticamente. Vid. PUMAR BELTRÁN, N.: *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2000, pág. 93.

(11) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *Igualdad y discriminación*, Colección Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, 1986. págs. 64 y ss.

tamiento sea distinto, sin que para ello exista una justificación objetiva y razonable. Mientras que la prueba y su valoración se facilita en el supuesto de la discriminación en materia concreta —segunda parte del precepto—, dado que se invierte, una vez demostrado el menor indicio sobre su existencia por quien invoca la situación discriminatoria. En definitiva, la comprobación de la desigualdad en general se realiza mediante el cotejo de situaciones iguales, mientras que en el otro supuesto prima el examen directo del daño producido¹².

En este sentido, habrá que valorar cuál de los dos análisis es de aplicación al tema de la posible vulneración del principio de igualdad por las normas vigentes que regulan la tributación de la pensión de viudedad. Así, podría elegirse el estudio desde el punto de vista del tratamiento desigual que sufren los beneficiarios de la pensión de viudedad en comparación con otros colectivos con quienes comparten ciertos rasgos comunes, o bien examinar la cuestión desde la discriminación concreta, en este caso por razón de sexo, infringida a las viudas, partiendo de la idea de que la mayoría de los pensionistas de viudedad son mujeres.

Desde ambas vías, como a continuación se pondrá de manifiesto, parece concluirse la vulneración del precepto constitucional en cuestión y, en consecuencia, la necesidad de modificar la regulación tributaria actual aplicable a la pensión de viudedad. De modo que se van a seguir ambos caminos. En primer lugar, se entrará en el estudio de la posible desigualdad de trato de los beneficiarios de la pensión de viudedad en comparación con los de otras prestaciones de la Seguridad Social, así como el tratamiento tributario de sus familias en relación con otros grupos familiares. Posteriormente, desde el punto de vista de la discriminación por razón de sexo, que aunque menos verosímil, se abre paso desde la declaración de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su Exposición de Motivos declaró dentro de las discriminaciones por razón de sexo la infringida a través de las pensiones de viudedad junto a otras tan obvias como la violencia de género o la discriminación salarial.

A) El tratamiento desigual de los/as viudos/as

El análisis ahora se va a realizar desde el punto de vista de la posible vulneración del principio general de igualdad recogido en la primera parte del artículo 14 por la normativa tributaria aplicable a la pensión de viudedad. Para este objetivo, como bien se conoce, hay que seguir un análisis en tres fases, tal y como ha determinado el TC¹³. En concreto, en primer lugar, habrá que comparar la situación alegada como desigual con otra similar, estableciendo si estos términos son idénticos y, sin embargo, son tratados de forma diversa. Si la conclusión es positiva, se estimará si existe justificación para la existencia de la desigualdad y, por último, se aplica el test de proporcionalidad¹⁴.

(12) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^aF.: “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional” en AA.VV.: *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 172.

(13) Este mismo examen ha sido tradicionalmente aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde sus primeras sentencias.

(14) STC 75/1983, de 3 de agosto.

La tributación de la pensión de viudedad: Una sospechosa desigualdad de trato

Así, se inicia este análisis buscando un término de comparación, ya que, como se ha señalado, la desigualdad debe alegarse en referencia a otra situación similar. En el supuesto concreto que aquí se examina se va a cotejar el trato infligido a las familias encabezadas por viudos con el recibido en el ámbito fiscal por las familias en general y, posteriormente, con el resto de las familias monoparentales. Habrá que determinar si son situaciones en las que convergen ciertos factores comunes, de modo que no sea racional el trato diferencial¹⁵.

a) Familias encabezadas por viudos/as versus familias en general

Aunque la propia LIRPF en su Exposición de Motivos señala como principio el tratamiento igual a todos los contribuyentes cuando comparten las mismas circunstancias personales y familiares, sin embargo, este principio no se respeta en el supuesto de la familia encabezada por un/a viudo/a. Si en general se posibilita a las familias la elección entre tributación conjunta o separada, cuando dos de sus miembros perciban rendimientos, esta misma regla es de difícil aplicación en el supuesto que aquí se analiza.

Si un/a viudo/a compagina sus rendimientos de trabajo (o, por ejemplo, una prestación pública que tribute) y una pensión de viudedad, deberá obligatoriamente declarar de forma conjunta los dos ingresos percibidos, con independencia de que una tributación separada pueda ser más ventajosa. De esta forma, una familia que escoja la declaración individual de sus rentas, al fallecer uno de los dos cabezas de familia, no podrá continuar con esta opción, aunque mantenga las mismas entradas económicas (rentas propias y una pensión de viudedad que sustituya a los ingresos del otro). Y sin embargo sus circunstancias personales y familiares no sólo serán iguales, sino incluso peores.

En definitiva, una familia encabezada por un/a viudo/a que reciba la pensión de viudedad y otra renta calificada como de trabajo en la misma cuantía exacta que otro grupo familiar con ingresos procedentes de dos sujetos, una vez aplicada la tributación, dispondrá de un importe menor para asumir sus gastos. Así, la unidad familiar del viudo/a queda en desventaja en comparación con otras formaciones con dos entradas económicas

**EL PRINCIPIO DE
IGUALDAD DE LOS
CONTRIBUYENTES NO SE
RESPECTA EN LAS FAMILIAS
ENCABEZADAS POR UN
VIUDO**

(15) Vid. SSTC 76/1983, de 5 de agosto y 103/1983, de 22 de noviembre. En cualquier caso, como es fácil deducir con esta declaración se está remitiendo a la segunda fase –al test de razonabilidad– la solución de la primera fase del análisis.

por la única razón de su situación personal. De modo que hay que concluir que una familia encabezada por un/a viudo/a percibe un tratamiento desigual en comparación con el resto de las familias nucleares, por la simple razón de formar una modalidad diferente de familia, que ni siquiera ha elegido libremente.

La conclusión es similar si se compara la situación de las familias encabezados por viudos/as con la del resto de los grupos monoparentales o uniparentales¹⁶. No hay que perder de vista que estas agrupaciones presentan unos problemas propios, distintos a los de las familias nucleares. En general, deben sobrevivir con menos ingresos, sobre todo en comparación con las familias en las que trabajan los dos cabezas de familia. Junto a los problemas económicos, además deben asumir sin ayuda las funciones familiares, con las mayores complicaciones que supone su conciliación con la vida laboral¹⁷. Por lo tanto, dado que tienen generalmente importantes necesidades, es fundamental que el legislador les conceda una protección específica de acuerdo con sus características esenciales¹⁸.

En esta línea, la regulación del IRPF ha establecido fórmulas expresas de protección para este tipo de grupos familiares causados desde la separación del matrimonio/pareja¹⁹. Así, tanto quienes reciben como quienes pagan pensiones compensatorias y de alimentos están sometidos a una fiscalidad especial. En definitiva, aunque la situación de todas las familias monoparentales es idéntica con independencia del origen de su formación, desde el sistema tributario se establecen normas especiales aplicables a las que se conformaron desde la división de una familia nuclear, pero no cuando su origen es el óbito de uno de los sustentadores.

b) La falta de justificación de las diferencias a tenor del análisis de los artículos 31 y 39 CE.

Una vez que se comprueba que ambas situaciones han superado la primera fase del test, habrá que pasar a la segunda. La idea de partida es la posibilidad de que el legislador

(16) Se entiende por familia monoparental las unidades compuestas por un solo progenitor y sus hijos, siempre que aquél no viva con otra persona. Esta definición ha sido incluida recientemente en la Disposición Adicional Sexagésima Cuarta de la Ley 2/2008, de Presupuestos del Estado de 2009. Esta formación puede tener diversos orígenes, entre otros, la muerte de un cónyuge, la separación o divorcio y la decisión de educar a los hijos sin la ayuda del otro progenitor. Vid. IGLESIAS DE USSEL, J.: "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares" en AA.VV.: *Familias Monoparentales*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988, págs. 17, 39 y 40.

(17) ALMEDA, A. y FLAQUER I VILARDEBÓ, L.: "Las familias monoparentales en España: un enfoque crítico" en *Revista Internacional de Sociología*, núm. 11/1995, pág. 40.

(18) HERNÁNDEZ IGLESIAS, F.: "Familias monoparentales en España: aspectos económicos" en AA.VV.: *Familias Monoparentales*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988, pág. 124. Ésta es la tendencia legislativa en los últimos tiempos. Como ejemplo se puede proponer la Disposición Adicional Sexagésima Cuarta de la Ley 2/2008, de Presupuestos del Estado de 2009, donde se reconoce como familia numerosa a todas las familias monoparentales con dos hijos a cargo. Este beneficio ya se había realizado respecto a las familias encabezados por viudo/a por la DA Decimotercera de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social.

(19) No obstante, hay quien pone de manifiesto el trato discriminado que sufren las familias monoparentales en comparación con las familias en general. Al respecto se puede consultar DE VILLOTA, P. y FERRARI, I.: *Reflexiones sobre el IRPF desde la perspectiva de género: la discriminación fiscal del/de la segundo/a perceptor/a*, Instituto de Estudios Fiscales, 2004.

La tributación de la pensión de viudedad: Una sospechosa desigualdad de trato

introduzca ciertas diferencias cuando existe justificación para tal proceder²⁰. En otras palabras, debe demostrarse que la desigualdad es objetiva y razonable²¹. La argumentación para este proceder se busca en los preceptos de la propia Constitución, obviamente fuera del artículo 14²². Por último, habrá que aplicar la última parte del examen: el test de proporcionalidad²³, cuyo objeto es la determinación de la adecuación de la medida a su finalidad²⁴. Se trata de establecer si existe una decisión menos dañosa para conseguir el mismo fin²⁵, valorando los beneficios y perjuicios concretos causados a los sujetos afectados²⁶. Sólo si son mayores los primeros, deberá calificarse de proporcionada la norma²⁷.

Ahora hay que aplicar este camino argumental al asunto que aquí se estudia: si la norma tributaria aplicable a la pensión de viudedad queda fundamentada, aunque no se consiga el trato idéntico a todas las familias. Este examen se va a realizar desde el artículo 31 de la Constitución que proclama el principio general de contribución de todos los ciudadanos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario basado en el principio de igualdad y progresividad, y del 39 del mismo cuerpo legislativo, que recoge el derecho a la protección familiar.

De acuerdo con el principio de progresividad del artículo 31 CE, el elemento fundamental en la tributación es la cuantía de los ingresos (a mayor importe, mayor carga tributaria), con independencia de otros elementos ajenos²⁸. Si una familia está formada por el mismo número de miembros y, además, tiene unas rentas iguales, la tributación debe ser exactamente la misma²⁹. De esta forma, parece que un grupo familiar encabezado por un/a viudo/a deberá ser sometido a una imposición similar a la de cualquier otro núcleo, siempre que reciban iguales rentas, sin que su situación personal pueda afectar a la tributación³⁰.

(20) En este sentido, el TC ha señalado que sólo existe desigualdad cuando ésta es arbitraria (STC 157/1997, de 29 de septiembre).

(21) La objetividad se interpreta como generalidad. Así, la aplicación de la norma no puede realizarse de forma particularizada según las cualidades personales de los sujetos. La razonabilidad está relacionada con el examen de la finalidad de la regulación aplicable. Sobre el particular, Vid. RUIZ MIGUEL, A.: "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en AA.VV.: *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 163 y ss. La aplicación de la norma no puede realizarse de forma particularizada según las cualidades personales de los sujetos, mientras que la razonabilidad está relacionada con el examen de la finalidad de la regulación aplicable.

(22) Se trata de evitar valoraciones subjetivas o de preferencia (STC 53/1982, de 22 de julio).

(23) En la realidad este "tercer escalón" del análisis, en la mayoría de los supuestos, sólo es mencionado y no se utiliza para determinar la posible vulneración del principio de igualdad. Vid. PUMAR BELTRÁN, N.: *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 99. Por este motivo, se opta por el examen conjunto de ambas fases.

(24) SUAY RINCÓN, J.: "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor García Enterría, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 857 y 867.

(25) MARTÍNEZ TAPIA, R.: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, págs. 124 y ss.

(26) STC 207/1996, de 16 de diciembre.

(27) Voto particular de los Magistrados BEGUÉ CANTÓN, DÍEZ PICAZO, TOMÁS Y VALIENTE, GÓMEZ-FERRER MORANT Y TRUYOL SERRA en la STC 75/1983, de 3 de agosto.

(28) STC 45/1989, de 20 de febrero.

(29) MARTÍN DELGADO: "Los principios de capacidad económica y de igualdad en la Constitución española de 1978", en *Hacienda Pública Española*, núm. 60 (1979), pág. 79.

(30) En todo caso, se podría justificar lo contrario, esto es, que la familia encabezada por un/a viudo/a recibiese un trato más favorable, dado que sus circunstancias sociales y económicas son generalmente peores que las de las familias nucleares

Por otro lado, en este análisis se puede traer a colación también el artículo 39 de la Constitución, el cual proclama la obligación de los poderes públicos de atender en general a las familias y, en concreto, en el ámbito económico. Sin embargo, esta atención no se concede a las familias encabezadas por viudos/as, en comparación con el resto de las familias. Además, este precepto menciona expresamente la necesaria y especial atención de las madres con independencia de su estado civil, inciso que puede ser plenamente aplicable a este supuesto. Si los beneficiarios de la pensión de viudedad son mayoritariamente mujeres, quienes tuviesen hijos a cargo deberían recibir un trato más tuitivo³¹.

En definitiva, del análisis de los artículos 31 y 39 de la Constitución se infiere que el trato desigual entre familias en general, y en concreto del resto de grupos monoparentales, en comparación con los encabezados por viudos/as no queda justificado, ni es adecuado a la finalidad de la norma tributaria (la imposición de acuerdo con las rentas). De este modo, debe ser propugnada la necesidad de igualar su situación, siendo incluso admisible la mejora de su atención respecto al resto de los núcleos familiares de acuerdo con sus especiales circunstancias.

B) El tratamiento de los pensionistas de la viudedad en comparación con otros beneficiarios del sistema de la Seguridad Social

En este ámbito se puede analizar también el trato desigual recibido por los beneficiarios de la pensión de viudedad en relación con otros pensionistas de la Seguridad Social. Como ya se señaló, la pensión de viudedad se considera como renta de trabajo y como tal está sometida a tributación, a excepción de la originada por acto terrorista. Sin embargo, la LIRPF declara como rentas exentas de tributación a la mayoría de las pensiones denominadas como de muerte y supervivencia (auxilio por defunción, orfandad y en favor de familiares respecto a los beneficiarios menores de veintidós años o incapacitados)³².

Por lo tanto, existe un trato desigual en materia fiscal entre los pensionistas de la viudedad y el resto de las prestaciones por muerte y supervivencia. No obstante, todos estos beneficios comparten una misma denominación e idéntica finalidad (la sustitución de los ingresos perdidos que aportaba el causante al grupo familiar). Además, la norma aplicable a este grupo de prestaciones se recoge en un mismo capítulo de la Ley General de la Seguridad Social y se desarrolla conjuntamente en la Orden de 13 de febrero de 1967. Por otra parte, se exigen requisitos comunes al fallecido para causar los beneficios, se determina de modo similar el hecho causante que abre el disfrute del derecho, comparten una misma naturaleza jurídica como renta de sustitución y el cálculo de su cuantía se realiza a partir de la misma base

e introducir algún tipo de bonificación: En este sentido se regula la deducción por pensiones de viudedad en la Comunidad Foral de Navarra.

(31) 650.000 viudas tienen hijos a cargo. FUENTE: Censo de la población de 2001. INE.

(32) Igual calificación merecen la incapacidad permanente en sus dos grados más graves (la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez) y todas las prestaciones familiares.

La tributación de la pensión de viudedad: Una sospechosa desigualdad de trato

reguladora. Partiendo de estos elementos iguales, no se entiende la razón del tratamiento tributario distinto. Pero, aun es más complicada la justificación del tratamiento desigual si se compara la pensión de viudedad con la de orfandad, ya que incluso existe cierta normativa que se aplica de forma conjunta a todas las que son causadas por un mismo sujeto³³.

La justificación del tratamiento desigual no se infiere del análisis del artículo 41 de la Constitución, el cual reconoce la obligación de los poderes públicos de mantener un sistema de Seguridad Social que proteja a todos los ciudadanos en caso de situación de necesidad a través de la concesión de prestaciones suficientes. Si éste es el fin común del sistema, no existe argumentación concluyente para gravar de forma diferente a las pensiones agrupadas bajo un mismo objetivo, provocando que algunas de ellas incumplan su función. En este sentido, la pensión de viudedad se aleja de su objetivo descrito, cuando su cuantía se ve reducida después de ser gravada por el IRPF.

C) La discriminación indirecta por razón de sexo de las viudas

Partiendo del segundo inciso del artículo 14 de la Constitución, se va a examinar si la actual regulación de la tributación aplicable a la pensión de viudedad está discriminando a las viudas por razón de sexo³⁴. Un apoyo importante a esta idea la encontramos, como ya se ha señalado, en la Exposición de Motivos de la LOIMH, que si bien ha pasado inadvertida, recoge expresamente la discriminación por razón de sexo infringida a las mujeres a través de las pensiones de viudedad. Sin embargo, aunque la propia norma propugna la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, no incluye medidas contra esta realidad como sí propone para otras materias como, por ejemplo, en materia de empleo. Hubiese sido de esperar que, además de buenas intenciones, la normativa hubiese introducido cambios legislativos tendentes a aportar la suficiencia a estos beneficios con lo que se hubiese resuelto su situación.

**HAY DESIGUALDAD FISCAL
ENTRE LOS PENSIONISTAS
POR VIUEDAD Y EL
RESTO DE PRESTACIONES
POR MUERTE Y
SUPERVIVENCIA**

(33) Con el único ánimo de recordar estas cuestiones, son normas de aplicación conjunta: la determinación de un límite económico conjunto (orfandad-viudedad), de forma que el total de ambas pensiones, salvo excepciones especiales, no sea superior al 100% de la base reguladora aplicable a ambos beneficios, así como el acrecimiento de la pensión de orfandad en el caso de inexistencia de viudo/a.

(34) Incluso se podría valorar la posibilidad de examinar la posible discriminación de los beneficiarios de la pensión de viudedad a tenor del apartado final del artículo 14 CE ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), alegando que la discriminación se infringe por razón de una situación personal como es la viudedad.

a) La utilización de la estadística como medio de valoración de la discriminación

Para el concreto análisis de la posible discriminación por razón de sexo de las viudas hay que demostrar el tratamiento desigual de este concreto grupo social³⁵. No existen pautas determinadas sobre el iter a seguir para la determinación de esta cuestión, si bien es verdad que tanto los tribunales norteamericanos como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas admiten las pruebas estadísticas.

Desde esta opción, se inicia este análisis a través de la comprobación de los datos estadísticos en materia de pensión de viudedad. Así, en diciembre de 2008 un total de 2.108.387 beneficiarios eran mujeres frente a 153.677 hombres³⁶. Lo que significa que más de un 93% de los protegidos por este beneficio son de género femenino.

Esta valoración pasa por la decisión del porcentaje concreto, respecto al total del grupo, que deben ser mujeres para entender válido el análisis. Parece que no es preciso que los grupos estén integrados totalmente por hombres o mujeres para concluir que existe una discriminación por razón de sexo cuando sean tratados de forma desigual. Basta con que mayoritariamente estén formados por uno de ellos. En este sentido, por ejemplo, se valoró la posible discriminación de la mujer respecto a la contratación a tiempo parcial, dado que la mayoría de los trabajadores que celebraron esta modalidad de contratación eran trabajadoras³⁷. La misma conclusión se podría extraer del supuesto de la viudedad: el 93% del total parece lo suficientemente representativo como para concluir la feminización de la pensión de viudedad.

Pero, esta conclusión no es suficiente para deducir que esta valoración ha conseguido el propósito planteado. Además, hay que tener en cuenta otro elemento para resolver que es correcto el empleo de la estadística como medio de valoración: es preciso demostrar que la situación estudiada no es coyuntural. Dicho en otras palabras, que esta situación no es fortuita, sino una realidad que se ha mantenido constante en el tiempo.

Para este propósito es necesario el análisis de la evolución de la pensión de viudedad. En primer lugar, hay que mencionar que la construcción de la propia pensión en la Orden de 13 de febrero de 1967 se realizó sobre los pilares de una realidad social en la que la mujer permanecía en casa al cuidado de la familia, mientras que el marido trabajaba fuera de casa. Con lo cual era lógico que al fallecer este último se garantizara un medio de vida económico a quienes hasta ese momento habían dependido del causante. Con lo cual la incidencia de la protección al viudo era mínima. De hecho, incluso no fue hasta 1990 cuando legalmente se reconoció el acceso a la pensión de viudedad en iguales condiciones a los viudos y las

(35) SSTC 240/1999, de 20 de diciembre y 253/2004, de 22 de diciembre.

(36) En la fecha indicada hay un total de 2.262.119 pensionistas de viudedad, ya que además de las cifras indicadas, hay 55 beneficiarios de los que no consta el sexo. FUENTE: INSS, diciembre 2008.

(37) Entre otras, STSJCE 10 de febrero de 2000, asunto Lili schröder, asunto 50/96.

La tributación de la pensión de viudedad: Una sospechosa desigualdad de trato

viudas³⁸. Hasta ese momento para disfrutar del beneficio los viudos debían demostrar su incapacidad para el trabajo y su dependencia respecto al cónyuge fallecido, condiciones que no se demandaban a las viudas, ya que se presumía que ellas cumplían ambos requisitos³⁹.

Aunque desde la fecha señalada los requisitos de acceso a la pensión de viudedad son idénticos para todos los beneficiarios con independencia de su sexo, sin embargo, han sido las viudas quienes han seguido beneficiándose mayoritariamente de la pensión. Como fácil se deduce, el patrón de la sociedad anterior tiene consecuencias aún hoy en día, sobre todo respecto a los ciudadanos mayores de cincuenta años, que son el colectivo que tienen más probabilidades de acceder al beneficio. Así, la mayoría de los hombres han trabajado y cotizado y, por tanto, consecuentemente son los causantes de la pensión, mientras que las mujeres no lo han hecho y son muy pocas las que han originado la prestación a favor de sus cónyuges. Además, a esta realidad se añade otra desde el ámbito del análisis de las cifras sobre esperanza de vida: las mujeres viven más que los hombres, con lo cual hay un mayor número de viudas que de viudos⁴⁰.

En definitiva, desde los datos aportados hay razones para afirmar que cualquier trato desigual que atente contra el colectivo de viudos podrá ser tratado como una discriminación por razón de sexo, dado que este grupo está compuesto mayoritariamente por mujeres, siendo ésta una realidad que permanece en el tiempo. Y desde esta conclusión, se puede deducir que cualquier normativa que provoque la pérdida de la suficiencia de la pensión de viudedad, como, por ejemplo, ocurre en el caso de la aplicación de la norma del IRPF, podrá ser calificada como discriminatoria del colectivo concreto de las viudas.

b) La discriminación indirecta de las viudas

Obviamente, como ya se anunciaba en el título de este epígrafe, no se trata de una discriminación directa, sino indirecta, como a continuación se analiza. La propia LOIHM recoge en su artículo 6.2 qué se entiende por discriminación indirecta. La define como aquella situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Dicho en otras palabras, lo importante en la discriminación indirecta no es la medida en sí, sino los efectos perjudiciales de ésta sobre un colectivo. Por lo tanto, se trata de constatar su impacto desproporcionadamente adverso, que aparenta neutralidad, sin que sea preciso que su objetivo directo sea discriminar. En este sentido, la situación final debe ser valorada al margen de la intención de la norma aplicable. Por otro lado, la jurisprudencia

(38) Con anterioridad las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre y 104/1983, de 23 de noviembre, ya declararon la inconstitucionalidad de la norma que exigía distintas condiciones de acceso a la pensión de viudedad según el sexo del posible beneficiario.

(39) STC 103/1983, de 22 de noviembre.

(40) La esperanza de vida al nacer es de 83,48 años para las mujeres frente a 76,96 para los hombres. FUENTE: INE, 2005.

cia entiende que existe tal circunstancia cuando un trato con apariencia de equitativo se convierte en discriminatorio al cotejar que afecta a un mayor número de mujeres que de hombres o viceversa⁴¹.

En el supuesto de hecho concreto aquí presentado, una norma en principio neutra como podría ser la calificación como renta de trabajo de la pensión de viudedad se convierte en discriminatoria por razón de sexo. Es indiscutible que esta declaración no tiene esta finalidad, pero la consecuencia inmediata de su aplicación es el perjuicio a un colectivo formado de modo mayoritario por mujeres, lo que consecuentemente parece convertir esta norma, o más bien sus efectos, en discriminatoria. Además, hay que añadir que la única justificación para este proceder es una cuestión presupuestaria, la cual no parece suficiente para argumentar la validez del trato desigual de este grupo⁴².

c) Conclusiones

Siguiendo el análisis planteado, podría deducirse que la regulación sobre la aplicación del IRPF a la pensión de viudedad vulnera, aunque sólo sea indirectamente, el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución en cuanto a que su aplicación provoca la pérdida de la suficiencia de la pensión y perpetúa la posición de pobreza de las mujeres. No obstante, no parece el camino más adecuado para solicitar la eliminación de esta normativa, dado que podría predicarse lo mismo de cualquier punto de la regulación de la prestación que sea perjudicial para el colectivo.

Incluso podría llegarse a mantener, aunque quizá parezca muy excesivo, que en general la regulación de la pensión de viudedad debe considerarse como discriminatoria por razón de sexo, en cuanto a que esta prestación es de cuantía reducida, lo que repercute en su insuficiencia y contribuye indudablemente a la feminización de la pobreza⁴³. Dadas estas circunstancias, este trabajo se ha centrado en acometer el estudio de esta cuestión desde la perspectiva del tratamiento desigual de los viudos en general en comparación con otros colectivos de acuerdo con el primer párrafo del artículo 14 de la Constitución. No obstante, se ha querido dejar constancia, aunque brevemente, de esta posible vía de defensa de la protección del colectivo de viudas.

III. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Varias son las posibles soluciones para impedir que las familias encabezadas por viudo/a sean tratadas desigualmente en comparación con el resto de grupos familiares, ni en

(41) STC 198/1996, de 3 de diciembre.

(42) SSTJCE de 24 de diciembre de 1994, Roks, asunto 343/92, y 10 de marzo de 2005, Vasiliki Nikolodi y organismos Tilepikoinonion Ellados PE, asunto 196/02.

(43) MARTÍNEZ TORRES, M.: "Feminización de la pobreza: un análisis dinámico", en *Papeles de Trabajo del instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11/2005.

La tributación de la pensión de viudedad: Una sospechosa desigualdad de trato

relación con el resto de los pensionistas de prestaciones de muerte y supervivencia, que van desde la posibilidad de declarar el beneficio como exento de imposición hasta posibilitar la presentación de la declaración de la renta por separado, en el supuesto de percibir otras rentas de trabajo.

De esta manera, una primera propuesta es la declaración de la pensión de viudedad como renta exenta al igual que el resto de las prestaciones por muerte y supervivencia. Con esta modificación se solucionaría la desigualdad de trato infringida a los pensionistas de viudedad, igualando a todos los beneficiarios de este grupo de prestaciones, evitando la otra desigualdad: la sufrida en comparación con otras familias. Una variedad de esta opción sería declarar exenta la pensión de viudedad al menos en determinada cuantía mínima⁴⁴, garantizando que parte de la pensión no se perdiese en el supuesto de acumulación de rentas, aunque no se resolvería totalmente el tratamiento desigual antes mencionado.

Una segunda posibilidad sería la determinación de la obligación de la presentación de la declaración del IRPF sólo cuando el total de las rentas de los sujetos pasivos sean superiores a 22.000 euros, que, como se ha señalado, es el límite establecido en general. Como en la LIRPF existe una regla que determina que en el supuesto de que se perciban ingresos provenientes de dos o más pagadores no se aplicará dicha limitación, se trataría de establecer una excepción en el caso de que uno de estos ingresos fuese la pensión de viudedad, en la línea que se regula actualmente para quienes perciben pensiones compensatorias del cónyuge o anualidades por alimentos. De esta forma, al menos se protegería a los pensionistas con menos recursos, aunque se seguiría tratando de forma desigual a los que acumulando ingresos superen dicho importe en comparación con otras familias que tienen la posibilidad tributar por separado.

Por último, otra posibilidad sería la aplicación de la escala de gravamen separadamente (pensión de viudedad y resto de ingresos recibidos), de modo que la cuota a pagar en el IRPF no sea superior a la que resultaría de hacer la declaración por separado⁴⁵. De esta forma, se salvaría la desigualdad infringida

DECLARAR LA PENSIÓN DE VIUEDAD COMO RENTA EXENTA SOLUCIONARÍA LA DESIGUALDAD DE TRATO CON OTROS PENSIONISTAS POR MUERTE O SUPERVIVENCIA

(44) En este sentido, por ejemplo, en el derecho holandés la pensión de viudedad queda exenta de tributación hasta una cuantía equivalente al 50% de su SMI.

(45) En este sentido se presentó la Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en relación con las

en comparación con el resto de las familias, al permitir que las unidades encabezadas por viudos/as pudiesen optar por la declaración separada, lo que tendría como resultado que todos los grupos familiares con idénticos ingresos estuviesen sometidos a la misma imposición.

Asimismo, podría combinarse esta última opción con la anterior, es decir, con la limitación de la obligación de declarar sólo cuando el total de los recursos obtenidos como rentas de trabajo no superan 22.000 euros⁴⁶. En todo caso, se entiende que esta iniciativa no es necesaria, ya que con la aplicación de las escalas separadas, cuando no se alcanzase el límite señalado por cada una de las entradas económicas, no sería obligatoria la presentación de la declaración de la renta.

En los últimos tiempos, varias han sido las proposiciones de ley presentadas por los diversos partidos políticos intentando, en mayor o menor medida, la solución del problema. De hecho, como ya se comentó parece que todos los grupos políticos están en parte de acuerdo con la necesidad de un cambio normativo en esta cuestión, aunque no en el marco donde realizarlo⁴⁷. Así, es esperable que en un futuro próximo se resuelva esta cuestión.

Desde aquí y desde el punto de vista del análisis presentado, es decir, la necesidad de mantener la suficiencia de las prestaciones, se entiende que la opción más conveniente es la posibilidad de separación de los distintos ingresos (pensión de viudedad y otros rendimientos de trabajo) como si de dos declaraciones se tratase, concediendo la posibilidad a las familias encabezadas por viudo/a de tributar en idénticas condiciones que las familias con dos sustentadores que pueden optar por la presentación de declaración separada, que siempre es más conveniente cuando hay dos entradas económicas. De esta forma, se salvaría la vulneración del artículo 14 CE en relación con los grupos familiares nucleares⁴⁸.

pensiones de viudedad, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, Izquierda Unida y Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG. núm. 87-1, de 25 de abril de 2008).

(46) Éste era el contenido de la Proposición de Ley de modificación de determinados artículos, relativos a la fiscalidad de las pensiones de viudedad, del texto refundido de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, presentada por el Grupo Parlamentario catalán –Convergència i Unió– (BOCG. núm. 151-1, de 21 de enero de 2005), así como posteriormente en la Proposición de Ley de modificación de determinados artículos, relativos a la fiscalidad de las pensiones de viudedad, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre Renta de no residentes y sobre el Patrimonio, presentada por el Grupo Parlamentario catalán –Convergència i Unió– (BOCG. núm. 29-1, de 26 de mayo de 2008).

(47) De hecho, el 11 de septiembre de 2007, todos los grupos de la Cámara votaron a favor de su toma en consideración (BOCG núm. 279/2009, de 11 de septiembre).

(48) En este supuesto, no obstante, se mantendría la desigualdad de trato respecto al resto de beneficiarios de prestaciones de muerte y supervivencia, que se considera más difícil de salvar desde el hecho de que pensiones como la jubilación son calificadas como rentas de trabajo a los efectos de la tributación.

La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno

BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO

Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra

Resumen

LA REGULACIÓN DE LOS TIEMPOS DE DISPONIBILIDAD (PRESENCIA Y LOCALIZACIÓN) DEL TRABAJADOR EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL DERECHO INTERNO

Los tiempos en los que el trabajador permanece a disposición del empresario, bien en el lugar de trabajo bien fuera del lugar de trabajo, no han sido objeto de una consideración específica por parte del legislador. La normativa comunitaria, tal y como ha sido interpretada por el TJCE, sólo diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y de descanso. No obstante, en la negociación colectiva y en la normativa específica para determinados sectores, se ha previsto un régimen diferenciado de estas ho-

ras de disponibilidad a efectos de retribución y de jornada máxima que en ocasiones puede plantear fricciones con la normativa comunitaria. En el presente artículo se estudia, con carácter general, el régimen jurídico a efectos de cómputo de la jornada, retribución y descanso de todos los posibles tipos de disponibilidad y, en particular, se analizan las especialidades de los períodos de disponibilidad para determinados sectores que cuentan con una regulación propia.

Abstract

THE REGULATION OF THE TIMES OF AVAILABILITY (PRESENCE AND LOCALIZATION) OF THE WORKER IN THE EU RIGHT AND IN THE INTERNAL RIGHT

The times in those that the worker remains to the manager's disposition, well in the working place well outside of the working place, have not been object of a specific consideration by the legislator. The EU regulations, as it has been interpreted by the ECJ, just differences among effective working time and of rest. Nevertheless, in the collective bargaining and in the specific regulation for certain sectors, has been foreseen a differentiated regime of these

hours of availability for the purposes of retribution and of maximum working day that can sometimes outline frictions with the EU regulations. In the present article is studied, with general character, the juridical regime for the purposes of computation of the working day, retribution and rest of all the possible types of availability and, in particular, are analysed the specialties of the periods of availability for certain sectors that have its own regulation.

Sumario

I. El nacimiento de un nuevo tiempo contractual: el tiempo de disponibilidad. II. La disponibilidad del trabajador en la Directiva 2003/88, de ordenación del tiempo de trabajo. A) La consideración de los períodos de disponibilidad en la doctrina del TJCE.

B) Margen para el excepcional reconocimiento de los tiempos de presencia en la normativa comunitaria. C) La propuesta de modificación de la Directiva y el reconocimiento de los períodos de atención continuada.

III. Los tiempos de presencia y de localización en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto de Jornadas Especiales. IV.-

La retribución de los tiempos de disponibilidad. A) Tiempos de presencia. B) Guardias de localización. **V. La ordenación de los tiempos de presencia en determinados sectores.**

A) Sanidad. a) Las consecuencias de las sentencias SIMAP y Jaeger. b) Las guardias de presencia y de localización en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003). B) Transporte: la controvertida retribución de las horas de presencia. C) Seguridad Privada: las horas de ampliación de los escoltas de seguridad.

I. EL NACIMIENTO DE UN NUEVO TIEMPO CONTRACTUAL: EL TIEMPO DE DISPONIBILIDAD

No cabe duda de que el trabajo y, en concreto, el tiempo que se dedica a trabajar condiciona el resto de tiempos y ciclos vitales. Hasta hace algunos años el modelo más extendido de organización de los tiempos tenía un carácter rígido y se dividía en ocho horas de trabajo, ocho horas de descanso y ocho horas dedicadas al ocio. Este modelo propio de sistemas de producción basados en ritmos constantes e iguales de trabajo, que no toman en consideración las necesidades del mercado, comienza a verse superado por los nuevos sistemas de producción, que tienden al establecimiento de un ajuste perfecto entre ritmo de producción y demanda. El cambio de modelo de producción y de organización del trabajo tiene obvias repercusiones en la ordenación del tiempo de trabajo y exige al empresario adaptar el tiempo de trabajo, la jornada y horario pactados, en función de las necesidades del mercado, lo cual no siempre beneficia al trabajador. Los posibles ajustes y variaciones en la distribución de la jornada y calendario pueden obligar al trabajador a modificar sus tiempos de vida y a condicionar la organización de su tiempo libre, lo cual conduce a una mayor disponibilidad del trabajador. Esta disponibilidad que se genera de manera indirecta por las posibles variaciones no ha sido objeto de reconocimiento

expreso por el ordenamiento jurídico y, por ello, no siempre se ve compensada.

Frente a la disponibilidad denominada indirecta, motivada por la variabilidad de las circunstancias del mercado, desde antiguo ha existido una disponibilidad expresamente pactada entre empresario y trabajador, que ha merecido mayor atención por parte del ordenamiento. Se trata propiamente de los períodos de disponibilidad en los que el trabajador se compromete durante un determinado tiempo a estar a disposición del empresario para entrar a realizar sus funciones si así fuera necesario, esta disponibilidad se puede limitar a exigir al trabajador estar localizable o puede ir acompañada de la obligación de encontrarse en un determinado lugar, el centro de trabajo, en cuyo caso se trata de una disponibilidad presencial.

A diferencia de los tiempos de disponibilidad indirecta motivados por la variabilidad de la jornada, estos tiempos de disponibilidad directa, períodos en los que se contrata propiamente el estar a disposición del empresario, no son un fenómeno novedoso en nuestra realidad productiva, sino que cuentan con una larga tradición en sectores de actividad tradicionales, como el sanitario. Igualmente, en otras ramas de actividad que experimentan un crecimiento en los últimos años, como la seguridad privada, cada vez es más habitual el reconocimiento de estos tiempos de disponibilidad.

A pesar de esta paulatina generalización de la disponibilidad como objeto de la relación laboral, casi se podría decir que, como nuevo objeto contractual, el ordenamiento no ha dado una respuesta clara al tratamiento que se debe dar a estos nuevos tiempos de disponibilidad. La disponibilidad indirecta ni siquiera ha sido reconocida como tal y el legislador se preocupa más de limitar los abusos en la variación de horarios y jornada, que en reconocer como tal la citada categoría contractual y otorgarle una cierta cobertura jurídica que, por un lado, tenga en cuenta los intereses del empresario y, por otro, garantice una mínima protección al trabajador, limitando los períodos de disponibilidad y concediendo una mínima compensación al trabajador.

En cuanto a la disponibilidad directa, esto es, los períodos en los que el trabajador debe estar al menos localizable para responder con prontitud a una eventual llamada del empresario, no ha sido objeto de una consideración diferenciada respecto

**LA DISPONIBILIDAD
DIRECTA NO SE HA
DIFERENCIADO DEL
TIEMPO DE TRABAJO
EFECTIVO O DE DESCANSO**

del tiempo de trabajo efectivo o de descanso. Se ha optado por una regulación bipolar del tiempo de trabajo que sólo diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia y no contempla el establecimiento de otras categorías intermedias, como los tiempos de presencia o de disponibilidad, bien dentro o bien fuera del lugar. Esta división un tanto simplista de los tiempos en la relación de trabajo entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, multiplica los problemas a la hora de dar respuesta a cuestiones ya de por sí complicadas como, por ejemplo, la retribución de la jornada extraordinaria, el cómputo de la jornada máxima o el respeto de los períodos mínimos de descanso.

Por un lado, considerar que todo tiempo que el trabajador permanece en el trabajo a disposición de su empresario es tiempo de trabajo efectivo, supone ignorar que hay tiempos de presencia en el lugar de trabajo durante los cuales el trabajador no ejerce propiamente sus ocupaciones habituales y puede descansar.

Por otro lado, equiparar al tiempo de descanso todos aquellos períodos en los que el trabajador permanece fuera del lugar de trabajo, aunque en situación de disponibilidad ante una eventual llamada del empresario, implica equiparar tiempo de descanso a mero reposo físico. Se olvida que el descanso no es sólo reposo físico sino también un tiempo durante el cual el trabajador desarrolla plenamente su personalidad a través del ocio o la vida familiar, etc.

En la práctica han sido la negociación colectiva y la jurisprudencia las que han ido resolviendo algunas cuestiones particulares sobre la retribución y cómputo a efectos de jornada máxima de estos tiempos de presencia. La solución consistía, generalmente, en la admisión de reglas particulares que permitían un cómputo diferenciado y una retribución especial para estos períodos de disponibilidad. Esta solución, en el fondo, escondía un tratamiento especial para los tiempos de disponibilidad dentro o fuera del trabajo.

No obstante, la situación ha cambiado con la interpretación de la definición comunitaria de tiempo de trabajo llevada a cabo por el TJCE que, como se verá a continuación, se reafirma en la bipolarización entre tiempo de trabajo efectivo y de descanso y opta por incluir las guardias de presencia en la categoría de tiempo de trabajo efectivo y las de localización en la de tiempo de descanso. La interpretación comunitaria simplifica tanto la ordenación del tiempo de trabajo que, a la postre, impide tener en cuenta la riqueza de matices que se dan en la práctica y no da respuesta a las cuestiones que las nuevas formas de organización del trabajo plantean.

Desde un punto de vista práctico, como se verá a continuación, la interpretación del TJCE ha tenido importantes repercusiones, en primer lugar, en el ámbito sanitario, directamente afectado por la sentencias y, en segundo lugar, en toda una serie de instituciones intrínsecamente relacionadas con el cómputo del tiempo de trabajo como la jornada máxima, el tiempo de descanso o la retribución de las horas extraordinarias.

II. LA DISPONIBILIDAD DEL TRABAJADOR EN LA DIRECTIVA 2003/88, DE ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

A) La consideración de los períodos de disponibilidad en la doctrina del TJCE

La Directiva comunitaria 2003/88, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo define, en su artículo 2 apartado 1, el tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en la empresa, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. En contraposición, define tiempo de descanso como “todo período que no sea tiempo de trabajo”.

En España la transposición de la Directiva se llevó a cabo con prontitud mediante la Ley 11/1994 y mediante el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (en adelante, RDJE) que, al amparo de las exclusiones y excepciones contempladas en la Directiva recoge algunas reglas especiales sobre ordenación de la jornada, para determinados sectores de actividad. No obstante, en lo referido propiamente a la definición del tiempo de trabajo no se produjo ninguna novedad, ya que se entendió que la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores se adaptaba a lo dispuesto por la Directiva.

Se ha mantenido, por tanto, la concepción de tiempo de trabajo deducible de lo dispuesto en el artículo 34.5 y 34.1.2 ET. Según el artículo 34.5 el cómputo del tiempo de trabajo se debe efectuar de modo que, “tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”, por su parte, el artículo 34.1, 2º párrafo, cuando se refiere a la duración máxima de la jornada habla de “trabajo efectivo”. Por lo tanto, cabe interpretar, y así lo han hecho tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia, que a efectos del cómputo del tiempo de trabajo se tendrán en cuenta únicamente aquellos períodos en los cuales el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo desarrollando un trabajo efectivo¹.

De tal manera que reiteradamente, sobre todo en el ámbito sanitario, la jurisprudencia ha considerado que los períodos de disponibilidad en el centro de trabajo o fuera de él no son tiempo de trabajo y, por tanto, no se tienen en cuenta a efectos de la duración máxima del tiempo de trabajo². Especialmente abundante ha sido esta jurisprudencia en el tema

(1) Sobre el concepto de tiempo de trabajo efectivo y su interpretación jurisprudencial, vid.: GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “La jornada” en AA.VV. (dir.: GARCÍA NINET, J.I.): *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, págs. 305 y ss.; MARTÍNEZ MOYA, J.: “El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 38, págs. 67 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, MONREAL BRINGSVAERD, E.: “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 58, págs. 63 y ss.

(2) Así, por ejemplo, la STS de 14 de marzo de 1985 (RJ 1985/1339) considera las guardias presenciales como jornadas especiales. Aplican esta jurisprudencia la STS de 16 de junio de 1985 (RJ 1985/5404) y más recientemente la STSJ de Canarias de 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/6544). Por su parte, la STS de 27 de mayo de 1982 (RJ 1982/3263) excluye las guardias de la consideración como extraordinarias y del cómputo máximo de la jornada. Fuera del ámbito sanitario, la STS de 5 de junio (RJ 1982/3924) considera que no son tiempo de trabajo los tiempos de espera en situación de retén de los bomberos. Entre la doctrina judicial, la STSJ de Murcia de 12 de febrero de 1998 (AS 1998/5268) considera como horas

de las guardias médicas, las cuales, tanto en su modalidad presencial o localizada, se han excluido tradicionalmente de su consideración como tiempo de trabajo.

Esta situación se ha mantenido así hasta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo que hacer frente en dos sentencias fundamentales³ a dos cuestiones sobre el alcance de la definición de tiempo de trabajo contenida en la Directiva.

En la Sentencia conocida como SIMAP el Tribunal comunitario debe responder a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la que cuestionaba si las guardias de presencia física en el centro de trabajo debían considerarse como tiempo de trabajo efectivo o, por el contrario, sólo debían considerarse tiempo de trabajo efectivo los períodos en que los médicos eran efectivamente llamados para ejercer su actividad. Asimismo, preguntaba el Tribunal español, si las guardias con presencia física en el centro de trabajo debían considerarse jornada ordinaria o jornada especial, tal y como hace la legislación española, en virtud de la cual, estos períodos de atención se retribuyen globalmente y no son tomados en consideración para el cálculo de la jornada máxima semanal.

La resolución de ambas cuestiones exigía al TJCE profundizar en la interpretación de la definición de tiempo de trabajo efectivo recogida en la Directiva. En concreto, se planteó la duda de si para considerar un tiempo de trabajo como tiempo de trabajo efectivo a los efectos de la Directiva debían concurrir los tres requisitos recogidos en la definición, es decir, si sólo se consideraba tiempo de trabajo el tiempo que el trabajador está a disposición del empresario, en el lugar de trabajo y en el ejercicio de sus funciones.

Si se entendía, como proponía la Comisión, que la consideración de un tiempo de trabajo como trabajo efectivo exigía la concurrencia de los tres requisitos, entonces el tiempo de guardias en el centro de trabajo no podía ser entendido como tiempo de trabajo efectivo, puesto que durante estas guardias el trabajador está a la disposición del empresario pero no propiamente en el ejercicio de sus funciones ya que había espacios de tiempo en

de presencia y no como trabajo efectivo los tiempos durante los cuales dos vigilantes de una residencia universitaria debían permanecer disponibles en ella por si surgía algún imprevisto. Entendió el Tribunal que durante ese tiempo los vigilantes gozaban de plena libertad ya que podían descansar en una habitación o en la sala de televisión que la empresa ponía a su disposición. Igualmente, la STSJ de Andalucía de 7 de marzo de 1995 (AS 1995/1177) calificó como horas de presencia y no de trabajo efectivo las horas en las que los bomberos debían estar de guardia en el lugar de trabajo.

(3) Se trata de las Sentencias SIMAP, de 3 de octubre de 2000 (asunto C-303/98) y Jaeger, de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02) que han sido objeto de gran cantidad de comentarios: CIENFUEGOS MATEO, M. y ARMENGOL FERREER, F.: "Principios fundamentales del derecho comunitario y ordenación del tiempo de trabajo de los profesionales sanitarios (A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 7 de octubre de 2003 (AS 2003, 2994))", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, 2004, págs 719 y ss.; FONTINOPOULOU BASURKO, O.: "Derecho social comunitario y jornada del personal sanitario. La revisión de la Directiva 93/104/CE sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 16, 2004; MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: "Tiempo de trabajo y periodo de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, págs. 121 y ss.; MERCADER UGUINA, J.: "Las dos caras de Jano: la delicada transposición de la Directiva 93/104, de 26 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo al personal médico del sistema sanitario (nota a la Sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000)", *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, 2002, págs. 159 y ss.; MONREAL BRINGSVAERD, E.: "El cómputo del tiempo de trabajo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005, pág. 481.

los que no debía atender a ningún paciente. Por el contrario, si se entendía, como proponía el Abogado General, que no era necesario que se dieran conjuntamente los tres requisitos para entender un tiempo de trabajo como tiempo de trabajo efectivo, había que concluir que estos períodos de guardias eran tiempo de trabajo efectivo, debido a que durante ellos el trabajador estaba en el centro de trabajo a la disposición del empresario.

Dada la riqueza y profundidad de las conclusiones del Abogado General cabía esperar que el TJCE delimitara el alcance de la definición comunitaria de tiempo de trabajo y resolviera las dudas que planteaban los tiempos grises a caballo entre el trabajo efectivo y el descanso, sin embargo, finalmente no fue así.

En lo referido a las guardias médicas con presencia física en el lugar de trabajo el Tribunal considera que tales períodos de atención continuada deben ser considerados tiempo de trabajo efectivo. No plantea dudas para el Tribunal, tampoco para la Comisión y para el Abogado General, la concurrencia en estos casos de los dos primeros requisitos exigidos por la Directiva, estar en el centro de trabajo y a disposición del empresario.

Más difícil resulta acreditar la concurrencia del tercero de los requisitos, el de estar en el ejercicio efectivo de las funciones y determinar si efectivamente es necesaria la presencia de este requisito para entender que se está ante un tiempo de trabajo efectivo. Y es en este punto donde la solución del Tribunal deja un cierto sabor agri dulce, ya que no aclara si los tres requisitos de la definición del tiempo de trabajo efectivo tienen carácter acumulativo o no, sino que simplemente se limita a señalar que la obligación de los médicos de estar presentes en el lugar de trabajo para atender posibles urgencias puede equipararse a estar en el ejercicio efectivo de sus funciones. Es decir, considera que la disponibilidad de los médicos en el lugar de trabajo es un aspecto más de sus funciones habituales y, por tanto, equivale a estar en el ejercicio efectivo de éstas. Literalmente señala: “la obligación impuesta a los médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones”.

Por el contrario, siguiendo las conclusiones del Abogado General, entiende el Tribunal que el tiempo de atención continuada en régimen de localización y no de presencia en el centro de

**LA JURISPRUDENCIA
NO ACLARA SI LOS
REQUISITOS DE LA
DEFINICIÓN DEL TIEMPO
DE TRABAJO TIENEN
CARÁCTER ACUMULATIVO
O NO**

trabajo, no puede ser considerado tiempo de trabajo efectivo. Señala al respecto que durante estos tiempos “si bien están a disposición de su empresario, puesto que deben estar localizables, los médicos pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales”. No obstante, el Tribunal no aclara si estos tiempos han de computarse como tiempo de descanso o si, por el contrario, tal y como sugería el Abogado General, han de excluirse de tal cómputo con el fin de que los trabajadores disfruten de un período de descanso total no condicionado por la eventual llamada del empresario.

La segunda de las sentencias en las que el TJCE tuvo nuevamente ocasión de aclarar la definición comunitaria de tiempo de trabajo efectivo, es la sentencia Jaeger. En esta sentencia se planteó al Tribunal si los tiempos de guardia con presencia física en el centro de trabajo, aun cuando se permita al trabajador descansar y se habilite para ello un lugar adecuado, deben ser considerados como tiempo de trabajo efectivo. El Tribunal vuelve a esgrimir el razonamiento sentado en la Sentencia SIMAP y señala que la obligación de estar disponible debe equipararse a estar en el ejercicio de sus funciones, aunque se permita al trabajador descansar durante ese tiempo⁴.

Además en esta sentencia, el TJCE recordó que el concepto de tiempo de trabajo y tiempo de descanso es un concepto comunitario no susceptible de adecuación en función de las prácticas y de la legislación nacionales.

Dos son las principales conclusiones que se pueden extraer de la jurisprudencia sentada por el TJCE.

En primer lugar, que, como consecuencia de la interpretación un tanto laxa de lo que es estar en el ejercicio de sus funciones, ha de considerarse tiempo de trabajo efectivo los períodos en los cuales el trabajador permanece en la empresa a disposición del empresario.

En segundo lugar, que ni el legislador ni el Tribunal comunitarios han admitido una categoría intermedia de tiempo que se podría denominar de disposición, a caballo entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de trabajo de descanso y, en coherencia con ello, los períodos en los que el trabajador permanece a disposición del empresario pero fuera del lugar de trabajo no pueden ser considerados como tiempo de trabajo efectivo y son, por tanto, tiempo de descanso.

Rige una concepción binaria del tiempo de trabajo, en virtud de la cual, sólo cabe distinguir entre el trabajo efectivo que se realiza en el lugar de trabajo y supone estar a disposición del empresario y el tiempo de descanso que se define, por exclusión, como el tiempo en el que el trabajador no se encuentra en el lugar de trabajo a disposición del empresario.

(4) Esta jurisprudencia fue confirmada posteriormente en la Sentencia de 5 de octubre de 2004 (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01) recaída en el caso Pfeiffer, y en la Sentencia de 1 de diciembre de 2005 (asunto C-14/04) que resuelve el caso Dellas en la que el Tribunal, aunque sin profundizar otra vez en la cuestión, reiteró que los servicios de atención continuada en régimen de presencia física en el lugar determinado por el empresario constituyen tiempo de trabajo efectivo.

Este tratamiento del tiempo de trabajo denota una cierta simplicidad, tanto del legislador comunitario como del TJCE, que desconocen las situaciones, frecuentes en la práctica, en las que el trabajador, aun estando fuera del lugar de su trabajo (incluso en su domicilio), se encuentra a disposición del empresario, lo cual supone lógicamente que no tiene una disponibilidad plena de su tiempo libre⁵.

Por otro lado, la consideración como tiempo de trabajo efectivo del tiempo en que el trabajador está en la empresa a disposición del empresario ha traído consigo importantes consecuencias de orden económico debido a la dificultad para organizar los servicios de salud. Éste ha sido el aspecto que más críticas ha despertado por parte de los Estados miembros y que ha conducido a la puesta en marcha de un proceso de revisión de los postulados de la Directiva.

En el caso de España, la doctrina del TJCE trajo importantes repercusiones, ya que se tuvo que modificar el criterio anteriormente sentado por la jurisprudencia, en virtud del cual las guardias de presencia física no eran tiempo de trabajo. A partir de ahora estas guardias se computarán como tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos.

Así lo vienen aplicando los tribunales españoles en el ámbito sanitario⁶. Adviértase, además, que la interpretación del TJCE no sólo es válida para resolver el supuesto de las guardias médicas, sino que también es extrapolable a otras situaciones en las que los trabajadores permanecen en la empresa a disposición del empresario. Así, por ejemplo, se ha considerado, en aplicación de la doctrina del TJCE, que el tiempo durante el cual el vigilante de una explotación agraria está durmiendo en el lugar de trabajo y vigilando esporádicamente la temperatura ha de considerarse tiempo de trabajo efectivo (STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2004, AS 2004/1644).

B) Margen para el excepcional reconocimiento de los tiempos de presencia en la normativa comunitaria

La Directiva 2003/88 sobre ordenación del tiempo de trabajo es una Directiva de base y tiene un carácter general, por ello, tal y como aclara en su artículo 1, sus disposiciones se aplicarán a todos los sectores de actividad públicos y privados. No obstante, el propio artículo 1 admite una serie de excepciones que se precisan en los artículos 14, 15, 17 y 18 de la Directiva⁷. Visto que la Directiva no reconoce el tiempo de disponibilidad como

(5) Advierte sobre las restricciones al descanso que entrañan las guardias de localización, MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: "Tiempo de trabajo y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, págs. 136 y ss.; RABANAL CARBAJO, P.: "Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2006, págs. 1915 y ss. y págs. 1924 y ss., llama la atención sobre la bipolarización entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso resultante de la doctrina comunitaria y prefiere hablar de tiempo de trabajo y de no trabajo. Vid. también, del mismo autor: "La Directiva 93/104, sobre ordenación del tiempo de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 23, 2000, págs. 412 y 413.

(6) Vid.: SSTs de 4 de julio de 2006, JUR 2006/197666; de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006/4787); de 24 de marzo de 2006 (RJ 2006/4839); de 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5945); de 1 de abril de 2002 (RJ 2002/1420); de 4 de octubre de 2002 (RJ 2002/1420), y de 31 de octubre de 2001 (RJ 2002/833).

(7) Un análisis de estas excepciones en: RODRÍGUEZ CRESPO, M^aJ.: "La función codificadora de la nueva Directiva en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Comentario sobre la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 5, 2004, págs. 8 y ss.

categoría diferente de tiempo de trabajo, es necesario analizar, si, al amparo de alguna de estas excepciones, es posible la diferenciación de esa categoría de tiempo de trabajo.

Con carácter general, el artículo 14 concede prioridad sobre la Directiva general a las directivas específicas que para concretos sectores de actividad se puedan aprobar y el artículo 15 permite que se mantengan las disposiciones legales o convencionales más favorables en la materia.

El apartado primero del artículo 17 permite a los Estados miembros establecer excepciones al régimen general sobre descanso, duración de la jornada máxima y duración del trabajo nocturno en determinadas actividades que no tengan una duración medida. Las excepciones las pueden realizar únicamente los Estados miembros. El apartado segundo permite establecer excepciones en materia de descanso, no así en lo relativo a la duración máxima de la jornada, para determinadas actividades como las de guardia y vigilancia o las que se caracterizan por la necesidad de garantizar el servicio. En este caso se permite también a los convenios colectivos el establecimiento de excepciones⁸.

El artículo 18 permite, en general, sin concretarlo para determinadas actividades, que mediante convenios colectivos se establezcan excepciones en el régimen general de descansos, trabajo nocturno y en los períodos generales de referencia.

El artículo 20 de la Directiva aclara que lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5 y 8 en materia de descanso diario, pausas intrajornada, descanso semanal y trabajo nocturno, no se aplicará a los trabajadores móviles ni tampoco a los trabajadores off-shore, no obstante, señala que los Estados miembros deberán adoptar medidas para garantizar un descanso adecuado de estos trabajadores. Lo mismo establece el artículo 21 para los trabajadores que presten su actividad en buques de pesca marítima. En ambos casos existen directivas específicas que recogen un régimen diferenciado de tiempo de trabajo.

A la luz de este elenco de excepciones, se puede concluir que sólo es posible el establecimiento del tiempo de presencia, como categoría diferente dentro de la ordenación del tiempo de trabajo, si existe una normativa comunitaria específica que así lo recoja. Tal y como se ha visto, la Directiva general sobre tiempo de trabajo no reconoce un régimen específico al tiempo de presencia y, aunque los artículos 15, 17, 18, 20 y 21 autorizan la existencia de ordenaciones diferentes del tiempo de trabajo para determinados sectores de actividad, estas excepciones se limitan al establecimiento de regímenes diferentes en materia de descanso diario o semanal, pausas, etc. Con base en estos artículos, no es posible, por tanto, introducir una nueva categoría de tiempo de trabajo como la de tiempo de presencia⁹.

(8) Sobre el alcance de estas excepciones y la imposibilidad de que por vía convencional se modifique la jornada máxima de los médicos, *vid.* STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2001 (AS 2001/4134).

(9) MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, CES, Madrid, 2005, pág. 126, defiende la necesidad de que el legislador habilite a la negociación colectiva para reconocer la categoría de horas de presencia en otros sectores diferentes del de transporte. Del mismo autor, *vid.* también: "El cómputo del tiempo de trabajo", *op. cit.*, pág. 481.

En consecuencia, puesto que la Directiva comunitaria no reconoce con carácter general tal categoría de tiempo de trabajo, sólo es posible el reconocimiento del tiempo de presencia, como categoría específica, para aquellas actividades excluidas de su ámbito de actuación o que cuenten con una regulación específica que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14, tenga prioridad sobre la Directiva general. Es lo que ha ocurrido en el sector del transporte.

Las peculiaridades del trabajo en el sector del transporte han justificado tradicionalmente que en este ámbito se mantuvieran regulaciones específicas en materia de tiempo de trabajo. Por ello, la Directiva general sobre ordenación del tiempo de trabajo, en su versión del año 1993, excluyó de su campo de aplicación a los sectores de transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril y marítimo. Posteriormente, se matizó esta excepción y, en virtud de la Directiva 2000/34, de 22 de junio, sólo se excluyeron de su ámbito de aplicación los trabajadores del mar, para los que se previó un régimen específico en la Directiva 1999/63/CE, de 2 de julio, que contiene el Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar; respecto de los trabajadores del transporte la Directiva 2000/34 no los excluyó de manera generalizada, sino que se limitó a exceptuar el régimen de jornada máxima y descansos para los trabajadores móviles, aunque se reconocía la necesidad de aprobar una legislación complementaria. En el año 2002 se aprobó la directiva específica sobre ordenación de la jornada en el ámbito del transporte terrestre (Directiva 2002/15, de 11 de marzo, sobre ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera); con anterioridad, en el año 2000, se había aprobado la Directiva 2000/79, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil.

Estas Directivas reconocen como categoría específica, diferente del tiempo de trabajo efectivo y de descanso, el tiempo de presencia o de espera. En el ámbito interno el Real Decreto 1561/1995, de jornadas especiales, ha recogido estas regulaciones específicas para el ámbito del transporte y ha regulado la categoría de tiempo de presencia en los términos que se verá posteriormente¹⁰.

**EN EL SECTOR DEL
TRANSPORTE EXISTEN
REGULACIONES
ESPECÍFICAS DEL TIEMPO
DE TRABAJO Y DEL TIEMPO
DE PRESENCIA**

(10) En general sobre este Real Decreto pueden consultarse: GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1998; MARTÍN VALVERDE, A.: "El Reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995 (propósito, contenido general, novedades)", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995, págs. 398 y ss.; MORÓN PRIETO, R.: "Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1996, págs. 1001 y ss.

Pues bien, fuera de estas actividades relacionadas con el sector del transporte y que cuentan con una regulación comunitaria propia, no es posible el reconocimiento del tiempo de presencia. Ello es así porque el resto de sectores de actividad se rigen por la Directiva general sobre ordenación del tiempo de trabajo, que, según se ha visto, sólo diferencia entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Así lo han entendido los tribunales españoles. En el supuesto resuelto por la STS de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001/7931), la Administración pretendía dejar de aplicar el Convenio Colectivo Único para el personal laboral a los conductores en materia de jornada y horas extraordinarias y diferenciar entre tiempo de trabajo y tiempo de presencia. La sentencia reconoce que cabría distinguir para el personal afectado entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia, tal y como hace el Real Decreto de Jornadas Especiales, pero concluye que, en la medida en que no existe un reglamento que, en desarrollo del artículo 34.7 ET, expresamente permita la aplicación de esas categorías al personal laboral del conflicto, la Administración no puede adoptar por sí sola medidas para dejar de aplicar el Convenio.

En esta misma línea, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008/5991), considera que en la relación laboral especial de los abogados no cabe diferenciar entre tiempo de trabajo efectivo y tiempos de espera y desplazamiento y entiende que estos tiempos de espera son también trabajo efectivo. En este caso se cuestionaba la legalidad del artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, en virtud del cual, «no se computará a efectos de duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de la compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de la profesión»¹¹. El Tribunal anuló el citado párrafo al entender que contradecía la Directiva comunitaria y que dichos tiempos habían de ser considerados como tiempo de trabajo efectivo.

Queda claro, por tanto, que esta suerte de *tertium genus* dentro de la categoría de tiempo de trabajo que es el tiempo de presencia, se reserva para los sectores de transporte y trabajo en el mar y no puede extenderse a otros sectores para los que no ha sido previsto.

C) La propuesta de modificación de la Directiva y el reconocimiento de los períodos de atención continuada

Esta bipolarización entre tiempo de trabajo efectivo y de presencia y el nulo reconocimiento a los tiempos de disponibilidad fueron matizados en la propuesta de modificación de la Directiva 2003/88 contenida en el documento COM (2004) 607 final, de 22 de septiembre de 2004¹². Este documento nació, en parte, como respuesta a las inquietudes que entre los Estados miembros había generado la jurisprudencia sobre el concepto

(11) MONREAL BRINGSVAERD, E.: “El cómputo del tiempo de trabajo. A propósito de la STS (3ª) de 16 de diciembre de 2008 sobre la duración de la jornada de los abogados”, *Diario La Ley*, núm. 7149, 2009 págs. 6 y ss.

(12) Vid., sobre el proceso de modificación de la Directiva, FERRADANS CARAMÉS, C.: “La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 86, 2006, págs. 97 y ss.

de tiempo de trabajo efectivo, la Comisión inició un proceso de revisión de la Directiva que fructificó en la citada propuesta de modificación. Con esta propuesta, entre otras cuestiones, se pretendía mitigar las consecuencias económicas que la jurisprudencia de las sentencias SIMAP y Jaeger podía generar. Para ello, la Comisión apostaba por la introducción de dos nuevas definiciones, la de tiempo de atención continuada y la de período inactivo del tiempo de atención continuada. Así, al artículo 2 de la Directiva se le añadían el punto 1 bis, según el cual, tiempo de atención continuada es «todo período durante el cual el trabajador debe estar disponible en su lugar de trabajo a fin de intervenir, a petición del empresario, para ejercer su actividad o sus funciones»; y el punto 1 ter, que definía período inactivo del tiempo de atención continuada como «todo período durante el cual el trabajador está disponible con arreglo al punto 1 bis, pero no es requerido por el empresario para ejercer su actividad o sus funciones». Este período inactivo del tiempo de atención continuada, según el artículo 2 bis de la propuesta de la Comisión, no se considera tiempo de trabajo efectivo salvo que las legislaciones o convenios colectivos nacionales así lo dispusieran. En consecuencia, con esta propuesta inicial de la Comisión, los períodos inactivos del tiempo de atención continuada, en cuanto no se consideran tiempo de trabajo efectivo, no se tendrían en cuenta a efectos de fijar la jornada máxima pero sí a efectos del cómputo del tiempo de descanso.

En su informe de 25 de abril de 2005 sobre esta propuesta, el Parlamento abogaba por considerar tiempo de trabajo efectivo todo el tiempo de atención continuada, aunque proponía que, de acuerdo con lo que pudieran establecer los convenios colectivos, se permitiera que estos períodos se computasen de manera específica a efectos de la duración máxima semanal de la jornada. El Parlamento se reafirmó en esta postura en el segundo informe a la propuesta de la Comisión emitido el 17 de diciembre de 2008.

En un principio, la Comisión¹³ no aceptó la consideración del período inactivo del tiempo de atención continuada como tiempo de trabajo efectivo, pero finalmente, en su último dictamen de 2 de febrero de 2009, ha admitido que los períodos inactivos de las guardias se consideren tiempo de trabajo, siempre que se computen de forma específica de acuerdo con la experiencia del sector, de manera que una hora de guardia inactiva no computaría como una hora de trabajo efectivo.

Ni el Parlamento ni la Comisión especifican cómo se deben computar esos períodos inactivos del tiempo de guardia y prefieren remitir esta cuestión a la legislación nacional o a lo que se acuerde en los convenios colectivos. Tampoco se establece nada sobre la forma de compensar estos períodos inactivos ya que la Comunidad no tiene competencias en materia retributiva. Serán, en consecuencia, las legislaciones de los Estados miembros las que, en su caso, deben prever el régimen retributivo de dichos períodos de disponibilidad.

Queda sin contemplarse un tratamiento específico para los períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo que, por tanto, habrán de considerarse tiempo de descanso. Cabría plantearse qué ocurre entonces con regulaciones como la francesa o la italiana

(13) COM 2005 (246) final, de 31 de mayo de 2005. Esta posición ha sido mantenida en la reciente Comunicación de la Comisión de 18 de septiembre de 2008 COM (2008) 568 final.

que compensan estos períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo y que no los computan como tiempo de descanso. Parece que, con base en lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva, estas legislaciones, aun cuando no se ajustan completamente al concepto comunitario de tiempo de descanso, podrán mantenerse en la medida en que son más protectoras para con la seguridad y salud del trabajador y respetan los mínimos establecidos en la Directiva¹⁴.

En fin, con la propuesta de modificación de la Directiva se han pretendido paliar los efectos que la consideración de las guardias presenciales como tiempo de trabajo efectivo podría acarrear. En este punto la propuesta inicial de la Comisión, al no considerar este tiempo como tiempo de trabajo efectivo, suponía una importante marcha atrás respecto de la posición del TJCE, más garantista con la seguridad y salud del trabajador. Debe ser bien recibido, por ello, el acuerdo final alcanzado por la Comisión y el Parlamento al respecto. Ahora bien, aunque la Directiva se niegue a reconocer estos períodos de inactividad como una tercera categoría de tiempo, junto con la del tiempo de descanso y de trabajo efectivo, lo cierto es que *de facto* para estos períodos se ha previsto un régimen legal específico que obliga a computarlos de forma diferenciada respecto al tiempo de trabajo efectivo durante el cual el trabajador desarrolla su actividad.

La propuesta de modificación no contiene disposición alguna sobre las guardias de localización que, de acuerdo con la directiva y con la interpretación del TJCE, habrán de ser consideradas tiempo de descanso. No es ésta, desde luego, la solución que mejor se adapta al objetivo de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, ya que durante estos períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo el trabajador no es enteramente libre para organizar y planificar su tiempo. Hubiera sido deseable que, siguiendo las sugerencias del Abogado General en sus conclusiones a la Sentencia SIMAP, se hubiese diferenciado estos tiempos respecto de los tiempos de descanso.

Además de la definición del tiempo de trabajo efectivo, la propuesta de modificación pretende revisar la conocida cláusula *opt out*, que permite que se supere la jornada máxima de 48 horas semanales con el consentimiento del trabajador. Es esta cláusula la que separa radicalmente las posiciones de la Comisión y el Parlamento y la que ha impedido que, por el momento, se llegue a un acuerdo para modificar la Directiva.

III. LOS TIEMPOS DE PRESENCIA Y LOCALIZACIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EN EL REAL DECRETO DE JORNADAS ESPECIALES

El Estatuto de los Trabajadores sólo diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y de descanso y ni siquiera recoge una definición precisa de estas dos categorías. Al respecto, se

(14) BARTHÉLÉMY, J.: "Temps de travail et de repos: l'apport du droit communautaire", *Droit Social*, núm. 1, 2001, pág. 78; MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: "Tiempo de trabajo y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *op. cit.*, págs. 146 y 147.

limita a señalar en el apartado 5 del artículo 34 que “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Con carácter general, por tanto, el Estatuto de los trabajadores sólo diferencia entre el tiempo de trabajo y el que, por exclusión, no lo es. No obstante, el apartado 7 del artículo 34 permite al Gobierno que “a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas”, establezca “ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran”. Al amparo de esta habilitación el Gobierno aprobó el ya mencionado Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Este Real Decreto, en su artículo 8.3, sí regula, como categoría específica para los trabajadores del sector del transporte, el tiempo de presencia. De acuerdo con este artículo, que se ha conservado sin modificar desde la aprobación del Real Decreto en el año 1995, tiene la consideración de tiempo de presencia “aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares”. Añade, además que “en los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia”.

Estos períodos no se tienen en cuenta a efectos del cálculo de la jornada máxima de la jornada ni del cómputo de descanso. Con carácter general señala este artículo que “Los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad”.

Algunos de los tiempos que el RDJE calificó originariamente como tiempo de presencia habrían de ser considerados tiempo de trabajo efectivo de acuerdo con el concepto de tiempo de trabajo efectivo de la Directiva general, tal y como ha sido entendido por el Tribunal comunitario¹⁵. De hecho, se encuentran sentencias como la del TSJ (Baleares) de 30 de

**EL TIEMPO DE PRESENCIA
NO SE TIENE EN CUENTA
PARA CALCULAR LA
JORNADA MÁXIMA NI EL
TIEMPO DE DESCANSO**

(15) MONREAL BRINGSVAERD, E.: “El cómputo del tiempo de trabajo”, *op. cit.*, pág. 484.

enero (AS 2003/2509), que, en aplicación del citado artículo 8 RDJE, considera lícita la calificación en el convenio colectivo como tiempo de presencia del tiempo invertido en conducir el vehículo desde el centro de trabajo hasta la parada, cuando, de acuerdo con la Directiva 2002/15 y sobre la jurisprudencia comunitaria, dichos tiempos habían de calificarse como tiempo de trabajo efectivo.

La diversidad de la normativa interna, en un principio, tenía su justificación en que el Real Decreto fue aprobado en el año 1995 y la Directiva vigente en aquel momento, la originaria Directiva del año 1993, excluía, tal y como se ha visto, de su ámbito de aplicación, al sector del transporte¹⁶.

Sin embargo, con la modificación realizada por la Directiva 2000/34 y la inclusión de los sectores del transporte, salvo el del mar, en el ámbito de aplicación de la Directiva general, esta regulación del tiempo de presencia, prevista en el artículo 8 RDJE para todo el sector del transporte, no tenía base legal.

Se podría pensar que la aprobación posterior de las Directivas específicas para el transporte marítimo, aéreo, terrestre y ferroviario daban cobertura a la definición de tiempo de presencia recogida en este artículo 8 RDJE. Sin embargo, la definición del tiempo de presencia del artículo 8 tampoco se ajusta a lo previsto en estas Directivas.

Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 3.b) de la Directiva 2002/15, de 11 de marzo, reguladora del tiempo de trabajo en el sector del transporte, se considera tiempos de trabajo efectivo “el tiempo dedicado a todas las actividades de transporte por carretera. Estas actividades incluyen, en particular: i) la conducción, ii) la carga y la descarga, iii) la asistencia a los pasajeros en la subida y bajada del vehículo, iv) la limpieza y el mantenimiento técnico, v) todas las demás tareas cuyo objeto sea garantizar la seguridad del vehículo, de la carga y de los pasajeros o cumplir las obligaciones legales o reglamentarias directamente vinculadas a una operación de transporte específica que se esté llevando a cabo, incluidos el control de la carga y descarga, los trámites administrativos de policía, aduanas, funcionarios de inmigración, etc.; –los períodos durante los cuales el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en su lugar de trabajo, dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando determinadas tareas relacionadas con el servicio, en particular, los períodos de espera de carga y descarga, cuando no se conoce de antemano su duración previsible, es decir, o bien antes de la partida o antes del inicio efectivo del período de que se trate, o bien en las condiciones generales negociadas entre los interlocutores sociales o definidas”.

Se trata de una definición más amplia del tiempo de trabajo efectivo que la que se deduce de lo dispuesto en el artículo 8 del RDJE, que considera tiempo de presencia y

(16) GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, op. cit., págs. 30 y ss.

no tiempo de trabajo efectivo, los períodos de espera, servicios de guardia, viajes sin servicio¹⁷.

Conviene, no obstante, tener en cuenta, que esta regulación genérica, recogida en el artículo 8 RDJE, del tiempo de presencia se concreta en los artículos siguientes del RDJE para cada subsector del transporte. Así, por ejemplo, el artículo 10 para el sector del transporte por carretera señala: “Serán de aplicación en el transporte por carretera las disposiciones comunes contenidas en el artículo 8 de este Real Decreto, con las particularidades que se contemplan en este artículo y en los siguientes”. Posteriormente, aclara que se consideran tiempo de trabajo efectivo: “los períodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible”. Asimismo, señala que tienen la consideración de tiempo de presencia: “Los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren. Los períodos de espera en fronteras o los causados por las prohibiciones de circular. (...) Los períodos de tiempo en los que un trabajador móvil que conduce en equipo permanezca sentado o acostado en una litera durante la circulación en el vehículo”.

Estas definiciones sí se ajustan a las Directivas Específicas de cada sector del transporte, puesto que la transposición de estas Directivas específicas se ha realizado a través de modificaciones *ad hoc* del RDJE¹⁸, que no han alterado un ápice el tenor literal del genérico artículo 8, pero sí han revisado, de acuerdo con la normativa comunitaria, los artículos que ordenan el tiempo de trabajo para cada subsector dentro del transporte¹⁹.

Quizá, por ello, en la práctica, convenga pasar por alto lo dispuesto con carácter general en el artículo 8 y atender a la definición específica sobre tiempo de trabajo recogida para cada sector. Estos artículos sí que han sufrido modificaciones como consecuencia de la transposición de las Directivas específicas reguladoras del tiempo de trabajo en el mar, en la aviación y en el transporte terrestre y se adaptan, en consecuencia, a las definiciones comunitarias.

(17) Así lo advertía: CABEZA PEREIRO, J.: “¿Para cuándo la transposición de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo en los transportes por carretera?”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2004.

(18) Real Decreto 902/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera; Real Decreto 294/2004, de 20 febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo en la aviación civil; Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al Trabajo en la Mar. Recientemente, introduce una Disposición Adicional específica para los trabajadores móviles del sector del transporte ferroviario, el Real Decreto 1579/2008, de 26 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y se regulan determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector del transporte ferroviario.

(19) Sobre estas últimas reformas, vid.: GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: “Algunas cuestiones de actualidad relativas al Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (RDJE)”, AA.VV. (coord.: APARICIO TOVAR, J. y LÓPEZ GANDÍA, J.): *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 182 y ss.

IV. RETRIBUCIÓN DE LOS TIEMPOS DE DISPONIBILIDAD

A) Tiempos de presencia en el lugar de trabajo: matizaciones en relación con la retribución de las horas extraordinarias

Tal y como se ha visto, el Estatuto de los Trabajadores no contempla como tal la categoría de tiempo de presencia y, en consecuencia, no contiene ninguna norma sobre su retribución. Sólo el RDJE, que diferencia para el sector del transporte entre horas de presencia y de trabajo efectivo, contempla reglas especiales sobre su retribución. Para el resto de sectores ajenos al ámbito del transporte, ha sido la negociación colectiva la que ha establecido normas específicas en lo relativo a las horas de presencia. En general, los convenios colectivos suelen retribuir la hora de presencia por debajo del valor de la hora ordinaria y no compensan estas horas de presencia como extraordinarias, aunque se rebase la jornada máxima. Los Tribunales, por su parte, no han tenido problemas en admitir estas especialidades en la retribución de las horas de presencia o de disponibilidad en el centro de trabajo²⁰.

No obstante, a partir de la STJCE SIMAP las guardias de presencia física de los médicos se equiparan a todos los efectos al tiempo de trabajo efectivo, lo cual significa que estas horas de presencia computan a efectos de jornada máxima y cuando rebasen la jornada ordinaria habrán de considerarse como horas extraordinarias y ser retribuidas como tales, es decir, como mínimo, por el valor de la hora ordinaria. Surge, en consecuencia, la duda de si pueden mantenerse las disposiciones de los convenios que retribuyen de manera diferente las horas de presencia y no las tienen en cuenta como extraordinarias.

No plantea problemas de legalidad, la regulación convencional que retribuye la hora de presencia ordinaria por debajo del resto de horas de trabajo efectivo. Al respecto, el Estatuto de los Trabajadores no prevé ninguna regla específica más allá del respeto del salario mínimo. Mayores problemas surgen en torno a la retribución de las horas de presencia cuando superasen la jornada máxima, ya que en este punto el artículo 35 ET exige que la hora extraordinaria se retribuya como mínimo en la misma cuantía que la hora ordinaria.

La retribución de las horas extraordinarias ha sido siempre una cuestión polémica que ha suscitado una gran conflictividad y jurisprudencia contradictoria.

Si se repasa la evolución legislativa en la materia, se recordará que el originario artículo 35 ET exigía que las horas extraordinarias se retribuyeran con un incremento del 75% sobre el valor de la hora ordinaria. El rigor de la formulación legal llevó a los tribunales a entender que esta disposición no era un mínimo imperativo indisponible para la negociación colectiva y que, en consecuencia, era posible que el convenio colectivo previese

(20) Con anterioridad el Tribunal Supremo había confirmado la legalidad de la regulación que excluía las horas de presencia de la retribución como horas extraordinarias. SSTs de 10 de julio de 1995 (RJ 1995/5487); de 6 de febrero de 1996 (RJ 1996/855); RJ 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8613). Vid. sobre esta cuestión PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: La aplicación de la Directiva 93/104 CEE al personal estatutario de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 39; CISCART BEÁ, N. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R.: "Las guardias del personal facultativo estatutario de las instituciones hospitalarias. Cuestiones de interés y criterios jurisprudenciales", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2001, págs. 300 y ss.

un valor de la hora extraordinaria en cuantía inferior a la que resultaría de una aplicación rigurosa del artículo 35 ET²¹.

Esta situación cambió con la reforma del año 1994, que se limitó a exigir para la hora extraordinaria una retribución como mínimo igual a la de la hora ordinaria. Este cambio legislativo reabrió el debate sobre el carácter de derecho necesario absoluto del artículo 35 ET en lo referido a la retribución de las horas extraordinarias.

Los tribunales inferiores mantuvieron posturas contradictorias que finalmente fueron unificadas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1059)²². El Tribunal zanjó la cuestión señalando que “Actualmente, no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el artículo 35.1 del ET en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria ‘en ningún caso’ podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo”. En coherencia con esta interpretación, el Tribunal consideró ilegal la cláusula impugnada del Convenio Colectivo de la Compañía de Transportes Mediterránea que establecía una retribución de la hora extraordinaria por debajo de la ordinaria²³.

Era de esperar que la aplicación de esta nueva jurisprudencia condujera a la impugnación de convenios colectivos que habían establecido una retribución de la hora extraordinaria por debajo de la hora ordinaria. En particular, en el ámbito de la seguridad privada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo suscitó un aluvión de reclamaciones que paulatinamente se va resolviendo en perjuicio de las empresas de seguridad²⁴.

**LA NUEVA DOCTRINA
SOBRE RETRIBUCIÓN DE
HORAS EXTRAORDINARIAS
NO SE HA APLICADO DE
FORMA GENERAL**

(21) SSTs de 23 de enero de 1991 (RJ 1991/171); de 15 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5789); de 20 de julio de 1989 (RJ 1989/903); de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995/1259).

(22) Comentada por FALGUERA BARÓ, M. A.: “Interpretación del Convenio colectivo de la “Compañía Transmediterránea, S.A.”: el precio de la hora extraordinaria no puede ser inferior al de la ordinaria. Comentario a las SSTs UD de 28 de noviembre de 2004 y 12 de enero de 2005. Cambio de criterio doctrinal”, *Iuslabor*, núm. 2, 2005.

(23) Esta jurisprudencia fue corroborada por las Sentencias posteriores del mismo Tribunal, resolviendo también recursos impugnando el Convenio Colectivo de la Compañía Transmediterránea, de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004/2408), de 21 y 22 de diciembre de 2004 (RJ 2004/2408 y RJ 2004/1563) y de 12 de enero de 2005 (RJ 2005/1500).

(24) Vid. resolviendo casos en relación con la seguridad privada: STSJ del País Vasco de 23 de enero (AS 2007/1725) que considera que el plus de puesto y de productividad retribuyen únicamente la jornada ordinaria pero no la extraordinaria; en la misma línea la STSJ del País Vasco de 2 de mayo de 2007 (AS 2007/3097) entendió que el plus de puesto de trabajo de 1.800 euros que recibe un escolta no retribuye las horas extraordinarias; también la STSJ de Cantabria de 7 de febrero (JUR 2007/291043) señaló que el importe de la hora extraordinaria no puede ser inferior al de la hora ordinaria. En sentido

El convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para los años 2005 a 2008 fijaba un valor para la hora extraordinaria, entendiendo por tal la que superase la jornada máxima convencional, inferior al de la ordinaria. Este convenio fue impugnado por los sindicatos no firmantes. La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 6 de febrero (AS 2006/1125), toma en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo y reconoce que el artículo 35.1 ET sobre retribución de la hora extraordinaria es un mínimo de derecho necesario indisponible para la negociación colectiva. En consecuencia, concluye que la hora extraordinaria habrá de retribuirse como mínimo en igual cuantía que la hora ordinaria, pero introduce un matiz de importante calado al admitir que el Convenio Colectivo fije el valor de la hora ordinaria sólo por referencia al salario base y no incluya pluses.

Esta sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida ante el Tribunal Supremo el cual la revocó en su Sentencia de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007/3169), donde confirmó en los términos más rigurosos su doctrina inicial sobre retribución de las horas extraordinarias. En esta sentencia el Tribunal afirma que el Convenio Colectivo no es conforme con el artículo 35.1 ET pues la “hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base, sino también con los complementos salariales que integran el salario ordinario”.

Ahora bien, esta nueva doctrina sobre retribución de las horas extraordinarias no se ha aplicado con carácter general, sino que ha sido objeto de matizaciones importantes en lo referido a las horas de presencia, muy en particular en el ámbito sanitario²⁵.

En principio, la aplicación rigurosa de esta jurisprudencia al ámbito sanitario había de llevar a la conclusión de que las horas de presencia en el lugar de trabajo, en cuanto son tiempo de trabajo efectivo, habían de considerarse horas extraordinarias cuando superasen la jornada convencional y retribuirse como tales.

A la luz del cambio de criterio jurisprudencial, tanto en lo relativo a las guardias de presencia física como en lo relativo a la retribución de la jornada extraordinaria, los colectivos de médicos retomaron una antigua reivindicación y reclamaron la retribución como extraordinarias de las horas de presencia que superasen la jornada prevista en convenio.

La cuestión generó una gran cantidad de sentencias contradictorias. Finalmente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de octubre de 2003 (RJ 2003/7821) señaló que las guardias han de computarse dentro de la jornada ordinaria, pero sólo han de retribuirse como extraordinarias las que rebasen la jornada máxima legal y no la convencional. De manera que es posible que las horas de presencia localizada se retribuyan por debajo de la hora de trabajo ordinario, siempre que se trate de horas enmarcadas dentro de la jornada ordinaria legal y no tengan, en consecuencia, la consideración de extraordinarias.

contrario la STJS del País Vasco de 24 de octubre (AS 2007/870) considera que en la retribución global ya se ha tomado en cuenta la realización de horas extraordinarias.

(25) Un clarificador estudio de la evolución jurisprudencial al respecto en: DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Últimas y contradictorias respuestas judiciales sobre la flexibilización del tiempo de trabajo del personal sanitario”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2008.

Esta jurisprudencia se corroboró con ocasión de la impugnación del Convenio para la red de hospitales de Cataluña que establecía un valor de la hora de guardia por debajo de la hora ordinaria. El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 21 de febrero de 2006 (RJ 2006/2299) y (RJ 2006/4818), dictadas en unificación de doctrina, señaló que las horas de guardia son de trabajo a todos los efectos y que cuando excedan de la jornada máxima legal habrán de retribuirse como extraordinarias, es decir, como mínimo con igual cuantía que la fijada para las horas ordinarias. Admite, no obstante, que las horas de guardia que no excedan de la jornada máxima legal, aunque excedan de la jornada máxima convencional, se retribuyan a un precio inferior al de la hora ordinaria²⁶.

Esta consideración especial de las horas de presencia a efectos de su retribución como extraordinarias parece que no se ciñe únicamente al ámbito sanitario. Así, la reciente STS de 20 de febrero de 2007 (RJ 2007/3168) ha corroborado esta doctrina para el caso de los chóferes que prestan servicio para la Generalidad de Cataluña. En este caso se cuestionaba la legalidad del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña que establecía una retribución de la hora de presencia inferior a la de la hora ordinaria. El Tribunal volvió a afirmar que respecto de las ampliaciones que superan la jornada ordinaria fijada en el convenio colectivo pero no exceden la jornada máxima legal, el convenio no se encuentra vinculado por la regla del artículo 35.1 ET. Entiende, en consecuencia, que sólo las horas de presencia que excedan de la jornada máxima legal se retribuyen como extraordinarias y señala que “Por ello, el convenio puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas ordinarias y complementarias no exceda del límite de la jornada máxima legal, a partir del cual estamos ya ante horas extraordinarias, en las que la regla del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores es indisponible para la negociación colectiva, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite, que pueden retribuirse a una tasa inferior a la prevista por el propio convenio para la hora ordinaria. Esto significa que en el presente caso y, aparte de las horas extraordinarias, que ya le han sido reconocidas al actor, las horas de presencia sólo se retribuirán como ordinarias en la medida en que excedan del límite de la jornada máxima legal”.

B) Guardias de localización

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, los períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo no son tiempo de trabajo, sino de descanso. El legislador español, a diferencia del francés o del italiano, no ha previsto para estos tiempos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo una regulación específica, que mejore la de la Directiva comunitaria. Estos tiempos han de equipararse, por tanto, a todos los efectos al tiempo de descanso y no se han de tener en cuenta a efectos de cómputo de la jornada máxima, ni existen límites a su realización.

(26) Esta jurisprudencia ha sido corroborada posteriormente por el Tribunal Supremo, también en relación con el Convenio Colectivo de la red de Hospitales de Utilización Pública, en sus Sentencias de 24 de marzo de 2006 (RJ 2006/4839); de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006/8766); de 4 de julio de 2006 (JUR 2006/197666); de 10 de julio de 2006 (RJ 2006/7224); de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007/3169); de 5 de julio de 2007 (RJ 2007/5485).

Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia española²⁷. Recientemente, se corrobora esta doctrina en la STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009/1440). En este caso los pilotos de helicópteros del servicio de guardacostas de la Xunta de Galicia reclamaban que se considerase como tiempo de trabajo efectivo las guardias de localización fuera del lugar de trabajo. Durante estos tiempos de guardias los trabajadores sólo disponían de 30 minutos para responder a la llamada del empresario, trasladarse a la base, ponerse la indumentaria adecuada y sacar la nave del hangar. Entendían, por ello, que la rapidez con que debían responder a la activación de la llamada conllevaba una limitación de movimientos que justificaba la consideración de estas guardias como guardias presenciales y no de simple localización. El Tribunal, no obstante, aplicó con rigidez la doctrina comunitaria y consideró que el trabajador no está obligado a permanecer en el lugar de trabajo y que, en consecuencia, no se está ante tiempo de trabajo efectivo.

Es más, aunque durante estas guardias fuera del lugar de trabajo el trabajador debe estar disponible, como no está prestando trabajo efectivo, no puede exigir contraprestación por estos períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo. Así lo ha entendido la jurisprudencia. Muy ilustrativa resulta la STS de 3 de marzo de 1993 (RJ 1993/1700), cuando señala que para que la empresa tenga la obligación de pagar la compensación por las guardias localizadas “es de todo punto necesario que así lo disponga esa específica norma legal o el correspondiente pacto individual o colectivo, pues si no es así ha de aplicarse el criterio general de no remuneración de estas guardias de localización, que, como se ha dicho, es la regla primera que rige esta materia”. No obstante, esta misma sentencia reconoce que “el médico en estos servicios asume una especial carga obligacional (...)”. Por eso es perfectamente admisible el que se establezca, ya sea por norma legal ya por pacto, que la empresa abone una determinada remuneración por estos servicios de disponibilidad, compensando así, de alguna manera, dicha carga obligacional”.

Ha sido afortunadamente la negociación colectiva la que ha previsto diversos mecanismos para compensar el gravamen que supone para el trabajador no poder disponer libremente de su tiempo durante los períodos de disponibilidad en régimen de localización.

V. LA ORDENACIÓN DE LOS TIEMPOS DE PRESENCIA EN DETERMINADOS SECTORES

A) Sanidad

a) Consecuencias de la aplicación de la doctrina SIMAP y Jaeger

La doctrina contenida en las sentencias SIMAP y Jaeger supuso un vuelco a la regulación en materia de guardias médicas durante muchos años vigente en España y a la aplicación

(27) Vid. SSTs de 30 de junio de 1994 (RJ 1994/9713); de 10 de marzo de 1999 (RJ 1999/2125); STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003 (JUR 2003/149332).

práctica que de esta normativa venían efectuando los tribunales y los agentes sociales.

En general, tanto la normativa estatal como la autonómica preveían un tratamiento diferenciado para las guardias de presencia física y localizadas, tanto a efectos de cómputo de la jornada como de retribución²⁸.

Esta situación cambió radicalmente a raíz de las dos sentencias del TJCE. La consideración de las guardias de presencia física como tiempo de trabajo efectivo implicaba un aumento de los costos de su retribución, aunque finalmente, tal y como se ha visto, sólo respecto de aquellas horas que superasen la jornada máxima legal y tuviesen, en consecuencia, la consideración de extraordinarias. Por otro lado, la toma en consideración de las guardias de presencia a efectos de la jornada máxima obligaba a una reorganización de la gestión de los recursos humanos, que pasaba necesariamente por la contratación de más personal que cubriera los descansos mínimos obligatorios y días de libranza²⁹.

**LA DIRECTIVA ESTABLECÍA
LÍMITES DE JORNADA
POR ENCIMA DE LOS
TRADICIONALMENTE
VIGENTES EN ESPAÑA**

b) La aprobación del Estatuto Marco del Personal Sanitario de los Servicios de Salud

Las consecuencias económicas vistas llevaron a la Administración a revisar la legislación reguladora de las condiciones de trabajo del personal médico y a emprender una reforma a la baja en materia de jornada laboral, que cristalizó en la aprobación del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, mediante la Ley 55/2003, de 16 de diciembre³⁰.

Este Estatuto transponía, con carácter específico para los trabajadores de los servicios de salud, las disposiciones de la Directiva Comunitaria y se apartaba, en perjuicio del personal médico, del régimen general en materia de jornada previsto en el Estatuto de los Trabajadores. Para establecer esta regulación regresiva para los trabajadores el Estatuto se ha valido de que

(28) Vid.: Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, del Ministerio de Trabajo, por el que se aprueba el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social; Real Decreto 3110/1977, de 28 de noviembre; Orden de 9 de diciembre 1977 o Circular 7/1984, de 25 de septiembre, del Insalud.

(29) Un análisis exhaustivo de las consecuencias de la jurisprudencia del TJCE en el ámbito sanitario, de acuerdo con la legislación vigente en la fecha de la Sentencia en: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *La aplicación de la Directiva 93/104...*, op. cit. Sobre la situación legislativa y jurisprudencial en torno a la jornada de trabajo de los médicos con anterioridad a la jurisprudencia comunitaria, vid. el clarificador estudio de MARÍN ALONSO, I.: "Problemas jurisprudenciales en torno a la jornada del personal estatutario", *Temas Laborales*, núm. 43, 1997, págs. 101 y ss.

(30) SALA FRANCO, T.: *El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud* (Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, BOE de 17 de diciembre), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

la Directiva, en cuanto norma de mínimos, en algunos aspectos establecía unos límites de jornada por encima de los que tradicionalmente habían estado vigentes en España. Por ejemplo, en lo relativo a la jornada máxima, la Directiva permite que sea de hasta 48 horas semanales incluidas las horas extraordinarias y en lo referido al descanso semanal señala que será de 24 horas a las que se unirán las 11 horas de descanso diario. Sin sobrepasar estos umbrales y en plena armonía con la normativa comunitaria, el Estatuto ha aprovechado para fijar en su artículo 48.2 la jornada máxima ordinaria de los médicos, que incluye la jornada ordinaria de trabajo y la complementaria, esto es, las guardias de presencia física, en 48 horas semanales. Más aun, el artículo 49 del Estatuto permite superar el máximo de jornada semanal con un límite de 150 horas al año cuando existan razones organizativas que lo justifiquen y se tenga el consentimiento del trabajador. En este caso, el Estatuto se vale de la posibilidad reconocida en el artículo 22 de la Directiva, la polémica cláusula *op-out*, que permite superar el límite semanal de 48 horas de trabajo cuando se obtenga el consentimiento expreso del trabajador.

En lo relativo a los descansos, el artículo 52 del Estatuto reconoce el descanso mínimo de 24 horas semanales al que se suma el tiempo de descanso diario entre jornadas previsto en 12 horas. En este punto el Estatuto mejora la previsión de la Directiva y mantiene la regulación anterior pero, en contrapartida, elimina la institución de las libranzas del día siguiente de las guardias. Estas libranzas, a pesar de que durante ellas no se prestaba servicio alguno, se asimilaban a días de trabajo a todos los efectos.

Por último, en lo relativo a la retribución de las horas extraordinarias, el Estatuto recoge la interpretación jurisprudencial y aclara en su artículo 48.3 que “la jornada complementaria (los periodos de guardia) no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. (...) y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación”. Al respecto conviene recordar que aunque la jurisprudencia comunitaria considere las guardias tiempo de trabajo efectivo ello no implica que se deban retribuir como extraordinarias. Es ésta una cuestión de derecho interno en la que la Directiva no ha entrado.

B) Transporte: la controvertida retribución de las horas de presencia en el sector del transporte

Tal y como se ha mencionado anteriormente, el sector del transporte es el único para el que se prevé un régimen especial en lo relativo al tiempo de presencia, este régimen especial, fruto de la transposición de la normativa comunitaria específica, se recoge en el ya citado RDJE.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.3 RDJE “Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Salvo que se acuerde su compensación con periodos

equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias”.

Además, el apartado 3 de este mismo artículo señala que el número máximo de horas de presencia, al margen de las horas de trabajo efectivo, que el trabajador puede realizar en el período de referencia de un mes es 20.

A la luz de lo dispuesto en este artículo, cabría concluir que las horas de presencia no son tenidas en cuenta para el cálculo de las horas extraordinarias y que, en todo caso, se han de retribuir en la misma cuantía que la hora ordinaria.

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial ha introducido elementos de confusión en lo relativo a la retribución de las horas de presencia y su cómputo a efectos del cálculo de la jornada extraordinaria.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia, lo dispuesto en el artículo 8.3 RDJE sobre retribución de las horas de presencia no tiene un carácter de mínimo indisponible para la negociación colectiva. De tal manera que es posible que el convenio colectivo fije un valor de la hora de presencia por debajo de la hora ordinaria³¹. Sólo en el caso de que el convenio colectivo no fije retribución alguna para la hora de presencia, se aplica en su literalidad lo dispuesto en el artículo 8.3 y el valor de la hora de presencia se equipara al de la hora ordinaria.

Esta interpretación jurisprudencial ha sufrido en los últimos años alguna matización como consecuencia de la nueva doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con la retribución de las horas extraordinarias. Tal y como se ha visto, el Tribunal Supremo viene considerando que el artículo 35.1 ET en lo relativo a la retribución de las horas extraordinarias tiene un carácter de derecho necesario absoluto y que, en todo caso, las horas que excedan de la jornada máxima legal han de retribuirse en la misma cuantía que la hora ordinaria. En principio, esta doctrina no tendría por qué afectar a las horas de presencia, ya que tradicionalmente se ha entendido que la calificación como hora extraordinaria exige la realización de trabajo efectivo³² y, además, según lo dispuesto en el artículo 8.3 RDJE, estas horas no son tenidas en cuenta a efectos del cálculo de las horas extraordinarias. De hecho, existen pronunciamientos judiciales que, en aplicación del artículo 8.3, no han reconocido al trabajador las horas extraordinarias que reclamaba al considerar que eran horas de presencia³³.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que el artículo 8.3 RDJE supone una concreción en el ámbito de las jornadas especiales de lo dispuesto en el artículo 35.1 para

(31) SSTs de 18 de marzo de 2003 (RJ 2003/5220), de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004/4891), de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002/3783); STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2004 (AS 2004/1703); STSJ de Galicia de 4 de junio de 2004 (AS 2004/2289) y STSJ de Canarias de 29 de octubre (AS 2009/110).

(32) GARCÍA NINET, J.I.: “Las jornadas especiales de trabajo” en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., coord.): *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, pág. 367.

(33) SSTSJ de Cataluña de 1 de septiembre (AS 2006/95); de Cataluña de 3 de septiembre (AS 1997/3589); de Cataluña de 18 de febrero (JUR 2004/117878) y de Murcia de 2 de noviembre (JUR 2004/307711).

las horas extraordinarias y, en consecuencia, considera que las horas de presencia cuando superen la jornada máxima legal han de retribuirse como extraordinarias, esto es, como mínimo en igual cuantía que la hora ordinaria.

La ya mencionada STS de 20 de febrero de 2007 (RJ 2007/3168), aunque cuestiona la aplicación al caso enjuiciado del RDJE, aprovecha para señalar que el artículo 8.3 RDJE “reproduce para las horas de presencia la regla que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores contiene para la compensación o retribución de las horas extraordinarias, por lo que, pese a su deficiente redacción, hay que concluir que la misma se está refiriendo a las que podríamos calificar como horas de presencia en exceso o extraordinarias. De esta forma, se salva la legalidad de la norma que en otro caso, de entrar a establecer una regla general sobre la retribución de las horas de presencia, estaría actuando fuera de la habilitación del artículo 34.7 del Estatuto de los Trabajadores³⁴”.

La sentencia del Supremo tiene, no obstante, un voto particular formulado por dos Magistrados, que da un nuevo giro en la interpretación del artículo 8.3 RDJE y considera que es mínimo indispensable para el convenio el que la hora de presencia, con independencia de que supere la jornada máxima legal, se retribuya como la ordinaria.

En todo caso, cabe concluir que el pronunciamiento principal de la mencionada Sentencia, en lo referido a la retribución de las horas de presencia, considera que, si así lo dispone el convenio, se pueden retribuir por debajo de la hora ordinaria, siempre que no sobrepasen la jornada máxima legal. Ahora bien, las horas de presencia que se realicen por encima de la jornada máxima legal habrán de retribuirse como extraordinarias.

No parece que sea ésta la interpretación que mejor se ajusta al tenor literal del RDJE, el cual se limita a exigir que las horas de presencia se retribuyan como la hora ordinaria y, por otro lado, las excluye del cómputo de las horas extraordinarias. En consecuencia, lo más respetuoso con la letra del artículo sería entender, como hace el voto particular, que todas las horas de presencia han de retribuirse como horas ordinarias, pero no porque superen la jornada máxima legal, sino porque así lo dispone el artículo 8.3 RDJE. La realización de horas de presencia no debería producir efecto alguno en el régimen legal de las horas extraordinarias ya que, en cuanto no son horas de trabajo efectivo, no habrán de tenerse en cuenta a efectos del límite de jornada ordinaria ni extraordinaria.

No cabe duda de que en la última interpretación jurisprudencial, tal y como se ha visto anteriormente, ha tenido mucha influencia la doctrina comunitaria sobre tiempo de trabajo efectivo y la repercusión jurisprudencial que en nuestro país ha tenido la consideración de las guardias médicas de presencia física como tiempo de trabajo efectivo.

(34) Aplicando esta jurisprudencia: STSJ de Andalucía de 18 de abril de 2008.

C) Vigilantes de seguridad: las horas de ampliación de la jornada y el respeto del descanso semanal

Como se ha visto anteriormente, fue en el ámbito de la seguridad privada donde se iniciaron las reclamaciones en torno a la retribución de las horas extraordinarias. El convenio colectivo de empresas de seguridad excluía para el cálculo de la retribución de las horas extraordinarias complementos que formaban parte del salario ordinario. Como se ha visto, el TS aplicó estrictamente lo dispuesto en el artículo 35 ET y consideró que la hora extraordinaria se debe retribuir en igual cuantía que la ordinaria, lo cual incluye también los posibles complementos³⁵.

Al margen de la cuestión de la retribución, en el ámbito de la seguridad privada la necesidad de garantizar la continuidad del servicio durante todas las horas del día y la imposibilidad de fijar los tiempos precisos en que los vigilantes deben intervenir provoca problemas para garantizar el descanso. En principio, mientras el vigilante está en situación de disponibilidad fuera del lugar de trabajo, se entiende que está en situación de descanso; ahora bien, esta equiparación absoluta entre tiempo de guardia localizada y tiempo de descanso, plantea problemas cuando se activa la llamada. En este supuesto se interrumpe el descanso del trabajador, que se ve obligado a prestar su actividad laboral, y, en consecuencia, sería necesario conceder un descanso alternativo, lo cual puede generar problemas organizativos para la empresa. Los problemas se acrecientan porque el disfrute consecutivo de 12 horas de descanso es un mínimo indisponible que, en principio, no admite excepciones.

El TSJ (País Vasco) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su Sentencia de 6 de febrero de 2007 (AS 2007/1508). En este caso, el trabajador, un escolta de seguridad, estaba obligado según su contrato a estar disponible las 24 horas del día, el convenio aplicable permitía compensar económicamente el descanso semanal cuando, excepcionalmente, no se hubiese podido disfrutar. El trabajador pidió una modificación de los horarios asignados con el fin de disfrutar del descanso semanal de día y medio pero la empresa se negó a tal petición.

El artículo 44 del Convenio de empresas de seguridad dispone que “cuando excepcionalmente y por necesidades del servicio

**LAS 12 HORAS
CONSECUTIVAS DE
DESCANSO ES UN MÍNIMO
INDISPONIBLE QUE NO
ADMITE EXCEPCIONES**

(35) STS de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007/3169).

no pudiera darse el descanso compensatorio por concurrir los supuestos previstos en el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983 declarado vigente por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, se abonará dicho día con los valores mencionados en el artículo 42” (los previstos para la retribución de la hora extraordinaria).

Al respecto, la sentencia recuerda, en primer lugar, que el artículo 47 del RD 2001/1983, que permitía la contraprestación del descanso semanal se encuentra derogado por el RDJE. La sentencia apunta que esta cláusula podría tener encaje en la excepción prevista en el artículo 17.2 de Directiva comunitaria que permite que, mediante disposiciones legales o mediante convenios colectivos, se establezcan excepciones en materia de descansos para determinadas actividades, entre las que figura, la de vigilancia, pero siempre con la condición de que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio o una protección adecuada en casos excepcionales en que, por razones objetivas, resulte imposible la concesión de dichos períodos de descanso alternativo. En coherencia con lo anterior, la sentencia concluye que el trabajador tiene derecho a disfrutar del descanso semanal, no obstante, entiende que “la empresa puede llamar al trabajador por necesidades de servicio de carácter imprevisible, siempre que no sea posible utilizar los servicios de otros trabajadores”. En este caso, la sentencia considera que la empresa deberá otorgar otros días de descanso, pero, en última instancia, admite la sentencia que “en los supuestos excepcionales en que, por razones de servicio, no pudiese concederle el descanso compensatorio, la empresa no estaría obligada a retribuir las horas trabajadas en los días de descanso, dado que los complementos pactados engloban y sustituyen la remuneración de los días de descanso semanal que no se han disfrutado”. En resumen, esta sentencia admite que en los supuestos de guardia y vigilancia cuando por necesidades del servicio se active la llamada, es posible que, si el convenio colectivo así lo ha previsto y siempre que no sea factible conceder descanso equivalente, se compense económicamente por el descanso no disfrutado.

Esta interpretación judicial abriría una espita a la negociación colectiva para que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Directiva, estableciera regímenes particulares para determinados sectores de actividad, no sólo en materia de descanso semanal, sino también en el descanso diario jornadas, pausas durante la jornada y duración del trabajo nocturno.

Se olvida, sin embargo que, aunque la Directiva comunitaria haya autorizado estas excepciones al régimen general, en materia de duración de la jornada y descansos, en el ámbito interno, no se ha concedido un genérico poder a la negociación colectiva para disponer del régimen legal en materia de jornada. El Estatuto de los Trabajadores recoge en sus artículos 34 y siguientes las reglas generales sobre duración de la jornada y descansos. El artículo 34.7 prevé que el Gobierno establezca ampliaciones o limitaciones en la duración de la jornada y de los descansos para determinadas actividades pero, adviértase, que el sujeto habilitado para el establecimiento de estas excepciones es el Gobierno, no la autonomía colectiva. En cumplimiento de este mandato el Gobierno aprobó el ya mencionado Real Decreto de Jornadas Especiales. En este Real Decreto se contienen algunas remisiones al convenio colectivo para la concreción de ciertos aspectos, pero con carácter general

no ha permitido a la negociación colectiva el establecimiento de reglas particulares en materia de descansos, ni tampoco ha contemplado la posibilidad de que en el ámbito de la seguridad privada se establezca un régimen excepcional de descansos. Se ha previsto alguna regla particular para los vigilantes y guardias que tengan asignado el cuidado de una zona limitada en la que exista un lugar apropiado para que puedan descansar, pero los escoltas ni siquiera encajarían en esta categoría.

Lo cierto es, sin embargo, que los tribunales inferiores y el propio Tribunal Supremo vienen aplicando el citado artículo del Convenio de empresas de seguridad sin reparar siquiera en que se apoya en un precepto, el artículo 47 del RD 2001/1983, ya derogado. Por ejemplo, la STS de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008/1624) considera ajustado a derecho la interpretación de la Comisión Paritaria, en virtud de la cual, la retribución como extraordinarias de las horas de trabajo en períodos de descanso incluye ya la compensación económica del descanso no disfrutado. Por otro lado, los litigios suscitados en relación con dicho convenio de seguridad parece indicar que suele ser habitual que no se disfrute el descanso semanal, lo cual hace dudar de que verdaderamente la imposibilidad del disfrute del descanso encuentre justificación en necesidades extraordinarias del servicio, sino más bien en circunstancias habituales intrínsecas a la actividad de la empresa, que podrían haber sido previstas³⁶.

En cualquier caso, a la luz del Convenio Colectivo y jurisprudencia que lo aplica, sólo cabe concluir que los escoltas de seguridad privados tienen derecho al descanso de día y medio semanal y al descanso de 12 horas consecutivas entre cada jornada de trabajo. De manera que, si se activa la llamada durante el tiempo de localización, se interrumpe su descanso y será menester otorgarles un nuevo descanso alternativo, lo cual no siempre será factible puesto que ocasiones exigirá reorganizar el servicio y, por ello, se admite la compensación económica de dicho descanso semanal.

No parece que ésta sea la solución que mejor se ajusta a las necesidades propias del sector. Las particularidades de la vigilancia y protección de personas podrían justificar la previsión de reglas específicas para este tipo de actividades. Además una regulación interna que autorizara a la negociación colectiva el establecimiento de tales excepciones, sería respetuosa con el Derecho Comunitario, en la medida en que tendría encaje en la excepción prevista por el artículo 17.3 de la Directiva.

Más allá de la posibilidad de establecer estas excepciones puntuales para determinadas actividades, se plantea la conveniencia de reconocer como categoría con entidad propia la del tiempo de disponibilidad fuera del lugar de trabajo. La regulación actual que lo equipara al tiempo de descanso no satisface completamente a los trabajadores que se pueden ver obligados a soportar largos tiempos de disponibilidad sin límite alguno, ni contra-prestación, pero tampoco a los empresarios que en ocasiones se ven encorsetados por el estricto régimen de descansos.

(36) En general, admitiendo la compensación económica del descanso semanal no disfrutado en aplicación del Convenio de Vigilancia, vid. SAN de 12 de julio de 2006 (AS 2006/1900); STSJ de Cataluña, de 18 de enero de 2008 (JUR 2008/99087); STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2007 (AS 2007/644).

La oportuna adopción de un acuerdo colectivo comunitario sobre protección de datos personales de los trabajadores^(*)

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora visitante
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

LA OPORTUNA ADOPCIÓN DE UN ACUERDO COLECTIVO COMUNITARIO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES

El derecho a la autodeterminación informativa o derecho de protección de datos presenta perfiles singulares en el contexto de la relación de trabajo (o, en sentido más amplio, de empleo) que desbordan la regulación genérica contenida en la Directiva 95/46 y en la norma de transposición (LO 15/1999). Las peculiaridades del ejercicio de aquel derecho en el entorno laboral y, en concreto, la singular proyección del principio de finalidad y de la regla del consentimiento (ejes de la protección de los datos personales) legitimarían normas específicas, aún no adoptadas. Las instituciones comunitarias ya han constatado tal necesidad y la oportuna fijación de reglas y principios claros que tengan en cuenta la singular relación entre empresario y trabajador en

materia de protección de datos. No obstante, se descarta la aprobación de una nueva Directiva o la modificación de la vigente por lo que la vía podría ser una norma pactada. En este trabajo se lleva a cabo una revisión crítica del marco comunitario de protección de los datos personales de los trabajadores, se constatan sus carencias y se ensaya el posible contenido de una norma fruto del diálogo social europeo teniendo presentes referentes normativos específicos de otras instituciones [muy especialmente, del Consejo de Europa (Resolución R (89) 2 sobre protección de datos de carácter personal utilizados con fines de empleo) y de la OIT (Recomendaciones Prácticas sobre protección de los datos personales de los trabajadores, 1997)].

Abstract

THE APPROPRIATE ADOPTION OF A COMMUNITY COLLECTIVE AGREEMENT ON PROTECTION OF THE WORKERS' PERSONAL DATA

The right to the informative self-determination or right of protection of data presents singular profiles in the context of the working relation-

ship (or, in a wider sense, of employment) that overflow the generic regulation contained in the Directive 95/46 and in the conversion norm

(*) Una primera versión de este trabajo fue presentada como Comunicación bajo el título "El necesario replanteamiento del marco comunitario de protección de los datos personales de los trabajadores: la idoneidad de una norma pactada" al XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa, celebrado en Logroño los días 28 y 29 de mayo de 2009.

(LO 15/1999). The peculiarities of the exercise of that right in the labour environment and, in short, the singular projection of the principle of purpose and of the rule of the consent (axes of the protection of the personal data) would legitimate specific norms, not yet taken. The community institutions have already verified such a necessity and the opportune fixation of rules and clear principles that keep in mind the singular relationship between manager and worker as regards protection of data. Nevertheless, it is ruled out the approval of a new Directive or the modification of the current one

so the way could be a negotiated norm. In this work it is carried out a critical revision of the community mark of protection of the personal data of the workers, are verified their lacks and it is tried out the possible content of a norm result of the Social European dialogue having in mind specific normative references of other institutions (very especially, of the Council of Europe [Resolution R [89] 2 on protection of data of personal character used with employment purpose] and of the OIT [Practical Recommendations on protection of the personal data of the workers -1997-]).

Sumario

I. El derecho a la protección de datos del trabajador –Directiva 95/46/CE y norma de transposición (LOPD)–: el principio de finalidad, la regla del consentimiento y sus modulaciones. II. Normas pactadas y protección de datos personales de los trabajadores. A) Estado de la cuestión a nivel comunitario. B) Posible contenido de un acuerdo colectivo europeo sobre protección de datos personales de los trabajadores. a) Ámbito y naturaleza de las informaciones protegidas. b) Implicación de los representantes en la protección de datos personales de los trabajadores. c) Materialización laboral del principio de finalidad, de la regla (atenuada) de consentimiento y del derecho de información. d) Los derechos ARCO de trabajadores y candidatos a un empleo: acceso, rectificación y cancelación y oposición. e) Datos sensibles y relación laboral. III. Algunas conclusiones y reflexiones finales.

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL TRABAJADOR –DIRECTIVA 95/46/CE Y NORMA DE TRANSPOSICIÓN (LOPD)–: EL PRINCIPIO DE FINALIDAD, LA REGLA DEL CONSENTIMIENTO Y SUS MODULACIONES

La intimidad y la privacidad son, en nuestro tiempo, un valor y una cuestión de libertad y dignidad altamente vulnerables y expuestas a múltiples posibilidades de lesión por la irrupción de las nuevas tecnologías. Esta realidad precisa de mecanismos reforzados de protección complementarios o instrumentales del derecho a la intimidad como el derecho a la libertad informática que completa la facultad de defensa del derecho a la inti-

midad con una facultad o poder de control sobre esa esfera¹. El derecho a la protección de datos personales supondría un paso más y desbordaría el derecho a la intimidad y la intimidad informática al situarse aquél en el más amplio campo del derecho a la privacidad². En esta línea, las SSTC 290/2000 y 292/2000 operan un giro autonomista en el régimen jurídico de tutela de los datos de carácter personal frente al derecho a la intimidad³. No es realmente la intimidad lo que está en juego, sino el control del uso por terceros de la información que nos afecta, aunque no se refiera a aspectos íntimos de nuestra existencia⁴ y esté o no procediéndose a un tratamiento informático de los datos personales. En torno al derecho a la intimidad se articula una tutela estática (poder de exclusión de interferencias ajenas) mientras que en el derecho a la protección de datos de carácter personal la tutela es dinámica y sigue a los datos en su circulación. El poder de disposición y control sobre los datos personales integra el contenido esencial de este derecho fundamental que se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero (STC 292/2000).

**EN TORNO AL DERECHO
A LA INTIMIDAD SE
ARTICULA UNA TUTELA
ESTÁTICA, MIENTRAS QUE
EN EL DERECHO A LA
PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES LA TUTELA
ES DINÁMICA**

Es este poder de control del sujeto sobre el uso y destino de los datos personales que le conciernen (quién puede utilizar los datos, con qué finalidad y en qué circunstancias) un elemento capital de la libertad del ciudadano en la sociedad de la información y la comunicación; vivimos en un flujo y canje continuo de datos e informaciones⁵. De esta sociedad de la vigilancia no escapa el *trabajador transparente*⁶ y habría que pregun-

(1) No obstante, la CE (artículo 18.4: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”) no recoge explícitamente el derecho a la protección de datos, sino que sólo reconoce su vertiente negativa al rechazar el uso de la informática que suponga un atentado a los derechos fundamentales, sin llegar a contemplar realmente un derecho activo de control sobre el uso de los propios datos (GOÑI SEIN, J.L.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante medios informáticos, de comunicación y archivo de datos”, JL, núm. 17, 2004, pág. 19).

(2) “el objeto de protección de este derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal no se reduce a los datos íntimos, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual que para ello está la protección del artículo 18.1 CE, sino los datos de carácter personal” (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

(3) SEOANE RODRÍGUEZ, J.: “Ética, Derecho y datos personales”, *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, 2003, págs. 98 y 101.

(4) MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, 2003, pág. 37. Vid., del mismo autor, *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1991 y “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 104, 1999, págs. 35 y ss.

(5) RODOTÀ, S.: “Democracia y protección de datos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, 2003, pág. 17, MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “La Constitución y el derecho...”, *op. cit.*, pág. 39.

(6) BELLAVISTA, A.: *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995.

tarse cómo se proyecta el derecho de *habeas data* en la relación de trabajo y plantearse su posible colisión con el ejercicio del derecho de organización y control empresarial en el ámbito laboral. Ahora bien, en la captación y tratamiento por el empresario de datos personales de sus trabajadores no sólo localizamos objetivos de eficiencia o rentabilidad empresarial sino que tal actuación puede perseguir seleccionar al candidato más idóneo, ofrecer buenas posibilidades de promoción o formación a aquéllos, salvaguardar la seguridad y salud de los trabajadores, controlar la calidad de la prestación laboral y del servicio que se presta al cliente o proteger los bienes.

Sabemos que los trabajadores, en el seno de su relación laboral, pueden ejercer sus derechos constitucionales pero con algunos límites y, éstos, habrán de ser los estrictamente indispensables⁷. En materia de protección de datos personales serán el principio de finalidad y la regla del consentimiento y sus modulaciones los principios rectores de las limitaciones del derecho inespecífico de autodeterminación informativa de los trabajadores o, lo que es lo mismo, la recogida y tratamiento lícito del empresario de los datos del personal a su servicio vienen delimitados por aquellos principios cuyos rasgos se perfilan a continuación. El derecho a la autodeterminación informativa o derecho de protección de datos presenta perfiles singulares en el contexto de una relación de trabajo (o, en sentido más amplio, de empleo) que desbordan la regulación genérica de la protección de datos contenida en la Directiva 95/46, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y en la norma de transposición (LOPD)⁸. Las peculiaridades del ejercicio de aquel derecho en el entorno laboral legitimarían normas específicas no adoptadas a nivel interno ni comunitario⁹. La aplicación de la norma generalista plantea interrogantes en muchos aspectos pues a veces es dificultad cohonestar el régimen jurídico de la protección de datos con la dinámica propia de la relación de trabajo; el intérprete se ve obligado a ir desgranando los derechos y obligaciones de la ley y a adecuarlos al marco de un contrato de trabajo o de una relación de empleo, en sentido amplio, pues aquélla será aplicable, de igual modo, a los estadios previos al contrato de trabajo (proceso de colocación).

Conforme a la Directiva 95/46 y a la LOPD [artículos 2.a) y 3.c), respectivamente] será dato personal “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, definición muy amplia que se concreta, después, en niveles de protección

(7) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador”, RDS, núm. 4, 1998, pág. 49. Con el reconocimiento de los derechos fundamentales en la empresa el Derecho del Trabajo suministra “una viga maestra” para el puente del Derecho privado al Derecho constitucional (MERCADER UGUINA, J.R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Madrid, 2002, pág. 95).

(8) Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que derogó la LO 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal –LORTAD–.

(9) Algún país europeo cuenta con disposiciones específicas como la finlandesa, *Act on Data Protection in Working Life* de 1 de octubre de 2001 (vid. EUROFOUND, *New technology and respect for privacy at the workplace*, www.eurofound.europa.eu/ero/2003/07/study/tn0307101s.htm).

diferenciados en materia de recogida y tratamiento (registro, almacenamiento, cesión)¹⁰. Se acepta el tratamiento de datos personales cuando es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición de interesado [artículo 7.b) Directiva 95/46]. Por tanto, no tiene que mediar consentimiento para que el empresario capte y trate datos del trabajador o candidato a un empleo y esta regla conoce excepciones en materia de datos especialmente protegidos o datos sensibles pues los datos referentes al origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, pertenencia a sindicatos, salud o sexualidad precisan consentimiento explícito. En la norma de transposición se añade que en relación a los datos personales que revelen ideología, religión o creencias existe la prohibición general de indagación¹¹, no existe obligación de facilitar estos datos y en el supuesto de que su recogida estuviera justificada se deberá advertir al interesado (trabajador) de su derecho a no prestar consentimiento. Si advertido, aquél accediera a facilitar algún dato, habrá de consentir de forma expresa y por escrito su tratamiento (artículo 7.1 y 2 LOPD).

Por su parte, los datos referidos al origen racial, salud y vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente (artículo 7.3 LOPD). La ley prohíbe, además, los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar los datos sensibles referidos (ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, vida sexual) pero admite el tratamiento de estos datos cuando resulte necesario para la prevención o diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios¹² o sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona cuando ésta esté física o jurídicamente incapacitada para dar su consentimiento. De igual modo el empresario no podría crear ficheros referentes a la comisión de infracciones penales o administrativas (artículo 7.3, 4 y 5 LOPD).

Así opera la regla del consentimiento y sus modulaciones en el tratamiento de datos de carácter personal en la relación de trabajo pero aquélla ha de ser puesta en conexión con el principio de finalidad que articula y vertebra la protección de datos personales¹³. La captación y tratamiento de información personal del trabajador habrá de cumplir las exigencias

(10) Sorprendentemente el nuevo Reglamento sobre protección de datos que desarrolla la LOPD (RD 1720/2007, de 21 de diciembre) excluye de su ámbito de aplicación (del régimen protector del derecho a la autodeterminación informativa, por tanto) "... los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten servicios en aquéllas —personas jurídicas—, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales" (artículo 2.2). La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) entiende que tal exclusión se limita a las relaciones *business to business*, es decir, que los ficheros de contactos en las empresas incorporarían el nombre de la persona como medio de representar gráficamente su destinatario. Por el contrario, si la relación fuera *business to consumer*, siendo relevante el sujeto cuyo dato ha sido tratado no sólo en cuanto a la posición ocupada sino como destinatario real de la comunicación, el tratamiento se encontraría plenamente sometido a la LOPD, sin que operara la exclusión referida (Informe Jurídico 42/2008, pág. 11).

(11) El artículo 16.2 CE establece que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

(12) "Siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional sanitario sujeto a secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto" (artículo 7.6 LOPD).

(13) Asiste la razón a THIBAUT ARANDA cuando mantiene que el principio de finalidad es el principio básico de la protección de datos pues los demás son función de éste: los datos han de ser pertinentes, adecuados, y no excesivos en relación a la finalidad, exactos, completos y actualizados en función de la finalidad y cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad ("La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales", RL, II, 2000, pág. 171).

de la calidad de los datos (artículo 6 Directiva 95/46 y artículo 4 LOPL) y esta calidad no es más que aplicación del principio de finalidad. Así, no es posible recabar cualquier información del trabajador sino sólo aquella justificada desde un interés objetivo (finalidad determinada, explícita y legítima) y sólo es admisible recoger y tratar datos personales cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al fin legítimo. Se impone, así, la proporcionalidad en la recogida de aquéllos¹⁴ y tanto en el caso de que no sea preciso el consentimiento (regla general) como en el supuesto de datos especialmente protegidos (exigencia de consentimiento), la voluntad del trabajador resulta insuficiente, por sí sola, para legitimar el tratamiento de datos personales debiendo ser necesariamente completada con el principio de finalidad. Así, y en el contexto de los datos sensibles, la información relativa a ideología, afiliación sindical, religión o creencias, difícilmente puede considerarse relevante para el fin acceso al empleo o ejecución de la prestación laboral (salvo en empresas de tendencia y para ciertos puestos y tareas —de tendencia—) y lo mismo cabría decir de los datos relativos al origen racial o vida sexual; se vislumbra un fin antijurídico —discriminatorio— en la captación de estos datos especialmente protegidos. Además, sería ilícita la recogida de datos dirigida a adquirir conocimiento de circunstancias personales o pautas de comportamiento sin relevancia alguna en el ámbito laboral que permitieran valorar o prever (aventurar, más bien) la influencia de circunstancias personales en el rendimiento del trabajador. En relación a la salud, el empresario podrá recoger y tratar datos de candidatos a un empleo o trabajadores para comprobar su idoneidad y aptitud, para atender a las exigencias de su organización productiva y para dar cumplimiento a su deber de tutela de la seguridad y salud de los trabajadores, con los límites y garantías del artículo 22 LPRL¹⁵ y en línea con lo dispuesto en el artículo 8.2.b) de la Directiva 95/46¹⁶.

Por tanto, los datos recabados a los trabajadores (con o sin su consentimiento) habrán de ser los adecuados y pertinentes y sólo podrán ser tratados para finalidades explícitas, legítimas y no incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidos [artículos 6.1.b) Directiva 95/46 y 4.2 LOPD]¹⁷. Junto a ello, el poder de control del trabajador sobre el uso y destino de sus datos personales exige veracidad, seguridad¹⁸ y reserva (de-

(14) GOÑI SEIN, J.L.: “Vulneración de derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pág. 26.

(15) El empresario sólo podrá acceder a las conclusiones de los reconocimientos centradas en las consecuencias laborales de los datos médicos: aptitud del trabajador y necesidad de introducir o mejorar medidas de prevención y protección (GOÑI SEIN, J.L.: “Vulneración de derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pág. 28). La STC 202/1999 declararía la inconstitucionalidad del fichero automatizado “absentismo con baja médica” creado por una entidad bancaria. Los datos referentes a la salud de los trabajadores constituyen datos sensibles y, sólo cabe recabarlos, tratarlos y cederlos cuando así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente (artículo 7.2 LOPD); ninguno de los requisitos se cumplía en este caso por lo que el almacenamiento en un fichero de diagnósticos médicos de los trabajadores vulnera el artículo 18 CE.

(16) Indica la norma comunitaria que será posible el tratamiento de categorías especiales de datos (entre ellos los relativos a la salud) “cuando sea necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral en la medida en que esté autorizado por la legislación y ésta prevea garantías adecuadas”.

(17) La derogada LORTAD recogía de manera notoriamente más restringida “finalidades distintas”. En base a ello, declararía ilícito el TC (SSTC 11/1998, 35/1998, 77/1998, 105/1998, 45/1999, entre otras) el tratamiento de datos por el empresario para un fin distinto a aquel que justificó su captación como sería usar el dato de la afiliación sindical de los trabajadores, tomado a efectos de descuento de cuotas sindicales, para retener la parte proporcional del salario a los afiliados al sindicato convocante de una huelga por su presunta participación en ella.

(18) En función del tipo de datos recabados, el fichero o tratamiento deberá cumplir con medidas de seguridad diversas (niveles básico, medio y alto, artículos 89-94 y 105-108, artículos 95-100 y 109-110 y artículos 101-104 y 111-114 del

ber de secreto) e implica necesariamente para su efectividad el derecho de información previo (artículos 10 y 11 Directiva 95/46 y 5 LOPD). La norma de transposición recoge junto a los principios de la protección de datos (artículos 4 a 12), los derechos de las personas (derechos de defensa) singularmente los derechos de acceso y de oposición, de rectificación y cancelación. En definitiva, como expresa DEL REY GUANTER, el trabajador tiene derecho a conocer la existencia de un fichero, a suministrar o no datos sensibles, a exigir seguridad y reserva y a controlar la cesión de datos personales¹⁹.

II. NORMAS PACTADAS Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES

La negociación colectiva respecto a la informática en las relaciones laborales es técnicamente posible, muchas veces necesaria y siempre oportuna²⁰ más aun cuando en un tema como la protección de datos personales, la norma comunitaria y la ley española plantean muchos interrogantes sobre la aplicación específica de los derechos y obligaciones del responsable del tratamiento (empresario), del encargado de este tratamiento (que puede ser el empresario u otro sujeto) y del interesado (trabajador titular de los datos)²¹. No obstante, la Directiva 95/46 contempla únicamente a los Códigos de conducta como instrumento de adecuación de aquélla a particularidades sectoriales (artículo 27) y, en lógica conexión, el artículo 32 LOPD contempla la posible formulación de Códigos tipo mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresas²². Pese a la nula referencia normativa comunitaria y nacional, la protección de datos conforma una materia de índole laboral que afecta al ejercicio de un derecho fundamental en la empresa que es, además, instrumento de

**LAS ORGANIZACIONES
EMPRESARIALES QUIEREN
EVITAR UNA EXCESIVA
REGLAMENTACIÓN EN LA
PROTECCIÓN DE DATOS**

Reglamento 1720/2007, respectivamente). Los ficheros de trabajadores o de nóminas que incluyan datos de salud (grado de minusvalía a efectos de IRPF, fechas de baja/alta...), de afiliación sindical o derivados de actos de violencia de género tendrán que adoptar medidas de seguridad de nivel alto (artículo 81.3 RD 1720/2007).

(19) “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la ‘intimidad informática’ del trabajador”, RL, II, 1993, pág. 157.

(20) LENOIR, CH. y WALLON, B.: “Informatique, travail et libertés”, *Droit Social*, núm. 3, 1998, pág. 236.

(21) Quedan fuera del análisis realizado en este trabajo –salvo referencias puntuales– la captación y tratamiento de datos personales de los trabajadores por Entidades Gestoras, Mutuas, Agencia Tributaria o por los propios representantes de los trabajadores.

(22) Dichos acuerdos se centrarían en las condiciones de organización, el régimen de funcionamiento, los procedimientos aplicables, las normas de seguridad del entorno, programas o equipos, las obligaciones de los implicados en el tratamiento y las garantías para el ejercicio de los derechos de las personas.

garantía de otros derechos (libertad sindical²³, derecho de huelga –STC 11/1998–); por ello, la concreción de los perfiles de aquel derecho fundamental constituye una materia de indudable interés que podría integrar el contenido de normas pactadas²⁴.

Las organizaciones empresariales europeas entienden, sin embargo, que la actual normativa es suficiente y adecuada para asegurar un alto nivel de protección de los datos personales de los trabajadores. Opinan que hay que evitar la excesiva reglamentación y se muestran favorables a la utilización de instrumentos no vinculantes, tales como códigos de conducta, más transparencia y una mayor sensibilización en el asunto. Ahora bien, no se trataría de añadir obligaciones sino de precisar el alcance y contenido de las existentes en el contexto de una relación laboral y ello habría de hacerse de forma negociada no mediante la imposición unilateral vía prácticas de empresa o Códigos tipo. Además, la negociación colectiva podría contribuir a implementar las obligaciones de las normas comunitaria y de transposición, a mejorar su aplicación²⁵ y, en definitiva, a normalizar la cultura de la protección de datos dado el limitado conocimiento y, con frecuencia, notable incumplimiento, de la normativa entre el empresariado, extremo denunciado, a menudo, por las autoridades internas de control²⁶. La carencia de normativa específica y las muchas dudas que plantea la protección de datos personales de los trabajadores está llevando en la práctica a que estas autoridades de control realicen una permanente labor

(23) A veces, sin embargo, el derecho de protección de datos podría entrar en colisión con el derecho de libertad sindical y, ante ello, sería necesario realizar una labor de ponderación o valorar el adecuado equilibrio de los intereses implicados. Tal operación se lleva a cabo en la SAN de 4 de enero de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, buscaba determinar qué interés merecía mayor protección: el interés del titular del derecho a la protección de datos que denunció los hechos por los que impuso sanción la Agencia Española de Protección de Datos (publicación por parte de la sección sindical de una nota informativa en la Intranet corporativa en la que se cita el nombre y apellidos del interesado) o el interés del sindicato recurrente que ha de informar de los hechos propios del ejercicio de su actividad sindical constitucionalmente encomendada. La Audiencia Nacional parte en su argumentación del reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos limitados y, en concreto, en materia de protección de datos, existen límites que operan a modo de restricciones sobre el modo, tiempo o lugar de ejercicio, es decir, limitaciones que se producen por razón del ámbito en el que tienen lugar (empresa o centro de trabajo) y por la finalidad que persiguen (llevar a cabo una actividad propia de la acción sindical). Si bien es cierto que el derecho a la protección de datos impide que los datos personales (nombre y apellidos) se incluyan en una página de la Intranet corporativa sin que medie consentimiento inequívoco del titular de aquéllos (artículo 6.1 LOPD), esta cobertura de la acción sancionadora ha de quebrar cuando la nota informativa difundida por la sección sindical en el centro de trabajo en la que constan los datos, tiene por finalidad la transmisión de noticias de interés sindical, permitir el flujo de información entre el sindicato y sus afiliados y entre los delegados sindicales y los trabajadores, de manera que se permita el ejercicio completo y cabal de la acción sindical, propiciando –según doctrina constitucional (SSTC 94/1995, 168/1996 y 213/2002)– el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical, mediante este elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Por tanto, en este caso y en atención a las circunstancias concurrentes, el derecho fundamental a la protección de datos ha de ceder cuando se enfrenta al ejercicio del derecho a la libertad sindical, pues en este supuesto se trata de proporcionar una información propia de la actividad sindical, no entendible sin el dato personal en cuestión y limitada al ámbito del centro de trabajo.

(24) En sentido similar, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: Nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 59 y ss.

(25) La Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de datos (Londres, 2006) señalaría la urgencia de adoptar medidas dirigidas a reforzar los instrumentos que permitieran la aplicación efectiva de la normativa de protección de datos.

(26) Pese al limitado cumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de protección de datos –especialmente en pequeñas y medianas empresas– (vid. Memorias Agencia Española de protección de datos –AEPD, en adelante– 2004, 2005, 2006) se aprecia un ascenso progresivo en la inscripción de ficheros de titularidad pública y privada, siendo muy significativo el incremento de ficheros con fines de videovigilancia que han duplicado en 2008 las cifras de 2007 (Memoria AEPD 2008). La obligación de inscripción de ficheros en la autoridad de control es contemplada en la Directiva 95/46 (artículos 18 y ss.) y regulada en la LOPD (artículo 26) y en su desarrollo reglamentario (artículos 55 y ss.)

creativa perfilando principios de actuación y derechos de los interesados²⁷, actuación que podrían realizar los representantes de trabajadores y empresarios concretando en normas negociadas aquellos espacios. Junto a ello no puede olvidarse el esencial papel de garantía o tutela del *habeas data* del personal asalariado que pueden desempeñar los representantes de los trabajadores pues la defensa individual del derecho de autodeterminación informativa del trabajador (y más aun del demandante de empleo) puede verse dificultada en el contexto de la situación de subordinación, dependencia y necesidad en que se encuentra el interesado en relación al responsable del tratamiento²⁸. En palabras de SIMITIS, en materia de datos personales, los representantes de los trabajadores son guardianes de derechos fundamentales individuales²⁹.

Estas necesidades se han sentido a nivel comunitario siendo conscientes las instituciones de la UE del importante papel que la negociación colectiva puede jugar en el ámbito de la protección de los datos personales y de la idoneidad de una norma pactada que mejore la aplicación de la Directiva 95/46 en el ámbito empresarial.

A) Estado de la cuestión a nivel comunitario

“La Unión Europea necesita normas más claras y sencillas para la protección de los datos personales de los trabajadores que tengan mejor en cuenta la relación entre empresario y trabajador. La existencia de un marco claro y sencillo de principios y normas, aplicable en toda la Unión Europea, será positivo para trabajadores y empresas”, declaró Anna Diamantopoulou, Comisaria Europea de Empleo y Asuntos Sociales en 2002. El porqué de esta iniciativa comunitaria partía de la constatación de que pese al marco general de protección de datos establecido por las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE³⁰, se habían evidenciado en los últimos tiempos mutaciones de diversa etiología (progreso tecnológico y globalización) que evidenciaban la necesidad de una reflexión acerca de la protección adecuada de los datos personales de los trabajadores que, partiendo de las regulaciones generales, acogiera sus especificidades. En el marco de la Agenda de Política Social de la Comisión, refrendada en la cumbre de Niza de diciembre de 2000, el 31 de octubre de 2002, esta institución comunitaria inicia una segunda consulta a los interlocutores sociales que se basa en un análisis de las respuestas de éstos a la primera fase. El marco europeo de principios y normas propuesto, establecido en el segundo texto de consulta, parte de los fijados en las directivas comunitarias vigentes pero clarifica la manera en que se aplican en el lugar de trabajo y los complementa cuando es necesario. La iniciativa se centra en el ámbito de aplicación, la participación de los representantes de los traba-

(27) A nivel interno, buena prueba de ello son las interesantes resoluciones de la AEPD y de sus equivalentes regionales (Agencia de protección de datos Comunidad de Madrid, Agencias catalana y Agencia vasca de protección de datos).

(28) Vid. THIBAUT ARANDA, J.: “Information Technology and workers’ privacy: the role of workers representatives”, *Comparative Labor law & Policy Journal*, Volume 23, núm. 4, 2002-2003.

(29) SIMITIS, S.: “Reconsidering the premises of Labour Law: Prolegomena to an EU Regulation on the Protection of Employees’ personal data”, *European Law Journal*, March 1999, pág. 55.

(30) Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

jadores, los principios generales de tratamiento de datos en las relaciones laborales, las categorías especiales de datos (datos sensibles), los datos relativos a la salud, los relativos a consumo de drogas y/o alcohol y los tests genéticos. Tras la segunda fase de consultas, las negociaciones no llegaron a buen puerto y no fue posible —conforme al artículo 138 TCE³¹— que se firmara un acuerdo comunitario en el seno del procedimiento legislativo que sustituyera una propuesta legislativa elaborada directamente por la Comisión. El informe de seguimiento de la Comisión, previsto para 2004, no se publicó y, según parece, la cuestión está aparcada.

Las organizaciones empresariales europeas (UNICE, UEAPME, BDI) entendieron, como avanzamos, que la normativa en vigor era suficiente y adecuada, que había que huir de la reglamentación excesiva y que sería más oportuna la utilización de instrumentos no vinculantes³². Por su parte, los sindicatos europeos (ETUC, CEC y EUROCADRES) mantienen que debe existir una regulación más específica y se muestran a favor de una directiva comunitaria en la materia. La Comisión, sin embargo, descarta, de momento, tanto la aprobación de una nueva Directiva como la modificación de la vigente³³, no tiene previsto presentar ninguna propuesta legislativa para modificar la Directiva pero fomenta la autorregulación y los códigos de conducta europeos. En esta línea, lamenta que los interlocutores sociales no alcanzaran un acuerdo europeo sobre la protección de datos personales a pesar de los progresos logrados en un principio. “Sería deseable —expresa la Comisión— un mayor grado de convergencia para promover iniciativas positivas como la simplificación, la autorregulación o el uso de normas empresariales vinculantes”³⁴. En esta misma línea, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, mantiene que la Directiva debe contemplarse como un marco general del que emanan instrumentos jurídicos específicos y, cuando sea posible, la evolución de la sociedad debería desembocar en modificaciones de las medidas de aplicación o los marcos jurídicos específicos, no del marco general del que emanan³⁵.

(31) Establece el artículo 138 TCE que la Comisión, antes de presentar propuestas, consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de la política social de la UE. Aquella concede a éstos un período de 6 semanas para recoger sus reacciones. Si, tras la primera consulta, la Comisión estimase necesaria una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada, teniendo éstos un nuevo período indicativo de 6 semanas para presentar un dictamen o recomendación. En cualquier momento durante el período de consultas los interlocutores sociales pueden comunicar a la Comisión que desean celebrar su propio acuerdo y, salvo ampliación de plazo, tienen 9 meses para concluir un acuerdo de este tipo. Si no se llegara a un acuerdo, la Comisión mantendría su derecho de iniciativa.

(32) Las Guías de buenas prácticas o Códigos de conducta [v. gr., Repertorio de Recomendaciones Prácticas OIT sobre Protección de los datos personales de los trabajadores —1997— (en adelante, Repertorio OIT)] podrían ser la base de desarrollos vinculantes pero también actuarían, en ocasiones, como mecanismo de elusión de la negociación colectiva y refuerzo del poder de dirección empresarial.

(33) La Comisión considera que la Directiva de protección de datos constituye un marco jurídico general que cumple con sus objetivos originales constituyendo una garantía suficiente para el funcionamiento del mercado interior asegurando al mismo tiempo un alto nivel de protección. La norma de armonización da forma al derecho fundamental a la protección de los datos personales (derecho autónomo reconocido en el artículo 8 de la CDFUE), establece una referencia para las iniciativas en una serie de áreas políticas, es tecnológicamente neutra y sigue proporcionado respuestas sólidas y apropiadas a estos asuntos [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el seguimiento del programa para una mejor aplicación de la Directiva sobre protección de datos, págs. 7 y 9 (COM —2007— 87 final, de 7 de marzo de 2007)].

(34) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, cit., págs. 5 y 6.

(35) Declara, además, que a largo plazo podrían estudiarse modificaciones de la Directiva que incluyeran instrumentos como la acción colectiva, admitiéndose “demandas de personas jurídicas cuyas actividades tengan por objeto proteger los intereses de determinadas categorías de personas, como las asociaciones de consumidores o los sindicatos” que podrían

La oportuna adopción de un acuerdo colectivo comunitario sobre protección de datos

Reconocen, por tanto, las instituciones europeas la importancia de una norma específica por lo que la vía podría seguir siendo un acuerdo colectivo pues el marco normativo vigente no ofrece suficientes garantías para la captación y tratamiento leal de datos de trabajadores y demandantes de empleo. Habrá que permanecer atento a los pasos que se den en el futuro, nada impide que las partes puedan adoptar un instrumento autónomo de regulación al margen del procedimiento legislativo, esto es, un acuerdo libre³⁶ o que la Comisión, vuelva a plantear la oportunidad de un acuerdo inducido y guíe a los interlocutores sociales en su adopción. Procedemos, a continuación, a ensayar el eventual contenido de esa norma fruto del poder regulador colectivo comunitario. Como declara el Grupo de Trabajo del artículo 29, la interacción entre la legislación de protección de datos y la normativa laboral es necesaria y valiosa y debería contribuir al desarrollo de soluciones normativas y prácticas laborales que protejan adecuadamente los intereses de los trabajadores sin descuidar las necesidades de la organización productiva³⁷. Aspectos como la naturaleza de las informaciones, la utilización de los datos recogidos, el tiempo de conservación de éstos o las medidas de seguridad a adoptar serán piezas claves de una potencial negociación que debería conectar garantías laborales y exigencias de gestión empresarial³⁸.

**LA PROTECCIÓN DE DATOS
DEBE EXTENDERSE A LOS
PROCESOS DE SELECCIÓN,
A LA EJECUCIÓN DEL
CONTRATO Y A LA GESTIÓN
DE PERSONAL**

B) Posible contenido de un acuerdo colectivo europeo sobre protección de datos personales de los trabajadores

a) Ámbito y naturaleza de las informaciones protegidas

La Directiva 95/46 hace referencia al tratamiento de datos personales en la ejecución de un contrato o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, términos no muy afortunados. El acuerdo colectivo habría de

constituir herramientas “muy poderosas” que facilitarían el cumplimiento de la Directiva [Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de datos sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el seguimiento del programa de trabajo para una mejor aplicación de la Directiva sobre protección de datos, págs. 3 y 10 (DUE 27 de octubre de 2007)].

(36) AGUILAR GONZÁLEZ, M.C.: *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 189 y 196 y ss.

(37) Opinion 8/2001, 13 september, Article 29 Data Protection Working Party, on the processing of personal data in the employment context [5062/01/EN/Final (WP 48), pág. 4]. El Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos compuesto por representantes de las autoridades de protección de datos, examina la aplicación de las medidas nacionales para contribuir a la aplicación uniforme de la Directiva 95/46.

(38) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, pág. 316.

ampliar el ámbito utilizando —en línea con la Recomendación [89] 2 del Consejo de Europa [en adelante, Recomendación (89) 2]³⁹— la más oportuna expresión (fines de empleo). Así, se daría cabida al tratamiento de datos en las relaciones entre trabajadores y empresarios, en el reclutamiento de trabajadores, en la ejecución del contrato, en la gestión de personal, en cumplimiento de obligaciones derivadas de la ley o de convenios colectivos, en la planificación y organización del trabajo [artículo 1.3, párrafo 2º, Recomendación (89) 2]. En la fase de colocación, la presencia de terceros (agencias de colocación, empresas de selección) que llevan a cabo tratamientos de datos por cuenta del empresario no excluye la aplicación de las normas protectoras del derecho de autodeterminación informativa del demandante de empleo, antes al contrario, el responsable del tratamiento exigirá el cumplimiento de aquéllas al encargado del tratamiento desplegándose los efectos sancionadores oportunos en caso contrario⁴⁰. El marco comunitario de protección de los datos personales de los trabajadores habría de extenderse, por tanto, a los recopilados durante el proceso de selección, a los generados en el transcurso de una relación laboral existente y a los conservados —temporalmente, como se precisará a continuación— después de la extinción de ésta⁴¹.

Partiendo de la amplia definición del artículo 2.a) de la Directiva 95/46⁴², las valoraciones, evaluaciones o juicios subjetivos de los trabajadores entran en la categoría de datos personales y, por tanto, gozan de su protección. Establece el artículo 15.1 de la Directiva que los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, créditos, fiabilidad, conducta, etc. Se ha de excluir, por tanto, la adopción de decisiones de forma automática, la valoración fría de la máquina sin tener en cuenta otras consideraciones que convertiría al ordenador en elemento objetivo y decisorio último automatizando, por tanto, la decisión empresarial⁴³. El acuerdo colectivo debería precisar tal extremo y recordar los derechos de acceso y rectificación de los interesados⁴⁴, de igual forma que habría de especificar que las imágenes y sonidos captados por cámaras de videovigilancia en el lugar

(39) Recomendación R (89) 2, de 18 de enero de 1989, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre protección de datos personales de los trabajadores utilizados con fines de empleo.

(40) A nivel interno, indica el artículo 12.4 LOPD que en el caso de que el encargado del tratamiento (por cuenta de tercero) destinara los datos a otra finalidad, los comunicara o los utilizara incumpliendo las estipulaciones del contrato [prestación de un servicio al responsable del tratamiento (empresario)], sería también considerado responsable del tratamiento respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente. Ostentan potestad sancionadora en esta materia la AEPD y las agencias autonómicas correspondientes (artículos 43-49 LOPD).

(41) COMISIÓN EUROPEA, *Second stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data*, pág. 9.

(42) Como avanzamos, es dato personal toda información sobre una persona física identificada o identificable y se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Por su parte, es un fichero de datos personales todo conjunto estructurado de estos datos [artículo 2.c) Directiva 95/46].

(43) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control...*, op. cit., pág. 323.

(44) Recomendación 1/2001, de 22 de marzo de 2001, del Grupo del artículo 29 sobre datos de evaluación de los trabajadores [5008/01/ES final (WP 42)].

de trabajo, gozan de la protección de la Directiva⁴⁵. Por ello, el control realizado habría de ser la respuesta proporcionada del empresario ante riesgos potenciales, teniendo en cuenta el derecho a la vida privada y otros intereses de los trabajadores y cualquier dato personal que se posea o utilice a efectos de control habrá de ser adecuado, pertinente y no excesivo respecto a los fines que justifiquen dicho control. Los controles habrían de provocar las menores molestias posibles⁴⁶, los trabajadores y sus representantes habrían de ser oportunamente informados sobre los métodos y técnicas de vigilancia empleados y, por todo ello, serían inadmisibles controles continuos, indiscriminados o secretos —salvo que respondieran a razones de seguridad o protección de los bienes—⁴⁷. Las imágenes habrían de ser canceladas en un plazo prudencial (vgr., 30 días) pudiendo conservarse más tiempo en caso de que registraran una infracción o incumplimiento de los deberes laborales⁴⁸.

Además, sería oportuno que la norma concertada recordara —como hace el Grupo de Trabajo del artículo 29⁴⁹— que el control por el empresario del uso de las nuevas tecnologías en la empresa (Internet, correo electrónico) implica, en muchos casos, el tratamiento de datos personales de los trabajadores pues el uso de aquéllas genera rastros susceptibles de ser considerados datos personales⁵⁰. A partir de éstos, el empleador podría reconstruir el perfil del trabajador, predecir y sacar, de forma descontextualizada, conclusiones sobre su persona o conducta. Por ello, los mismos principios del derecho de autodeterminación informativa (finalidad y consentimiento matizado) habrían de ser respetados y el trabajador gozaría de idénticos derechos (información, acceso, rectificación).

b) Implicación de los representantes en la protección de datos personales de los trabajadores

En un contexto de empleo, el ejercicio eficaz del derecho individual a la autodeterminación informativa del trabajador/demandante de empleo pasa, a menudo, por el diseño de un marco de facultades colectivas que permita a los representantes implicarse en la captación y tratamiento de datos personales de los trabajadores. En esta línea, el acuerdo colectivo podría reconocer el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores antes de y siempre que se adopten medidas tendentes a la introducción o modificación de sistemas de tratamiento automatizado de datos, de dispositivos o sistemas de control y vigilancia de los trabajadores (finalidad de la instalación, grabación o

(45) Así lo recuerda la *Opinion 8/2001 Article 29 Data Protection Working Party* (cit., pág. 13) y, a nivel interno, la AEPD (vid. Instrucción 1/2006 y Guía de videovigilancia 2009).

(46) *Opinion 8/2001 Article 29 Data Protection Working Party*, cit., pág. 25.

(47) COMISIÓN EUROPEA, *Second stage...*, cit., págs. 16 y 17.

(48) En este sentido, AEPD (Guía de Videovigilancia 2009).

(49) *Opinion 8/2001 Article 29 Data Protection Working Party*, cit., págs. 2 y 3.

(50) Sobre este enfoque, vid., THIBAUT ARANDA, J.: “La vigilancia del uso de Internet en la empresa y la protección de datos personales”, *Relaciones Laborales*, núms. 5-6, 2009, págs. 67 y ss. y GOÑI SEIN, J.L.: “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, *RDS*, núm. 32, 2005, págs. 79 y ss.

no de imágenes, acceso a éstas, conservación, destrucción) y de cuestionarios, pruebas o tests utilizados en los procesos de selección o en el desarrollo de la actividad laboral⁵¹.

c) Materialización laboral del principio de finalidad, de la regla (atenuada) de consentimiento y del derecho de información

Como indicamos, los datos han de ser tratados de forma leal y lícita, ser pertinentes, adecuados y no excesivos en relación con la finalidad para la que se recaban y sólo deben ser conservados por el tiempo que la finalidad exige. En el ámbito laboral, si se trata de un proceso de selección, los datos recabados y tratados lícitamente serán estrictamente aquellos dirigidos a valorar la aptitud y capacidad profesional del candidato teniendo en cuenta el tipo de puesto y la actividad de la empresa y, durante la vida laboral, cuando respondan a efectivas y reales exigencias de la organización productiva o de seguridad en el trabajo. Ahora bien, sería oportuno exigir un plus en el desarrollo de la actividad laboral (que, por esencia, se prolonga en el tiempo), la finalidad debe precisarse más no siendo suficiente la alusión a genéricos *finés laborales*. El empresario debería concretar la decisión profesional última que justifica un tratamiento: selección de personal, contabilidad, gestión de horarios, carrera, formación, seguridad, control de la actividad desarrollada, etc.⁵²

El principio de finalidad también es determinante en la conservación de los datos personales. Dentro de los principios relativos a la calidad de los datos sitúa la Directiva 95/46 la conservación de éstos sólo por el tiempo necesario para la consecución de los fines para los que hubieran sido recabados. Así, en contexto laboral, podríamos distinguir dos situaciones distintas: el proceso de selección y la ejecución de la prestación de servicios del trabajador en cumplimiento del contrato de trabajo. En el primer supuesto, los datos habrían de ser cancelados decaída la oferta de empleo, sin perjuicio de que el candidato de común acuerdo con el empresario decidiera mantener aquéllos en los ficheros de la empresa ante la expectativa de una contratación futura⁵³ y, en tal caso, el acuerdo colectivo podría requerir la fijación por el trabajador de un plazo máximo de conservación, transcurrido el cual habría decaído el derecho del empresario a tratar datos personales por carecer de finalidad legítima. Por su parte, cuando se trate de una relación contractual, los datos podrían ser recabados y tratados hasta la finalización de ésta y el eventual mantenimiento posterior de cara a una nueva contratación quedaría condicionado, de igual modo, al consentimiento del trabajador que ya dejó de prestar servicios para el responsable del tratamiento y al plazo máximo fijado.

(51) En sentido similar, artículo 3 Recomendación (89) 2, artículo 12 Repertorio OIT y COMISIÓN EUROPEA (*Second stage...*, cit., pág. 10).

(52) THIBAULT ARANDA, J.: "El Derecho español", en AA.VV.: "Tecnología informática y privacidad de los trabajadores", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 1, 2003 (monográfico), pág. 78.

(53) CARDONA RUBERT, M.B.: "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", *RDS*, núm. 6, 1999, pág. 33.

La oportuna adopción de un acuerdo colectivo comunitario sobre protección de datos

Aun sentada la esencialidad del principio de finalidad en la protección de datos personales de los trabajadores (no se acepta una utilización plurifuncional de los datos), la Directiva 95/46 lo flexibiliza de manera significativa pues únicamente será ilícito el tratamiento de datos para un fin incompatible no ya distinto de aquél para el que fueron recabados⁵⁴. Ello amplía notablemente el margen de actuación empresarial por lo que la norma pactada comunitaria podría establecer mecanismos para contrarrestar este poder como la necesidad de precisar e informar al trabajador del fin específico (no sólo, como acabamos de indicar, el genérico fin laboral) y la previsión de tratamiento para fines compatibles siempre que beneficien al interesado (y no en caso contrario). Además, ante una utilización para fines distintos de aquellos para los que los datos hubieran sido captados inicialmente, debería precisarse —en línea con la Recomendación (89) 2 (artículo 6.2) y el Repertorio OIT (artículo 5.3)— que habrán de adoptarse medidas adecuadas para evitar una mala interpretación en un contexto diferente.

La relación laboral, decíamos, implica un otorgamiento genérico de consentimiento para el tratamiento de los datos cuando éstos fueran necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de las obligaciones dimanantes de ella. Ahora bien, en determinados supuestos, sin embargo, es precisamente el consentimiento el que legitima el tratamiento de datos (datos sensibles) y, en esos casos, el trabajador o demandante de empleo se encuentra en una posición en la que es difícil negarse a prestar su consentimiento o bien a retirarlo o modificarlo, debido a la relación de subordinación del trabajador con respecto al empresario. El acuerdo colectivo habría de recordar que el consentimiento, en sí mismo, no es una protección adecuada para el trabajador, especialmente en relación al tratamiento de datos sensibles. En esta línea, el Grupo de Trabajo del artículo 29 mantiene que si un empresario debe tratar datos personales como consecuencia inevitable y necesaria de la relación laboral, "... actuará de forma engañosa si intenta legitimar este tratamiento a través del consentimiento"⁵⁵.

Al margen de ello, la referida *dulcificación* o modulación de la regla del consentimiento en contexto laboral no debe llevar apa-

LA COMUNICACIÓN DE DATOS A TERCEROS SE RIGE EN LA NORMA DE TRANSPOSICIÓN POR EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

(54) A título de ejemplo, sería fin compatible tratar el dato de la dirección personal del trabajador para calcular e incluir en la remuneración una nueva ayuda al transporte cuando aquel dato se había obtenido y era utilizado a efectos salariales (documentación).

(55) "El recurso al consentimiento deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarse de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar posteriormente sin verse perjudicado por ello" (*Opinion 8/2001*, 13 september, Article 29 Data Protection Working Party, cit., pág. 23).

rejada limitación alguna del derecho de información del interesado, más aun, éste debe ser una garantía necesaria que contrarreste la debilidad de aquélla⁵⁶. Así, los trabajadores habrán de ser previamente informados de la identidad del responsable del tratamiento, de los fines y destinatarios, sobre el carácter obligatorio o facultativo de la respuesta a la pregunta formulada (algo especialmente importante en la fase de colocación o estadios previos al contrato de trabajo) y sobre la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso y rectificación (artículo 10 Directiva 95/46). Idéntica información deberá proporcionar el responsable del tratamiento o su representante “desde el momento del registro de datos⁵⁷ o, en caso de que se piensen comunicar datos a un tercero, a más tardar, en el momento de la primera comunicación” cuando los datos no hubieren sido recabados del interesado (fuentes paralelas, v.gr., superiores, otros compañeros, anteriores empresarios del candidato –referencias–,...) No obstante, el acuerdo colectivo podría ir más allá exigiendo también información previa al tratamiento con indicación de la procedencia de los datos (referencia esta última que sí exige la ley española –artículo 5.4 LOPD–).

En la Directiva 95/46 la comunicación de datos a terceros no se rige por el principio del consentimiento sino que la norma comunitaria concreta únicamente el derecho de información del interesado (identidad del responsable del tratamiento, fines, categorías de datos, destinatarios) cuando por las circunstancias en que se hubieran obtenido los datos, aquélla resultara necesaria para garantizar el tratamiento leal de los datos (artículo 11.1). En la norma de transposición, sin embargo, la comunicación de datos a terceros se rige por el consentimiento del interesado salvo que la cesión estuviere autorizada por ley (v. gr., cotización a la Seguridad Social, remisión copia básica a representantes) o “cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento o control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros” [artículo 11.2.c) LOPD] y, en este caso, “la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifica” (v. gr., ETT y empresa usuaria limitada al tiempo de puesta a disposición y a sus fines). Aun cuando la Directiva 95/46 legitima esta exclusión de consentimiento –pues sólo contempla un derecho de información del interesado–, el acuerdo colectivo debería reforzar la protección en este ámbito para evitar que la comunicación de datos entre empresarios pudiera perjudicar al trabajador y ello aun cuando la finalidad de la captación y tratamiento fuera legítima. Así, por ejemplo, las circulaciones de datos entre empresas de un grupo deberían regirse por la regla del consentimiento⁵⁸.

(56) En esta línea, señalará TASCÓN LÓPEZ la relación esencial entre información y consentimiento en materia de protección de datos y la singular posición de éstos en contexto laboral. Apunta este autor un principio de consentimiento modificado: “la tolerancia informada” (*El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 102 y ss.)

(57) El artículo 5.4 LOPD establece un generoso plazo de tres meses desde el registro de datos para informar al interesado.

(58) En esta línea, artículos 4.3 Recomendación (89) 2 y 10.3 del Repertorio OIT.

d) Los derechos ARCO de trabajadores y candidatos a un empleo: acceso, rectificación y cancelación y oposición

Al perfilar el derecho de acceso del interesado, establece la Directiva 95/46 que los Estados miembros garantizarán el derecho a obtener información del responsable del tratamiento “libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos” (artículo 12). La materialización de este derecho en la relación laboral puede presentar dificultades por la posición de subordinación y dependencia del trabajador titular de los datos. Una óptima vía de ejercicio de aquel derecho podría ser lo que se ha denominado “derecho de acceso pasivo”, es decir, la obligación del responsable del fichero de informar regularmente sobre el tipo de datos conservados, su tratamiento o la comunicación a terceros. El Repertorio de la OIT parte precisamente de esta premisa: el punto de partida no es el derecho de los trabajadores de estar al corriente de sus datos sino el deber de los empleadores de facilitar información periódica (artículo 11.1). En base a ello podemos afirmar que en el contexto de la relación laboral el derecho de acceso del trabajador podría ser efectivo a través del cumplimiento por el empresario del deber de información durante la vida del contrato (derecho de información *ex post* del interesado). La norma pactada podría incluir alguna referencia en este sentido (v.gr., información periódica del empresario), recoger plazos razonables para poder acceder a la información sobre datos personales (v.gr., 6 meses)⁵⁹ que podrían ser más breves si la duración de la relación laboral fuese inferior, prever el establecimiento de sistemas que permitiesen el acceso del trabajador a sus datos personales mediante una clave de acceso individual⁶⁰ o evitar la incorporación de restricciones indirectas al derecho de acceso del interesado (v.gr., pedir las razones por las que se desea acceder a los datos, impedir el ejercicio del derecho durante las horas de trabajo –salvo condiciones específicas del trabajo a prestar–...).

Ubica la Directiva 95/46 el derecho de rectificación, supresión y bloqueo entre las facultades que concretan el derecho de acceso del interesado a los datos (artículo 12) y lo conecta con la calidad de éstos. El acuerdo colectivo debería recordar que los registros profesionales han de ser exactos y actualizados y que el empresario debe adoptar medidas para que los datos inexactos o incompletos sean suprimidos o rectificadas⁶¹. Tras esta supresión o rectificación, el empleador debería poner en conocimiento de todos aquellos a quienes hubiera facilitado datos inexactos o incorrectos, las modificaciones operadas, salvo indicación expresa del trabajador (Repertorio OIT)⁶².

(59) La ley española limita el ejercicio del derecho de acceso del interesado de manera significativa pues la solicitud y la obtención gratuita de información no podrá realizarse en periodos o intervalos inferiores a 12 meses –salvo acreditación de un interés legítimo– (artículo 15.3 LOPD). En el ámbito de la relación laboral, la fijación de este plazo no respeta esa “periodicidad razonable” exigida por la Directiva 95/46.

(60) THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 135.

(61) *Opinion 8/2001 Article 29 Data Protection Working Party*, cit., págs. 21 y 22.

(62) El instrumento no vinculante de la OIT va más allá e indica que si el empleador se negara a rectificar datos personales, el trabajador debería tener derecho a incluir o añadir en su expediente una nota que indicara las razones del desacuerdo; en toda utilización posterior de los datos personales debería indicarse que éstos han sido impugnados y adjuntarse la nota del trabajador (artículo 11.11 Repertorio OIT).

e) Datos sensibles y relación laboral

La norma pactada habría de partir del principio general de prohibición de tratamiento de datos sensibles de los trabajadores salvo que, a título excepcional, previa habilitación legal y con las garantías precisas, se permitiera aquél⁶³. Determinados datos sensibles como son los relativos a la salud merecen especial atención, se aceptan ciertas excepciones de tratamiento y con las oportunas cautelas: sólo podrá interrogarse sobre el estado de salud o someter a examen médico a los trabajadores o candidatos a un empleo con el fin de determinar su aptitud para el puesto, cumplir las exigencias de la normativa sobre seguridad y salud o comprobar si tienen derecho a prestaciones sociales. En tales casos, la recogida de datos se limita al personal sujeto a secreto médico, aquéllos habrán de registrarse por separado y será preciso adoptar las medidas de seguridad oportunas para evitar el acceso indeseado de terceros. Sólo deberán comunicarse al empleador las conclusiones de los exámenes médicos que guarden relación con la decisión de empleo concreta y estas conclusiones no deberían contener información de naturaleza médica sino únicamente indicar la aptitud/ineptitud para desempeñar la tarea propuesta, especificar los tipos y condiciones de trabajo que, de forma temporal o permanente, estén contraindicados o determinar la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención⁶⁴.

Las informaciones sobre drogadicción o alcoholismo son también datos sensibles que revelan hábitos de vida y el recurso por el empresario a tests sistemáticos o generalizados puede suponer una invasión ilegítima de la intimidad del trabajador⁶⁵. Podría consignarse, sin embargo, en el acuerdo colectivo la posible indagación sobre aquellos datos cuando sea una exigencia de seguridad (del propio trabajador, de terceros o de la actividad desarrollada por la empresa) o lo justifique el puesto o función del trabajador sometido a control.

Por su parte, la captación y tratamiento de datos genéticos⁶⁶ requiere una protección jurídica particular más allá de su concepción como datos sensibles. El derecho a la intimidad genética implica el derecho absoluto de la persona al control de su propia información genética de modo que cualquier excepción a este principio requiere una fuerte justifica-

(63) A título de ejemplo, los datos relativos a la vida sexual podrían ser objeto de tratamiento cuando ello fuera preciso para la determinación de la responsabilidad del empleador en supuestos de acoso sexual, los datos sobre origen racial o étnico podrían ser tratados en caso de medidas de discriminación inversa positiva para favorecer a determinados colectivos precisamente en atención a aquellas circunstancias o la solicitud del empresario de antecedentes penales del trabajador sólo quedaría justificada cuando ello fuera relevante para la prestación laboral en concreto (COMISIÓN EUROPEA, *Second stage...*, cit., págs. 12 y 13).

(64) Artículo 10 Recomendación [89] 2, artículo 10.9 Repertorio OIT y COMISIÓN EUROPEA (*Second stage...*, cit., pág. 13). A nivel interno, en esta línea, artículo 22.4 LPRL.

(65) CARDONA RUBERT, B.: "Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador", RTSS, núm. 16, 1994, pág. 109.

(66) No contiene la Directiva una definición de dato genético que si localizamos en la Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa sobre protección de datos médicos: "... todo dato, cualquiera que sea su clase, relativo a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados. También se refiere a todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte (genes) y a los datos de la línea genética relativos a cualquier aspecto de la salud o la enfermedad, ya se presente con características identificables o no" (artículo 1).

ción legal o ética⁶⁷ y ello legitimaría una reconsideración de la regla del consentimiento en contexto laboral donde “éste no es una manifestación de libertad sino el efecto de una necesidad material”⁶⁸ —obtener o conservar el empleo—. Sería oportuno que la norma concertada comunitaria recordara que el tratamiento de datos genéticos ha de ser excepcional y proporcionado, con fines de protección de la seguridad y salud de los trabajadores afectados o terceros, en la medida en que esté autorizado por una norma legal nacional que establezca las garantías necesarias⁶⁹. Junto a ello podría precisar la necesaria verificación previa de la autoridad nacional de control (calidad de los tests, pertinencia y fiabilidad de los resultados y equilibrio entre los derechos de la persona afectada, los intereses de la sociedad y el *derecho a no saber* —caso de enfermedades graves incurables—) y la oportuna asistencia genética, también previa (psicológica, médica) para dar cumplimiento a un auténtico consentimiento informado⁷⁰. En la relación laboral, cobran relevancia los tests dirigidos a la “vigilancia genética” en detrimento del mero “rastreo genético” cuyo objetivo es prever el estado de salud futura de un trabajador o su propensión a determinados riesgos inherentes al trabajo. Aquellos “tests de vigilancia” tendrían sentido, por ejemplo, cuando un trabajador corriera el riesgo de sufrir una lesión genética por una exposición a agentes químicos. Por su parte, los “tests de rastreo” quedan deslegitimados ante el inconsistente argumento del determinismo genético, es decir, el nexo entre el *status* genético del trabajador/candidato y la propensión a un riesgo particular al margen de otras consideraciones (factores medio-ambientales, posibilidades de la detección temprana).

**NO SERÁN POSIBLES LOS
USOS INCOMPATIBLES CON
LA FINALIDAD PARA LA
QUE FUERON CAPTADOS
LOS DATOS**

III. ALGUNAS CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

El derecho a la autodeterminación informativa o poder de control del sujeto sobre el uso y destino de los datos personales

(67) DE VICENTE PACHÉS, F.: “El derecho a la intimidad y la informática en el ámbito laboral”, *Informática y Derecho*, núms. 30-31-32, 1999, pág. 324.

(68) PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre repercusiones éticas, jurídicas, económicas y sociales de la genética humana*, Final A5-1391/2001, 8 de noviembre de 2001.

(69) COMISIÓN EUROPEA, *Second stage...*, cit., pág. 16.

(70) Esto es, comunicación al interesado/afectado del proceso y causas por las que se realizan los tests, sobre los posibles resultados, implicaciones y consecuencias y sobre las condiciones de almacenamiento y acceso a los datos (SÁNCHEZ BRAVO, A.: “La protección de los datos genéticos”, *Derecho y conocimiento*, núm. 3, 2005, págs. 15 y 16; vid., además, CALVO GALLEGÓ, F.J.: “Tests genéticos y vigilancia de la salud del trabajador”, *Derecho y Conocimiento*, núm. 2, 2002, págs. 3 y ss.

que le conciernen es un derecho distinto del derecho a la intimidad y se sitúa en la esfera más amplia de la privacidad (SSTC 290/2000 y 292/2000). Los ejes que vertebran este derecho a la protección de los datos personales son el principio de finalidad y la regla del consentimiento que, en la relación laboral (o, en sentido más amplio, de empleo) presentan perfiles singulares: a) en relación al consentimiento, aquella relación implica un otorgamiento genérico de consentimiento para el tratamiento de los datos cuando éstos fueran necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de las obligaciones dimanantes de ella (sea relación de empleo, esto es, fase de colocación, sea relación laboral en su desarrollo). Ahora bien, en caso de datos sensibles (datos que revelen origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, pertenencia a sindicatos, salud, sexualidad) es precisamente ese consentimiento el que legitimaría la captación y los eventuales tratamientos, y b) en relación a la finalidad, los datos han de ser pertinentes, adecuados, no excesivos, exactos, completos y actualizados en función de aquélla y cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad. Ahora bien, no serán posibles usos incompatibles con la finalidad para la que fueron captados los datos, no simplemente usos distintos, con lo cual el margen de actuación del empresario es muy amplio.

Las genéricas Directiva comunitaria (95/46) y Ley española (LO 15/1999) no responden a los innumerables interrogantes y problemas aplicativos que plantea la protección de datos personales en el ámbito empresarial. Los derechos y obligaciones establecidos en aquellas normas casan mal con la relación de subordinación y dependencia entre el interesado (trabajador titular de los datos) y el responsable/encargado del tratamiento (empresario) lo que está llevando a un notable incumplimiento de la normativa de protección de datos personales y a una defectuosa aplicación de aquel marco normativo. Es necesario normalizar la cultura de la protección de datos personales en la empresa y la negociación colectiva está llamada a cubrir este espacio perfilando principios de actuación y derechos de los interesados, labor que, en la actualidad, están llevando a cabo, a menudo, las autoridades internas de control. La nula referencia a la autonomía colectiva y a sus posibilidades de autorregulación en la Directiva comunitaria y en la norma de transposición no puede conducir a negar el importante papel de los interlocutores sociales en la materia⁷¹ como ya han reconocido las instituciones de la Unión Europea. Se trata, como dijimos, de una materia de índole laboral que afecta al ejercicio de un derecho fundamental en la empresa que es, además, instrumento de garantía de otros derechos. Por ello, la concreción de los perfiles de aquel derecho fundamental constituye una materia de interés que podría integrar el contenido de normas pactadas. No se trataría de añadir más obligaciones (como rechazan las organizaciones empresariales) sino de precisar el alcance y contenido de las existentes en la relación laboral y ello, a falta de norma específica heterónoma, habría de hacerse de forma negociada no mediante instrumentos unilaterales (v.gr., Códigos de conducta, Guías de buenas prácticas,...)

(71) Vid. las referencias comparadas de negociación recogidas en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y RODRÍGUEZ ESCANCIAÑO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, op. cit., págs. 305-323 y la incipiente experiencia negocial española en GALA DURÁN, C. y PASTOR MARTÍNEZ, A.: "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva", en AA.VV. (dir. Del Rey Guanter, S.): *Relaciones Laborales y Nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 278-282 y en ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *La protección de datos personales de los trabajadores en la negociación colectiva*, en AA.VV. (coord. Escudero Rodríguez, R.): *Observatorio de la negociación colectiva*, 2010, en prensa.

La oportuna adopción de un acuerdo colectivo comunitario sobre protección de datos

Por ello, y dado que la Comisión Europea sigue apostando por la autorregulación, sería especialmente oportuno adoptar un acuerdo colectivo fruto del diálogo social europeo en el que se fijaran principios y reglas claras que tengan en cuenta la singular relación entre empresario y trabajador en materia de protección de datos. Esta norma pactada podría centrarse en:

- La concreción del ámbito y la naturaleza de las informaciones protegidas ampliando la protección a la captación y tratamiento de datos personales con fines de empleo. Ello extendería la protección de la Directiva y de la norma de transposición a los datos recopilados en el proceso de selección, a los generados en el transcurso de la relación laboral y a los conservados (temporalmente) por el empresario después de la extinción de ésta.

- La implicación de los representantes en la protección de datos personales de los trabajadores. En el contexto laboral, en una situación en la que obtener o conservar el empleo podría desplazar el ejercicio de derechos fundamentales por la situación de necesidad del titular de aquéllos, el ejercicio individual del derecho de autodeterminación informativa del trabajador/demandante de empleo, dependerá, a menudo, de la efectiva existencia de facultades colectivas que permitan a los representantes implicarse en la protección de los datos personales, tanto en su captación como en el tratamiento posterior que reciban.

- La materialización laboral de la regla (atenuada) de consentimiento y del derecho de información. La regla del consentimiento es débil en contexto laboral porque puede prescindir del consentimiento, en general, para captar y tratar datos y porque, además, en aquellos supuestos en los que se precisa consentimiento (datos sensibles) es oportuno relativizar su valor por la posición de subordinación del titular de los datos (trabajador/demandante de empleo). El acuerdo colectivo habría de recordar que el consentimiento es el efecto de una necesidad material (conservar/obtener un empleo) y, por tanto, no es una protección eficaz para aquellos sujetos. Ahora bien, esta debilidad o atenuación de la regla del consentimiento no debe llevar aparejada relajación alguna de derecho de información, sino todo lo contrario. El derecho del titular de los datos a ser informado previamente sobre la identidad del responsable del tratamiento, de los fines y destinatarios, sobre el carácter obligatorio o facultativo (datos sensibles) de la respuesta a la pregunta formulada y sobre la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso y rectificación (artículo 10 Directiva 95/46) es una garantía necesaria que habrá de contrarrestar la referida debilidad de la regla del consentimiento.

- El reforzamiento del derecho de acceso del trabajador/demandante de empleo titular de los datos personales. El derecho de acceso podría ser concebido como un derecho de información *ex post* o durante la vida del contrato que conlleva la obligación del empresario de mantener informado al trabajador sobre los datos personales que obran en su poder y sus tratamientos. La norma pactada comunitaria podría contener alguna referencia en este sentido y completarla con alguna indicación sobre el plazo (razonable) para poder acceder a la información del titular de los datos en función de la duración del contrato.

- La prohibición de captación y tratamiento de datos sensibles y la restrictiva aceptación de excepciones a este principio general. El acuerdo colectivo comunitario habría de

recordar que sólo estrictas razones de seguridad, cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales o protección de los interesados, legitimarían la captación y tratamiento de determinados datos como son aquellos que revelan información sobre la salud o determinados hábitos de vida de los trabajadores/demandantes de empleo (consumo de alcohol, estupefacientes). En relación a determinados datos *altamente* sensibles, como son los datos genéticos, habrían de reforzarse las garantías (verificación previa de las autoridades nacionales de control, asistencia genética) siendo ilícito el recurso empresarial a los tests de rastreo en el acceso al empleo y en el desarrollo de la actividad laboral con el objetivo de desechar a aquellos candidatos o trabajadores que podrían ser *menos* válidos por su base genética.

Si, como venimos afirmando, es necesaria una norma específica que articule el derecho de protección de datos en contexto laboral, ello es especialmente importante en este campo, por la gran sensibilidad de los datos captados y tratados. Aquella disposición normativa particular habría de partir de los principios rectores de la protección de datos y modularlos en esta singular parcela en la que derechos de intimidad, privacidad y dignidad pueden sufrir menoscabos significativos.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario

Consideración preliminar. 1. Derecho Internacional y Comunitario. 2. La Cons-

titución como fuente del Derecho del Trabajo. 3. El papel de la Ley. 4. Ley y

convenio colectivo. A) Cláusulas de jubilación forzosa. B) Valor de las horas ex-

traordinarias. C) Negociación colectiva y Administración Pública. **5. El convenio**

colectivo como norma. A) Ámbito de aplicación. B) Vigencia. C) Contenido. D)

Principios de absorción y compensación. E) Convenio estatutario vs. convenio ex-

traestatutario. F) Convenio colectivo y decisión unilateral del empresario. **6. Ley y**

contrato de trabajo. 7. La función reguladora de la autonomía de la voluntad.

8. Condición más beneficiosa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2009 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 633 a 1143).

1. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas realiza una labor cada vez más determinante en la configuración del ordenamiento laboral de los Estados Miembros. A medida que la Unión Europea asume más competencias, o desarrolla más profundamente las que ya posee, la interpretación del TJCE condiciona los ordenamientos internos de los Estados, que han de respetar los pronunciamientos del máximo intérprete del Derecho Comunitario.

Aunque en muchas ocasiones el TJCE impulsa cambios en las legislaciones internas, a través de declaraciones de incompatibilidad con el Derecho Comunitario, en otras ratifica explícitamente las opciones legislativas por las que se decantan los Estados Miembros, como puede constatarse en la **STJCE de 16 de julio de 2009**, I.L. J 886, relativa a España. Una trabajadora, que prestaba servicios como auxiliar administrativo para una gran superficie, solicitó una reducción de jornada por guarda legal, minorando su jornada en un

tercio. En el transcurso de esa situación la trabajadora vio reconocida una pensión de incapacidad permanente total, que tomó en consideración las cotizaciones de la interesada en los ocho años anteriores al hecho causante, período en el que se encontraba en tiempo de reducción de jornada por guarda legal, cuyas bases de cotización más bajas derivaban en un importe también menor de la base reguladora de la pensión.

Pese a que la Ley de Igualdad dulcificó las consecuencias de la reducción de jornada por guarda legal, en la medida en que el artículo 180.3 LGSS prevé desde entonces que los dos primeros años en esa situación se consideren cotizados en la cuantía que hubiera correspondido sin dicha reducción, no ha resuelto todas las complicaciones, puesto que la reducción de jornada podría superar ese tiempo, y caben reducciones de jornada temporales por otros motivos.

El TJCE pone de manifiesto que en el Estado actual del Derecho Comunitario no se encuentran obstáculos para que las prestaciones de Seguridad Social se calculen conforme a las bases de cotización realmente ingresadas, y no en atención a las que se habrían mantenido si no se hubiera ejercitado ese derecho. La sentencia afirma que ninguna regla del Acuerdo marco sobre el permiso parental obliga a los Estados Miembros a corregir ese efecto negativo para los trabajadores en situación de reducción de jornada por guarda legal, puesto que “la adquisición de derechos a futuras prestaciones de Seguridad Social por el trabajador durante este período no se menciona en el referido Acuerdo marco” (FJ 42°).

Desde la perspectiva del ordenamiento español, y atendiendo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en estos últimos años, parece más interesante la invocación de la Directiva 79/7/CEE, en la medida en que el perjuicio derivado de esa fórmula de cálculo podría incurrir en discriminación indirecta, habida cuenta de que la reducción de jornada por guarda legal es un derecho ejercitado mayoritariamente por mujeres.

Sin embargo, el TJCE rechaza explícitamente esta interpretación por falta de un término válido de comparación, ya que entiende que el trabajador que disfruta del permiso parental “se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse a la de un hombre o una mujer que trabaje a tiempo completo” (FJ 57°). En esta línea, la sentencia considera que la ficción que supondría calcular las prestaciones como si el trabajador hubiera prestado servicios a tiempo completo constituye una “ventaja”, y que no hay norma comunitaria que obligue a los Estados a establecer una regulación de esa índole (FJ 62°). En consecuencia, la legislación española con anterioridad a la Ley de Igualdad, y evidentemente la posterior, resultan plenamente conformes al ordenamiento comunitario.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

El papel de la Constitución como fuente del Derecho del Trabajo resulta innegable, aunque en los últimos tiempos su invocación suele vincularse a los principios de igualdad y no discriminación, como ponen de manifiesto las SSTs de 27 de abril de 2009, I.L. J 671, y de 15 de junio de 2009, I.L. J 836. En dichas sentencias el Alto Tribunal recuerda que los principios de igualdad y no discriminación consagrados en el artículo 14 CE han

I. Fuentes del Derecho

de “inspirar toda la interpretación que haya de hacerse respecto de normas o pactos que establezcan diversidad de regímenes en materia salarial”. No obstante, el artículo 14 CE admite diferencias justificadas, como la exclusión de la llamada carrera profesional del personal estatutario temporal, ya que esa institución está diseñada para el personal de carácter indefinido; sólo la indefinición del vínculo da sentido a los derechos y obligaciones que derivan de ella.

En cambio, no es objetiva, ni razonable, ni proporcionada la exclusión de los trabajadores temporales de los complementos retributivos vinculados a la antigüedad [STS de 26 de mayo de 2009, I.L. J 681, en relación con RTVE].

3. EL PAPEL DE LA LEY

En el período de referencia la posición de la ley como fuente, sin relación con otras normas, no ha provocado excesivos pronunciamientos judiciales, aunque sin duda destaca la STS de 19 de mayo de 2009, I.L. J 790. La demanda pretendía la acumulación del permiso de paternidad regulado en el artículo 49.c) del Estatuto del Empleado Público y de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad prevista en el artículo 48 bis ET, de modo que los trabajadores asalariados de las Administraciones Públicas disfrutasen de 28 días retribuidos por nacimiento, adopción o acogimiento (artículos 13 del EBEP y 15 del ET). El TS rechaza la pretensión, advirtiendo que el derecho reconocido en el EBEP se dirige a los funcionarios públicos, y no a los asalariados, de modo que no hay posibilidad de acumulación.

4. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

Las relaciones entre la ley y el convenio colectivo son el objeto de numerosos pronunciamientos judiciales, como demuestran en el período de referencia las sentencias relativas a la validez y eficacia de las cláusulas de extinción del contrato por razón de edad, a la retribución mínima debida por la realización de horas extraordinarias, o a las reglas para el cálculo del salario del personal estatutario de los servicios de salud.

A) Cláusulas de jubilación forzosa

Como es sabido, la doctrina judicial de comienzos de este siglo defendía que la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, implicó la desaparición de la imprescindible habilitación legal para que los convenios colectivos fijasen edades de jubilación forzosa [SSTS de 9 de marzo de 2004 (recursos de casación para unificación de doctrina 765/2003 y 2319/2003), 6 de abril de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 3427/2003), 28 de mayo de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 3803/2003) y de 15 de diciembre de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 6506/2003), entre otras]. Sin embargo, ello no era obstáculo para mantener la validez y eficacia de las cláusulas contenidas en convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de ese Real Decreto-Ley (el 4 de marzo de 2001), si bien las posteriores debían de reputarse nulas ya que suponen una discriminación por razón de edad.

La Ley 14/2005 volvió a introducir en la Disposición Adicional Décima del ET la posibilidad de pactar edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos –de extinción del contrato de trabajo por razón de edad, en su denominación técnica más adecuada–, y la Disposición Transitoria Única de esa Ley 14/2005 reconoce la validez de las cláusulas pactadas con anterioridad a su entrada en vigor si el trabajador cumple los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, a salvo de “las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor”.

La STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2009, I.L. J 768, aborda una extinción contractual amparada en una cláusula convencional que no cumplía los requisitos exigidos por la DA Décima, pues la medida no se vinculaba a objetivos de política de empleo. En la misma línea que la jurisprudencia (STS de 25 de junio de 2008, I.L. J 908), la sentencia considera que la decisión empresarial debe ser calificada como despido improcedente, y no nulo, puesto que no hay una motivación discriminatoria en la medida adoptada por el empresario, sino incumplimiento de los requisitos legales en la configuración convencional de esas cláusulas de extinción del contrato por razón de edad.

B) Valor de las horas extraordinarias

Como se sabe, la STS 27 de febrero de 1995 (recurso de casación para unificación de doctrina 981/1994) admitió la licitud de la cláusula convencional que estableciese para la hora extraordinaria una retribución inferior a la fijada para la hora ordinaria, a pesar del aparentemente taxativo rigor del artículo 35 ET. Sin embargo, las SSTs de 28 de noviembre de 2004, I.L. J 2384, de 3 de diciembre de 2004, I.L. J 2304, 4 de julio de 2005, I.L. J 1193, modificaron el criterio, abogando por el carácter imperativo del artículo 35.1 ET.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de febrero de 2009, I.L. J 650, vuelve a advertir que el valor de la hora ordinaria es un mínimo indisponible para el convenio colectivo, por lo que en ningún caso resulta admisible una retribución más reducida para la hora extraordinaria.

C) Negociación colectiva y Administración Pública

Como se relató en crónicas precedentes, la STS de 13 de mayo de 2005, I.L. J 992, resolvió la pretensión de determinados trabajadores indefinidos del Instituto Catalán de la Salud, que solicitaban un complemento de antigüedad al amparo del convenio colectivo de la administración autonómica catalana. Dicha sentencia desestimó la pretensión porque esos trabajadores vienen percibiendo las retribuciones correspondientes al personal estatuario y el propio convenio colectivo excluye al personal laboral que se rija por una normativa estatutaria. El Estatuto Marco del Personal Estatuario de los Servicios de Salud –aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre– también se declara aplicable, en ciertas circunstancias, al personal laboral (artículo 2.3), por lo que es perfectamente coherente que los trabajadores asalariados retribuidos bajo las fórmulas del personal estatuario no tengan derecho a complementos salariales pactados en el correspondiente

I. Fuentes del Derecho

convenio colectivo, que deben ser disfrutados únicamente por los trabajadores sometidos por entero –al menos en materia retributiva– a la legislación laboral y no a la estatutaria. De lo contrario tendría lugar una particular manifestación de espiguelo. Así lo vuelve a afirmar, en relación con auxiliares administrativos del Servicio Madrileño de Salud, la **STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2009**, I.L. J 787.

Por otro lado, el Convenio Colectivo de AENA concede a los trabajadores una serie de días de libre disposición, que a juicio de los representantes de los trabajadores debían ser objeto de ampliación por mor del Estatuto Básico del Empleado Público. La **STS de 8 de junio de 2009**, I.L. J 870, considera que, aunque la contradicción entre la norma paccionada y la legal pudiera existir, el precepto del EBEP en materia de días de libre disposición no podía calificarse como una norma de derecho necesario frente al convenio colectivo, y, además, advierte que la pretensión del sindicato demandante no podía aceptarse, ya que buscaba mantener la regulación convencional íntegramente salvo en esa concreta materia, lo que a juicio de la sentencia incurriría en la prohibición de espiguelo, y alteraría el equilibrio interno del convenio, “pues la aplicación del criterio de norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia”. Con independencia de otras valoraciones, porque el sentido del fallo de la sentencia debe compartirse, no parece, desde luego, muy ortodoxo recurrir al espiguelo y a las reglas sobre norma más favorable, ignorando la jerarquía, para decantarse por la aplicación de un convenio colectivo menos favorable que lo dispuesto en la ley.

5. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA

Es evidente que entre las fuentes de la relación laboral el convenio colectivo ha de ocupar una posición de singular relevancia, no sólo porque sea una fuente específica de Derecho del Trabajo, sino por la función que la propia Ley le otorga en la adaptación del marco general a la realidad concreta de cada ámbito. Junto a los conflictos singulares que surgen en la interpretación y aplicación de convenios, los tribunales deben elaborar también un cuerpo de doctrina para perfilar la posición del convenio en el sistema de fuentes y su interacción con otras fuentes de la relación laboral. En el período de referencia, los Tribunales han debido hacer frente asimismo a reclamaciones de otra índole, como las que tienen por objeto precisar el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, o la siempre compleja cuestión de los efectos de la ultraactividad.

A) Ámbito de aplicación

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2009**, I.L. J 1082, debe resolver acerca de la reclamación del complemento de antigüedad por parte de una profesora de universidad que prestaba servicios con contrato de trabajo indefinido. La demandante basaba su pretensión en el convenio colectivo para el personal laboral de su universidad y en el convenio para el personal laboral de la comunidad autónoma. La sentencia desestima el recurso de suplicación, considerando inaplicables ambos convenios. El primero de ellos se dirigía exclusivamente al personal de administración y servicios de la universidad, y la exclusión del personal docente, cuyas funciones son muy distintas, no puede reputarse contraria a los principios de igualdad y no discriminación. En relación con el convenio

para el personal laboral de la administración autonómica, la sentencia recuerda que el hecho de que las comunidades autónomas ostenten competencias de regimiento, control y coordinación sobre las universidades “no las convierte de suyo en empleadoras de tal personal ni hace extensible al mismo la regulación convencional para el que le es propio”.

B) Vigencia

La ultraactividad del convenio colectivo origina a menudo situaciones conflictivas, que exigen determinar la naturaleza obligacional o normativa de la cláusula en cuestión. La **STS de 1 de julio de 2009**, I.L. J 803, precisa que no son cláusulas normativas solamente aquellas que atribuyen derechos susceptibles de patrimonialización individual, sino también aquellas que prevén la creación de una estructura estable para la gestión de tales derechos, como sucedía en el caso concreto, donde se declara la naturaleza normativa de una cláusula que regulaba la constitución de una comisión de acción social, cuyo propósito consistía en la gestión del presupuesto destinado anualmente a esos fines.

Por otro lado, los tribunales recuerdan frecuentemente que el convenio colectivo estatutario es una norma jurídica con entidad propia, y su interpretación debe ajustarse a los criterios exegéticos previstos para las normas jurídicas. En consecuencia, no existe un derecho de los trabajadores a ver incrementado o revalorizado su salario conforme al IPC, sino que tal revalorización procederá cuando el convenio colectivo así lo prevea. De este modo, el convenio podría no contemplar tal circunstancia, establecer tal efecto beneficioso durante todas las fases de su vigencia, o bien limitarlo a determinados períodos.

La **STS de 10 de junio de 2009**, I.L. J 739, se plantea, precisamente, este último supuesto, pues el convenio colectivo restringía la actualización salarial a dos años concretos. En ese marco, el TS aclara, por un lado, que los trabajadores no tienen derecho a la revalorización de su salario en años distintos a los previstos en el convenio y, en concreto, tal derecho desaparecería durante la ultraactividad del contenido normativo del convenio; y, por otro, que la existencia de una pretendida costumbre relativa a la revalorización —ya sea de proceder a ella, ya sea de mejorar el salario por encima del IPC— “sólo regiría en defecto de ley aplicable, pero nunca podría ir en contra de la actual norma pactada”.

C) Contenido

En la doctrina judicial del período de referencia siguen contando con una presencia destacada los conflictos relativos a Correos y Telégrafos, aunque parece que ya no se suscitan los litigios relacionados con el contrato de interinidad. A modo de mero recordatorio, el artículo 58 de la Ley 14/2000, en sus apartados 16 y 17, dispuso que “el personal laboral de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos quedará integrado en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de su escritura de constitución, conservando sus contratos con la antigüedad, categoría y retribuciones que tuvieran consolidados en la entidad pública y con pleno respeto de los derechos y situaciones administrativas que tuvieran reconocidas

y en especial las normas sobre incremento de retribuciones que establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”, y que “a partir de la fecha del inicio de la actividad de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, el personal que la sociedad necesite contratar para la adecuada prestación de sus servicios lo será en régimen de derecho laboral”.

Sobre estas bases, los tribunales sostuvieron en un primer momento que el contrato se rige por la ley vigente en el momento de la contratación. Ello significa que el contrato de interinidad por vacante celebrado mientras Correos y Telégrafos era una entidad pública debía respetar la normativa vigente en ese momento, y por ello podía prolongarse en tanto no se cubriese la plaza. En cambio, si el contrato hubiera sido suscrito con posterioridad debía ajustarse al plazo de tres meses previsto en el segundo párrafo del artículo 4.b) RD 2720/1998 para cubrir las vacantes en una empresa privada [SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 de enero y 7 de marzo de 2006, I.L. J 484 y 814].

Sin embargo, otras sentencias defendían la modulación del plazo temporal en los contratos de interinidad por vacante, sobre la base de que era fácticamente imposible que Correos y Telégrafos pudiera regularizar en ese plazo a los ocho mil trabajadores que según sus estimaciones se encontraban en tal situación. La excepcionalidad de la situación exigía, a juicio del Tribunal, mayor flexibilidad en el criterio judicial, y por ello se declaraba procedente el cese de interinos producido tras más de dieciocho meses de prestación de servicios hasta la cobertura definitiva de la plaza [SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 y 20 de febrero de 2006, I.L. J 582 y 586].

Las SSTS de 11 de abril (dos), 23 y 30 de mayo y 14 de junio de 2006, I.L. J 599, 823, 713, 892 y 966, abordaron esta misma cuestión, pero en relación exclusivamente con contratos celebrados con anterioridad a la conversión en sociedad anónima de la compañía. El TS entendió que no era de aplicación el plazo máximo de tres meses en tal caso, porque la transformación en entidad privada no modificó las reglas aplicables a los contratos celebrados previamente.

Desde la STS de 11 de abril de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 1184/2005) se advirtió que, a pesar de su conversión en entidad privada, Correos y Telégrafos, SA debe ajustarse a un sistema de contratación en el que primen los criterios de mérito y capacidad propios de las contrataciones en entidades de derecho público. Las SSTS de 11 (dos) y 19 de abril, 29 de mayo y 7 de junio de 2006, I.L. J 821, 822, 815, 915 y 938, siguiendo la misma línea, dejaron claro que no puede establecerse una separación tan tajante entre los contratos celebrados con anterioridad a la conversión y los celebrados después, porque las normas que operaron dicha conversión mantienen ciertos elementos públicos en la configuración de la sociedad anónima. De este modo, no rige el plazo de tres meses para cubrir la vacante tampoco respecto de los contratos celebrados con posterioridad a la transformación en entidad privada, sino que habrá que valorar caso por caso si ha existido conducta abusiva o fraudulenta de la sociedad.

Por consiguiente, el TS considera que estas sociedades privatizadas continúan perteneciendo al sector público, lo que introduce especialidades en materia de contratación, y por ello los contratos de interinidad por vacante no están vinculados por la limitación de tres meses para la cobertura de dicha vacante (SSTS de 14 de enero 2008, I.L. J 606, 28 de

mayo de 2008, I.L. J 980, y de 13 de junio de 2008, I.L. J 912, y la STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2008, I.L. J 822).

En el período de referencia esos conflictos ya no alcanzan a los tribunales, pero siguen teniendo lugar pronunciamientos derivados de litigios relativos a la contratación temporal en Correos y Telégrafos, aunque con una temática distinta a la expuesta. En concreto, el TS ha debido resolver si el complemento de antigüedad previsto en el convenio colectivo debe tomar en consideración todo el tiempo de prestación de servicios, inclusive como eventual, o bien si tal complemento se vincula a la contratación indefinida con posterioridad a la entrada en vigor de la norma paccionada, pues el precepto convencional suscitaba incertidumbres acerca de si tras la conversión del contrato en indefinido el tiempo como eventual servía para incrementar la cuantía del complemento de antigüedad.

En consecuencia, no se trata en este supuesto de determinar si los eventuales tienen derecho o no al complemento de antigüedad, porque esa cuestión ya había sido resuelta en sentido afirmativo por la STS de 14 de octubre de 2005 (recurso de casación para unificación de doctrina 138/2004), sino de concretar el modo en que dicho complemento debe calcularse. En virtud de los principios de igualdad y no discriminación, y rechazando que la solución sea contraria a la fuerza vinculante del convenio colectivo reconocida en el artículo 37 CE, las **SSTS de 25 de mayo de 2009**, I.L. J 717 y J 718, y **de 26 de mayo de 2009**, I.L. J 675, entre varias decenas más, obligan a computar en el cálculo de los trienios el tiempo de prestación de servicios como eventual antes de la entrada en vigor del convenio colectivo.

D) Principios de absorción y compensación

La aplicación de estos principios se suscita en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2009**, I.L. J 891. El demandante percibía un salario cuya estructura se componía de salario base, antigüedad y de un complemento salarial ligeramente superior a la cuantía del salario base. El nuevo convenio colectivo contemplaba un salario mucho más alto, especialmente en relación con los conceptos de salario base y antigüedad; la empresa decidió entonces reducir sustancialmente el denominado complemento salarial. La sentencia considera que se producía en tal caso una mera aplicación de los principios de absorción y compensación, de modo que la empresa estaba legitimada para reducir el importe de tal complemento con el fin de neutralizar la mejora en los otros conceptos. Además, se advierte que no hay discriminación alguna, puesto que no se había probado que a otros trabajadores se les respetase el importe del complemento salarial.

La necesidad de que los conceptos salariales objeto de la oportuna absorción y compensación sean homogéneos se pone de nuevo de manifiesto en la **STSJ de La Rioja de 5 de marzo de 2009**, I.L. J 960, que rechaza la compensación de un plus de penosidad a consecuencia del excesivo ruido que debía soportar el trabajador, puesto que la empresa pretendía efectuar tal compensación con un complemento de carácter personal.

E) Convenio estatutario *vs.* convenio extraestatutario

Las SSTs de 11 de mayo de 2009, I.L. J 788, y de 16 de junio de 2009, I.L. J 854, abordan la siempre difícil relación entre los convenios estatutarios y extraestatutarios, para determinar si los derechos generados a partir de un pacto extraestatutario se mantienen más allá de su vigencia, incluso aunque resulten contrarios a la regulación de un convenio de eficacia general. En concreto, tras la celebración de un convenio extraestatutario los demandantes habían sido objeto de una reclasificación en su beneficio, conforme a las categorías previstas en ese pacto de eficacia limitada. Los convenios colectivos de eficacia general suscritos con posterioridad al convenio extraestatutario no contenían regulación alguna sobre la clasificación profesional, y la empresa, tras la denuncia y expiración del convenio extraestatutario, comunicó a los trabajadores que retornarían a su categoría de origen. El TS, rectificando explícitamente su doctrina anterior, advierte que las condiciones establecidas en un pacto extraestatutario tienen una limitación temporal vinculada a la vigencia de dicho acuerdo —no son fuente de condición más beneficiosa— y, por tanto, declara lícita la conducta empresarial.

F) Convenio colectivo y decisión unilateral del empresario

La STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2009, I.L. J 926, trata de determinar las consecuencias del pago prorrateado de las pagas extraordinarias en vulneración de un precepto convencional que expresamente prohibía tal fórmula. Esa circunstancia, la prohibición explícita del convenio colectivo, y el hecho de que tal cuestión ya hubiera sido objeto de pronunciamiento del TS, llevan a la sentencia a considerar como salario mensual ordinario la prorrata de pagas extraordinarias, lo que supone un aumento neto del salario diario y el derecho a percibir específicamente las retribuciones extraordinarias.

6. LEY Y CONTRATO DE TRABAJO

Es claro que el pacto entre las partes no puede prevalecer sobre la voluntad legal, como repetidamente ha declarado la jurisprudencia en relación con la diferencia entre contratos administrativos y contratos de trabajo. El contrato administrativo no es un contrato de trabajo, y por ello no es posible defender la aplicación de la legislación laboral a quien suscribe un contrato administrativo aduciendo una equiparación con el trabajo asalariado. La relación entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo nunca ha sido pacífica, pues sus contornos no se han delimitado con la suficiente nitidez y precisión como para evitar roces, a pesar de que el legislador siempre ha pretendido que el régimen jurídico de una y otra modalidad cuente con diferencias sustanciales. La legislación laboral ha excluido tradicionalmente al personal de las Administraciones Públicas que deba regirse por normas administrativas, que proporcionan una intensidad tuitiva muy inferior al Derecho del Trabajo, lo que explica el alto índice de litigiosidad que ha suscitado la distinción entre ambas figuras.

En la actualidad se defiende que la mera apariencia formal del contrato no puede ocultar la realidad subyacente, de manera que habrá contrato de trabajo cuando el objeto “no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subor-

dinación” [STS de 7 de junio de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 639/2005)], en la medida que lo decisivo no es la naturaleza del servicio prestado, que puede ser idéntica en el contrato de trabajo y en el administrativo, sino el ámbito normativo regulador, que impone unas condiciones y exigencias que permiten delimitar el contorno jurídico de ambas figuras. En consecuencia, el mero sometimiento a normas de contratación administrativa no implica necesariamente que el contrato haya de calificarse como administrativo, pues para ello es menester que el objeto del contrato se ajuste perfectamente a una de las modalidades previstas para la contratación administrativa. En este sentido, la jurisprudencia distingue entre actividad y resultado, advirtiendo que “la contratación administrativa ya no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí misma consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido” [STS de 25 de octubre de 2007 (recurso de casación para unificación de doctrina 3377/2006)].

En el período de referencia, la **STS de 17 de junio de 2009**, I.L. J 861, y la **STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2009**, I.L. J 769, se ajustan al criterio más reciente para considerar que prima la realidad material sobre los elementos formales, y califican de laboral, respectivamente, una prestación de servicios como ingeniero técnico forestal y otra consistente en la baremación, tramitación e información sobre las solicitudes de vivienda protegida.

7. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Es claro que la autonomía de la voluntad cuenta con un relevante papel en la determinación concreta de los derechos y obligaciones que unen al trabajador y al empresario, sea en el transcurso de la relación laboral, sea a su finalización, como demuestra el finiquito, fuente de abundantes conflictos porque su contenido y efectos pueden estimarse abusivos en muchas ocasiones.

Como es sabido, la expresión de una voluntad clara y tajante en el documento es el criterio principal para atribuir valor liberatorio al finiquito, aunque los tribunales mantienen que es nula una renuncia genérica a cualquier tipo de acción procesal futura sobre derechos ajenos a la liquidación [STS de 28 de abril de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 4247/2002)].

En principio, no cabe el “arrepentimiento”, por lo que una crisis de ansiedad subsiguiente a la firma del finiquito, o la genérica alegación de error sobre el alcance concreto del documento no priva de efectos a éste, ni es óbice para la extinción de la relación laboral, como advirtió la STSJ de Asturias de 19 de marzo de 2008, I.L. J 742. Sin embargo, el trastorno de ansiedad podría generar consecuencias, a tenor de la **STS de 21 de julio de 2009**, I.L. J 1141. Aunque quizá no constituye un cambio de doctrina en sentido estricto, esa sentencia aquilata la posición jurisprudencial en relación con el efecto liberatorio del finiquito, negando dicho efecto, en el caso concreto, por varias razones.

En primer lugar, atendiendo a que “fue la empresa y no el recurrente quien extinguió unilateralmente, acompañando a la decisión extintiva –‘en formato normalizado’– el saldo y finiquito”. En segundo lugar, y precisamente haciendo hincapié en que la empresa

había elaborado un modelo específico de finiquito, la sentencia aduce que “nula eficacia liberatoria puede atribuirse a un documento cuya fiabilidad no solamente pudiera considerarse mermada por estar en impreso ‘formalizado’ y por haberse suscrito sin la garantía de los representantes de los trabajadores [cuya presencia no es necesaria, aunque sí conveniente]”. En tercer lugar, también constituye un factor relevante que el finiquito comportaba “la parcial renuncia a un derecho (la drástica reducción a la mitad de la indemnización debida), que por fuerza habría de calificarse –en este caso– contraria al artículo 3.5 ET, siendo así que el aparente ‘finiquito’ no cumplía función transaccional alguna”. Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda que el trabajador sufría un trastorno de ansiedad generalizada –conocido por la empresa–, “cuya presumible incidencia en el proceso volitivo no puede desconocerse”.

Por supuesto, cuando el finiquito no supone una renuncia a derechos, sino que en él se constata únicamente el abono por parte de la empresa de los derechos salariales pendientes, tal finiquito debe considerarse lícito (STSJ de Valencia de 21 de abril de 2009, I.L. J 1073).

8. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La alegación de existencia de una condición más beneficiosa en sede judicial es muy habitual, y por ello los tribunales han debido pronunciarse en numerosas ocasiones sobre los requisitos para su nacimiento y subsistencia cuando el empresario decide voluntariamente suprimir la ventaja. Ahora bien, no siempre es la conducta empresarial la que suscita dudas sobre el mantenimiento de la condición más beneficiosa, como se aprecia en la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009, I.L. J 1026.

Las demandantes, profesoras de una universidad popular, disfrutaban de una jornada particular gracias a la concurrencia de una condición más beneficiosa; en esas circunstancias participaron en un proceso selectivo que derivó en un cambio de puesto de trabajo. El empleador les comunicó entonces que debían ajustarse al régimen de jornada previsto para el nuevo puesto, lo que las trabajadoras rechazaron alegando la existencia de una condición más beneficiosa.

El Tribunal acepta las alegaciones del empleador, considerando que la decisión de las trabajadoras de participar en el proceso selectivo conllevaba un cambio de puesto voluntario que podía implicar la necesidad de ajustar la jornada a las peculiaridades de la nueva ocupación. Ese cambio de puesto, producto de una “decisión libre y voluntaria de las actoras”, dio lugar a la “imposibilidad de seguir manteniendo en él las condiciones más beneficiosas que llevaba aparejada la ocupación del puesto de trabajo correspondiente a la categoría profesional” previa.

Tampoco se considera subsistente la condición más beneficiosa en la STS de 9 de junio de 2009, I.L. J 731. Tras sufrir un despido colectivo los demandantes solicitaron un complemento de pensión reconocido unilateralmente por la empresa en 1974, así como los beneficios sociales que expresamente se habían convenido en el marco del expediente de regulación de empleo. La sentencia afirma que la mejora voluntaria solicitada constituye una condición más beneficiosa, que “tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una nor-

mativa posterior –legal o pactada colectivamente–, más favorable que modifique el *status* anterior en materia homogénea”. El Tribunal considera que el acuerdo alcanzado durante el período de consultas supone –para los afectados– una sustitución de la mejora voluntaria reconocida años antes por decisión unilateral del empleador, ya que se contemplaban en ese acuerdo otros beneficios sociales, y “no tiene que figurar expresamente que estos acuerdos sustituyen a los anteriores”.

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

II. TRABAJADOR**Sumario***

1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros: Abogados en despachos profesionales. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo 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: trabajadores autónomos económicamente dependientes. **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, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de marzo de 2009 (recurso de suplicación 89/2009), I.L. J 917.

1. El Juzgado de lo Social estimó la reclamación de despido del actor, entendiendo que entre él y la entidad demandada, existía relación laboral, declarándolo nulo, con las consecuencias legales de rigor. Los principales hechos probados de la sentencia son los siguientes:

1º El actor constituyó, por escritura pública, junto a otros tres socios, una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, bajo el nombre XXX, con un capital social de 3.008 euros repartido por partes iguales entre los cuatro socios y con un objeto social de “emisora de televisión”, sin que haya constancia de que dicha sociedad haya mantenido actividad de esa naturaleza.

2º El día 20 de febrero de 2001, la entidad TVE suscribió con XXX contrato de arrendamiento de servicios, para que ésta suministrase servicios de corresponsalía gráfica para su centro territorial determinado, en ámbito provincial de la Comunidad Autónoma, a razón de un tanto por noticia suministrada y correspondiendo al arrendatario del servicio, en exclusiva, todos los derechos de explotación sobre los materiales informativos aceptados.

3º Desde la formalización del anterior contrato, el actor vino prestando servicios como cámara/corresponsal gráfico para el mencionado centro territorial de TVE conforme al siguiente detalle: el actor formaba siempre equipo con otro periodista, que hacía las labores de corresponsal literario para TVE, disponiendo de una línea telefónica gratuita y aceptando las indicaciones del responsable del centro territorial sobre contenidos, duración y formatos. El equipo de estas dos personas se desplazaba a cubrir los contenidos informativos encomendados, utilizando el actor una cámara y un micrófono de su propiedad, en los que, no obstante, colocaba adhesivos identificativos de TVE. Asimismo, TVE proporcionaba al actor, acreditaciones a nombre del ente público para facilitarle el acceso como informador a diversos lugares. Una vez cubiertas las informaciones, los miembros del equipo acudían a las dependencias de TVE donde, con uso del ordenador, magnetoscopio y demás medios técnicos existentes en el lugar, así como del estudio de grabación de las instalaciones públicas, procedían a editarlos y, previo aviso telefónico al centro territorial, a remitirlas a éste por medio de la línea de fibra óptica existente asimismo en

II. Trabajador

esas dependencias. No consta que el Sr. Abel ni Soria Digital, SL hayan desarrollado durante la duración de dicha relación de servicios, ninguna otra actividad retribuida.

4.º El 15 de septiembre de 2008 TVE dirigió a la sociedad XXX escrito en el que se notificaba que por razones de carácter organizativo, cuyo origen está en la constitución de RTVE como sociedad anónima estatal, y una vez reestructurados los centros territoriales, con fecha 30 de septiembre de 2008 quedará rescindido a todos los efectos el contrato que amparaba el servicio de corresponsalia literaria para la programación del centro territorial de TVE en el ámbito territorial de referencia, lo que determinó el cese efectivo del actor en sus funciones.

5.º La facturación de XXX a TVE a Televisión Española, en el período del 1 de octubre de 2007 a 30 de septiembre de 2008, ascendió a una cantidad total de 27.680,38 euros, IVA no incluido.

6.º El actor reclamó por despido nulo o improcedente contra TVE, acordándolo así el Juzgado, previa desestimación de la excepción de incompetencia jurisdiccional opuesta de contrario. Pero recurrida la sentencia ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia competente, estima ésta el recurso anulando la sentencia de instancia por entender que la cuestión no corresponde al orden jurisdiccional social por razón de la materia.

2. El recurso de suplicación, que prospera, entiende infringido el contenido de los artículos 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores, al no concurrir en el supuesto de autos las notas de ajenidad, dependencia, voluntariedad y retribución que se exigen en la normativa aplicable al caso, al existir únicamente una relación civil entre dos empresas. Razona la Sala que es bien sabido que sujeto de contrato de trabajo, como trabajador, solamente puede serlo la persona natural, individual o física, y si bien el ET no especifica que el trabajador ha de ser necesariamente persona física, como lo hacía el Proyecto de Ley del referido Estatuto, no cabe duda que este texto legal descansa sobre la base de que el trabajador es una persona física, y así se desprende, *a sensu contrario*, del artículo 1.2 ET, en el que la previsión “personas, físicas o jurídicas” se hace, sólo respecto del empresario.

A partir de ahí es claro que el contrato suscrito entre TVE y la sociedad XXX no constituye un contrato de trabajo e incluso el actor interviene en el contrato no a título individual sino en representación de la empresa XXX, constituida un año antes de la celebración del citado contrato, por lo que no hay indicio de fraude que, por otra parte, no se presume sino que debe ser probado por quien lo alega.

Añade la Sala que el artículo 1.1 ET define el contrato de trabajo con las notas de ajenidad, subordinación y dependencia, al señalar que la presente ley es de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. El Tribunal Supremo ha perfilado los contornos del contrato de trabajo para diferenciarlo de otras figuras afines, señalando que la naturaleza jurídica de un contrato viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que se

pactan y las que realmente se ejecutan (SSTS de 20 de septiembre de 1995 y 20 de julio de 1999) y que la dependencia —entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa— y la ajenidad respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato (SSTS de 14 de febrero de 1994, 20 de septiembre de 1995 y 28 de octubre de 1998).

De la exégesis normativa se deducen las siguientes notas características del contrato de trabajo:

A) El objeto del contrato es la prestación voluntaria de servicios retribuidos. La voluntariedad es indispensable, puesto que se trata de un contrato (artículos 1254, 1258 y 1261 del Código Civil). La deuda contractual del trabajador es una deuda de actividad (prestar sus servicios) y no de resultado, y además se trata de un quehacer personal, lo que ha llevado a este Tribunal Superior a reiterar que este contrato se celebra *intuitu personae*, de manera que no puede tener el trabajador la facultad de designar libremente un sustituto sin necesidad de aprobación del empleador sin que se desnaturalice el carácter laboral de la relación, salvo que tal facultad carezca de entidad suficiente en la ejecución práctica del contrato. La retribución, que constituye el objeto de la obligación primordial del empresario, viene entendida en el amplio sentido del artículo 26.1 ET como “la totalidad de las percepciones económicas, en dinero o en especie”. Tal obligación deriva inmediatamente de la prestación de los servicios y es independiente de los beneficios que ésta reporte al empresario.

B) Es esencial al contrato la ajenidad o ajeneidad («por cuenta ajena»), es decir, que los frutos del trabajo se transfieren “*ab initio*” al empresario por el hecho del contrato y éste asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan sólo al empresario, existiendo para el trabajador una ajenidad de los riesgos.

C) Los servicios, para que sean laborales, han de ser prestados “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona” que los retribuye, bastando con que el trabajador se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario del empresario, sin que para ello sea preciso que esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea, como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de mayo de 1986, entre otras. En definitiva, se trata de que el trabajo se realice “bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”, como reafirma el artículo 20.1 ET. En esto consiste la clásica nota de dependencia o subordinación.

Por otra parte, el Alto Tribunal, en sus Sentencias de 14 de noviembre de 1983 y 10 de abril de 1984, entre otras muchas, tiene declarado que la determinación de si una relación *inter partes* tiene o no naturaleza laboral, no depende ni de como la denominen ni la conciban las partes, ni de ninguna decisión o resolución administrativa, sino que tan sólo compete a los órganos judiciales, que han de atender a su verdadero contenido obligacional para determinar la auténtica naturaleza de aquélla, señalando así mismo que la línea

II. Trabajador

divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social, imperando un casuismo en la materia que obliga a atender a las específicas circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, y que la nota diferencial, en todo caso, hay que buscarla, no en la prestación de un servicio por cuenta de otro ni en la percepción de una remuneración a cambio, rasgos que son también comunes al arrendamiento civil de servicios, sino en el ejercicio de la actividad en situación de dependencia (Sentencias de 13 de noviembre de 1989 y 8 de octubre de 1992), elemento último que no se equipara con una subordinación absoluta al empresario, pues basta para que sea apreciable con la inserción del sujeto en el círculo organicista y rector de la persona para la que realiza la labor, es decir, como indican los artículos 1.1 y 8.1 ET, con que el servicio se presente “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (Sentencia de 14 de febrero de 1994).

Partiendo de lo antes señalado con carácter general y centrándonos en el supuesto enjuiciado —concluye la Sala sentenciadora— entendemos que no estamos en presencia de una relación laboral entre el hoy actor y la empresa demandada, pues el demandante es socio y representante de la sociedad XXX, con la que la demandada TVE pactó en su día un contrato mercantil siendo su objeto el suministro por ésta a aquélla de los servicios de corresponsalía gráfica para uno de sus centros territoriales, lo que hace patente que la relación establecida es una relación entre dos empresas, y no entre una empresa y un trabajador. A ello se añade que la prestación de los servicios por el actor no lo es para la demandada sino para la sociedad XXX, en cuanto socio de ella.

Es, por lo demás, irrelevante el hecho de que el responsable de informativos de TVE indicara cuáles son las noticias de interés cuyo reportaje después realizaba el actor, para lo que utilizaba su propio material y herramientas de trabajo, con amplia libertad horaria sin sujeción a la disciplina empresarial. Pues nada en contrario se ha probado por el actor, que es a quien correspondía la carga de la prueba. Que, por cierto, tampoco ha probado que existiera una retribución que la demandada abonara al actor sino que la empresa XXX facturaba a TVE teniendo en cuenta las noticias y reportajes elaborados y ésta abonaba a aquélla tal facturación conforme a los precios en su momento pactados en el contrato celebrado por ambas.

3. La tesis a la que llega la Sala es razonable a la vista de los hechos probados y, sobre todo, a la vista de los hechos que no se probaron ni se recogieron en el relato de hechos probados, principalmente los detalles del trabajo realizado por el actor para TVE en cuanto a derechos y deberes retributivos y de disciplina.

Curiosamente resucita en la sentencia un viejo debate propiciado por el Código de Trabajo de 1926, en cuyo artículo 3 se dispuso que “... los sujetos que celebren el contrato, tanto patronos como obreros, podrán ser bien personas naturales o individuos, bien personas jurídicas o colectiva”, precepto que, incompresiblemente, dado su alto rigor técnico, pasaría luego al artículo 4 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931. Pero esa deficiencia

jurídica, que es copiada acríticamente por el mismo precepto en la refundición de la ley de 1944, fue prontamente criticado por doctrina y jurisprudencia, siendo tema resuelto desde hace muchos decenios, en el sentido de que el trabajador sujeto al derecho del trabajo no puede ser sino una persona física.

STS de 7 de mayo de 2009 (Recurso de Suplicación núm. 222/2009), I.L. J 1081.

1. Las partes enfrentadas en el juicio mantuvieron durante más de once años una relación mercantil a través de un contrato de arrendamiento de servicios. La relación se inició en el año 1997 tras un proceso selectivo iniciado por la demandada en instancia. En el transcurso de este proceso selectivo se puso en conocimiento de los aspirantes que la empresa no contrataba a personas físicas. Siendo elegida finalmente por la empresa la demandante para ejercer la corresponsalía literaria de la provincia de Segovia. En junio de 2007 la demandante constituyó una empresa de responsabilidad limitada, que días después fue contratada por la demandada. Mediante dicho contrato la empresa constituida por la demandante se comprometía a suministrar servicios de información literaria y noticias generadas en la provincia de Segovia, en carácter de exclusividad y con disponibilidad horaria. Durante la vigencia de la relación que vinculaba a las partes la actora hablaba diariamente con el director del centro territorial de Castilla y León, recibiendo de éste instrucciones directas sobre su trabajo, sobre las noticias que debía cubrir y sobre el tratamiento que debía darle a éstas. Así mismo la trabajadora usaba los medios materiales de la empresa, teniendo incluso las llaves del centro territorial de trabajo de la empresa para poder remitir las noticias desde allí.

Hasta que en 2008 la empresa comunicó a la empresa, constituida por la demandante, la rescisión del contrato por motivos organizativos, el único cliente de la empresa constituida fue la empresa ahora demandada. Tras la comunicación de la rescisión la trabajadora recurre al orden social para que éste reconozca la relación laboral que unía a las partes, así como para que condene a la mercantil al pago de las cantidades no cobradas indebidamente por la trabajadora al no habersele reconocido esta condición durante 11 años. Ascendiendo esta cantidad a 10.485,20 euros. Frente a la resolución judicial del Tribunal de lo Social que desestimaba la previsible excepción de incompetencia presentada por la representación de la mercantil, y que estimaba las pretensiones anteriores de la trabajadora presenta recurso de súplica la mercantil.

2. En su sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León debe enfrentarse en primer término a la resolución de diversos incidentes para la revisión fáctica de los hechos declarados probados por la sentencia del Tribunal de lo Social. A todos ellos responde el Tribunal recordando que la excepcionalidad del recurso de súplica impide que la revisión se produzca cuando no se cumplan los requisitos señalados por el Tribunal Supremo en múltiples sentencias hasta convertirse en la actualidad en doctrina aplicada pacíficamente por los tribunales. Así, el recurso debe señalar específicamente aquel hecho, o aquella parte que se considere equivocada, aportando simultáneamente una redacción adecuada. Segundo, se deben citar pormenorizadamente aquellos documentos que avalen de manera inequívoca la modificación de los hechos reclamada por la parte. La transformación

II. Trabajador

de los hechos deberá provenir de manera indubitada de los documentos alegados, sin que exista la necesidad de realizar valoraciones adicionales. Y finalmente, tercero, que el cambio en la narración de los hechos sea relevante en la instancia procesal que enjuicia, o pueda serlo en una superior.

En virtud del anterior razonamiento, el Tribunal rechaza especificar en mayor medida el objeto social de la empresa interpuesta entre el verdadero empleador y la trabajadora por cuenta ajena, por no ser trascendente para la parte dispositiva de la sentencia. Rechaza igualmente suprimir de los fundamentos de hecho que el trabajo era desarrollado por la trabajadora en exclusiva y con disponibilidad horaria, al no poder entrar a valorar la Sala nuevamente la prueba aportada en el juicio ante el Tribunal de lo Social. Y rechaza declarar como hecho probado que la prestación de la empresa constituida por la trabajadora fuera de resultado, y no de mera actividad, alegación también rechazada al no poder inferirse de la documentación señalada dicha aseveración.

Sí obtiene el beneplácito de la Sala la reclamación para incorporar a la fundamentación de la sentencia que la trabajadora estuvo dada de alta en el régimen general como trabajadora por cuenta ajena de la empresa constituida por ella misma y su marido desde el mismo momento de su constitución y hasta el año 2001.

Una vez superadas las reclamaciones procesales el Tribunal puede entrar a conocer sobre el fondo del asunto. En concreto sobre la reclamación de la aplicación indebida del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores efectuada por la parte empresarial. Es decir, el Tribunal debe decidir si en el caso que nos ocupa concurren en la persona de la trabajadora los requisitos de dependencia, ajenidad, voluntariedad y retribución.

Ratifica el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León la sentencia emitida por el Tribunal de lo Social, y vuelve a reconocer que la prestación realizada por la trabajadora era una prestación laboral. Declarando que el contrato celebrado entre las dos empresas era un contrato simulado, cuya finalidad era encubrir la prestación laboral de la trabajadora. Entiende el Tribunal que era la dirección de la empresa principal la que ejercía las facultades de dirección y control sobre la trabajadora, es decir, que la trabajadora desarrollaba su actividad de manera dependiente de la dirección de la empresa. Desempeñando además su actividad por cuenta de la mercantil principal, como demuestra la compensación por los gastos en los que pudiera incurrir la trabajadora en el ejercicio de su actividad, y la entrega de las noticias y del material elaborado en régimen de propiedad a la mercantil principal, situación que impedía su cesión a terceros por parte de la trabajadora.

3. El fallo de la sentencia no puede ser más que compartido. No queda más remedio que declarar el carácter laboral de una relación que cumple todos los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores, máxime teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo que señala que la naturaleza laboral de una relación no depende de lo manifestado o señalado por las partes, sino que el enjuiciamiento del carácter laboral de una relación sólo depende del órgano jurisdiccional correspondiente que deberá basarse en el contenido obligacional pactado entre las partes para desvelar la auténtica naturaleza de la relación

que une a las partes, entre otras en Sentencias de 14 de noviembre de 1983 y de 10 de abril de 1984.

No obstante, aun compartiendo el sentir del fallo, cabe destacar que desde el inicio de la relación y hasta 2001, cuando la trabajadora pasa de estar inscrita en el régimen general como trabajadora por cuenta ajena a estar dada de alta en el régimen especial de los trabajadores autónomos, es posible identificar una cesión ilegal de trabajadores entre la empresa constituida por la propia trabajadora y la mercantil demandada. A buen seguro dicha infracción no fue denunciada por las partes para evitar perjuicios seguros para ambas. Pero la ausencia de infraestructura propia de la empresa interpuesta, las órdenes directas recibidas por la trabajadora de la empresa interpuesta, y el control ejercido por la dirección de la empresa matriz hacen patente la simulación del contrato entre las empresas. Por tanto, aun en el caso de no haber sido reconocida la relación laboral entre las partes, debería haber sido declarada constitutiva de una cesión ilegal de trabajadores al menos durante los primeros años de la relación.

d) Actividad por cuenta ajena

STSJ de Murcia de 24 de marzo de 2009 (recurso de suplicación 192/2009), J.L. J 945.

1. La empresa Consulting, SL se venía dedicando a la captación de alumnos que interesaban se les diera clases particulares. A tales efectos publicitó la intermediación de clases particulares y la necesidad de profesores para impartir clases particulares. A las personas que se ofrecieron para dar clases, se les suscribieron contratos mercantiles de mediación, y se preveía que “Consulting, SL captar clientes que precisen la prestación de clases particulares a domicilio, recogiendo los datos personales del alumno, los cuales serán facilitados al profesor, que sólo podrá hacer uso de ellos a los efectos de este contrato”. El profesor debía ponerse de acuerdo con el alumno en cuanto al horario a convenir, comunicándolo a la mercantil. El profesor confiere a la mercantil un mandato de cobro, para que en su nombre y representación gestione y reciba de los alumnos el importe de clases contratadas. El profesor solicitante cobrará después de abonar a la mercantil Consulting, SL por sus servicios de mediación, un mínimo de: 11 euros/hora por las clases de Primaria y Eso, 12 euros/hora por las clases de Bachiller, 13 euros/hora por las clases de Informática. Se sumará 1 euro/hora a cada uno de los honorarios anteriores si la clase implica desplazamiento fuera de la capital. Dichos honorarios estarán exentos de IVA, al ser la educación una actividad exenta. La vigencia de este contrato será desde su firma y por el tiempo indefinido, aunque cualquiera de la parte podrá resolverlo comunicándose a la otra parte de forma fehaciente con una antelación mínima de siete días. En caso de resolución del contrato se compromete a no trabajar como profesor o tutor de las personas que hayan sido clientes de Consulting, SL durante un plazo de 18 meses. De igual forma, se compromete a no impartir clases a personas a las que conociera a través de alumnos de Schoola (referidos de clientes), mientras esté vigente el contrato y hasta 12 meses después. Por cada violación de estos pactos se establece una penalización de 1.000

II. Trabajador

euros que se aplicará a cada uno de los clientes para los que trabaje. Los padres o alumnos determinaban el horario y la materia sobre la que deseaban se impartiera la clase y Consulting, SL buscaba profesor de la materia que pudiera dar la clase a tal hora. El profesor puesto en contacto por la empresa acudía a casa del alumno; y con su propio material o el del alumno impartía la clase. Al final de ésta se le entregaba un talón relleno. El actor percibía su importe, según el tipo de enseñanza, presentándolo en la empresa y previo descuento de una cantidad indeterminada “por sus servicios de mediación”.

2. Del contrato suscrito por los actores y la demandada, los bonos a través de los cuales se acreditaba la impartición de las clases particulares y los justificantes del pago de los servicios prestados, se desprende que los servicios que los demandantes prestaban eran los relacionados con la enseñanza de distintas materias, la cual se llevaba a cabo en el domicilio de los particulares interesados, de manera que siendo la actividad de los demandantes la impartición de enseñanza a través de las correspondientes clases, la empresa demandada no tenía por objeto la enseñanza, pues carecía de una organización de medios y patrimonio tendente a tal fin, dado que ésta carecía de aulas, libros de texto, o de cualquier material dedicado a tal actividad, ya que se desarrollaba en el domicilio del individuo interesado. En la relación jurídica entre los actores y Consulting, SL no se da la nota de dependencia, pues éstos, a efectos de impartir clases, no estaban sometidos al poder de dirección y organización de la demandada, pues ésta carecía de organización alguna dedicada a la enseñanza.

La actividad de la empresa se limitaba a poner en contacto a los alumnos que deseaban recibir clases particulares y a los profesores que estaban dispuestos a impartirlas, pero el número de clases, su duración y el horario se convenía entre profesor y alumno; pone de manifiesto la ausencia de ajenidad en la relación entre los actores y Consulting, SL, dado que aquéllos no se obligan a prestar a ésta un número determinado de horas de enseñanza o clases, a la semana, mes o año, a cambio de una retribución, haciendo de tal manera entrega o cesión anticipada de su trabajo a favor de la empresa, la cual disponía de éste para ofrecerlo a terceros, sino que era el propio profesor el que convenía con el alumno el número de horas de clase, su duración y horario de impartición, de modo que, incluso, si algún día no acudía a la clase ninguna responsabilidad podría exigírle Consulting.

El profesor cobraba en función de las horas de clase impartidas. La retribución del profesor era satisfecha por Consulting a razón de un precio por hora que estaba previamente fijado en el contrato; para reclamar el cobro, el profesor debía acreditar el número de horas de clase impartidas para lo cual se utilizaban unos cheques o bonos que deberían de estar firmados por el alumno y por el profesor, haciendo constar la fecha de la clase y la materia impartida. Tal documento era utilizado por Consulting para reclamar el pago de honorarios al alumno, de modo que la diferencia entre el valor de la hora que el particular abonaba a Consulting y el precio que por la misma actividad ésta pagaba al profesor constituía el beneficio que la empresa obtenía por la actividad de intermediación que realizaba. El percibo de haberes en cuantía determinada por el número de clases impartidas resulta, asimismo, extraño a la normal retribución de los servicios laborales, la cual se realiza por períodos de tiempo concretos, normalmente por meses, y en cuantía determinada por la jornada pactada entre trabajador y empresario, jornada que en el presente caso no existía.

El TSJ aprecia que los contratos suscritos por los actores con la empresa Consulting, SL, no reúnen los caracteres para ser considerados contratos de trabajo.

3. No resulta demasiado convincente alguno de los argumentos que se exponen en la sentencia del TSJ pues, si la empresa no tenía por objeto la impartición de servicios de docencia, es lógico que su organización fuera ajena a la propia de la enseñanza, no obstante lo cual tenía una estructura suficiente para comunicarse con los clientes, personas o empresas y con los profesores, dado que era una empresa de servicios. El profesor debía ponerse en contacto con el alumno para concretar el horario en que impartir las clases en su domicilio. El alumno mediaba firmando un recibo de prestación del servicio y del tiempo prestado, que servía para que la demandada abonase honorarios al profesor. Honorarios que estaban previamente establecidos por la demandada en función del tipo de clase y de las horas que durase. No consta que el profesor pudiese dejar de acudir a contactar con el alumno el lugar y la hora de impartición de la enseñanza, siendo indiferente que el lugar de prestación de los servicios sea o no el centro de trabajo de la empresa.

Es evidente que los servicios que prestaba el profesor lo hacía por encargo de la demandada, que percibía un beneficio, consistente en la diferencia entre lo que pagaba al profesor y lo que recibía del alumno, ajenidad en la utilidad patrimonial. La retribución del profesor, aunque no se fijaba por semanas o meses, es plenamente conforme a la estructura del contrato trabajo, ya que en el artículo 26.1 ET se expresa “cualquiera que sea la forma de remuneración”, lo que implica que puede hacerse en función del trabajo prestado y del tiempo dedicado.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

STSJ de La Rioja de 18 de marzo de 2009 (recurso de suplicación 37/2009) I.L. J 957.

1. La demandante presentó demanda sobre reconocimiento de derecho frente al Servicio riojano de empleo y otros. La demandante prestaba servicios como personal laboral para la empresa FORCEM desde 1998. En el año 2004 la empresa Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo absorbió y se subrogó en la posición de FORCEM. La actora pasó a trabajar para ella manteniendo todos sus derechos, antigüedad consolidada, categoría, salario y transformación de su contrato temporal en uno indefinido a partir de 2005. Con posterioridad, el Patronato de la Fundación acordó el traspaso a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en concreto al Servicio Riojano de Empleo, de la totalidad de los medios humanos, técnicos y materiales de que disponía la Fundación en su centro de trabajo de Logroño. Por lo anterior la demandante pasó con efectos de 2007 a formar parte de la plantilla del servicio riojano de empleo que quedó subrogado en todos los derechos y obligaciones.

II. Trabajador

En paralelo, en la misma fecha, el gerente de la fundación tripartita y el consejero de economía y hacienda en representación de la comunidad autónoma y por lo tanto del Servicio Riojano de Empleo se firmaron el convenio sobre el traspaso en el que se ratificaba la subrogación de la comunidad autónoma. La actora fue dada de baja en la fundación tripartita el 30 de abril de 2007 y fue dada de alta el 1 de mayo de 2007. En ese mismo mes, el día 14, le fueron notificadas sendas resoluciones de acuerdo de nombramiento y formalización de toma de posesión en puesto de trabajo y en base a dichos acuerdos se procedía a nombrar a la ahora demandante como funcionaria interina del Cuerpo Auxiliar de la Administración General con destino en el Servicio Riojano de Empleo. En la primera nómina que recibió aparecía ya como funcionaria interina con una antigüedad desde 1 de mayo. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda de la actora absolviendo al Servicio Riojano de Empleo, a la Dirección General de la Función Pública y a la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo. La demandante presentó recurso de suplicación en el TSJ cuya sentencia ahora se comenta.

2. La Sala considera que el supuesto planteado en el recurso es similar al resuelto por la misma Sala en Sentencia de 13 de marzo de 2009 y que merece idéntica respuesta. La Sala entiende que de oficio ha de examinar la competencia del orden jurisdiccional social por razón de la materia. Para analizar la cuestión se parte de las concretas pretensiones planteadas así como de la concreta causa de pedir en la que se basa la solicitud. La parte demandante dedujo su demanda con el intento de obtener del órgano judicial un pronunciamiento en el que se reconociera su condición de contratada con carácter laboral indefinido con todos los derechos y obligaciones acreditados a fecha de la subrogación de su contrato de la Fundación Tripartita para la Formación al Servicio Riojano de Empleo. Por lo tanto, en el presente caso, la petición es la declaración de fijeza laboral frente a una relación funcional de carácter interino irregularmente constituida. Se afirma por la demandante que su nombramiento como funcionaria interina no se ajustó a la legalidad. Pero la Sala responde que no puede darse una respuesta judicial a la petición sin que previamente se decida sobre la afirmada ilegalidad de la relación funcional y ese juicio sobre la legalidad o ilegalidad del nombramiento funcional sólo puede hacerse por la jurisdicción contencioso-administrativa. (Aquí se hace referencia en la sentencia a que la propia demandante ya tiene impugnado su nombramiento por esa vía jurisdiccional.)

La Sala también se interroga si podría entenderse que se trata de una cuestión prejudicial administrativa que sirviera instrumentalmente para resolver en el ámbito de la jurisdicción social la petición sobre fijeza laboral. Pero llega a la conclusión de que no hay tal cuestión prejudicial porque entiende que no se está ante una cuestión administrativa conexas con una principal laboral, sino que se está ante una misma cuestión, la misma relación, y sobre ella intentan converger dos calificaciones jurídicas distintas, la que le atribuye naturaleza laboral y la que le atribuye naturaleza administrativa. A mayor abundamiento la Sala invoca la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, que en Sentencias como la de 20 de octubre de 1998, sostiene que el Orden Social de la Jurisdicción carece de competencia para resolver asuntos en los que funcionarios interinos de la administración formulan peticiones análogas.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala del TSJ de La Rioja declara la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda planteada por corresponder su enjuiciamiento a los órganos del orden contencioso-administrativo. En consecuencia, declara la nulidad de las actuaciones practicadas en la instancia.

3. El supuesto de hecho que ha dado pie a la sentencia que ahora comentamos es claramente ilustrativo de cómo las administraciones públicas utilizan en no pocas ocasiones los instrumentos de contratación a su antojo, prevaleciéndose de su estatuto jurídico para desconocer derechos laborales consolidados de sus trabajadores. Existen un sinnúmero de ejemplos en los que se materializa esta práctica del nombramiento de funcionarios interinos para evitar su consideración como trabajadores con un contrato de trabajo indefinido, y esta práctica se encuentra, además, del lado de una jurisprudencia que sujetándose en argumentaciones rigurosas y formalistas avala la impunidad de estas actuaciones.

La decisión de transformar una relación laboral en funcionarial se puede producir en determinados casos con un afán no tanto de corte reorganizativo, sino elusivo de la aplicación de una normativa, la laboral, que en el caso de existir probadas irregularidades en la contratación, traería consigo consecuencias no deseadas por la Administración. Con el nombramiento como funcionario interino del que hasta el momento venía siendo un trabajador, se evita la aplicación de la presunción de la relación laboral por tiempo indefinido prevista en el ordenamiento jurídico laboral con el consiguiente fraude de ley que supone el recurso a una figura jurídica, más que para cumplir la normativa a ella aplicable, para eludir la imperatividad de otro precepto.

El Tribunal Supremo apoyándose en la existencia de doctrina unificada sobre la cuestión viene declarando que el orden social de la jurisdicción carece de competencia para conocer pretensiones como las planteadas porque se trata de decidir sobre la validez de la relación funcionarial y eso es competencia del orden contencioso-administrativo. Obstáculos de índole formal impiden por el momento la toma en consideración de cuestiones de fondo que resultan importantísimas. Tanto más cuando, como es el caso, la actual relación funcionarial ha estado precedida de una relación laboral temporal cuya finalización fue calificada por sentencia como un despido improcedente. Con independencia del necesario respeto hacia la separación entre los órdenes jurisdiccionales y el reconocimiento de la plena competencia del contencioso-administrativo para el conocimiento de las materias que le son propias, existen determinados supuestos en los que, vistos los antecedentes y la realidad que conforma su sustrato, resulta necesario “levantar el velo” de la separación de regímenes para saber con garantías si ha existido, como parece ser éste el caso, una utilización fraudulenta de la figura del funcionario interino con el propósito de eludir la aplicación de la norma laboral. No sería, por otra parte, la primera vez que esto se realiza. Ya se ha visto cómo con la contratación administrativa los tribunales de lo social no han eludido la cuestión y han entrado a examinar si verdaderamente la relación en cuestión respondía a los parámetros administrativos o se trataba más bien una relación laboral encubierta.

La STS de 20 de octubre de 1998, que invoca en su fundamentación jurídica el TSJ de La Rioja, tenía un importante voto particular en el que se tuvo en cuenta una Resolución

II. Trabajador

de la Sala de 2 de febrero de 1994 favorable a la aceptación de la competencia del orden social. En ella se está contemplando la situación de los trabajadores con contrato laboral que más tarde son contratados por vía administrativa, y se está aceptando expresamente la competencia para conocer sobre la legalidad o no de dicha contratación como una cuestión previa a la de decidir sobre la competencia resolviendo por lo tanto con diferente criterio jurídico una situación que, no siendo igual, es muy semejante a la de los funcionarios interinos que previamente han sido contratados laborales y que impugnan la legalidad de su nombramiento por infracción de la normativa laboral.

En la doctrina del Tribunal Supremo relativa a esta cuestión se puede apreciar que la Sala está dando soluciones distintas a dos situaciones que presentan el mismo problema. Así, declara la incompetencia cuando se está en presencia de unos demandantes que primero fueron trabajadores en régimen laboral y luego fueron nombrados funcionarios y ello no se corresponde con otros pronunciamientos de aceptación de la competencia y decisión de fondo cuando se está en presencia de contratados administrativos. En ambos casos el orden social se encuentra ante una relación previa de carácter administrativo.

Esta realidad tiene, además, el efecto pernicioso de provocar confusión y que haya sentencias que se apoyen en la Jurisprudencia existente en materia de contratación administrativa para dar una respuesta a los conflictos surgidos a propósito de los nombramientos de funcionarios interinos y la competencia del orden social para conocer sobre ellos. Todo ello, unido a la disparidad de tratamiento de dos situaciones que, como se apuntaba, son similares, hace necesario, como se ponía de manifiesto en el citado voto particular: “contemplar bajo un mismo prisma la decisión que definitivamente haya que utilizar para la solución satisfactoria y uniforme de las dos cuestiones antedichas”.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

STSJ del País Vasco, de 31 de marzo de 2009 (recurso de suplicación 540/2009), I.L. J 956.

1. El caso que analiza la sentencia comentada se refiere a la calificación jurídica de la relación profesional que vinculaba a un transportista con la empresa que le contrata antes de que ésta procediera a su extinción.

En este sentido, tras el planteamiento de la correspondiente acción por despido por parte del transportista, el Tribunal estudia la eventual existencia de competencia de la jurisdicción social en el caso objeto de las actuaciones.

El supuesto de hecho describe a un transportista que es propietario del vehículo que utiliza para la prestación de sus servicios profesionales y se hace cargo de sus gastos y costes.

Dicho vehículo tiene un peso máximo inferior al requerido para necesitar una autorización administrativa de transporte conforme a la Ley 16/1987 y el Real Decreto 121/1990.

Asimismo, el transportista se encuentra dado de alta en el RETA de la Seguridad Social teniendo concertada la cobertura de accidentes de trabajo con una Mutua y, por otra parte, también se encuentra dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas en la actividad de Transporte de Mercancías por Carretera.

En la relación de hechos probados de la sentencia de instancia consta igualmente que el transportista, desde hacía alrededor de tres años, venía girando facturas a la empresa por los servicios prestados en cada mes y con las variaciones dependientes del volumen de servicios acometidos, incrementándose dichas facturas con el IVA correspondiente.

De igual modo, quedó acreditado en la instancia que el transportista prestó servicios de transporte de forma puntual a terceros ajenos a la empresa demandada.

El transportista asumía el control de su actividad profesional ordinaria, fijando el mismo el período de disfrute de sus vacaciones y pudiendo rehusar servicios.

2. El Tribunal, sobre la base de los hechos declarados en la instancia, declara la incompetencia de la jurisdicción social al entender que la relación profesional existente entre el transportista y la empresa que le contrató no podía considerarse laboral.

Dicha conclusión se extrae tomando en consideración las siguientes circunstancias fácticas:

El transportista realizaba su actividad con un vehículo de su propiedad, siendo a su cargo su mantenimiento y sin que la demandada aportara medio material alguno para la prestación de servicios objeto del contrato.

No se había pactado la exclusividad e incluso quedó demostrado que el transportista había prestado servicios para otras empresas distintas de la empresa demandada.

La retribución no era fija sino que, muy al contrario, ésta variaba en función del volumen de servicios que encargaba la empresa, a la que el transportista presentaba para el cobro las facturas mensuales, con el importe incrementado en el correspondiente IVA.

El transportista podía rehusar encargos y elegía unilateralmente los períodos de vacaciones.

El transportista se encontraba dado de alta en el RETA de la Seguridad Social y en el Impuesto de Actividades Económicas.

II. Trabajador

3. Los criterios utilizados por el Tribunal para excluir la relación profesional entre el transportista y la empresa demandada del ámbito laboral vienen siendo utilizados de forma reiterada por la doctrina judicial para analizar la concurrencia de indicios de laboralidad.

Sin embargo, resulta relevante en este caso el hecho de que el Tribunal no tome en consideración que el vehículo que empleaba el transportista no alcanzase el límite de peso que obliga a solicitar una autorización administrativa de transporte.

En definitiva, el Tribunal colige que la circunstancia de que no exista necesidad de obtener la autorización administrativa de transporte no determina *per se* la existencia de relación laboral, sino que, una vez acreditado ese extremo, ha de analizarse posteriormente la concurrencia de las notas o indicios de laboralidad para decretar la existencia o no de relación laboral por cuenta ajena.

La anterior conclusión del Tribunal entra en cierta contradicción con la doctrina judicial que, a la luz de la redacción del artículo 1.3.g). II del Estatuto de los Trabajadores, venía entendiendo como nota determinante de la laboralidad la falta de obligación de solicitar la autorización administrativa para el transportista.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Madrid, de 4 de febrero de 2009 (recurso de suplicación 5483/2008), J.L. J 769.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) frente a la sentencia de instancia que declara que la extinción del contrato de trabajo de doña Francisca constituye un despido nulo. Los hechos probados de los que parte son los siguientes: la demandante, doña Francisca, ha venido prestando servicios como trabajadora social en la Consejería de Vivienda de la CAM durante seis años, prestación articulada a través de sucesivos contratos administrativos. La demandante desempeñaba su actividad en las dependencias de la demandada de forma habitual, donde tenía despacho propio, cumpliendo una jornada de trabajo y disfrutando del período de vacaciones de la forma y orden que disponía la Jefa de Sección y Área. Asimismo, utilizaba los medios materiales e instrumentos informáticos de la CAM, el teléfono de atención a los usuarios, así como el fax y el correo ordinario. Sus funciones consistían en la baremación, tramitación e información sobre las solicitudes de vivienda protegida, utilizando los instrumentos de la Consejería; visitaba, junto a otra trabajadora social, los domicilios de los solicitantes para informar los expedientes, informes que eran remitidos a la Jefa de Sección para su visado. Dadas las condiciones en que desarrolla su actividad, doña Francisca decide interponer reclamación previa contra la Consejería solicitando que se declare la naturaleza laboral de su relación. Al poco tiempo se ve cesada en sus funciones.

2. El TSJ de Madrid confirma la solución de la sentencia de instancia. Para ello entra a analizar tres cuestiones fundamentales: la primera, referida a los límites de la legislación en

materia de contratación administrativa para contratar servicios como los desempeñados por la demandante; la segunda, dirigida a analizar la concurrencia de los presupuestos de laboralidad en el caso formulado, y la tercera, sobre la causa subyacente al cese de la trabajadora y la posible infracción del principio de indemnidad. En cuanto a la primera de las cuestiones, la Sala de lo Social analiza la legalidad de los sucesivos contratos administrativos de asistencia técnica mediante los que se ha articulado la relación entre doña Francisca y la CAM, amparados en las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En su análisis se destacan varios hitos en la evolución normativa en este ámbito. Así, se indica cómo la distinción entre la contratación administrativa y la laboral experimentó un cambio fundamental a partir de la promulgación de la Ley 30/1984, que con su DA Cuarta pretendió eliminar la posibilidad, antes permitida, de contratar administrativamente a trabajadores para la realización de trabajos específicos. Posteriormente, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas autorizó la contratación por la Administración de los trabajos de consultoría y asistencia, siempre que se contrataran servicios y trabajos concretos no habituales en la Administración, posibilidad que fue suprimida por la ulterior Ley 53/1999, de 28 de diciembre. De tal modo que los servicios prestados por la demandante se califican en la resolución examinada como habituales, luego no es posible calificar los sucesivos contratos por su naturaleza administrativa. Muy al contrario, dados los hechos probados y las circunstancias, ya expuestas, en las que se desarrolla su actividad, la Sala concluye la existencia de ajenidad y dependencia en la relación de la demandante, declarando su naturaleza laboral e indefinida. Por último, y entrando en el examen de una posible vulneración del principio de indemnidad, la Sala de lo Social indica que se dan todas las condiciones para resolver que no existe causa para el cese de la actora, más que la acción judicial que interpuso para solicitar el reconocimiento de sus derechos como trabajadora en régimen laboral, sin que haya quedado acreditada otra causa que justifique la finalización del contrato, por lo que se confirma la nulidad de la extinción declarada por la sentencia de instancia.

3. Se confirma, una vez más, la sangrante situación en la que numerosos trabajadores prestan sus servicios para las Administraciones Públicas bajo la apariencia de una contratación administrativa y, sin embargo, cumpliendo todos los presupuestos de laboralidad. El cese sin causa de la actividad de la actora muestra la vulnerabilidad de este colectivo. No obstante, la doctrina asentada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid es clara al respecto. Así, expone el desarrollo normativo de los contratos administrativos usualmente utilizados en la instrumentalización de estos servicios concluyendo la imposibilidad de que actividades y servicios prestados a la población por las Administraciones con habitualidad no pueden ser desempeñados por personas contratadas administrativamente por tiempo determinado y excluidos del ámbito de protección dispensada por la legislación laboral. Otra cuestión fundamental es la referida a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la sentencia en materia de vulneración del principio de indemnidad, doctrina que sólo puede ser aplicada en supuestos como el que se comenta, en los que el trabajador o trabajadora afectados hayan iniciado correctamente el procedimiento previsto por la legislación para reivindicar la subsanación de la situación laboral en la que se encuentran.

II. Trabajador

STS de 17 de junio de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 338/2007), J.L. J 86.

1. En esta ocasión, corresponde a la Sala de lo Social del TS resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante frente a la sentencia del TSJ de Granada que, a su vez, confirma la resolución del tribunal de instancia, que indica la falta de competencia del orden social para dictaminar la naturaleza jurídico-laboral de una prestación de servicios articulada por sucesivos contratos firmados al amparo de la legislación en materia de Contratos de las Administraciones Públicas. Los hechos de los que se ha de partir son los siguientes: la actora ha venido prestando servicios durante años sucesivos para la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía como Ingeniero Técnico Forestal. En particular sus funciones han consistido en prestar servicios de asistencia y consultoría en materia de vías pecuarias, emitiendo Informes técnicos y resolviendo todas las consultas sobre cuestiones que surgieran a lo largo de la gestión de dichas vías. Esta labor se realiza bajo la supervisión de la Coordinadora de Vías Pecuarias de la Consejería. La duración de la vinculación era la de un año, salvo prórroga que acordaba el Director Facultativo en virtud de las necesidades de la Consejería. Las retribuciones se acordaban por un precio unitario por contrato, que se pagaba por meses vencidos previa presentación de factura con el correspondiente IVA. La Secretaría General Técnica de la Consejería era la que determinaba el lugar o lugares en que se debían desarrollar las actividades externas de la actora, quien también realizaba un trabajo diario de oficina en las dependencias de la Consejería, con horario de oficina. Asimismo, la actora disfrutaba de los permisos y períodos de vacaciones previa comunicación oral a la dirección facultativa. La Consejería extingue el vínculo jurídico con la actora, por lo que ésta interpone demanda por despido. Ante la desestimación de su demanda interpone recurso de suplicación y, a continuación, recurso de casación, aportando la correspondiente sentencia de contradicción.

2. La Sala de lo Social advierte la existencia de contradicción entre las dos sentencias comparadas, lo que justifica que entre en el fondo del asunto para valorar la validez de las resoluciones recurridas por la actora. Con este fin, la sentencia objeto de comentario recoge la doctrina del propio TS en materia de la difícil delimitación entre la contratación administrativa y la contratación laboral por las Administraciones Públicas de actividades como las desarrolladas por la parte hoy recurrente. Así, parte de la DA Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con cuyo contenido se pretendió eliminar la posibilidad, antes permitida, de que la Administración pudiera contratar trabajadores a su servicio por la vía de la contratación administrativa. Se destaca cómo esta prohibición general siempre planteó el problema interpretativo de si, conforme a la ley anteriormente citada, y después la de Contratos de las Administraciones Públicas, era posible contratar administrativamente los trabajos de consultoría y asistencia de los servicios y los trabajos específicos y concretos no habituales que necesitaba la Administración. Ante estas dudas, la jurisprudencia del TS se consolidó en el sentido de que lo que preveía la legislación en la materia era la posibilidad de contratación administrativa de trabajos de “tipo excepcional”, de un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final, de forma que no cabía encubrir con un contrato formalmente administrativo una relación de hecho laboral. La legislación posterior suprimió siquiera esa posibilidad de contratación excepcional, lo

que confirmó, desde el punto de vista de la Sala de lo Social, su doctrina en este punto. De acuerdo con ella, el caso presentado a enjuiciamiento es el de una relación laboral sólo en apariencia y formalmente administrativa. Se destaca entre los hechos probados que en el desarrollo o a la finalización de los distintos contratos celebrados entre la actora y la correspondiente Administración no se haya efectuado una evaluación de objetivos cumplidos o del trabajo realizado en relación con la obra o servicio objeto de éstos. Por todo ello se reconoce la competencia del orden social para resolver la cuestión.

3. La doctrina del TS en este punto gira en torno a una clave, y es la determinación de la excepcionalidad de la prestación de servicios contratada; prestación de servicios que se agota en sí misma cuando alcanza el objeto del contrato celebrado. De tal modo que, en supuestos como el planteado, en que la actividad es habitualmente desarrollada por la Administración; habitualidad que se reafirma con la prolongación de la relación por años sucesivos; cuando el objeto del contrato es siempre el mismo y relacionado con la cualificación profesional de quien desarrolla la actividad y con una de las funciones típicas de la Administración demandada, y cuando, además, el trabajador se integra completamente en la organización de la Administración, se está ante una relación de naturaleza laboral.

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

CÉSAR NAVARRO CONTRERAS (LOVELLS)

III. EMPRESARIO

Sumario

1. Consideración preliminar. **2. Empresario.** A) Concepto de empresario a efectos laborales. **3. Centro de trabajo.** A) El centro de trabajo es la unidad electoral a efectos de elecciones a comité de empresa y delegados de personal. **4. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria: criterios para declarar su existencia. B) Determinación de la antigüedad de un trabajador que presta servicios para varias empresas de un grupo. **5. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Concepto de propia actividad. C) Exclusión de las indemnizaciones por despido improcedente de la responsabilidad del empresario principal. D) Responsabilidad del empresario principal por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. **6. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Sucesión de contratos temporales fraudulentos: cálculo de antigüedad. **7. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. B) Efectos de la declaración de cesión ilegal en Administración Pública: trabajador indefinido no fijo con derecho de opción para el trabajador. **8. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión. B) Transmisión de empresa y sucesión de contratas. C) Rescate de servicios externalizados por Administración Local. D) Sucesión de concesiones administrativas prevista en el Convenio Colectivo.

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 5 a 8 de 2009 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 633 a 1127) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina aparecen indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Concepto de empresario a efectos laborales

Como motivo de una reclamación de cantidad realizada por una trabajadora que presta servicios como auxiliar administrativo, con dependencia orgánica de la Comunidad Autónoma de Canarias y dependencia funcional del Cabildo Insular de Gran Canaria, se discute la legitimación pasiva de la primera. La Comunidad Autónoma sostiene que habiendo delegado las competencias de Gestión de Centros de Atención a Minusválidos y Tercera Edad en los Cabildos Insulares, no cabe imputarle responsabilidad alguna respecto de las reclamaciones realizadas por las personas que prestan servicio en dichos centros. El Tribunal, tras estudiar la normativa de delegación, determina la responsabilidad de la Administración Autonómica, pronunciando que fundamenta en que, según el régimen jurídico aplicable al caso, esta Administración conserva respecto de los trabajadores afectados por la delegación de competencias las facultades disciplinarias, de cese y de abono de los salarios.

“Partiendo de la base de la referida norma rectora de la delegación de competencias, Decreto de la Vicepresidencia del Gobierno de Canarias 160/1997, de 11 de julio, nos encontramos con que conforme al artículo 1 se delega en los Cabildos Insulares las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de gestión de Servicios Sociales Especializados de Centros de Tercera Edad y Minusválidos de titularidad propia y la administración de los fondos públicos de la Administración Autonómica dedicado a subvencionar los Servicios Sociales Especializados.

El artículo 4 determina que en el marco de la delegación los Cabildos Insulares asumen en materia de personal, entre otras, la función de gestión del personal adscrito funcionalmente a los mismos.

El artículo 5 establece que las funciones y servicios delegados se dotarán con los recursos y medios personales y materiales precisos para la prestación de los correspondientes servicios.

El artículo 7 de la misma norma, especificando las funciones que se delegan a los Cabildos Insulares en materia de personal dice que son, entre otras, la gestión de nóminas del personal delegado (párrafo 14) y el reconocimiento de trienios y de la antigüedad (párrafo 18).

Por último, el artículo 53, párrafo 1º, letra d) de la Ley 14/1990 establece que, en todo caso, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias conservará sobre el personal a que este precepto se refiere las facultades relativas a la selección de funcionarios y de personal laboral con carácter indefinido, a la provisión de puestos de trabajo y a la separación del servicio o despido de acuerdo con la legislación que sea de aplicación.

A la vista de todo lo expuesto, hemos de concluir que, si bien la actora depende orgánicamente de la Comunidad Autónoma, funcionalmente depende del Cabildo Insular de Gran Canaria (y a partir del 20 de febrero de 1999 del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo Insular de Gran Canaria –IASS–), por lo cual su relación laboral se encuentra disociada al no haber existido una plena subrogación del Cabildo en el lugar de la Comunidad Autónoma (ni del Instituto codemandado en lugar del Cabildo). Así

III. Empresario

la Comunidad Autónoma se ha reservado la facultad disciplinaria y de cese de la actora, siendo responsable, además, del abono de sus salarios, mientras que el Cabildo ostenta la facultad organizativa. El desempeño de tales poderes, indisolublemente unidos a la figura del empresario, por parte de la Consejería demandada hace que en el plano laboral recaiga sobre ella la condición de empresario o empleador con independencia de la configuración administrativa que la misma adopte”. STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2009, I.L. J 911.

3. CENTRO DE TRABAJO

A) Determinación del concepto centro de trabajo a efectos de la convocatoria de elecciones a comité de empresa y delegados de personal

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de agrupar la totalidad de los establecimientos de venta de teléfonos móviles que una determinada empresa posee en Asturias como si de un centro de trabajo único se tratara a efectos de convocatoria de elecciones. Cada establecimiento afectado por dicha convocatoria cuenta con un responsable y un número de empleados que oscila entre dos y ocho. Los demandantes entienden que todos los establecimientos comerciales constituyen un centro de trabajo; por su parte, la empresa demandada sostiene que cada establecimiento constituye un centro de trabajo independiente, pues se trata de unidades productivas con organización específica y alta ante la Autoridad Laboral, como exige el artículo 1.5 ET. El Tribunal Supremo considera suficientemente acreditada la existencia de una pluralidad de centros de trabajo, conclusión que considera acreditada por la formalización de las altas y por la existencia de un responsable en cada establecimiento. Para ello, el Tribunal recuerda que la Sentencia recurrida “afirma con valor de hecho probado en la fundamentación jurídica que cada uno de los centros está dado de alta (Fundamento Tercero) y consta en el ordinal séptimo que cada centro cuenta con un libro de visitas debidamente diligenciado por la Inspección de Trabajo.

También nos dan noticia los ordinales cuarto, quinto y sexto de que en cada centro existe un *Manager* que responde del rendimiento en base a un presupuesto y objetivo personalizados que fija la Sociedad, dependiendo la retribución de dichos objetivos, diferenciándose las comisiones a percibir. Las cuentas corrientes e inventarios de cada centro son independientes.

Todo lo anterior ha permitido a la Sala de instancia afirmar la condición de centro de trabajo respecto de cada uno de los centros sin que el motivo dirigido a la apreciación de error en la prueba haya proporcionado datos evidentes que sin necesidad de argumentaciones o conjeturas permitan contradecir el relato histórico. Tampoco de la aplicación a la configuración fáctica de los criterios suministrados por el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores cabe alterar la valoración jurídica de los distintos establecimientos comerciales como centros de trabajo a los efectos de la citada norma” STS de 28 de mayo de 2009, I.L. J 1113.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de agrupar los centros de trabajo a efectos electorales, aplicando la doctrina de la Sala respecto a la interpretación de

lo previsto en los artículos 62.1 y 63.1 ET (SSTS de 31 de enero de 2001, de 19 de marzo de 2001 y de 20 de febrero de 2008).

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia

Aunque el ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático del grupo empresarial, la jurisprudencia laboral se ocupa de este fenómeno en determinados supuestos. La existencia de un grupo de empresas no produce efectos sobre las relaciones laborales con carácter general, si dichas empresas poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas. Únicamente cuando se trata de grupos ficticios y, por tanto, a los lazos económicos que vinculan a las sociedades del grupo se adicionan otros elementos organizativos, como el funcionamiento unitario, la confusión de plantillas o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, cabe comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo. En este sentido, se pronuncia la **STSJ de Valencia de 4 de febrero de 2009**, I.L. J 784, al abordar un supuesto de despido improcedente en el que son consideradas responsables solidarias las sociedades que forman un grupo del sector de la hostelería:

“Concurren los elementos de la confusión de patrimonios sociales que se manifiesta en el elevado grado de comunicación entre los mismos, al tratarse de sociedades con los mismos socios, con participación individual o con participación de sociedades, de las que también son socios, y de dirección unitaria, que se desprende del control accionarial por parte de las sociedades portuguesas del resto de las sociedades del grupo.”

“Concurre en segundo lugar el elemento denominado doctrinalmente como confusión de plantillas, es decir, la prestación de servicios por parte de los trabajadores para varias empresas del grupo, bien simultáneamente o bien sucesivamente. Situación que ha afectado a los propios trabajadores demandantes.”

“Hay, incluso, algún dato revelador del elemento de apariencia externa unitaria, como es el nombre comercial Sala Maxx que se mantiene a pesar de los cambios en la titularidad de la sociedad que la explota.”

En fin, las actividades que desarrollan las sociedades referenciadas son complementarias unas de otras. Además, existen indicios de que algunas de ellas han sido constituidas o activadas artificiosamente con la intención de perjudicar los derechos de terceros, entre ellos los trabajadores. La prestación laboral sucesiva de los actores ha sido utilizada como medio de defraudar sus derechos, o de encubrir una situación de confusión empresarial y de que, en realidad, el beneficiario de esta situación no es más que el grupo empresarial. En base a todas las razones que anteceden, procede estimar la pretensión de la parte actora, declarando la existencia de grupo empresarial y extendiendo solidariamente el pronunciamiento condenatorio al grupo empresarial”. **STSJ de Valencia de 4 de febrero de 2009**, I.L. J 784.

B) Determinación de la antigüedad de un trabajador que presta servicios para varias empresas de un grupo

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la reclamación realizada por UGT frente a las empresas que forman parte de un grupo, con el objetivo de que se declare el derecho de éstos a que les sea computado el tiempo de servicios prestados en la totalidad de las empresas que forman parte de dicho grupo. Según consta en los hechos probados, los trabajadores han prestado servicios en algunas de las empresas del grupo, realizando sus tareas en el centro de trabajo de las codemandadas, bajo las órdenes de los responsables de éstas y de hecho confundiendo con los trabajadores de la plantilla; posteriormente, los trabajadores fueron contratados por cuenta ajena por las empresas codemandadas, sin que se les haya reconocido el tiempo en que prestaron servicios por cuenta de las empresas contratistas. El Tribunal Supremo aplica al supuesto la doctrina que considera que, con carácter general, la circulación de trabajadores en las empresas del grupo no persigue un fin fraudulento, por obedecer a criterios organizativos, salvo que perjudique los derechos de los trabajadores afectados.

“Todas estas deficiencias definitorias y de regulación no han impedido un copioso tratamiento jurisprudencial de la materia, que parte de las SSTS de 5 de enero de 1968 y 19 de mayo de 1969 y en el que se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral (porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo), sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos (a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley), al más moderno criterio (muy particularmente desde la STS de 3 de mayo de 1990 que sistematiza la doctrina), que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales.”

“Pues bien, admitida como válida aquella definición –amplia– del grupo empresarial (determinada por la dirección unitaria y presumible por la situación de control), tal cualidad resulta de innegable predicamento no solamente de las empresas que formalmente integran el llamado Grupo Unión Fenosa, sino también de aquellas otras entidades participadas mayoritariamente en su capital por Unión Eléctrica Fenosa y con las que los miembros del citado grupo convinieron mercantilmente la contrata de servicios para la patronal de destino, bajo sus direcciones y órdenes y esencialmente en funciones idénticas a las de su propio personal, aunque percibieron sus retribuciones con cargo a la empresa de origen, con Convenio Colectivo distinto al de la empresa de destino (primero de los hechos declarados probados). Esa participación mayoritaria en el capital nos sitúa ante la relación de control y presumible dirección final unitaria de que hablan los artículos 42 CCo, 87 LSA y 4 LMV, así como la definición doctrinal más arriba transcrita, de manera que las contrataciones de servicios pactadas presentan –bajo su ropaje mercantil– el fenómeno de prestación sucesiva de servicios entre empresas del mismo grupo, primero a través de la figura de puesta a disposición y con posterioridad mediante la cesión definitiva que se instrumenta por la sustitución de contratos (extinción del primitivo con la empresa que figura como comitente y celebración de uno nuevo con la que ostenta formal cualidad de principal).”

“Y retomando las afirmaciones precedentes en orden a la licitud general de la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial (fundamento cuarto, apartado 4), hemos de añadir ahora que se trata –en efecto– de una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, las que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores; así se expresa la citada STS de 26 de noviembre de 1990 (recurso 645/1990), en términos que reproducen literalmente las posteriores decisiones de la Sala que más arriba indicábamos.” “Porque lo que no hay que olvidar es que pese a su general licitud, salvo que responda a una finalidad fraudulenta (constitución instrumental de una empresa, para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías por parte del trabajador) de la que en autos no consta dato alguno acreditado como probado, en todo caso no dejamos de estar en presencia de una cesión de trabajadores (por los sucesivos mecanismos de puesta a disposición y contratación directa) y como tal cesión –aunque legal– no puede limitar los derechos del empleado, tal como la Sala ha afirmado con carácter general en la doctrina antes citada, proclamando la observancia de las garantías establecidas por el artículo 43 ET, y que más específicamente reconocemos ahora en materia de antigüedad, de acuerdo con el texto de la norma previamente referida (si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión) y como hemos afirmado en supuestos de cesión ilegal de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal (SSTS de 4 de julio de 2006, rcud. 1077/2005; 3 de noviembre de 2008, u.d. 3883/2007 y 17 de febrero de 2009, u.d. 2748/2007); antigüedad que nos parece indudable se ha de reconocer a todos los efectos (retributivos, promocionales e indemnizatorios), por resultar decisivas en tal aspecto la vinculación –sin solución de continuidad– con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores y el principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 3.5 ET)”. STS de 25 de junio de 2009, I.L. J 815.

5. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

El TSJ de Castilla-La Mancha desestima la existencia de cesión ilegal en un supuesto de externalización de servicios en el sector textil. Se da la circunstancia de que el contrato entre la empresa principal y la contratista reserva a la primera importantes facultades, tales como la exigencia de exclusividad, el mantenimiento de las responsabilidades sobre el transporte de materiales y del producto elaborado, el suministro de maquinaria de su propiedad a la empresa contratista, la determinación de las vacaciones de los trabajadores de la contratista y un intenso control tanto del suministro de materias primas como del proceso de producción de prendas de vestir. A pesar de ello, el Tribunal considera que los hechos probados determinan la existencia de una lícita externalización de servicios, encuadrable en el supuesto de las contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET), conclusión que no queda desdibujada por los hechos declarados probados en la sentencia de instancia:

“Realidades las descritas que no se desdibujan por circunstancias tales como el hecho de que Confecciones Unidas tuviese como único cliente a Burberry, en tanto que ello es una decisión que se entronca dentro del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad predica-

III. Empresario

ble, sin duda, de las personas jurídicas, siendo ésta, sobre la base de su propio entramado económico y organizativo, quien decide el número de sus clientes. Ni por la circunstancia de que las vacaciones de los trabajadores de la primera se adecuaran a las fechas indicadas, que no impuestas, por la segunda, dado que ello es un simple reflejo de una necesidad constatada, cual era la exclusividad como cliente de ésta. No afectando tampoco a la independencia organizativa y de dirección de la contratista el hecho de que técnicos de la principal se desplazasen periódicamente a las instalaciones de la primera para supervisar la fabricación de sus productos, al ser ello una consecuencia directa del ejercicio de sus facultades de control, lo que se debe hacer extensible a la comunicación diaria entre el Jefe de Producción de Confecciones Unidas y el técnico de Burberry. Sin que, por último, se pueda configurar como dato indiciario de la cesión ilegal el hecho de que en dos ocasiones Confecciones Unidas solicitase autorización para suspender temporalmente los contratos de trabajo de parte de su plantilla aduciendo como causa la disminución progresiva de los pedidos de su único cliente, ya que ello no supone más que la simple constatación de una situación laboral y económica negativa de la empresa, que como tal implicó la autorización de lo solicitado, reafirmando con ello la asunción por la empresa de sus propias responsabilidades frente a sus trabajadores.” STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009, I.L. J 1025.

B) Concepto de propia actividad

La STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2009, I.L. J 922, resuelve la cuestión litigiosa en torno a si la actividad de cafetería en una estación ferrocarril puede ser incluido en el concepto de propia actividad, al objeto de extender la responsabilidad salarial y de Seguridad Social prevista en caso de contratas y subcontratas de esta naturaleza (artículo 42.2 ET) a las empresas RENFE y ADIF, por despido improcedente de los trabajadores. La empresa de cafetería y las codemandadas mantenían contrato de arrendamiento de local de negocio. Conforme a la doctrina judicial en la materia, es preciso aclarar previamente si esta actividad es inherente al ciclo productivo correspondiente a la prestación del servicio de transporte (SSTS de 22 de noviembre de 2002, de 18 de julio de 2005 y de 14 de noviembre de 2006). Aplicada dicha doctrina al caso que nos ocupa, la Sentencia rechaza que se trata de servicios correspondientes a la propia actividad y, por tanto, excluye la responsabilidad solidaria legalmente contemplada (artículo 42.2 ET), tras argumentar que:

“la actividad de cafetería dentro de una estación de ferrocarril, aun cuando pueda ser considerada como muy importante, sin embargo no puede alcanzar el calificativo de nuclear referido al objeto integrante de la actividad desarrollada por las entidades codemandadas, esto es, Renfe y Adif, y que se concreta en el transporte ferroviario de personas y mercancías”. STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2009, I.L. J 922.

C) Exclusión de las indemnizaciones por despido improcedente de la responsabilidad del empresario principal

Continuando con el comentario del litigio referente al servicio de cafetería en estación de ferrocarriles, más arriba iniciado, el Tribunal, aunque rechaza la posibilidad de aplicar la

responsabilidad solidaria comentada por tratarse de una actividad ajena a la propia desarrollada por la empresa principal, encuentra un segundo motivo para rechazar las peticiones de los demandantes. La Sentencia, también siguiendo la reiterada doctrina judicial expresada entre otras en las SSTs de 20 de mayo de 1998 y de 9 de mayo de 2005, incluso cuando se trata de propia actividad limita la responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social, motivo por el cual considera que no cabe imponer tal responsabilidad a la principal por las cuantías correspondientes a las indemnizaciones por despido y al pago de los salarios de tramitación, toda vez que estas cantidades poseen naturaleza extrasalarial.

“De lo dispuesto en el artículo 42 del ET resulta que la responsabilidad solidaria que el mismo establece se extiende a dos materias distintas: las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores ocupados en la contrata, y las referentes a la Seguridad Social sobre los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, así como sobre las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización. Respecto de la primera materia, que es la que aquí se debate —obligaciones salariales—, el artículo 42.2 del ET precisa que la responsabilidad solidaria del empresario principal se constriñe a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores, y esa circunscripción a las obligaciones salariales que introdujo el artículo 42.2 del ET”. “Si el precepto introducido en 1980 ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obliga a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 26 del propio Estatuto, con exclusión de otras retribuciones de naturaleza extrasalarial, aunque traigan su causa del contrato de trabajo.

Y siendo esto así ni la indemnización por despido se podrá catalogar como obligación de naturaleza salarial, encuadrable en el artículo 42.2 del ET, dado que la misma queda expresamente excluida por el artículo 26.2 del ET; ni tampoco se podrá caracterizar como tal los salarios de tramitación, al participar los mismos de igual carácter indemnizatorio, tal y como mantiene el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 18 de abril de 2007.” (RJ 2007/3540, STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2009, I.L. J 922.

D) Responsabilidad del empresario principal por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

El conocido recargo de prestaciones de Seguridad Social a favor de una víctima de un accidente de trabajo o a sus causahabientes se contempla legalmente cuando dicho hecho se haya producido con inobservancia de las medidas generales o particulares en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 123 LGSS). Por su parte, la legislación en materia de prevención obliga a la empresa principal que contrate o subcontrate con empresas auxiliares a vigilar el cumplimiento que estas empresas hacen de las normas vigentes en materia de prevención de riesgos laborales en la realización de dicha contrata, siempre que se cumplan dos requisitos: que la obra o servicio contratado sea de la propia actividad de la empresa y que las tareas se realicen en el centro de trabajo de la principal (artículo 24.3 LPRL). Numerosos litigios sobre la posibilidad de extender la responsabilidad

III. Empresario

del pago de este recargo de prestaciones al empresario principal han debido resolverse por distintos Tribunales durante los últimos meses.

La Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid resuelve un supuesto de recargo de prestaciones por accidente de trabajo sufrido por un trabajador mientras se encontraba en una zanja abierta recogiendo material. La realización de la obra de soterramiento de líneas eléctricas en la que se produjo el siniestro fue contratada por Iberdrola con la empresa Excavaciones Reditel, siendo esta última la que a su vez contrató parte de los trabajos con la empresa para la que prestaba servicios el trabajador accidentado. Fijada la procedencia del recargo de prestaciones, se discute sobre si la responsabilidad alcanza también a Iberdrola, como empresa principal o, por el contrario, esta última debe considerarse mera empresa promotora quedando eximida de tal responsabilidad. En opinión del Tribunal, existen datos suficientes para responsabilizar a Iberdrola del recargo de prestaciones, considerando que se cumplen los dos requisitos establecidos legalmente, referidos a la naturaleza de la actividad y al lugar en que se produce el accidente, que permiten exigir el diligente cumplimiento del deber de vigilancia del empresario principal (artículo 24.3 LPRL). Por lo que respecta a la actividad, la sentencia sostiene que la actividad que concertó Iberdrola era inherente a su actividad ya que sin los elementos que debía montar la empresa subcontratista, la principal no podría distribuir energía eléctrica; mientras que sobre la cuestión relativa a si el accidente se produjo o no en el centro de trabajo de la principal, el Tribunal hace uso de anteriores pronunciamientos, para resolver en positivo dicha cuestión, con un planteamiento que parece condicionar el cumplimiento del segundo requisito a la superación del primero, aunque en nuestra opinión se trata de elementos que requieren juicios independientes.

“Pues bien, sobre el alcance del artículo 24.3 LPRL, y en ese marco legal, la jurisprudencia se ha pronunciado en tema similar –cableado telefónico– afirmando que el primero de los referidos problemas que conviene abordar por razones de método es el relativo a si la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de su trayecto supone el ejercicio de lo que el artículo 24.3 antes citado denomina, al igual que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, propia actividad de la empresa comitente o principal y la respuesta que ha de darse es la misma que se dio en la sentencia recurrida, desde el momento en que esas obras, esas instalaciones, esas labores a realizar constituyen el soporte permanente de la actividad de telefonía, que es la básica de la empresa recurrente. Siguiendo nuestra doctrina sobre el alcance del referido concepto legal contenido en la Sentencia de 24 de noviembre de 1998, en la que se cita la de 18 de enero de 1995, lo que determina que una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este caso, no se concibe el desarrollo de la actividad de telefonía sin las propias líneas, que forman parte de la empresa misma y que además requerirán siempre de atenciones y mantenimiento para la correcta prestación del servicio de telefonía. La colocación del tendido que llevaba a cabo la empresa contratista es por tanto algo que forma parte del ciclo productivo de la principal como inherente a las actividades propias de la prestación de los servicios de telefonía.

De todo lo anterior se desprende que si la colocación de postes del tendido aéreo de líneas telefónicas forma parte de la actividad propia de la empresa que va a prestar sus servicios de telefonía por medio de esa estructura o red, el lugar donde se están realizando esas tareas

de colocación de los elementos materiales que la soportan, aunque sea en despoblado o en el campo, como en este caso, realmente constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas (SSTS de 22 de noviembre de 2002).” STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2009, I.L. J 770

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza la responsabilidad del empresario principal en el recargo de prestaciones, tras considerar que la actividad de fabricación y montaje de carpintería metálica no forma parte de la actividad del primero dedicado a la fabricación y comercialización de aparatos para la reducción del consumo de energía eléctrica.

“A efectos de determinar el empresario infractor, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, cabe decir que el accidente en cuestión no se produjo dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal, ni por una infracción directamente imputable al mismo, pues Circutor, SA, que no se dedica a la actividad de carpintería como se ha dicho, no se reservó la dirección y control del trabajo que debía desarrollar el actor, sino que se comprometió sólo a proporcionar medios propios de elevación para un trabajo en altura que obviamente debían ser adecuados y seguros para tal fin. La instalación de la carretilla elevadora fue llevada a cabo inicialmente por un trabajador de Circutor, SA, pues requiere ajustar correctamente la cesta a las palas. Fue el posterior desmontaje de la carretilla para emplearla en otros usos cuando los dos trabajadores se fueron a comer y el intento que realizaron el actor y su compañero de volverla a montar por su propia cuenta sin solicitar la ayuda o colaboración del personal de Circutor, SA, lo que motivó un deficiente ajuste o anclaje que a la postre fue lo que provocó el accidente.

La causa directa e inmediata del mismo, como apreció la Inspección de Trabajo, fue la incorrecta manipulación del toro con cesta y la falta de formación por parte de su empresa para el manejo de tal aparato y, sólo en segundo lugar, como causa mediata, una deficiente coordinación entre las empresas.

Sobre tales premisas no es posible extender la responsabilidad solidaria a la empresa principal, por lo que al haberse producido la infracción denunciada, el recurso debe ser desestimado.” STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2009, I.L. J 659.

6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Sucesión de contratos fraudulentos con distintas Empresas de Trabajo Temporal y con la empresa usuaria: cálculo de la antigüedad

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón debe pronunciarse sobre una reclamación de despido realizada por un trabajador que ha prestado servicios en una empresa de fabricación de remolques durante varios años, inicialmente a través de distintas empresas de trabajo temporal, y finalmente con la propia empresa que ahora lo despide. Se considera probado que el trabajador ha prestado sus servicios como peón especialista, tanto cuando lo hacía en virtud de contratos de puesta a disposición como cuando fue contratado directamente, en el mismo puesto de la cadena de montaje y formando pareja a sorteo cada cierto tiempo con trabajadores de la empresa. Habiendo reconocido el empresario

III. Empresario

la improcedencia del despido, se discute, a efectos de cálculo de la indemnización por despido improcedente, si deben computarse las prestaciones de servicio realizadas a través de empresas de trabajo temporal. La sentencia entiende que debe tenerse en cuenta la totalidad de la prestación, independientemente de su naturaleza de contratos de puesta a disposición o de contratos de duración determinada, comparten una conducta fraudulenta y por tanto la consecuencia jurídica debe ser la aplicación de la regulación legal que se pretende eludir, en este caso la existencia de un contrato único:

“desde el 4 de octubre de 2001 hasta el 31 de agosto de 2008 el demandante ha venido prestando servicios, sin práctica solución de continuidad, para la empresa demandada mediante tres contratos sucesivos de puesta a disposición, lo dos primeros prorrogados, y un contrato celebrado directamente con la que había sido empresa usuaria el 1 de septiembre de 2005, convertido en indefinido en 31 de agosto de 2006, en todos los contratos se constató que la causa de la temporalidad eran las circunstancias de la producción sirviendo el actor el mismo puesto de trabajo, lo que descubre, como señala la sentencia recurrida, que una necesidad que persiste todos esos años es una necesidad permanente. Y la misma disposición sucesiva de los contratos, con aparente diversidad de objetos, pone de relieve que no era la causalidad concreta de cada uno de ellos la determinante de la contratación en cada momento, sino que ésta obedecía mejor a una necesidad prolongada y continua de mano de obra, provista en un principio por empresa de trabajo temporal hasta que, finalmente, se elimina su comentada intermediación.

Por tanto, la antigüedad a computar a efectos del cálculo de la indemnización debe comprender, como fecha inicial, desde el 4 de octubre de 2001,” STSJ de Aragón de 6 de abril de 2009, I.L. J 973.

7. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

La prohibición legal de la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, solamente queda exceptuada para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas (artículo 43.1 ET). Cuando el tráfico prohibido es simulado a través de la presunta existencia de una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la demostración de la concurrencia de la cesión ilícita se hace más compleja, resultando decisivo a efectos de delimitación determinar si la empresa auxiliar pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. A partir de esta doctrina, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria declara la existencia de cesión ilegal en un supuesto de prestación de servicios de un trabajador como Ayudante de Investigación y Laboratorio en las instalaciones del Instituto Español de Oceanografía, por medio de sucesivos contratos de duración determinada celebrados con distintas empresas de servicios. El Tribunal determina la existencia de cesión ilegal, asumiendo que la empresa contratista se limitó a ceder mano de obra sin poner en juego su organización, conclusión que extrae de los siguientes hechos probados:

“El actor desarrollaba su prestación de servicios en las instalaciones del IEO (hecho probado cuarto), con los medios materiales propiedad de éste (hecho probado séptimo), que incluían el material de oficina, laboratorio, *hardware* y *software*, línea telefónica, correo electrónico y además, utilizaba una bata de trabajo del mismo Instituto y disponía de un vehículo facilitado también por el mismo (hecho séptimo). El trabajador debía efectuar el fichaje de control de horario de trabajo mediante la tarjeta facilitada por el IEO, al igual que el resto del personal al servicio de aquél (hecho noveno) y además, recibía instrucciones de trabajo de una funcionaria del IEO, doña Penélope (hecho cuarto). Las funciones del actor se especifican en el hecho quinto, que damos por reproducido.

De otra parte, no existe constancia de que la empresa cedente ejerciera, de algún modo, el poder de dirección empresarial sobre el demandante (...).

Resultando probado que el actor recibe todas las instrucciones relativas al desarrollo de la prestación de servicios por parte del citado organismo y sin intervención alguna de la empresa cedente, no cabe entender que nos encontremos ante una lícita contrata de obra, ya que no se ha acreditado la concurrencia de ningún hecho objetivo que permita sostener la autonomía de la misma y ello con independencia de que el pliego de prescripciones técnicas constata el tiempo de duración del servicio, así como la imposibilidad de establecer una relación laboral, puesto que se ha acreditado que la actividad del actor se encuentra enmarcada dentro de la normal del centro oceanográfico y en su desarrollo emplea los medios materiales propiedad de éste y está bajo la dirección del personal a su servicio.”

STSJ de Extremadura de 12 de febrero de 2009, I.L. J 703.

A la misma conclusión llega la **STSJ de Aragón de 18 de marzo de 2009, I.L. J 895**, tras considerar acreditado que “los trabajadores del empresario codemandado constituyen un grupo que, bajo una cobertura empresarial mínima, por imprescindible, en cuanto a estructura empresarial y equipación individual para el trabajo, se emplean realmente al servicio de otra empresa, cuyo objetivo social o actividad productiva exigiría contar en plantilla con trabajadores propios en mucho mayor número que el que tiene (no cuenta con personal propio para realizar su objeto, dice la sentencia de instancia), no precisándolo por contar con aquel grupo de trabajadores, del empleador cedente, que realizan la actividad laboral que precisa la empresa principal, cesionaria, en sus locales y con su maquinaria, junto a otros trabajadores de otras empresas, conforme a las instrucciones de la principal o cesionaria y las de su propio empleador, realizándose así entre las empresas no una transferencia del resultado del trabajo (contrata), sino del trabajo mismo (cesión ilegal)”.

Similar condena se plantea en un supuesto de contratación de un ingeniero de caminos por distintas empresas, para prestar servicios en la Administración Autonómica de Cantabria: “resulta sin embargo acreditado que la actora ha prestado servicios en la Consejería de Medio Ambiente, con horario, despacho, directrices y organización de la propia Consejería. Es decir, la empresa que facilitó a la actora, tiene una actividad y una organización propias, motivo de que fuera contratada bajo la modalidad de asistencia técnica, pero lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, ya que la trabajadora de la una, INICAN, SL, trabajó permanentemente para la

Consejería y bajo las órdenes de ésta e incluso asistió como representante de la Consejería a la mesa de contratación en presentación de ofertas, apertura de pliegos y defensa de informes propuestas. Se limitó exclusivamente la empresa codemandada, a través de la que fue contratada la actora, a abonarle a ésta los salarios”, **STSJ de Cantabria de 18 de marzo de 2009**, I.L. J 912. La doctrina expuesta es seguida por distintos Tribunales Superiores de Justicia cuando han debido enfrentarse a supuestos de contenidos semejantes, son los casos de las **SSTSJ de Galicia de 31 de marzo de 2009**, I.L. J 936; de **Madrid de 24 de abril de 2009**, I.L. J 1063; de **Andalucía de 24 de marzo de 2009**, I.L. J 888; de **Canarias (Las Palmas) de 18 de febrero de 2009**, I.L. J 765.

Sin embargo, no se considera la existencia de cesión ilegal en un supuesto de adjudicación de la actividad de realización de actividades de enseñanza deportiva y otras complementarias que se determinen para la ejecución de los programas deportivos municipales. Se considera probado que los trabajadores desde el inicio de la relación laboral han venido prestando servicios en las dependencias municipales, con los elementos materiales proporcionados por el ayuntamiento que además supervisa los permisos y vacaciones de los trabajadores. Por su parte, la empresa adjudicataria es la que retribuye a los trabajadores, coordina y supervisa la ejecución de la prestación de trabajo de éstos. **STSJ de Galicia de 3 de abril de 2009**, I.L. J 1052.

B) Efectos de la declaración de cesión ilegal en Administración Pública: trabajador indefinido no fijo con derecho de opción para el trabajador

La naturaleza pública o privada de la empresa que actúa como cesionaria ilegal no afecta a la calificación del supuesto aunque sí a alguno de sus efectos, pues en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas, el trabajador puede solicitar ingresar en ésta mediante relación de trabajo indefinida (artículo 43.4 ET), pero no podrá ocupar su puesto de trabajo con carácter fijo; así lo ratifican las **SSTS de 14 de mayo, 10 de junio y de 13 de julio de 2009**, u.d., I.L. 679, 751 y 993, en supuestos de cesión ilegal, mediante distintas empresas auxiliares, de unos trabajadores contratados como redactores para llevar a cabo la grabación y transmisión de entrevistas y de noticias desde Madrid para la televisión autonómica gallega. Similar fallo se contiene en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de marzo de 2009**, I.L. J 888, en un supuesto de cesión ilegal de una trabajadora contratada como auxiliar administrativo por una empresa que presta servicios en unas dependencias del Ministerio de Defensa.

8. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

Las garantías establecidas legalmente para los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la empresa también resultan aplicables cuando dicho cambio de titularidad se produce únicamente sobre una parte de la empresa, es decir, sobre un centro de trabajo o sobre una unidad productiva autónoma, siempre que la actividad transmitida conserve su

identidad (artículo 44 ET). Los problemas aplicativos del precepto en numerosas ocasiones aparecen a la hora de diferenciar la cesión de una verdadera actividad productiva de la transmisión de unos simples bienes que no gozan de la autonomía suficiente como para desarrollar por sí mismos una actividad empresarial. La pervivencia de las relaciones laborales en el momento de la transmisión y de la actividad empresarial, una vez producida la transmisión, resultan indicios fundamentales en tales supuestos, pues se entiende que no existe transmisión de empresa cuando el empresario adquirente no muestra intención de continuar con la actividad productiva. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón aborda un supuesto en el que, tras la aplicación de un Expediente de Regulación de Empleo, el empresario decide vender el inmueble en el que desarrollaba su actividad empresarial y la maquinaria de la empresa.

“De forma y manera que no puede aplicarse el artículo 44 ET cuando, como ocurre en el caso enjuiciado, según argumenta con claridad la sentencia impugnada en el séptimo de sus fundamentos, tras la aprobación del ERE no ha continuado la actividad en el centro de trabajo y la venta del inmueble de la empresa y de su equipamiento se produjo después de la extinción de los contratos, salvo los de tres directivos que lo fueron pocos días después, pero en todo caso, una vez terminada su prestación de servicios, prestación que en ningún caso siguió con las empresas, antes administradoras de la principal, que adquirieron los bienes de aquélla.” STSJ de Aragón de 3 de marzo de 2009, I.L. J 892.

La finalización de una actividad empresarial difícilmente puede producirse en el tráfico jurídico y comercial de forma automática, pues tomada la decisión por el empresario suelen restar operaciones en curso que deben ser atendidas. Es por ello que se considera que no existe continuidad en la actividad cuando el empresario se limita a liquidar, de forma directa o a través de algún colaborador, las operaciones pendientes (STS de 25 de abril de 2000). Dicha doctrina es aplicada en un supuesto de extinción del contrato de las trabajadoras que prestaban servicio en una empresa inmobiliaria por declaración de incapacidad permanente absoluta del empresario. Las demandantes sostienen que ha existido sucesión de empresa, pues una de las antiguas trabajadoras, en su opinión, ha continuado con la actividad. La sentencia rechaza dicha posibilidad, considerando que únicamente ha sido probado que la codemandada atendió llamadas de algunos clientes y que durante poco tiempo mostró alguno de los inmuebles que la empresa cerrada gestionaba, circunstancias que estima actividades realizadas por deferencia con el empresario incapacitado, si que por tal actividad llegara a recibir contraprestación alguna ni llegar a cerrar operación alguna:

“Eso es lo que ha sucedido en este caso, el titular de la empresa para la que prestaban servicios las trabajadoras demandantes era una persona física que fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo por la entidad gestora de las prestaciones de la Seguridad Social y esa situación le impide seguir desarrollando su actividad empresarial, lo que supone la extinción de los contratos de trabajo que tenía suscritos, a tenor del artículo 49.1.g) ET, lo cual no sucedería si esa actividad hubiera continuado, bien por el propio empresario, bien, como en el precepto se señala, por otro que suceda

III. Empresario

al anterior en virtud del artículo 44 ET, pero aquí no se da ninguna de esas dos situaciones, porque, si alguna actividad se ha realizado después de la incapacitación del empresario ha sido simplemente para liquidar operaciones que ya estaban en marcha o para trasladarlas a otros profesionales dedicados a la misma actividad y que eso se haya hecho por otra de las que eran empleadas del demandado, no supone que esa trabajadora se haya convertido en empresaria de las demandantes por la subrogación que regula el citado artículo 44 ET.” STSJ de Extremadura de 19 de marzo de 2009, I.L. J 930.

Como venimos diciendo, el efecto subrogatorio derivado de la transmisión de empresa exige que la actividad empresarial se mantenga tras el proceso de transmisión, pero conviene tener presente que dicha actividad puede sufrir modificaciones durante dicho proceso, es decir, la subrogación del empresario cesionario es exigible incluso cuando la actividad transmitida haya sufrido alteraciones no sustanciales, siempre que se verifique la presencia del resto de los requisitos exigidos por la norma:

“En cuanto a las infracciones que señala la misma recurrente, se alega como aplicado de forma inadecuada el artículo 44 del ET, por partir, a criterio de dicha parte, de premisas erróneas, como el amplio objeto social de Paracelso, la falta de presentación de facturas que acrediten la inversión en el inmueble objeto de arriendo, la asunción de varios trabajadores de la empresa anterior. Pero el hecho de que la actividad, según se señala por dicha recurrente, sea parecida y no idéntica, no constituye una objeción a la existencia de sucesión de empresas, existiendo por el contrario suficientes elementos para concluir en un sentido favorable al entender efectuada una sucesión empresarial.

Partiendo de la doctrina mencionada por la sentencia de la instancia, que ha sido recogida por esta misma Sala, y cuya cita obviamos para evitar reiteraciones inútiles, se desprende con claridad no sólo la presencia del elemento subjetivo de la transmisión, ya que se ha producido un cambio de empresario en la realización de la actividad empresarial, sea ésta esencialmente la misma o haya sufrido un cambio no relevante, que en el caso preciso no se precisa ni concreta, limitándose la parte recurrente a mencionar que no se produce la identidad de actividades. Pero, también concurre el elemento objetivo ya que ha pasado de una a otra empresa el conjunto organizativo que permite la continuidad de la actividad empresarial. Así no solo se han mantenido el conjunto de los elementos materiales que caracterizan la actividad de explotación de la empresa, sino que, además de los personales, constituidos por la mayor parte de los trabajadores que prestaban sus servicios para la empresa ahora en concurso. E incluso se ha procedido a mantener el nombre bajo el cual giraba el local, lo que permite, como es obvio, que su identidad cara a los consumidores sea la misma, garantizándoles así que la actividad a la que venía dedicándose sea, también, la misma.” STSJ de Valencia de 4 de febrero de 2009, I.L. J 784.

B) Transmisión de empresa y sucesión de contratas

El objetivo central que persigue la regulación laboral que regula las transmisiones empresariales es garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de titularidad en la actividad productiva. La aplicación de esta normativa a los supuestos de sucesión de contratas queda abierta legalmente cuando se considera que

existe transmisión de empresa cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio” (artículo 44.2 ET). La interpretación de dicho precepto continúa siendo polémica, a pesar de las modificaciones en la materia y los esfuerzos clarificadores realizados por los Tribunales. La **STSJ de Aragón de 15 de abril de 2009**, I.L. J 975, aborda un supuesto en el que un trabajador que presta servicios como auxiliar para una empresa de servicios, en el centro de trabajo de una gran superficie comercial. Finalizada la duración de la contrata, una nueva empresa resulta adjudicataria de dicho servicio, discutiéndose la aplicabilidad de la subrogación contractual al supuesto objeto de litigio. El Tribunal rechaza esta posibilidad por considerar que no ha existido transmisión de elementos patrimoniales, sin que en su opinión la contratación de algunos trabajadores por la nueva adjudicataria del servicio sea elemento suficiente para apreciar la existencia de sucesión de empresa en el cambio de titularidad de la contrata:

“En el supuesto enjuiciado en la presente litis no se ha producido ninguna clase de transmisión de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni se ha acreditado que el nuevo empresario se hiciera cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata. Por consiguiente, no se ha acreditado la concurrencia del supuesto de hecho que regula la sucesión de empresas ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni está prevista subrogación convencional alguna, no pudiendo este Tribunal sino declarar no haber lugar al recurso de suplicación, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.” STSJ de Aragón de 15 de abril de 2009, I.L. J 975.

C) Rescate de servicios externalizados por Administración Local

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha aborda un supuesto en el que un determinado Ayuntamiento decide asumir directamente la gestión del servicio de guardería infantil, para resolver la reclamación planteada por despido por una trabajadora contratada por la empresa que pierde la concesión. La demandante, finalizada la concesión, concertó contrato de trabajo de duración determinada por interinidad, hasta la cobertura de la vacante mediante los procedimientos correspondientes, contrato que el Ayuntamiento decide extinguir por motivos disciplinarios con posterioridad. La sentencia niega la existencia de sucesión de empresa por no existir transmisión de elementos patrimoniales:

“En el primer motivo dedicado a la revisión del derecho aplicado invoca la parte actora y recurrente la infracción del artículo 44 ET y del artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, al no estimarse por la sentencia impugnada la existencia de una sucesión empresarial entre la empresa Volmae y el ayuntamiento demandado. En este aspecto del debate debe partirse de que, tal como informa la sentencia de instancia, el ayuntamiento de Ugena demandado asumió directamente el servicio de guardería infantil que hasta el momento tenía adjudicado la empresa Volmae, en el cual se encontraba adscrita la trabajadora accionante, y para la efectividad de tal asunción, la corporación local procedió a la creación de cinco nuevas plazas, y a la contratación como eventuales o interinos de los trabajadores que venían

III. Empresario

prestando servicios para la empresa Volmae, en tanto se tramitaban las oportunas convocatorias, sin que exista el menor indicio en el relato de hechos de la sentencia recurrida, de que se hayan transmitido elementos materiales entre la empresa y el ayuntamiento.” STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2009, I.L. J 1087.

D) Sucesión de concesiones administrativas prevista en el Convenio Colectivo

Caso particular es el de la sucesión de concesionarias de los servicios de asistencia en tierra en las instalaciones aeroportuarias, tradicionalmente excluidas de la aplicación de la subrogación contratual prevista legalmente (artículo 44 ET) (SSTS de 29 de febrero de 2000, de 8 de abril de 2003, de 25 de junio de 2003 y de 16 de noviembre de 2005). Cuando la subrogación empresarial no se produce por aplicación de la normativa legal, cabe la posibilidad de asegurar la continuidad de las relaciones laborales a partir de lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable, si bien en dichos supuestos las condiciones en que se produce la subrogación empresarial debe ajustarse a los requisitos y efectos previstos en la norma convencional. En esta ocasión, se discute la aplicación de lo previsto en el Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra (*Handling*), al objeto de determinar la antigüedad de una trabajadora que ha prestado servicios sucesivamente para distintas concesionarias de dicho servicio:

“Finalmente, debe tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 61 del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra (*Handling*), en el que se establece que sólo los trabajadores de la empresa o entidad cedente de la actividad que voluntariamente lo acepten, podrán pasar a la empresa cesionaria o entidad que vaya a realizar el servicio, en los supuestos y condiciones que se establecen en el presente Capítulo, y en este sentido y en relación a la cuestión litigiosa, se establece en el artículo 67.D) que ‘A los trabajadores procedentes de la empresa cedente, tanto en los supuestos de subrogación total como parcial, les será de aplicación el Convenio Colectivo o Acuerdo de la empresa cesionaria. No obstante, la empresa cesionaria deberá respetar a los trabajadores subrogados, como garantía *ad personam*, los siguientes derechos: (...) 2. Antigüedad del trabajador sólo a efectos indemnizatorios en caso de resolución de contrato’.

En consecuencia, al reclamarse en el presente litigio el derecho de antigüedad a otros efectos, como es la percepción del concepto salarial consistente en el complemento de antigüedad, y no a efectos indemnizatorios, supuesto que no concurre en el caso de autos, se produce, además, una falta de acción por parte del actor, ya que no se reclama acción alguna que tenga efectos indemnizatorios, sino el reconocimiento de una antigüedad a efectos de percibir un complemento o plus salarial, el cual no se contempla en el artículo 61.D).2 del Convenio Colectivo del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra, que sólo respeta la antigüedad a efectos indemnizatorios en casos de resolución de contrato por causas ajenas al trabajador.” STSJ de Baleares de 14 de mayo de 2009, I.L. J 1103.

La aplicación del citado convenio colectivo es objeto de interpretación en otro supuesto, aunque en esta ocasión la demandante pretende que se declare que la opción ejercida por la trabajadora, a quien se le planteó la posibilidad de integrarse en un expediente de regulación de empleo o en la plantilla de la nueva adjudicataria del servicio, se realizó bajo coacción y

que la empresa que pierde la concesión de dicho servicio actuó con abuso de derecho. El Tribunal rechaza las pretensiones de la trabajadora, con los siguientes argumentos:

“No existe una situación de intimidación, coacción o violencia que justifique la alegación del recurrente lo que obliga a desestimar toda la batería de argumentos que hacen hincapié en la falta de consentimiento y que aparecen reflejados en las letras a), b) y c).

Por lo que respecta a la alegación de ejercicio abusivo de su derecho por parte de Iberia, hay que tener en cuenta que esta Compañía que es la propietaria de la empresa, al perder el *handling* organizó la nueva situación que nacía de la sucesión o subrogación que se producía, atendiendo a los intereses empresariales, para lo cual ofreció a los trabajadores la posibilidad de ser subrogados con arreglo al Convenio Colectivo del Sector, o de ser incluidos en el ERE, pues la pérdida del *handling* comportaba la necesidad de una importante reducción de plantilla.

Tal actuación no parece que sea un abuso de derecho, ni supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que la recurrente está haciendo efectiva precisamente a través del presente procedimiento.” STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de febrero de 2009, I.L. J 762.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales A) Nulidad del contrato. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinido. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato fijo discontinuo. B) Contrato de relevo. **5. Contratos formativos. 6. Contrato de inserción. 7. Contratación en la Administración Pública.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período analizado deben destacarse la **STS de 24 de junio de 2009**, I.L. J 983, en la que se aborda la cuestión de la vulneración del derecho a la igualdad y a la garantía de indemnidad de una trabajadora excluida del acceso a las bolsas de contratación y pruebas de selección en Correos y Telégrafos y la **STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2009**, I.L. J 1098, que entra a resolver la cuestión de la aplicación de la regla del artículo 15.5 ET en un supuesto de sucesión de contratos por obra, considerando que el precepto requiere necesariamente que el puesto de trabajo sea el mismo en todos los contratos celebrados.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Nulidad del contrato

En relación con la nulidad contractual ha de destacarse la **STSJ de Andalucía de 17 de marzo de 2009**, I.L. J 887, que declara que ha de considerarse nulo el contrato por falta total de consentimiento de la Administración empleadora cuando queda probada la inexistencia de su inscripción en el Registro General de Personal:

“La Consejería de Justicia, presta su autorización, manifiesta su voluntad de contratación, mediante el acto de inscripción de los contratos laborales en el Registro General de Personal, que es cuando se entiende que la Administración manifiesta su voluntad de contratar, de modo que la formalización del contrato sin su inscripción implica indefectiblemente la nulidad de dicho contrato por falta de consentimiento en la contratación.”

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Diferentes resoluciones se detienen en el período que nos ocupa en la figura del contrato para obra o servicio. 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 y la jurisprudencia sobre su validez cuando se utiliza en supuestos de contrata:

“El carácter causal de la contratación temporal implica que la falta de causa amparadora de la temporalidad, en cuya delimitación intervienen con frecuencia requisitos de forma y límites a su duración determinada, pueda comportar, de consistir en una irregularidad trascendente y en aplicación de los principios generales sobre la inexistencia o falsedad de la causa (artículos 1275 y 1276 Código Civil y 9 ET) y el fraude de Ley (artículo 6.4 CC), la conversión del contrato temporal fraudulentamente pactado en uno de carácter indefinido, pues tales actos ‘no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir’ (artículos 6.4 CC y 15.3 ET), disponiendo expresamente el artículo 15.3 ET que ‘se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de Ley’. El incumplimiento de otros presupuestos o requisitos básicos de la contratación temporal puede llegar a comportar, igualmente, la conversión del contrato temporal en indefinido salvo en los supuestos excepcionales en los que ‘de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos’ o ‘salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación’ [...]”

En segundo lugar, ha de mencionarse la confirmación en la **STS de 2 de julio de 2009**, I.L. J 806, de la jurisprudencia en materia de extinción del contrato de obra por resolución de contrata por voluntad de la contratista:

“En estos 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*. Al serle imputable a la contratista el cese de la contrata, queda dentro de su esfera de responsabilidad contractual respecto del trabajador la terminación del contrato de trabajo.”

En tercer lugar, resuelve la **STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2009**, I.L. J 1098, que el contrato para obra o servicio se ajusta a las necesidades temporales de mano de obra del CSIC, considerando que la autonomía y sustantividad propias no han de estar fuera de la actividad de la empresa:

IV. Modalidades de Contratación

“(…) sino ‘dentro’ de la actividad de la empresa, de modo que puede existir una contratación para obra o servicio determinado para la misma actividad habitual de la empresa, siempre y cuando las tareas objeto del contrato tengan esa sustantividad y autonomía, es decir, permitan su individualización dentro de la actividad habitual y sean limitadas y acotadas en el tiempo, aunque no pueda precisarse la fecha exacta de su terminación. Se trata de que la propia naturaleza de la actividad concertada permita delimitarla en relación a otras actividades de la empresa, con una duración limitada que depende de la propia actividad. Como ha dicho esta Sala (Sentencias de 20 de febrero de 1984 y de 21 de diciembre de 1984) cabe este tipo de contrato aunque se trate de la actividad normal de la empresa, cuando en ésta se individualiza la necesidad temporal no creada arbitrariamente por el empresario, sino que responde a necesidades reales y de duración limitada que son perfectamente individualizables. En el caso que nos ocupa, el actor realizó las tareas propias de cada proyecto de investigación para el que fue contratado y la naturaleza de cada proyecto permite individualizarlos, entre ellos y en relación con lo que pueda constituir la actividad permanente y habitual del organismo demandado, cuyo funcionamiento habitual no depende de que se realicen éstos u otros proyectos distintos. Dicho está con ello que la buena doctrina a unificar es la que se mantiene en la sentencia recurrida y no en la de contraste, cuya afirmación – ‘la actividad del centro se limita a la labor investigadora en determinadas líneas, integradas por distintos proyectos, de modo que la aplicación o realización de los mismos forma parte de la actividad en sí misma considerada’ – es inasumible con sólo ponerla en relación con lo que ocurre en las diversas actividades habituales en la construcción –sector típico de este contrato–, perfectamente deslindables unas de otras. La indicada argumentación de la sentencia de contraste supondría, además, que el organismo demandado no tendría posibilidad de concertar este tipo de contratación temporal, en contra de lo que se establece en el artículo 17º de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, en el que se permite ‘a los organismos públicos de investigación’ celebrar contratos de obra o servicio determinado para la realización de ‘un proyecto específico de investigación’. [...] Consecuentemente, el que los proyectos de investigación del organismo demandado estén dentro de lo que se puede considerar su actividad normal y cotidiana no empece a la posibilidad de contratar el personal necesario para servirlos a través de la modalidad temporal de para obra o servicio determinado, siempre que tales proyectos, tanto por su contenido como por su limitación en el tiempo, con un principio y un fin, aunque no se sepa exactamente el momento de su terminación, sean individualizables entre sí dentro de esa actividad habitual”.

En cuarto lugar, considerando que no se ajusta a derecho el contrato de obra pactado, se pronuncian la **STS de 14 de julio de 2009**, I.L. J 1145, y la **STSJ de Andalucía de 21 de abril de 2009**, I.L. J 968, en el supuesto de utilización de esta modalidad contractual por las 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.”

Finalmente, en relación con el supuesto de vinculación del contrato de obra a la 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 éste continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface”.

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 acudirse a la misma 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.”

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Son numerosas las sentencias que en el período analizado se detienen en la conocida jurisprudencia sobre la igualdad de condiciones de trabajo entre trabajadores fijos y temporales en Correos y Telégrafos. De un lado, reconociendo el derecho al complemento de antigüedad en igualdad de condiciones entre trabajadores fijos y temporales encontramos las SSTS de 19 de mayo de 2009, I.L. J 791; de 22 de mayo de 2009, I.L. J 794; de 26 de mayo de 2009, I.L. J 798 y I.L. J 799; de 10 de junio de 2009, I.L. J 826; de 3 de junio de 2009, I.L. J 827, que reconoce el derecho al complemento en igualdad de condiciones aunque existan soluciones de continuidad entre los contratos temporales; de 3 de junio de 2009, I.L. J 828, que reconoce el derecho por el tiempo total de prestación de servicios cualquiera que sea la duración de cada contrato; de 2 de junio de 2009, I.L. J 835; de 3 de junio de 2009, I.L. J 842, que reconoce el derecho cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la demanda y siempre bajo la unidad del vínculo contractual; de 3 de junio de 2009, I.L. J 849, de 9 julio de 2009, I.L. J 1000, de 22 de julio de 2009, I.L. J 1132, y de 21 de julio de 2009, I.L. J 1144, sobre el derecho al percibo de trienios computándose el tiempo trabajado antes de la vigencia del I Convenio Colectivo; de 4 de junio de 2009, I.L. J 858; de 3 de junio de 2009, I.L. J 859, que reconoce el derecho computando todo el período de prestación de servicios aunque hayan sido en diferentes relaciones laborales; de 1 de junio de 2009, I.L. J 862; de 16 de junio de 2009, I.L. J 867; y, de 3 de junio de 2009, I.L. J 812 y 30 de junio de 2009, I.L. J 868, que reconocen el derecho aunque se trate de series contractuales de más de veinte días. De otro lado, haciendo referencia también al plus de permanencia y desempeño encontramos las SSTS de 22 de mayo de 2009, I.L. J 793, de 30 de junio de 2009, I.L. J 832, de 2 de junio de 2009, I.L. J 848, de 21 de julio de 2009, I.L. J 987, que también reconocen a los trabajadores temporales el derecho al percibo del complemento de permanencia y desempeño sin esperar al desarrollo de lo previsto en el convenio colectivo.

Ha de hacerse mención especial de la STS de 24 de junio de 2009, I.L. J 983, en la que se aborda la cuestión de la vulneración del derecho a la igualdad y a la garantía de indemnidad de una trabajadora excluida del acceso a las bolsas de contratación y pruebas de selección en Correos y Telégrafos. En relación con ello, señala el TS que

“(…) no basta probar la exclusión de la lista o bolsa de contratación y la no ocupación para entender que existe un daño indemnizable. Es necesario además, como señala la sentencia de contraste, que el daño sea efectivo y esa efectividad sólo surge de la contratación durante el período de referencia de otros aspirantes en peor posición que la actora. Pero lo cierto es que en la demanda la actora afirma que en el período en que ha estado excluida de la lista, Correos ‘contrataba, todos los días, temporalmente a trabajadores con menor derecho’. De esta forma, en la demanda se concreta y se delimita el daño de una manera efectiva, como exige la sentencia de contraste, y ante una afirmación como ésta la demandada estaba obligada a negar de manera inequívoca este hecho y acreditar, en virtud del principio de proximidad o control de la prueba, que en el período en cuestión no había sido contratada ninguna persona con puntuación inferior en la lista. No lo hizo así, como se deduce del acta de juicio y de las alegaciones formuladas en el recurso de suplicación, en el que se

insiste en que ‘en ningún momento acredita su derecho a ser contratado’, no justifica, ni siquiera menciona, los contratos que le habrían correspondido por el orden que ocupaba en las listas. Tampoco se aportó prueba sobre este extremo. Es cierto que, conforme al principio general de la carga de la prueba, correspondía a la actora probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de su demanda (artículo 216.2 de la LEC). Pero, aparte de las excepciones que la propia ley establece en orden a la tutela antidiscriminatoria y la protección de los derechos fundamentales (artículos 96 y 179 de la LPL), la doctrina jurisprudencial ha venido aplicando con carácter excepcional un criterio alternativo de carácter corrector ponderando las especiales dificultades probatorias de determinados hechos y la posición de las partes ante los medios de prueba. (...) En el presente caso se cumplen las exigencias para ese desplazamiento de la carga de la prueba, pues, por una parte, es evidente la dificultad probatoria del trabajador para acreditar las incidencias de la gestión de las listas y en, particular, las personas contratadas y su calificación de acuerdo con el baremo. Por otra parte, la posición de la empresa en orden al control y disposición de la prueba sobre los procesos de selección facilita extraordinariamente su acceso y utilización de los instrumentos correspondientes. Por ello, la entidad empleadora no puede limitarse a indicar que ‘no se ha acreditado el derecho a ser contratado’ en atención a ‘los contratos que le hubieran correspondido por el orden que ocupaba (sic) en las listas’. En conclusión, aunque efectivamente el daño no surge únicamente de la exclusión de las listas en la falta de empleo, lo cierto es que en el presente caso hay que considerar como acreditado el daño en los términos que para el período aceptado por la sentencia recurrida se establece en ésta, ya que la entidad demandada no ha probado que en ese período la actora no hubiese sido contratada por estar en una posición en la lista inferior a la de las personas que sí lo fueron”.

b) Conversión en indefinido

La STSJ de Aragón de 6 de abril de 2009, I.L. J 973, declara que se convierte en indefinida la relación laboral de un trabajador que ha venido prestando el mismo servicio durante siete años para la misma empresa a través de contratos temporales sucesivos directos e indirectos:

“(...) se ha producido una contratación abusiva al margen de la permisión legal. Las circunstancias de hecho relatadas en la premisa histórica de la sentencia recurrida, reveladoras de que, desde el 4 de octubre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2008, el demandante ha venido prestando servicios, sin práctica solución de continuidad, para la empresa demandada mediante tres contratos sucesivos de puesta a disposición, los dos primeros prorrogados, y un contrato celebrado directamente con la que había sido empresa usuaria el 1 de septiembre de 2005, convertido en indefinido en 31 de agosto de 2006. En todos los contratos se constató que la causa de la temporalidad eran las circunstancias de la producción sirviendo el actor el mismo puesto de trabajo, lo que descubre, como señala la sentencia recurrida, que una necesidad que persiste todos esos años es una necesidad permanente. Y la misma disposición sucesiva de los contratos, con aparente diversidad de

IV. Modalidades de Contratación

objetos, pone de relieve que no era la causalidad concreta de cada uno de ellos la determinante de la contratación en cada momento, sino que ésta obedecía mejor a una necesidad prolongada y continua de mano de obra, provista en un principio por empresa de trabajo temporal hasta que, finalmente, se elimina su comentada intermediación”.

Por otra parte, también ha de destacarse en la materia que ahora nos ocupa la sentencia ya citada anteriormente la **STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2009**, I.L. J 1098, que entra a resolver la cuestión de la aplicación de la regla del artículo 15.5 ET en un supuesto de sucesión de contratos por obra, considerando que el precepto requiere necesariamente que el puesto de trabajo sea el mismo en todos los contratos celebrados, lo que no se produce en el caso concreto:

“Esta afirmación implica un hecho probado que no existe, porque una cosa es que el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, a través de la Subdirección General de Recursos Humanos, incluyera al actor en un anexo de personal laboral temporal, hecho propuesto y que a los efectos que aquí nos ocupan no resulta relevante a juicio de la Sala, y otra, que de ese hecho se pueda deducir que todos los contratos celebrados por el actor fueran para un mismo puesto de trabajo. Menos aún, para una misma actividad. Sin esta premisa, la denuncia jurídica no puede ser acogida.”

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato fijo discontinuo

En punto a esta modalidad contractual, ha de destacarse la **STSJ de Extremadura de 24 de marzo de 2009**, I.L. J 928, que viene a resolver el carácter fijo periódico de una relación pactada por obra o servicio determinado en el sector de la enseñanza:

“(…) difícilmente puede ponerse en relación la temporalidad del contrato con el número de matrículas existentes en cada curso escolar, pues se trata de un dato que no afecta a la propia esencia o naturaleza de esa actividad, sino a la mera conveniencia o no de prestarla, lo cual podría justificar, en el caso de que no se lograsen matrículas suficientes, acudir a la extinción contractual que permite el artículo 52.e) del ET, pero difícilmente puede constituirse en razón determinante de que la actividad de que se trate, tenga *per se* carácter temporal. Es más, en el presente caso las clases del actor se han venido impartiendo durante ocho años consecutivos en el conservatorio de música de Miranda de Ebro, y este hecho indiscutible y objetivo, no se compagina, en absoluto, con la calificación de temporal de tal actividad docente. Debe concluirse, en consecuencia, que en el presente caso no se cumple el segundo requisito que impone el artículo 15.1.a) del ET para la válida existencia del contrato para obra o servicio determinados, lo que obliga a entender que los contratos concertados por el actor y la Fundación demandada no tienen tal condición, y por tanto no pueden ser calificados como contratos de trabajo temporales. Se trata, por tanto, de un contrato laboral indefinido a tiempo parcial, como se solicita en el suplico de la demanda, en razón a lo que prescribe el artículo 12, números 1, 2 y 3, en relación con el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores”.

B) Contrato de relevo

Señala la **STSJ de Aragón de 29 de abril de 2009**, I.L. J 974, tras hacer un repaso de la reforma que en el año 2007 se produjo en esta institución, que el contrato pactado con el trabajador relevista en un supuesto de jubilación parcial anticipada no ha de suscribirse para la prestación de servicios en el mismo puesto trabajo sino que se ajusta a derecho en todo caso asignando a aquél el “desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente” al jubilado parcial.

De otro lado, respecto de esta modalidad contractual ha de mencionarse la **STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2009**, I.L. J 1030, que se detiene en el carácter absolutamente voluntario para el empresario de la institución de la jubilación parcial, esto es, en la necesidad de que éste preste su consentimiento para que el trabajador que así lo desea pueda pasar a esta especial situación. Concretamente señala el Tribunal, con cita de doctrina judicial, que

“(…) el empleador no se encuentra obligado a la novación automática del contrato existente entre las partes y a la suscripción de otro a tiempo parcial, si no media un acuerdo previo entre partes, acuerdo cuya necesidad se deduce de los propios términos de la ley, así el artículo 166.2 de la LGSS, donde indica que los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la edad, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el apartado 6, artículo 12, del ET, precepto este último que expresamente alude a que tendrá la consideración de contrato a tiempo parcial el que el trabajador concierte con su empresa. Y del mismo modo, en la STSJ de Galicia, en Sentencia de 21 de noviembre de 2006, vino a indicar que la jubilación parcial no es una obligación legal, a partir del hecho que los trabajadores hayan alcanzado la edad de 60 años. Y por tanto no existe una obligación sin más de la empresa contratante de proceder a novar el contrato de trabajo existente, conceder al solicitante la jubilación parcial y formalizar acto seguido el correspondiente contrato de relevo”.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

El contrato en prácticas es objeto de análisis en la **STSJ de Madrid de 14 de abril de 2009**, I.L. J 1065, que determina, en relación con los becarios de investigación, que nos encontramos ante un contrato en prácticas de carácter especial, de acuerdo con lo dispuesto por el RD 63/2006:

“En efecto, el distinto régimen jurídico que se establece respecto al personal investigador en formación obedece a la distinta naturaleza y características de la actividad que realiza el personal de beca y el personal de contrato. Por ello, la exclusión del personal investigador en formación de beca del régimen jurídico laboral se hace sólo con carácter declarativo, por cuanto que la nota esencial y diferencial que concurre es su primordial finalidad de facilitar el estudio y formación del becario, sin que conlleve ninguna aportación al centro, organismo o universidad de adscripción, aquí no concurren, por tanto, todos los elementos exigidos para el nacimiento de una relación laboral. Al contrario, cuando el personal

IV. Modalidades de Contratación

investigador ya tiene acreditada administrativamente una formación avanzada, a través del correspondiente Diploma de Estudios Avanzados o del documento administrativo que lo sustituya, la actividad de dicho personal investigador aprovecha, fundamentalmente, al centro, organismo o universidad de adscripción, concurriendo los elementos definitorios de una relación laboral de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores. Elementos de la relación laboral que, obviamente, están presentes cuando se trata de personal investigador doctor. (...) No se trata evidentemente de un trabajador ordinario en prácticas, en tanto que el contrato suscrito no se adscribe sin más al artículo 11 ET, sino que presenta notables especialidades, de conformidad con lo previsto en la Ley 13/1986. Y, por tanto, concluye este Tribunal afirmando que ‘habiéndose optado por la utilización de esta modalidad atípica de contrato formativo, dicha actuación, a falta de otros elementos de juicio, no conculca derecho alguno del investigador contratado, ni vulnera jerarquía normativa alguna, ajustándose a los fines generales de fomento de la investigación científica’, existiendo razones para el amparo normativo especial de una situación igualmente especial.”

6. CONTRATO DE INSERCIÓN

El contrato de inserción, modalidad de contratación hoy derogada como es sabido, es considerado como el contrato ajustado a derecho por las **SSTSJ de Extremadura de 14 y 19 de mayo de 2009**, I.L. J 1152 y 1153, en supuestos en que se había utilizado el contrato para obra o servicio:

“(...) la naturaleza de un contrato no depende de la denominación que le den las partes, sino de los derechos y obligaciones que se deriven de su contenido. (...) Por ello, para determinar cuál sea la naturaleza del contrato que suscribieron las partes, hay que atender, no sólo a su denominación como de obra o servicio determinado que figura en él cuando se hace alusión al ‘código contrato’, sino también, y principalmente, al contenido de sus cláusulas. En primer lugar, la fijación de un plazo determinado, con fecha de inicio y terminación, y una prórroga, en principio, se aviene mal con un contrato para obra o servicio de los que permite el artículo 15.1.a) ET, entre cuyos requisitos, (...) están, además de que la obra o servicio que constituya su objeto presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa, que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Como se desprende de lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, en las cláusulas del contrato entre las partes hay, para delimitar su objeto, varias remisiones al Decreto de la Junta de Extremadura 238/2005, de 9 de noviembre y en la prórroga se contiene otra al Decreto 3/2008, de 11 de enero. En la primera de tales disposiciones se regulan medidas de fomento del empleo de experiencia en colaboración con las Administraciones Locales y, en lo que aquí nos puede interesar, en su artículo 1, al determinar su objeto, se dice que regula un conjunto de ayudas a las Entidades Locales dirigidas al Fomento de Empleo de experiencia de los desempleados, con el objeto de activar la inserción laboral dentro del marco configurado en el V Plan de Empleo de Extremadura y en el POI de Extremadura 2000-2006, añadiéndose en el núm. 2 que las subvenciones se otorgarán de acuerdo con tres programas entre los que el I se refiere al Empleo de Experiencia en Entidades Locales y, según el artículo 7, dentro de ese Programa I, entre las actividades subvencionables a desarrollar por las personas a

contratar está la de Ayuda a domicilio para la atención de personas dependientes. Por su parte, el otro Decreto añade una nueva Disposición Adicional, la Quinta, al 238/2005, según la cual, las entidades beneficiarias de las subvenciones de los Programas I y II regulados podrán solicitar una nueva ayuda para el mantenimiento de los contratos laborales ya suscritos con trabajadores desempleados, siempre y cuando manifiesten su intención o propósito de mantener al menos hasta el 30 de septiembre de 2008 las obras o servicios en que consisten las actividades para las cuales se les concedió la subvención inicialmente. Del contenido del contrato a que se ha hecho referencia, se desprende que lo que las partes concertaron no fue un contrato para obra o servicio determinado y que si así lo hicieron constar fue porque, entre los tipos que en el modelo que utilizaron aparecen bajo ‘código contrato’, es quizás el que más se puede aproximar a lo que, en realidad concertaron, que fue un contrato de duración determinada por un plazo cierto que, a su término, fue prorrogado por otro plazo también cierto. Que no estamos ante un contrato para obra o servicio determinado se desprende, además, de que (...) la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas y que la prestación de un servicio atribuido a la competencia de los Municipios, como se deduce del artículo 25.2.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que se refiere a la prestación de los servicios sociales, dentro de los que, indudablemente, se encuadra la ayuda a domicilio de personas dependientes, sin que conste ninguna otra limitación temporal o de otra clase, más que la posible sujeción a la subvención otorgada por otro organismo, no puede constituir el objeto de un contrato temporal, ni el de obra o servicio determinado ni de ningún otro. Ésa es la razón por la que el juzgador de instancia ha entendido que el cese de la demandante constituyó un despido, porque el objeto que se establecía en el contrato no podía serlo de uno para obra o servicio determinado y no podía acogerse a ninguna otra de las modalidades de contratación temporal legalmente admitidas”.

7. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Además de la conocida doctrina aplicada en la **STSJ de Cantabria de 18 de marzo de 2009**, I.L. J 912, sobre el carácter indefinido no fijo de la relación de una trabajadora cuyo vínculo laboral se convierte en indefinido con el Gobierno de Cantabria, han de destacarse en esta materia también otras resoluciones. En primer lugar, la **STSJ de Extremadura de 24 de marzo de 2009**, I.L. J 929, que aborda la cuestión del carácter fijo –indefinido– y periódico de la relación laboral de un trabajador contratado para atender a tareas que se repiten cíclicamente con cese al final de la temporada, tratándose concretamente de un profesor de música contratado por las Escuelas Municipales de música mediante un contrato por obra o servicio:

“(...) Pero para la válida constitución del contrato temporal para obra o servicio determinados no es suficiente con que se cumpla este primer requisito que se acaba de señalar, pues además es obligado que se produzca el cumplimiento de una segunda exigencia, con-

IV. Modalidades de Contratación

sistente en que esa actividad que tiene autonomía y sustantividad propia, sea de duración temporal, es decir, sea una duración limitada en el tiempo. Y este requisito no puede considerarse cumplido en el caso enjuiciado en la presente litis. La sentencia recurrida, como ya se ha indicado, considera que este requisito de temporalidad se cumple, con base en unos argumentos no desdeñables. Sin embargo, la Sala, tras un detenido examen de la cuestión, llega a la conclusión contraria, concluyendo que en el supuesto aquí debatido no puede calificarse de temporal la actividad de enseñanza musical que desarrolla la Fundación demandada. Téngase en cuenta que difícilmente puede ponerse en relación la temporalidad del contrato con el número de matrículas existentes en cada curso escolar, pues se trata de un dato que no afecta a la propia esencia o naturaleza de esa actividad, sino a la mera conveniencia o no de prestarla, lo cual podría justificar, en el caso de que no se lograsen matrículas suficientes, acudir a la extinción contractual que permite el artículo 52.e) del ET, pero difícilmente puede constituirse en razón determinante de que la actividad de que se trate, tenga *per se* carácter temporal. Es más, en el presente caso las clases del actor se han venido impartiendo durante ocho años consecutivos en el conservatorio de música de Miranda de Ebro, y este hecho indiscutible y objetivo, no se compagina, en absoluto, con la calificación de temporal de tal actividad docente. Debe concluirse, en consecuencia, que en el presente caso no se cumple el segundo requisito que impone el artículo 15.1.a) del ET para la válida existencia del contrato para obra o servicio determinados, lo que obliga a entender que los contratos concertados por el actor y la Fundación demandada no tienen tal condición, y por tanto no pueden ser calificados como contratos de trabajo temporales. Se trata, por tanto, de un contrato laboral indefinido a tiempo parcial, como se solicita en el suplico de la demanda, en razón a lo que prescribe el artículo 12, números 1, 2 y 3, en relación con el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores”.

En segundo lugar, la **STSJ de Castilla y León de 7 de mayo de 2009**, I.L. J 1085, determina la conversión en indefinida de una relación laboral que a través de diferentes contratos de duración determinada se ha mantenido durante seis años entre una trabajadora y la Diputación de Soria prestándose desde el principio idénticos servicios sin prueba alguna de temporalidad, esto es, incurriéndose en fraude de ley en la contratación:

“(…) la trabajadora ha venido prestando casi ininterrumpidamente los mismos servicios en el mismo centro de trabajo, la residencia de San Esteban de Gormaz desde hace 6 años. A veces por contratos eventuales, a veces por contratos interinos. No se ha justificado la existencia de un número apreciable de vacantes durante las contrataciones o un aumento inhabitual del número de residentes –no consta en hechos probados–, por lo que nos encontraríamos ante una prestación de servicios habituales y ordinarios de la entidad empleadora en la residencia en cuestión, realizados por la actora durante esa su última contratación, a través de sucesivos contratos temporales eventuales o de interinidad, por tanto, prestación de servicios destinados a la ejecución del proceso ordinario y normal de actividad por parte del organismo empleador. Y si bien es posible que esta contratación tenga lugar, cuando se trate de actividad normal del organismo empleador, también lo es que es exigible demostrar la concurrencia de esa causa de temporalidad, que no es otra que la existencia de una acumulación de tareas de carácter provisional, transitorio y episódico que precisamente por ello justifica el uso de esta modalidad temporal del contrato de trabajo, lo que no sucederá

cuando se trate de circunstancias productivas fijas y permanentes que se repiten y reiteran en el tiempo que sólo pueden ser cubiertas con trabajadores indefinidos, fijos discontinuos o a tiempo parcial, respetando de esta forma el principio que rige nuestro ordenamiento laboral que obliga a formalizar el contrato de trabajo indefinido cuando la necesidad productiva –como parece ser en este caso– es también indefinida y permanente. Por más que no se presente con la misma intensidad durante todas las épocas del año. Por tanto nos encontramos con una contratación fraudulenta que convierte la relación laboral de la actora en indefinida. Y por ello, y considerando responsable en exclusividad a la Diputación con relación a la trabajadora, en base a lo establecido en el fundamento anterior, habrá de asumir aquélla las consecuencias de su decisión extintiva”.

Finalmente, en relación con la imposibilidad de que las Administraciones Públicas utilicen la contratación temporal alegando la dependencia de subvenciones se pronuncia la **STSJ de Canarias de 13 de mayo de 2009**, I.L. J 1109, que viene a recordar la conocida jurisprudencia en la materia y el cambio legal que se produjo en ella y así que “ha de dejarse claramente sentado que ese vínculo indefinido no sólo puede extinguirse por sus causas propias (amortización o cobertura de la plaza por cualquier forma, siempre que se sigan los procedimientos regulados normativa o convencionalmente) sino que también puede igual y lícitamente extinguirse cuando la subvención merme o desaparezca siempre que para ello se utilice la vía del despido objetivo regulado especialmente para esta causa por el artículo 52.e) ET, precisión que la Sala ha de hacer constar a estos efectos”.

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 caben diferencias salariales por absorción y compensación por conceptos salariales no homogéneos. b) Diferencias salariales por absorción y compensación. Desestimación. No discriminación. c) Reclamación salarial de guarda jurado fluvial. Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado. d) Reclamación de nivel profesional y diferencias salariales. Subrogación empresarial. Líneas aéreas. e) Diferencias salariales. Prescripción. f) Complemento de antigüedad. Percepción igualitaria por trabajadores fijos y eventuales. g) Complemento de peligrosidad. Complemento de puesto de trabajo. Abono por días trabajados, no naturales. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: sentencia dictada en proceso ordinario de cantidad. No es necesaria una sentencia específica de despido. b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: indemnización por despido reconocida en conciliación judicial en proceso ordinario de cantidad. No es necesaria conciliación judicial o sentencia recaída en proceso de despido. c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Cantidad global por los conceptos de indemnización, liquidación, saldo y finiquito pactada en conciliación judicial. Modificación de la doctrina de la Sala en razón a la reforma legal operada por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo. **2. Jornada de trabajo.** A) Descanso bocado. Vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley el convenio colectivo que regula citado descanso en forma distinta para diversos colectivos de trabajadores de la misma empresa atendiendo únicamente a la fecha de ingreso en ella. B) Horas extras. Su importe no puede estar por debajo del valor consignado para la hora ordinaria. **3. Movilidad geográfica.** A) Movilidad geográfica. Desplazamientos a 60,5 Km. No conlleva cambio de residencia. No procede el descanso de 4 días por cada 3 meses. Sí procede el abono de media dieta dado el

fin de jornada (15,30 horas) y la duración del desplazamiento al lugar de residencia.

4. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Modificación de la categoría aun dentro del mismo grupo profesional. De “delegado de oficina” a “comercial”. Degradación profesional. B) Conflicto colectivo. Aplicación de tabla salarial diferente a los tripulantes de los nuevos buques de salvamento. Constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No es nula porque sigue los trámites del artículo 41. Injustificada. C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Acuerdo previo entre las partes. Desestimación. D) Reducción de jornada de contrato a tiempo parcial. Es una modificación sustancial de las condiciones laborales que seguidos los trámites del artículo 41 su impugnación es por la modalidad del artículo 138 LPL. No es aplicable el artículo 12.4.e) ET. E) Vacaciones. Propuesta no aceptada por el Comité de Empresa, de cambio de período vacacional. No cabe la imposición por la empresa. Debe acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET.

5. Excedencias. A) Excedencia voluntaria. Denegación. Inexistencia de vacante. B) Excedencia por cuidado de hijo. Finalidad. C) Excedente voluntario. Reingreso. Existencia de vacante. Conversión de contrato temporal en indefinido. D) Excedencia voluntaria. Reingreso. Negativa empresarial. Dies a quo para la fijación de la indemnización. E) Excedencia voluntaria. Reingreso. Negativa. Indemnización de daños y perjuicios.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2009 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales, I.L. J 633 a 1143).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) No caben diferencias salariales por absorción y compensación por conceptos salariales no homogéneos

STSJ de Cantabria de 12 de febrero de 2009 (recurso 35/2009), I.L. J 699.

1. Se presenta demanda por conflicto colectivo por sección sindical, frente a la empresa AG, que se rige por su propio convenio de empresa vigente para el período de 2006 a 2009; la prestación de servicios se realiza en diversos turnos y horarios, el plus de noc-

turnidad que perciben todos los trabajadores que realizan estos turnos es en cuantía inferior al 25% y en torno a una media de 15%; bajo el Convenio colectivo de empresa para el período de 1996 a 1998 el turno de nocturnidad se percibió en cuantía del 27% para el año 1996, 29% para 1997, y del 30% para 1998, tras la entrada en vigor del Convenio para el período de 1999 a 2001, se unificó el plus convenio y el salario base, y el plus de nocturnidad quedó fijado en una cuantía determinada en la tabla salarial, y así siguió en Convenios posteriores. El Convenio General del Sector desde 1996 obliga a una retribución específica incrementada en el 25% del salario base.

2. La empresa fundamenta la aplicación indebida del artículo 35 del Convenio General, que recoge que la retribución específica del 25% no afecta a aquellos trabajadores que a la entrada en vigor de este Convenio tuvieran pactado otro, en cuyo caso se aplicará este último, todo ello en relación con el artículo 34.2 del ET; no tiene acogida este argumento, puesto que a la entrada en vigor del Convenio General, el Convenio de empresa retribuía incluso de forma más generosa en un 27% el plus de nocturnidad, por lo tanto, la modificación de porcentaje a cantidad fija es posterior al Convenio General, y aunque la cantidad fija (que supone aproximadamente el 15% del salario base actual), supusiera más de 25% del salario base anterior al cambio de sistema de retribución, que se simplificó unificando dentro del salario base el plus de convenio, no es admisible puesto que el cambio del sistema retributivo benefició a todos los trabajadores, no sólo a los que prestan sus servicios en el turno de noche, y no puede aceptarse que esta argumentación vulnere la doctrina del TS respecto a la posibilidad de pactar en convenio una retribución menor, pues en este caso es el artículo 35 del Convenio General alegado por la recurrente, quien establece esta materia como reservada y no susceptible de negociación en ámbitos inferiores. La petición subsidiaria sobre la infracción del artículo 26.5 y 3.3 del ET no puede ser admitida desde el momento que el Convenio general no establece tablas salariales, y los conceptos no son homogéneos por lo que no es aplicable la absorción y compensación.

3. Como primera cuestión la sentencia refleja la doctrina del TS que avala la posibilidad de pactar una retribución inferior en convenio colectivo sobre la base del artículo 37.1 de la CE, ahora esta libertad de pacto tiene sus límites en la propia negociación colectiva que puede reservar una determinada materia al ámbito estatal, como ocurre en el presente caso, y en consecuencia no puede hacerse valer lo acordado en un Convenio de empresa, porque está limitada la negociación diferente y contraria sobre esta materia en los ámbitos inferiores. Como segunda cuestión la Sala se acoge a la reiterada, constante y unificada doctrina que establece la necesidad de la homogeneidad de los conceptos para que sea aplicable la compensación y absorción (STCT de 17 de junio de 1987, Ar. 13484; STCT de 13 de julio de 1987, Ar. 15831), y que en este caso no se da.

b) Diferencias salariales por absorción y compensación.

Desestimación. No discriminación

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2009 (recurso 181/2008), I.L. J 891.

1. El actor presta sus servicios en una empresa bajo el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por carretera pública, a partir de septiembre de 2006 con efectos económicos desde 1 de enero de 2005 comienza a aplicarse el Convenio de Operadores Logísticos

por estar encuadrada la empresa dentro de su ámbito funcional, el trabajador interpone demanda en reclamación de diferencias salariales entre el período de enero de 2005 a febrero de 2007.

2. Sustenta la pretensión que es estimada en instancia en la discriminación respecto a otros trabajadores, pues le han incrementado el salario base, la antigüedad, y reducido el complemento salarial, mientras a otros compañeros no se les compensa y absorbe. La empresa demandada y recurrente alega la infracción del artículo 26.5 ET, es decir, se compensa y absorbe puesto que el cómputo anual del salario es más elevado que el recogido en el convenio aplicable. La alteración y supresión de una mejora retributiva se puede realizar a través de su neutralización por aplicación de la compensación y absorción, cuando los salarios realmente abonados en su conjunto y como cómputo anual sean superiores al que corresponde con el nuevo Convenio. Los criterios legales para resolver estas cuestiones están en el ET y Decretos anuales que fijan el SMI. La regla legal prevista es la de la compensación y absorción de los incrementos experimentados por los mínimos legales o convencionales. Por ello, el importe del salario base y de la antigüedad experimentó un incremento, mientras que el complemento salarial disminuyó en la misma proporción. La medida no ha sido discriminatoria (STC 261/1988), se requiere que las situaciones subjetivas sean efectivamente homogéneas, y el término comparativo no sea arbitrario (SSTC 148/1986 y 200/2001). El principio de igualdad permite un trato desigual a supuestos de hecho iguales en determinadas circunstancias, es decir, no existe un principio general que obligue siempre a tratar igual a los iguales, siempre que la desigualdad tenga una causa razonable y objetiva. En este caso de las nóminas del otro trabajador se deduce que no se le abonaba anteriormente ningún complemento, pasando con la nueva normativa a cobrarle, es decir, las situaciones iniciales de ambos trabajadores son desiguales, no implicando discriminación alguna, pues de contrario y por el poder de dirección el actor ha sido favorecido respecto al compañero que se invoca que no cobró complemento alguno.

3. La sentencia referida, traslada al ámbito de la aplicación del artículo 26.5 del ET, es decir, la absorción y compensación, la interpretación constitucional del principio, igualdad, que interpreta, por un lado, que pueda darse un trato desigual a iguales situaciones por causas objetivas, y, por otro, requiere que no existan elementos diferenciales en los supuestos de hecho, pues las situaciones fácticas no son homogéneas en su inicio, y el factor diferencial, que el otro trabajador no percibiera el complemento salarial antes de la aplicación del nuevo convenio, que sí percibía el actor, es relevante y determinante para declarar la no existencia de discriminación.

c) Reclamación salarial de guarda jurado fluvial. Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado

STSJ de Aragón de 17 de marzo de 2009 (recurso 122/2009), I.L. J 894.

1. La Confederación H.E. solicitó autorización de la movilidad funcional temporal, al amparo del artículo 66 del Convenio único con conformidad del trabajador, concedida con

efectos del 1 de marzo de 2003. Con posterioridad se acuerda en sucesivos convenios que el puesto de trabajo de origen del trabajador pasa del grupo 5 al 4, y del 4 al 3, el actor reclama el derecho a mantener las retribuciones básicas correspondientes al puesto de origen sobre el artículo 65 del Convenio único. Son estimadas las dos primeras demandas en reclamación de las retribuciones básicas correspondientes al puesto anterior. En el tercer proceso reclama las diferencias de retribución entre los grupos 4 y 3 del II Convenio, entre los períodos de 1 de septiembre de 2007 a 31 de julio de 2008, y se desestima su pretensión por aplicación de la Doctrina Unificada por la Sentencia del TS de 24 de enero de 2008 que desestimó el recurso de casación para unificación de doctrina.

2. El recurso se fundamenta en varios motivos. En el primero, el actor mantiene que en aplicación del acuerdo alcanzado el 18 de noviembre de 2004 quedó adscrito al grupo profesional 4 del I Convenio Colectivo Único, no se admite tal pretensión, porque esta cuestión fue desestimada como cuestión en el primer procedimiento judicial iniciado por el actor, que exclusivamente le reconoce el derecho a percibir las retribuciones básicas correspondientes al grupo profesional de origen en virtud de la movilidad funcional temporal por disminución de la capacidad. En el segundo, denuncia la infracción del artículo 226 de la LPL en relación con los artículos 22.3 y 66 del Convenio. Por el artículo 226 de la LPL, la doctrina unificada por la Sentencia del TS dictada en recurso de casación no será de aplicación a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones anteriores; el artículo 22.3 del I Convenio colectivo recogía que la movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad, sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente al puesto de trabajo que desempeñe, salvo los casos de encomienda de funciones inferiores en cuyo caso mantendrán la retribución de origen, pero fundamenta la Sala que no estamos ante una movilidad funcional ex artículo 39 del TRET, derivado de la facultad empresarial, sino del recogido en el artículo 66 del Convenio, que es una ventaja para el trabajador al que permite seguir trabajando acorde con sus facultades físicas previo informe médico, en puestos de trabajo igual o inferior grupo profesional. Es una obligación de tracto sucesivo de ahí que el actor haya interpuesto varias demandas, por tal razón y conforme al artículo 226 de la LPL no resultan afectados por la STS 24 de enero de 2008 los reconocimientos anteriores al presente proceso. Según la STS de 8 de abril de 2005, en recurso de casación para la unificación de doctrina, “el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquel, en dicho supuesto se aplicará íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio colectivo”. Concluye la sentencia que el actor nunca ha sido titular del derecho al percibo de las retribuciones básicas correspondientes al grupo profesional de origen.

3. La base jurídica fundamental de la sentencia, por la que desestima la pretensión del actor, al cual se le habían venido reconociendo los derechos económicos del cambio de grupo profesional de su puesto de trabajo de origen, es la doctrina unificada por la STS de 24 de enero de 2008, sobre la base a su vez de la STS de 8 de abril de 2005, que lleva a la práctica la facultad del convenio posterior para modificar, cambiar y extinguir los derechos reconocidos en el convenio anterior, y que opera desde la Ley 11/1994, que abandona el principio de irregresividad de lo pactado, tal y como también razona la sentencia, cuestión que determina que la modificación posterior del Convenio tiene aplicación directa en los derechos actuales del actor, que dio su conformidad y aceptó la movilidad prevista en el artículo 66 del Convenio por una cuestión de salud.

d) Reclamación de nivel profesional y diferencias salariales.**Subrogación empresarial. Líneas aéreas**

STSJ de Baleares de 19 de marzo de 2009 (recurso 43/2009), I.L. J 903.

1. La actora viene prestando sus servicios profesionales en la empresa demandada desde el 11 de mayo de 1976, en fecha 2 de mayo de 1997 fue subrogada a la empresa XXX, anulándose dicha subrogación por Sentencia del TSJ de Madrid de fecha 29 de octubre de 2002, y confirmada por el TS. La actora se reintegró a Iberia el 11 de noviembre de 2002. La empresa demandada promocionó a la actora al nivel 11 el 25 de septiembre de 2005. La actora pide que se le reconozca el nivel 13 desde el 13 de febrero de 2007, con las diferencias salariales desde el mes de abril de 2007 hasta el mes de marzo de 2008, y ello porque si no hubiese sido subrogada y hubiera cumplido con las condiciones de promoción debería haber sido promocionada en tres ocasiones más.

2. Estimada la pretensión de la actora en instancia recurre la empresa, solicitando que conste en hechos probados que la Sentencia del TSJ de Madrid de fecha 21 de diciembre de 2001 declaró el derecho de la actora a ser reintegrada en las mismas condiciones que tenía antes de la subrogación, cuestión que es estimada. Sobre la base del artículo 59.2 ET argumenta que el paso de un nivel económico a otro superior dentro de la misma categoría es una obligación de tracto único porque dicho reconocimiento se produce una vez, sin perjuicio que sus efectos se desplieguen en la relación laboral en tracto sucesivo, por lo que debió reclamarse la progresión dentro del año siguiente al 1 de noviembre de 2002, fecha de reingreso tras declararse la nulidad de la subrogación, y en consecuencia ha prescrito. La Sala argumenta que la situación es la misma que la del trabajador que no insta su ascenso en el momento en que concurren las circunstancias para ello, o la del trabajador que no reclama su nuevo trienio desde el momento que pudo hacerlo, ello sin perjuicio de los efectos económicos, que pueden retrotraerse un año atrás desde la reclamación. Y ello porque la obligación del empresario de cumplir con el convenio no es una relación de tracto único y puede reclamarse mientras esté viva la relación laboral. Por último la empresa alega infracción de los artículos 56, 59, 60 y 67 del Convenio Colectivo de Iberia y su personal de tierra, y ello porque sostiene que la promoción salarial no opera de forma automática, ni por el mero transcurso del tiempo, y al haber estado en Ineuropa no cumplía con los requisitos de permanencia, no pudo ser evaluada, y el reingreso se produjo en el nivel salarial 10 que ostentaba. La Sala trasladando la tesis de la Sala del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) en Sentencia de fecha 11 de octubre de 2004, en un caso igual, establece que las consecuencias de un acto nulo no pueden perjudicar a los trabajadores en sus expectativas de progresión, y por lo tanto el tiempo de permanencia del actor en Ineuropa debe considerarse como válido a estos efectos una vez declarada la nulidad de la subrogación, debiendo entender que la falta de evaluación es un defecto subsanable, pues lo contrario supondría una clara discriminación respecto de los trabajadores no subrogados, así como la formación no es un obstáculo para la progresión, y así lo prevé el convenio para el caso de que la empresa no imparta los cursos.

3. La Sala aplica la teoría de los actos nulos y sus consecuencias, que nunca no pueden perjudicar al trabajador, ni en sus derechos ni en sus expectativas, y que en este caso

no tener en cuenta la totalidad del tiempo trabajado, incluido el que se prestó durante la subrogación declarada nula, supondría un claro perjuicio al trabajador, puesto que el resto de los requisitos para hacer efectiva la expectativa de derecho son subsanables, y con los efectos económicos de un año atrás desde la reclamación, cuestión, por otro lado, no controvertida.

e) Diferencias salariales. Prescripción

STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2009 (recurso 138/2009), I.L. J 915.

1. El actor suscribió diversos contratos con el Gobierno de Cantabria para la realización de un servicio determinado como personal docente externo. El último contrato se realizó para el período entre el 20 de febrero y el 3 de noviembre de 2006. En el contrato se establece que como retribución percibirá la cantidad de 27,75 euros la hora, cuyo pago se efectuará mensualmente a cuenta de la cantidad final que resulte a su favor, de acuerdo con el número total de horas realizadas durante el curso. El pago mensual se realizará una vez emitida la certificación justificativa del inicio de la actividad, haciéndose efectivas en el último mes las diferencias que pudieran existir en virtud del número de horas satisfechas y las efectivamente realizadas. Durante la vigencia del contrato el actor trabajó un total de 971,5 horas, de las cuales 25,5 corresponden al mes de noviembre de 2006, que le fueron abonadas por la Administración demandada a razón de 20,67 euros. Se formuló reclamación previa el 3 de noviembre de 2007 en reclamación de las diferencias salariales por el precio/hora pactado, que fue estimada parcialmente acordándole abonar la cantidad de 181,05 euros correspondientes a las diferencias salariales correspondientes al mes de noviembre de 2006.

2. La sentencia de instancia estima el argumento esgrimido por la administración demandada que alega la excepción de prescripción en la acción. El recurrente alega a infracción del artículo 59.2 del ET, transcribe la estipulación del contrato donde se pacta la retribución, y sostiene que la retribución era global y no mensual, por lo que era partir de la finalización del contrato cuando debía realizarse la liquidación, y es a partir de este momento cuando comienza el cómputo del año para poder realizar la reclamación. Acoge la Sala el argumento del Juzgado de instancia y desestima el recurso, y por lo tanto, la excepción de prescripción, porque el trabajador conocía el precio de la hora desde el inicio del contrato, y por ello si en los pagos mensuales a cuenta le abonaban un precio/hora inferior al pactado, pudo reclamar antes de transcurrir el período de un año anterior a la fecha de la reclamación previa, y no a la fecha de la extinción del contrato, en aplicación del artículo 59.2 del ET que establece que la prescripción de un año se computará desde el día que la acción pudiera ejercitarse, puesto que en el presente caso el abono se realiza por meses vencidos, el último día de cada mes.

3. La Sala en aplicación de su propio criterio reiterado en esta materia, aplica el artículo 59.2 del ET, y vuelve a reiterar que la acción para exigir las percepciones económicas se computa teniendo en cuenta cuándo se realiza su devengo, que en el caso que nos ocupa es mensual, puesto que al trabajador el último día del mes se le realizaba una liquidación de horas y se le abonaba una cantidad determinada en función de las horas que hubiera realizado, por lo que el trabajador tenía expreso conocimiento todos los meses de que la

hora se le estaba abonando a un precio inferior al pactado, y pudo iniciar la reclamación correspondiente.

f) Complemento de antigüedad. Percepción igualitaria por trabajadores fijos y eventuales

STS de 22 de mayo de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2543/2007), I.L. J 794.

1. La actora ha prestado servicios por cuenta ajena y bajo la dependencia de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA desde 1987, con contratos eventuales o de interinidad, siendo fija desde 2004. Dicha Sociedad no le reconoce trienios ni le abona el plus de permanencia y desempeño, plus que sí abona al personal fijo. Estimada la demanda interpuesta por la actora, la sentencia fue recurrida en suplicación, dictándose sentencia por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) que desestima el recurso. Contra ésta se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. La sentencia dictada en unificación de doctrina por el TS examina dos cuestiones. La primera de ellas se circunscribe a determinar si el complemento de antigüedad, previsto en el artículo 60 del Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos, resulta aplicable a los trabajadores “eventuales” en atención a todo el tiempo prestado para la empresa –aunque lo fuera en virtud de varios contratos separados entre sí por más de 20 días– o si, por el contrario, esta circunstancia impide el cobro de dicho complemento. Señala a este respecto el TS que tras la modificación del artículo 25 ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, es el convenio colectivo aplicable el que determina si existe el complemento de antigüedad, en qué términos se reconoce y en qué cuantía. En consecuencia, la doctrina jurisprudencial sobre interrupción superior a 20 días entre sucesivos contratos temporales no puede aplicarse a los efectos del cálculo del complemento salarial de antigüedad, entendiendo el TS que debe aplicarse el mismo criterio a los trabajadores fijos y temporales, a efectos de antigüedad, cuando se aprecia la existencia entre los contratos celebrados de lo que la doctrina de la Sala denomina como “unidad esencial del vínculo laboral”.

La segunda cuestión planteada consiste en determinar si el plus o complemento de “permanencia y desempeño” es de percepción inmediata o, por el contrario, debe ser desarrollado previamente por la negociación colectiva. La conclusión a la que llega el TS es que este plus debe abonarse a los trabajadores temporales en las mismas condiciones en las que se abona a los fijos, es decir, sin necesidad de esperar al desarrollo de la norma convencional. En este sentido, señala que si bien es cierto que el Convenio Colectivo reconoce el citado plus a los trabajadores temporales, se condiciona su percibo, a la fijación de determinados criterios que han de ser negociados en el plazo de un año. Esta circunstancia, en abstracto, puede resultar legítima, pero viene a demostrar que la empresa es refractaria a aplicar el mandato de igualdad y acatar los pronunciamientos judiciales, negando hasta la fecha a los trabajadores temporales lo que sí reconoce al personal fijo.

3. Las dos cuestiones que se plantean han sido ya resueltas por el TS. La primera cuestión tiene ya doctrina unificada en una serie de sentencias iniciada por la sentencia de la Sala

General de 11 de mayo de 2005, así como la de 23 de mayo de 2005. La doctrina se reitera, entre otras, en la más reciente Sentencia de 10 de julio de 2008 en la que se establece que la conclusión de que los contratados laborales de carácter temporal únicamente tienen derecho al complemento de antigüedad si han completado tres años de servicios en el ámbito de un mismo contrato, es contraria a la orientación igualitaria entre trabajadores fijos y temporales a efectos de antigüedad, mantenida por la doctrina del TS, cuando se aprecia la “unidad esencial del vínculo laboral”. La segunda cuestión ha sido también ya resuelta en la Sentencia de 27 de septiembre de 2006, sentando doctrina unificada, reiterada por otras muchas (Sentencias de 17 de octubre de 2006 y 15 de febrero de 2007).

g) Complemento de peligrosidad. Complemento de puesto de trabajo.

Abono por días trabajados, no naturales

STS de 29 de junio de 2009 (recurso de casación para unificación de doctrina 640/2008), I.L. J 981.

1. La trabajadora demandante prestaba servicios desde el 1 de octubre de 2002 para la empresa XXX, siendo aplicable el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias. El contrato era a tiempo parcial, y hasta el mes de enero de 2006 se había venido abonando a la actora el plus de peligrosidad por día natural; pero a partir de esa fecha sólo se le pagó dicho plus por día efectivamente trabajado. Disconforme la trabajadora con esta medida, planteó demanda reclamando el pago de ese plus, y el Juzgado de lo Social estimó dicha demanda, decisión que fue confirmada en suplicación por la Sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Contra esta última interpone la empresa recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como infringido el artículo 24 del citado Convenio Colectivo.

2. La cuestión que se plantea consiste en determinar si el plus de peligrosidad que venía percibiendo la trabajadora debe abonarse por días naturales o por días efectivos de trabajo. El artículo 24 del Convenio Colectivo aplicable regula el plus de peligrosidad y en él se dice que “los trabajadores que realicen trabajos de esta naturaleza percibirán un plus del 20% del salario base correspondiente a su categoría profesional”. Es manifiesto que la norma pactada no dice nada sobre la forma en la que habrá de retribuirse el devengo, razón por la cual se deberá examinar la naturaleza jurídica de este complemento. Pues bien, desde la literalidad del artículo 26.3 ET se puede afirmar que el complemento de peligrosidad es uno de los que se vinculan al trabajo realizado, aquellos que el viejo Decreto de Ordenación del Salario denominaba en su artículo 5.b) “de puesto de trabajo”. Durante la vigencia del referido Decreto, la doctrina del TS se ocupó de fijar el alcance y límites de los complementos de esta naturaleza, estableciendo que estos complementos que se perciben “en razón de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar la actividad profesional por no ser inherentes a la persona, sino derivados del trabajo realizado, no tienen carácter consolidable”. Puesto que no existe en el Convenio ninguna disposición que regule este complemento de manera distinta, resulta de aplicación la anterior doctrina, debiendo concluirse que se trata de un complemento vinculado al puesto de trabajo, y que habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa activi-

dad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no por día natural.

Además, se plantea el problema de la posible consolidación del derecho de la trabajadora al cobro del plus de peligrosidad en la forma en la que lo vino haciendo durante los primeros 15 meses desde que se hizo cargo de la contrata. En este punto, el artículo 26.3 ET señala que no tienen carácter consolidable, salvo acuerdo en contrario, los complementos vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. En este supuesto, se admite por ambas partes que no habían pactado esa consolidación. En consecuencia, es inviable la incorporación a la relación individual de trabajo del derecho al cobro del plus de peligrosidad por días naturales, pues la reiteración del cobro durante 15 meses no generó una condición más beneficiosa y ello puesto que no se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Sala, esto es, es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama.

3. La doctrina en la materia ha sido unificada por la Sentencia de 10 de diciembre de 2008 que resolvió un litigio exactamente igual al presente, siendo recurrente la misma empresa e idéntica resolución de contraste. Consiguientemente, esta sentencia sigue el mismo criterio, tanto por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, como por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina.

B) Fondo de Garantía Salarial

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

SSTS de 10, 12 y 22 de junio, y de 6 de julio de 2009 (recursos de casación para la unificación de doctrina 2761/2008, 3175/2008, 1960/2008, y 1477/2008), I.L. J 689, 872, 865 y 800.

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 de cantidad 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, con cita de la reciente STS de 4 de mayo de 2009 (recurso 2062/2008). A tal efecto se señala, en síntesis, que según dicha doctrina unificada “cuando no existe controversia alguna sobre la calificación del despido y la indemnización aplicable no está obligado el trabajador a seguir un proceso de despido con la única finalidad de garantizar el abono de la indemnización reconocida (Sentencia de 22 de enero de 2007) y, en con-

secuencia, tampoco resulta exigible para el reconocimiento de la prestación de garantía a cargo del FOGASA el que se haya obtenido una sentencia específica de despido en estos casos en que no hay realmente una controversia de esta materia. Por el contrario, basta, como título para obtener la garantía, la sentencia en la que se reconoce como no abonada la indemnización por despido y se condena a la empresa a su pago. Es así porque “esa indemnización no nace, como se ha dicho, de una pura manifestación de voluntad de la empresa de resolver los contratos de trabajo reconociendo su improcedencia, sino de una sentencia judicial consecuencia de un proceso en el que no sólo fue parte el Fondo, sino que en él alegó lo que tuvo por conveniente” (STS de 22 de junio de 2009, I.L. J 865) “en orden a la deuda propiamente dicha así como a su eventual responsabilidad subsidiaria (...), con lo que 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” (STS de 4 de mayo de 2009, que reproducen las SSTs de 10 de junio de 2009, I.L. J 689, y de 12 de junio de 2009, I.L. J 872).

3. Tal como se indica por parte del TS se reitera una doctrina unificada de la Sala con cita de la STS de 22 de enero de 2007 (recurso 3011/2005) en donde se señaló que “el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción por despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos”, y de las SSTs más recientes de 3 de febrero y 4 de mayo de 2009 (recurso 2226/2008 y 2062/2008), I.L. J 125 y 539, respectivamente.

b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: indemnización por despido reconocida en conciliación judicial en proceso ordinario de cantidad. No es necesaria conciliación judicial o sentencia recaída en proceso de despido

STS de 2 de julio de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1952/2008), I.L. J. 1143.

1. El trabajador fue despedido mediante carta de su empleadora en la que reconoció la improcedencia del despido y se comprometió a abonarle “x” euros en concepto de indemnización por despido improcedente más “x” euros por liquidación de partes proporcionales de pagas extras. Como la empresa sólo le abonó parte de la cantidad económica indicada, el trabajador interpuso demanda de reclamación de cantidad solicitando la condena de la empresa al pago de la cantidad económica no abonada, y ésta, en el acto de conciliación judicial, reconoció la realidad y certeza de la deuda, y asumió la obligación de satisfacerla. No obstante, como la empresa no cumplió con su obligación, el trabajador instó la ejecu-

ción de la conciliación que concluyó por auto que declaró a la ejecutada insolvente provisional por la cantidad reclamada. El trabajador solicitó entonces del FOGASA las prestaciones de garantía y éste dictó resolución reconociéndole la cantidad correspondiente en concepto de salarios, pero ninguna por la indemnización adeudada. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al FOGASA a abonar al trabajador en concepto de indemnización “x” euros. La Sala de lo Social del TSJ desestimó el recurso de suplicación interpuesto, y frente a dicha sentencia recurre el FOGASA en casación para la unificación de doctrina.

2. El TS indica que la doctrina ajustada a derecho se encuentra en la sentencia recurrida, como se ha señalado en la citada STS de 4 de mayo de 2009 (recurso 2062/2008), con las matizaciones que exige el hecho de que el título habilitante entonces contemplado fue una sentencia dictada en proceso de reclamación de cantidad y en éste lo sea la previa conciliación judicial alcanzada en igual proceso. Se reitera el respecto que el artículo 33.2 ET no exige que el título habilitante para que pueda aparecer legalmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA haya de ser necesariamente una conciliación judicial o una sentencia recaída en proceso de despido. Sólo exige que la indemnización sea reconocida en sentencia o conciliación judicial “a causa de despido”, y en el caso es evidente que la empresa reconoció en la conciliación judicial del proceso de cantidad que el importe reclamado correspondía a una indemnización fijada “a causa” del despido acordado por la empresa y reconocido por ella como improcedente.

3. Tal como se señala por el propio TS, la Sentencia indicada reitera la doctrina unificada, antes comentada, referida a la consideración de las sentencias recaídas en procesos ordinarios de cantidad como títulos legales habilitantes a los efectos indicados –STS de 4 de mayo de 2009 (recurso 2062/2008), citada–, si bien aplicando ésta en el caso a la previa conciliación judicial alcanzada en igual proceso. El TS concreta que no se reconoce valor de título idóneo al “reconocimiento extrajudicial de la improcedencia del despido” que realizó la empresa en su carta y que carecería, en efecto, de valor a los efectos pretendidos, sino que se atribuye tal condición, según lo dispuesto en los preceptos legales aplicables, a la conciliación judicial celebrada en el procedimiento de reclamación de una indemnización debida “a causa de despido”.

c) Responsabilidad subsidiaria: procede. Cantidad global por los conceptos de indemnización, liquidación, saldo y finiquito pactada en conciliación judicial. Modificación de la doctrina de la Sala en razón a la reforma legal operada por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo.

STS de 9 de julio de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3286/2008), I.L. J. 876.

1. El trabajador fue despedido con fecha 17 de agosto de 2004. Interpuesta demanda por despido se celebró acto de conciliación judicial en el cual se reconoció por parte de la empresa la improcedencia del despido ofreciendo determinada cuantía económica por

los conceptos de indemnización, liquidación, saldo y finiquito. Al no proceder la empresa al abono de dicha cantidad se instó la ejecución del fallo despachando ejecución mediante Auto de fecha 31 de enero de 2005, y declarando la insolvencia provisional mediante Auto de fecha 10 de octubre de 2005. El 30 de enero de 2006 se solicitó al FOGASA el importe de la indemnización y liquidación reconocidas en el citado acto de conciliación judicial, dictándose Resolución el 26 de junio de 2006, por la que se deniega el abono de cantidad alguna al considerar insuficiente el título ejecutivo considerado a efectos de prestaciones del FOGASA. La sentencia de instancia desestimó la demanda por estimar que las indemnizaciones por despido no tienen la condición de salario a los efectos previstos en el artículo 33 ET y por la falta de desglose de la cantidad neta pactada globalmente. La Sala de lo Social del TSJ desestimó el recurso de suplicación interpuesto, y frente a dicha sentencia recurre el demandante en casación para la unificación de doctrina.

2. El TS concreta que la doctrina de la Sala iniciada en la Sentencia de 4 de julio de 1990, dictada en recurso en interés de Ley, y seguida por una larga serie de sentencia dictadas ya en unificación de doctrina, venía señalando que para que el FOGASA abonase salarios e indemnizaciones por cese, en sustitución de las obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, era necesario disponer de un título habilitante exigido por ley, y que si bien para los salarios era suficiente con una conciliación, previa o judicial, para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, era necesaria una sentencia o resolución administrativa. Dicha doctrina, se señala, tenía como consecuencia que el FOGASA no se hiciera cargo de las cantidades por indemnización por despido y liquidación de partes proporcionales, reconocidas en concepto de saldo y finiquito en acto de conciliación judicial. Así se dijo expresamente en las SSTs, que se citan, de 17 de enero de 2000, de 17 de marzo de 2003 y de 22 de enero de 2008.

No obstante, el TS indica que dicha doctrina debe ser modificada tras la reforma legal operada por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, que modificó los límites y topes de cálculo que se venían aplicando e incluyó entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA algunas que no figuraban en la anterior redacción del artículo 33 ET. Se concreta que el artículo 33.2 ET, en la redacción dada por dicha Ley, establece que el FOGASA, en los casos de insolvencia o concurso del empresario “abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos (...)”, y que está claro que entre los créditos garantizados por el FOGASA se reconocen las indemnizaciones conciliadas judicialmente. Por todo ello se concluye que, si esto es así, ya no tiene razón de ser la doctrina de la Sala según la cual al pactarse una cantidad global sin especificarse los conceptos que pudieran tener naturaleza retributiva, a efectos de reconocimiento de prestaciones por parte del FOGASA, éste no debía responder. Tras la modificación legal indicada, ambos conceptos retributivos pactados en conciliación judicial quedan cubiertos por el FOGASA y se incluyen, en consecuencia, dentro de la garantía de protección del trabajador en caso de insolvencia de la empresa, de modo que también la suma devengada en concepto de indemnización por despido, así como el importe de la liquidación de partes proporcionales pactado todo ello globalmente en conciliación judicial, entra dentro de la protección otorgada por el FOGASA para el pago de los créditos impagados, sin que

sea requisito imprescindible la concreción de uno y otro concepto de forma separada para generar la prestación solicitada.

3. La Sentencia comentada expresa la necesidad de modificar la previa doctrina de la Sala como consecuencia de la reforma legal introducida en el artículo 33 ET por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Descanso bocadillo. Vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley el convenio colectivo que regula citado descanso en forma distinta para diversos colectivos de trabajadores de la misma empresa atendiendo únicamente a la fecha de ingreso en ella

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de febrero de 2009 (recurso de suplicación 1687/2008), I.L. J 649.

1. La empresa ENDESA GENERACIÓN, SA se rige por convenio colectivo propio. El sistema de producción vigente en esta empresa no permite el disfrute diario de los denominados quince minutos de bocadillo.

A un colectivo de trabajadores se les reconoce siete días de descanso anuales adicionales que se disfrutaban adosados a otros descansos en compensación por la ausencia de disfrute diario. Esta compensación anual venía recogida en un antiguo acuerdo colectivo del año 1984 cuya vigencia se reconoce sólo respecto de los trabajadores más antiguos.

Este descanso anual no se reconoce respecto de otro colectivo de trabajadores, que tienen como característica común ser personal de nuevo ingreso.

La situación es considerada como discriminatoria por el sindicato CCOO que interpone demanda de conflicto colectivo, que es estimada por el Juzgado de Instancia. Interpuesto por la empresa demandada recurso de suplicación frente a citado fallo judicial, éste es confirmado por la sentencia objeto de este comentario.

2. La STSJ de Castilla y León desestima el recurso de suplicación formalizado por la empresa recurrente, que denunciaba la infracción del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que citado precepto consagra el carácter vinculante y fuerza normativa de los convenios colectivos. En resumen, la postura de la empresa defiende que el doble sistema de consideración del tiempo de bocadillo entre dos colectivos de trabajadores cuya única diferencia descansa en la fecha de ingreso en la empresa, es materia pactada en el convenio colectivo, que no vulnera ningún derecho fundamental.

Discrepa de esta conclusión la Sala del TSJ de Castilla y León aplicando al efecto la abundante doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre diferencias retributivas apoyadas exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa.

Conforme citada doctrina, la diferencia retributiva apoyada únicamente en la fecha de ingreso en la empresa, no constituye elemento objetivo o razonable que justifique el trato

desigual, vulnerando en definitiva el artículo 14 de la CE en su vertiente de igualdad ante la Ley. Señala el Tribunal que la naturaleza normativa del convenio colectivo, trasciende al marco normal de una regulación privada, por lo que le resulta de aplicación en su aplicación, interpretación y contenido, el principio de igualdad ante la Ley exigible a los poderes públicos, lo que implica la proscripción de diferencias de trato entre situaciones iguales arbitrarias o que no tengan una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

3. Como precedente de esta doctrina puede citarse, entre otras, la STS de 12 de noviembre de 2008, RC 4273/2007. Esta sentencia cita precedentes en los que se mantuvo la tesis contraria a la que hoy nos ocupa, es decir, se convalidó como conforme al ordenamiento jurídico la regulación existente en determinados convenios colectivos que establecía dobles escalas salariales en atención exclusivamente a la fecha de ingreso en la empresa. Entre esas sentencias cuyo criterio parece hoy superado se podrían citar la STS de 12 de noviembre de 2002, recurso 4334/2001) y la STS de 20 de junio de 2005, (recurso 29/2004).

B) Horas extras. Su importe no puede estar por debajo del valor consignado para la hora ordinaria

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de febrero de 2009 (recurso de suplicación 24/2009), I.L. J 650.

1. En la empresa UNIÓN FENOSA se rigen por el convenio colectivo del Grupo de Unión Fenosa. El demandante ha realizado un número de horas extraordinarias que no se controvierten en el procedimiento, habiendo sido abonadas por la empresa al valor que marca la norma colectiva; el demandante articula una reclamación de cantidad, manteniendo que debe abonársele citada jornada extraordinaria al valor previsto en convenio colectivo para la hora ordinaria de trabajo. Esta reclamación es estimada en la instancia alzándose la empresa demandada en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ.

2. La cuestión a dilucidar se centra en determinar si el precio fijado por la norma colectiva respeta o no lo dispuesto en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal llega a una conclusión negativa. Para ello recuerda el carácter de norma de derecho necesario absoluto del artículo 35.1 del ET cuando fija como retribución mínima para la hora extraordinaria, la fijada en la norma colectiva para el valor de la hora ordinaria.

3. Como antecedente de esta Sentencia puede citarse la doctrina del TS sobre la misma cuestión. Entre otras, la STS de 4 de julio de 2005, I.L. J 1193, que, tras analizar la evolución legislativa del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, justifica el cambio de postura de la Sala de lo Social del TS sobre la materia.

El criterio anterior, que permitía negociar el valor de la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria, quedó reflejada, entre otras, en la STS de 27 de febrero de 1995 (recurso 981/2004).

No obstante con posterioridad, se aprobaría la Ley 11/1994 la cual desgravó las horas extraordinarias, remitiendo a la negociación colectiva la fijación de su abono, que en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria.

3. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Movilidad geográfica. Desplazamientos a 60,5 Km. No conlleva cambio de residencia.

No procede el descanso de 4 días por cada 3 meses. Sí procede el abono de media dieta dado el fin de jornada (15,30 horas) y la duración del desplazamiento al lugar de residencia

TSJ de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2009, Sala de lo Social, IL J 1022.

1. El trabajador que viene prestando servicios en una Caja de Ahorros, estaba destinado en el centro de trabajo de Talavera de la Reina siendo trasladado en comisión de servicios a Torrijos, distancia de 62,50 Km. El trabajador no conforme con dicho traslado lo impugnó el mismo y llegando a una conciliación judicial y conforme a ella la empresa manifiesta en este acto que no ha habido traslado con cambio de residencia sino un desplazamiento por comisión de servicio inferior a un año a la oficina de Torrijos. Una vez concluida la comisión de servicios el trabajador volverá a la oficina de Talavera. La empresa se compromete a preavisar con 30 días la finalización de la comisión de servicio y abonar los gastos y dietas que se causen mientras dure la comisión. El resultado es con avenencia. Al trabajador se le abonan una cantidad económica por compensación por desplazamientos y no se abona medias dietas. Impugnada la decisión y por tal reclama días de descanso como medias dietas, fue estimado por el Juzgado de lo Social.

2. La Sala de lo Social del TSJ, ante la reclamación del trabajador respecto al derecho de disfrute de días de descanso, destaca que el artículo 40 del ET contempla dos instituciones separadas aunque claramente emparentadas, el traslado definitivo del trabajador fuera de la localidad de su domicilio habitual, y el desplazamiento, que implica igualmente la salida del domicilio, pero durante un período inferior al año. “No es discutido en la doctrina que ambas situaciones requieren por su propia naturaleza el cambio de domicilio, y que por el contrario el traslado de centro de trabajo dentro de la propia localidad o de sus inmediaciones sin cambio de residencia, integra en el presente momento legislativo el *ius variandi* del empresario o la también llamada movilidad geográfica débil, sin que por tal causa se requiera cumplir especiales formalidades, ni tras la derogación de la OM de 10 de febrero de 1958 por la Ley 11/1994, tal cambio de centro de trabajo haga acreedores a los trabajadores afectados de plus de distancia, de manera que en definitiva, la compensación en tales situaciones queda encomendada al pacto entre las partes, o a lo que en su caso establezca el convenio colectivo aplicable”. Por consiguiente, cuando el legislador regula las compensaciones del trabajador desplazado, está contemplando única y exclusivamente la situación del que ha sido objeto de una medida que implica cambio de residencia. “La finalidad de permiso de cuatro días por cada tres meses de duración del desplazamiento, tiene entonces como finalidad no tanto promover el descanso del trabajador, que se conseguiría por medio de la regulación general en la materia, sino principalmente compensar al afectado por la ausencia de su localidad de origen, facilitando el mantenimiento de los vínculos e intereses personales o materiales que lógicamente aún se mantienen en el lugar del que provisionalmente el trabajador se ausenta, y que deberán retomarse tras el retorno. La consecuencia de tal elemento interpretativo teleológico es que, si aun tratándose propiamente de un desplazamiento, las partes asumen que el traba-

V. Dinámica de la Relación Laboral

jador viajará diariamente desde su lugar de origen al nuevo centro de trabajo, y por ende no existe cambio de residencia, entonces aquellos días de permiso compensatorio carecen de objeto”. Aquí no lleva aparejado cambio de residencia, ni se ha pactado expresamente, es por ello que no procede la compensación de los días de descansos complementarios.

Respecto a la media dieta, la Sala razona que el precepto de la norma convencional debe integrarse en los usos de comidas y así destaca “que si después de las 15,30 horas, el trabajador debe invertir entre 40 y 60 minutos más para llegar a su domicilio, según las incidencias posibles del tráfico rodado, el lapso temporal resultante entre las 16,10 a las 16,30 no constituyen ya horario de comida principal en cualquiera de los usos sociales imperantes en el país, de manera que debería considerarse como práctica prudente y más ajustada no sólo a los usos sociales ya mencionados, sino también a la salud del trabajador y la conservación de sus ciclos vitales, realizar la comida al terminar el trabajo y no esperar hasta la llegada al domicilio”. Por tanto, sí ostenta el derecho en tales días a la media dieta.

3. Dos son las cuestiones en un debate que previamente se conciliaron sobre el procedimiento de movilidad geográfica, el derecho al permiso de los 4 días que dispone el artículo 40.4 ET, que en este caso al no ser desplazamiento temporal con cambio de residencia, no procede. Y la otra cuestión son las dietas lo que se razona correctamente en razón a los usos sociales y la salud del trabajador en los hábitos alimenticios, y una hora de salida a las 15,30, conlleva la necesidad de comer en el lugar de prestación de servicios o compensarle con la media dieta de la comida.

4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Modificación de la categoría aun dentro del mismo grupo profesional. De “delegado de oficina” a “comercial”. Degradación profesional

STSJ de Cataluña, de 17 de febrero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 660.

1. En el presente conflicto el trabajador inició su prestación laboral como “comercial” en el centro de Viladecans, meses después novaron su contrato a través del cual el trabajador pasaba a prestar servicios como “delegado de oficina” en el mismo centro de trabajo y acordando nuevo sistema de retribución salarial. Dos años después de mutuo acuerdo pasó a prestar servicios en Casteldefels. Al cabo de dos años el trabajador recibió comunicación escrita por la que se le cesaba como delegado de oficina encomendándole a partir de la fecha de recepción las tareas y funciones de comercial en la delegación de Gava. Como funciones de delegado de oficina, supervisa, coordina y dirige las operaciones de éstos, e interviene en la gestión final de la operación con el cliente, interviniendo incluso en la gestión del préstamo hipotecario si fuera necesario para hacer efectiva la operación de venta.

2. El Juzgado de lo Social estimó la demanda entendiendo encontrarnos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, la empresa recurrió basándose en que el cambio de funciones de delegado de oficina o comercial forma parte de lo previsto en el artículo 39 ET y ello por cuanto los comerciales y delegados de oficina se encuentra en

el mismo grupo comercial en el Convenio Colectivo. La Sala razona señalando que la “la clasificación profesional y la movilidad funcional son dos operaciones que afectan a la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, pero que se producen en dos momentos distintos: la clasificación profesional tiene lugar en el momento en que se constituye el contrato, mientras que la movilidad funcional se produce a lo largo de la vida de éste” y continúa: “La clasificación profesional resulta ser un concepto jurídico de difícil contornos que impone una interpretación unitaria del mismo. Según la STC 20/1993, de 18 de enero, la clasificación profesional es el mecanismo jurídico que conecta al trabajador con el conjunto normativo regulador de su nexo contractual, y con ello: delimita la prestación en principio exigible; confiere un tratamiento retributivo específico; e incide en el tiempo de prestación de trabajo, en la duración del período de prueba, en la cotización y prestaciones del sistema de Seguridad Social y en el ejercicio de los derechos de representación colectiva. Por de pronto, la clasificación profesional solventa un conflicto de intereses: frente a la pretensión del trabajador en determinar de manera precisa la prestación laboral objeto del contrato, se encuentra el interés del empresario en alcanzar la máxima abstracción en las funciones exigibles al trabajador. Por tanto, puede afirmarse que en esta materia, los intereses de empresarios y trabajadores no son coincidentes, porque mientras que al trabajador le interesa gozar de un estatuto jurídico delimitado y preciso frente al poder de dirección del empresario, a éste le interesa que la función del trabajador sea lo más flexible y ampliable, de modo que la tradicional y estricta categoría profesional se amplíe permitiéndole encomendar al trabajador tareas que desborden el estrecho margen de la misma”. Así destaca que “Los criterios de clasificación profesional son apelativos abstractos utilizados por la negociación colectiva con la intención de describir funciones, y los más típicos son: el grupo profesional, y la categoría profesional”. Asimismo se destaca cómo evolucionan los Convenio Colectivos desde la reforma legislativa del año 1994, optando por el sistema de los grupos profesionales, pero estos nuevos sistemas, “si bien prescinden formalmente del concepto de categoría profesional, en cambio no lo hacen desde un punto de vista sustantivo, puesto que el papel tradicionalmente desempeñado por la categoría profesional, cual ha sido el de identificar la prestación laboral objeto del contrato de trabajo y el de configurarse como un criterio de clasificación profesional más restrictivo que el grupo profesional, sigue latente en la regulación de los mismos a través de lo que ahora se denomina área funcional o también división orgánica o funcional (STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1997). Por tanto, en los nuevos sistemas de clasificación profesional la prestación debida por el trabajador no tiene por qué consistir necesariamente en la realización de todas las tareas descritas por un grupo profesional, sino únicamente en el desempeño de aquellas tareas descritas en un área funcional inserta en un grupo profesional”. La sentencia analiza la movilidad funcional regulada en el artículo 39 ET, destacando la triple clasificación, la movilidad ordinaria, la extraordinaria y la excepcional. Respecto a la ordinaria (artículo 39.1 ET), examina si es la categoría profesional o bien el grupo profesional, el auténtico límite a la movilidad funcional ordinaria, y señala que la movilidad funcional ordinaria deberá ejercitarse exclusivamente dentro del grupo profesional y entre categorías profesionales equivalentes. Así, son varias las razones. La primera, la literalidad del precepto “la prestación laboral”, por ello la movilidad funcional ordinaria no tendría otras limitaciones que las dimanantes de la pres-

tación laboral, es decir, de la categoría profesional y de la pertenencia de dicha categoría a un “grupo profesional”. El segundo argumento, asimismo el tenor literal del precepto “a falta de definición de grupos profesionales” en la negociación colectiva, o lo que es lo mismo, en todos aquellos sistemas de clasificación profesional “tradicionales” en los que no se define al grupo profesional, la movilidad funcional sólo “podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes”. El tercer argumento, la movilidad ordinaria, es que sólo debe ejercitarse dentro del grupo profesional y entre categorías equivalentes. El cuarto argumento, el término “funciones”, permite con ello una lectura según la cual es posible una movilidad funcional “para la realización de funciones no correspondientes (...) a categorías equivalentes”, y las únicas funciones que no corresponden a categorías equivalentes son precisamente aquellas que corresponden a categorías superiores o inferiores en el seno de un grupo.

Respecto a la movilidad excepcional (artículo 39.5 ET), son cambios de funciones de carácter definitivo, esto es, con vocación de permanencia y éstos sólo se pueden llevar a cabo a través de la novación modificativa y la modificación sustancial funcional. La primera a través del acuerdo entre empresario y trabajador, respecto a la segunda, a través de los mecanismos legales del artículo 41 ET.

Pero, también la movilidad funcional tiene límites (artículo 39.3 ET), “La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”. Por ello a través de la movilidad funcional no pueden quebrarse las expectativas del trabajador de obtener el ascenso (STSJ de Navarra de 31 de mayo de 1996 y STSJ de Canarias de 24 de noviembre de 1997); y respecto a la formación profesional, ésta quedará perjudicada si se quiebra la relativa homogeneidad de las funciones, si se degrada la cualidad del trabajo o si se vulnera la formación profesional adquirida o en curso de adquisición.

Por tanto, en el presente supuesto “ha quedado probado que las funciones de ‘delegado de oficina’ son más cualificadas que la de los ‘comerciales’. Aquél supervisa, coordina y dirige las operaciones de éstos, e interviene en la gestión final de la operación con el cliente, interviniendo incluso en la gestión del préstamo hipotecario si fuera necesario para hacer efectiva la operación de venta. Siendo ello así, el actor fue destinado por la empresa de ‘delegado de oficina’ a ‘comercial’, de ahí que la modificación unilateral de la prestación laboral acordada unilateralmente mediante carta de 17 de abril de 2007, supuso una degradación en la categoría profesional del actor, con el consiguiente perjuicio para él, y afectando a aspectos sustanciales de la prestación laboral objeto del contrato”, ello al margen de que el Convenio Colectivo las aglutine en un mismo grupo profesional. Por consiguiente, se confirma la sentencia que entendió la existencia de una modificación sustancial.

3. El debate de la sentencia es el examen de la categoría profesional, grupo profesional y funciones para enmarcarlas en la distinción de lo que es movilidad funcional y modifica-

ción sustancial de condiciones de trabajo, con ello llega como conclusión la sentencia que lo determinante son las funciones de la prestación laboral al margen de que se encuentren en el mismo grupo profesional.

B) Conflicto colectivo. Aplicación de tabla salarial diferente a los tripulantes de los nuevos buques de salvamento. Constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No es nula porque sigue los trámites del artículo 41. Injustificada

SAN de 13 de abril de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 672.

1. La empresa tiene como actividad la de buques de salvamento y lucha contra la contaminación. Por las empresas se acordó la incorporación de 4 nuevos buques de salvamento con 11 miembros de tripulación cada uno. La empresa estableció una tercera tabla salarial para la tripulación de los nuevos cuatro buques. Las condiciones de trabajo en los cuatro nuevos buques son iguales que en los antiguos de salvamento salvo en la retribución, tienen la misma jornada y el mismo sistema de descansos. Las funciones que tienen encomendadas son las mismas, tanto salvamento como lucha contra la contaminación marina, si bien no han realizado actividad de lucha contra la contaminación marina por falta de oportunidad, pero han realizado ejercicios de esta actividad. Alguno de los nuevos sustituye a uno de los antiguos que está en reparación. El tamaño es distinto. Los antiguos son más grandes, aunque no todos. Los nuevos no disponen de equipos de aspiración y almacenamiento, al igual que alguno de los antiguos, sólo uno tiene tanques permanentes, pero se les puede incorporar. Los nuevos disponen de cámaras filmadoras de las que carecen los antiguos. El presupuesto para tripulación y mantenimiento de los nuevos barcos es mayor que el de los antiguos.

2. Dos son las cuestiones que examina la sentencia. En primer lugar, procede examinar si los cuatro nuevos buques tienen o no características específicas que justifiquen su inclusión en un grupo distinto al que constituyen los buques de salvamento y, por ello, está fundamentada una escala salarial distinta. En segundo término, determinar si la decisión de la empresa de aplicar una tabla salarial diferente a la tripulación de los cuatro nuevos buques supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o si por el contrario tiene derecho a hacerlo, y, si se concluye que existe modificación sustancial, si ésta ha seguido o no el procedimiento establecido en el artículo 41 de la ET.

Respecto a la primera cuestión señala la identidad esencial con el buque anterior y las condiciones de trabajo en nada difieren. Respecto a la modificación sustancial, estamos ante un supuesto de alteración de condiciones establecidas en un acuerdo o pacto colectivo y está conforme al citado artículo 41.2, párrafo III, ET: “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”. Por consiguiente ante que se dan en el supuesto los requisitos exigidos por la citada norma para su calificación de sustanciales puesto que una diferencia del 3,41% al 19,94% lo es objetivamente, es por ello que no está justificada la medida. Esta

V. Dinámica de la Relación Laboral

modificación se califica de injustificada y no nula, pues la empresa llevó a cabo un período de consultas y transcurrió el período exigido legalmente sin lograr acuerdo, por lo que no puede excluirse la buena fe de la empresa.

3. En el presente conflicto late el debate de una nueva escala salarial para trabajadores contratados para unos nuevos buques con reducción de salarios, y por tal alterar la aplicación de lo establecido en el Convenio Colectivo, ello al no venir sostenido en acuerdo de empresa y, más aun no justificado, declara la modificación sustancial injustificada.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Acuerdo previo entre las partes. Desestimación

STSJ Cantabria de 18 de febrero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 701.

1. El trabajador viene prestando servicios para la empresa en el centro de trabajo del campo de Golf de Nestares, jornada de 10,00 a 18 horas, y dos años después, empresa y trabajador como consecuencia de un incremento del salario mensual firmaron documento que establece la variación a jornada completa y ampliación de los centros de trabajo Campo de Golf de Nestares y Estación Invernal Alto de Campoo. El trabajador en junio de 2008 recibió comunicación por la que se le notificaba pasar a prestar servicios en Brañavieja, Alto Campoo. La jornada en tal centro es a turno partido de mañana y tarde.

2. Ante el conflicto que fue desestimado, la Sala de lo Social confirma la sentencia señalando que, teniendo pleno valor el pacto del año 2005, no se trata de modificación sustancial de condiciones de trabajo pues a partir de aquel pacto su centro de trabajo es indistintamente uno u otro.

3. La Sala examina el pacto y su efecto sobre la no modificación sustancial en cuanto alteración del lugar de la prestación de servicios, lo que es perfectamente ajustado, esto es, existente pacto sobre prestación de servicios, no supone modificación sustancial alguna el traslado a otro centro de los pactados. La cuestión que deja dudas por la lectura de la sentencia, y que se desconoce si tal no ha sido el planteamiento del recurso, es la alteración de la jornada, pues nada refería el pacto, ya que se trata de un elemento sustancial el pasar de jornada continua a partida.

D) Reducción de jornada de contrato a tiempo parcial. Es una modificación sustancial de las condiciones laborales que seguidos los trámites del artículo 41 su impugnación es por la modalidad del artículo 138 LPL. No es aplicable el artículo 12.4.e) ET.

STSJ de la Rioja de 5 de febrero de 2009, Sala de lo Social, IL J 711.

1. La trabajadora venía prestando servicios como limpiadora con una jornada de 27 horas semanales. Por la empresa se la notificó la reducción de la jornada a 22 horas como consecuencia de que las empresas de los centros de trabajo donde presta servicios realizaban una reorganización con reducción en la prestación de servicios.

2. La Sala, revocando la sentencia de instancia que estimó la demanda, señala: “El artículo 12 ET, que regula el contrato a tiempo parcial, dispone en su apartado 4.e) que la conversión de un trabajo a jornada completa en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá

siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del artículo 41 del mismo Estatuto de los Trabajadores.

Lo que dicho precepto no permite es la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo a otro parcial si no es con carácter voluntario, ni siquiera por la vía del artículo 41 del ET, puesto que como señala la Sentencia del TS de 14 de mayo de 2007 (recurso 85/2006) el contrato de trabajo a tiempo parcial es una verdadera modalidad contractual distinta e independiente del contrato de trabajo a tiempo completo, con su regulación específica, y el cambio de uno a otro supone una modificación extintiva de la relación laboral que requiere indispensablemente la concurrencia de la voluntad de ambas partes para que se produzca tal novación extintiva y, por ello, esta novación no puede ser realizada unilateralmente, ni siquiera por la vía del artículo 41 del ET pues el cambio de régimen contractual no constituye una modificación sustancial de las reguladas en el artículo 41, como así también expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 (RJ 2005/4060) y no sigue, por tanto, el régimen sustantivo y procesal de las modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo, de modo que la reducción de jornada en un contrato a tiempo completo, que implica la conversión a otro a tiempo parcial, no puede ser realizado por la empresa acudiendo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas por el artículo 41 del ET.

Sin embargo, dicha previsión legal del artículo 12.4.e) del Estatuto de los Trabajadores no cabe aplicarla al supuesto de reducción de jornada en el contrato de trabajo a tiempo parcial. En él dicha reducción no supone una modificación de la modalidad del contrato de trabajo, ni una novación extintiva del mismo, no hay conversión entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial a la que se refiere el precepto, sino la simple reducción de jornada y no puede por ello efectuarse una aplicación del precepto extensiva o analógica al supuesto de hecho ahora contemplado de reducción de la jornada de trabajo en un contrato a tiempo parcial”. Así lo recoge en este sentido la STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2007 (recurso 3022/2007).

En el presente supuesto estamos ante un contrato a tiempo parcial, “la reducción de la jornada de trabajo por el empresario en el caso presente, es una decisión que no queda limitada por la previsión del artículo 12.4.e) ET y puede ser adoptada por la vía de la modificación sustancial prevista en el artículo 41 del ET, que expresamente prevé como condición de trabajo susceptible de modificación a la ‘jornada de trabajo’ como así, además, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 7 de abril de 2000 (RJ 2000/3287), y 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10294) que declaran en casos similares al presente en que una empresa de limpieza reduce la jornada de una trabajadora, que esta decisión empresarial no es constitutiva de despido sino que puede integrar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y da lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 ET”. Por tanto, aprecia de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento y con anulación de la sentencia de instancia, acordar devolver las actuaciones al juzgado de instancia para que, partiendo de la premisa de que el proceso especial de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo es el adecuado para ventilar la pretensión de la demanda, se pronuncie sobre dicha pretensión.

3. Si bien la sentencia de la Sala es ajustada a derecho pues es clara la diferencia entre la reducción de una jornada a tiempo completo en tiempo parcial, lo que sólo se permite de mutuo acuerdo, de la reducción de jornada a tiempo parcial a otra de la misma naturaleza pero menos horas, es modificación sustancial y por tal con las garantías del artículo 41 ET, la decisión de la Sala, no obstante, y en mérito al planteamiento de la demanda del demandante “modificación sustancial de condiciones de trabajo”, sólo pudo ser inadmitir el recurso y no entrar en el debate y es que el fallo de la sentencia de instancia si bien no se ajusta a la previsión del artículo 138 LPL –justificada, injustificada o nula–, no por tal deja de ser una respuesta sobre un planteamiento de demanda de modificación sustancial en cuanto a reposición en su jornada.

E) Vacaciones. Propuesta no aceptada por el Comité de Empresa, de cambio de período vacacional.

No cabe la imposición por la empresa. Debe acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET

STS de 5 de junio de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 839.

1. La empresa se dedica a la actividad de mantenimiento de instalaciones de cogeneración y cuenta en el Principado de Asturias con una plantilla de 7 trabajadores adscritos al Hospital Central de Asturias y otros 7 en el Hospital San Agustín de Avilés. En el mes de octubre de 2007, la empresa presentó al Comité de Empresa una propuesta de reorganización de los calendarios de trabajo de los centros de Oviedo y de Avilés, con el objetivo de “racionalizar la distribución de horas” en las plantas de cogeneración de Asturias propiciando con ello una mejora del fomento y promoción del empleo y se concretaba en una modificación de los criterios que recogían para las vacaciones de los trabajadores, y con esas modificaciones estableció un calendario de vacaciones anuales con vigencia desde el 1 de enero de 2008. Ello fue rechazado por el Comité de Empresa. Hasta dicho momento se disfrutaban las vacaciones en los meses de junio a septiembre, salvo petición del trabajador. Además, las rotaciones se realizaban independientemente en cada uno de los centros de trabajo. La decisión adoptada por la empresa supone que las vacaciones se tomen a lo largo de los doce meses del año, así como la inclusión de los trabajadores de los dos centros en una sola rotación. Por la empresa se estableció el calendario como definitivo para el año 2008.

2. La Sala de lo Social analizando los artículos 34.6 (calendario laboral) y 38 ET (vacaciones) y norma colectiva donde se establece que se disfrutarán preferentemente las vacaciones en los meses de junio, julio, agosto y septiembre, fijándose una rotación entre los trabajadores de la plantilla, siempre que sea posible, señala que tales preceptos imponen la exigencia de la necesidad de negociar con los representantes de los trabajadores el calendario de vacaciones y el cambio de criterios para su disfrute, tanto en el aspecto temporal como en el relativo al sistema de rotación entre ellos. Y en el presente conflicto sólo estamos ante una propuesta de reorganización del calendario de vacaciones, que implicaba la modificación del sistema de disfrute que, de acuerdo con el convenio colectivo, había venido rigiendo hasta entonces, propuesta unilateralmente por la empresa. “Es claro que la discrepancia no autorizaba al empresario a imponer el nuevo calendario de vacaciones como obligatorio; por el contrario, le obligaba a acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET para llevar a cabo esta modificación sustancial colectiva de las condi-

ciones de trabajo, y ni se acreditan las razones productivas que menciona la recurrente –solamente alude a ellas–, ni tuvo lugar la apertura formal de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, pues no equivale a ello presentar a dicha representación un nuevo calendario de vacaciones con la simple advertencia de que de no recibir sugerencias en un determinado plazo se impondría como definitivo, como así ocurrió”. Por tanto, la Sala de lo Social confirma la sentencia del TSJ que declaró nula la modificación sustancial de condiciones de trabajo unilateralmente impuesta y por tal nulo el calendario laboral para el año 2008.

3. La cuestión analizada por la sentencia del TS es la obligación de negociar cuando se altera lo establecido en el convenio colectivo y si, a pesar de los intentos de negociación, no se puede llevar a cabo, la obliga a acudir al procedimiento del artículo 41 ET y en el supuesto litigioso probar las razones productivas que refería la empresa.

5. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria. Denegación. Inexistencia de vacante

La STSJ de Castilla La Mancha de 5 de febrero de 2009, I.L. J 654, parte de un supuesto en el que mientras el trabajador se encontraba en situación de excedencia voluntaria, la empresa para la que prestaba sus servicios es adquirida, dada su situación económica, que motivó la declaración de quiebra, por otra empresa dedicada a una actividad diferente. El trabajador solicita la reincorporación a la nueva empresa que la rechaza por inexistencia de vacante.

Para la sentencia ha de empezar por recordarse que, como norma general, el reingreso del trabajador excedente debe realizarse en “vacantes de igual o similar categoría a la suya” (artículo 46.5 del ET), lo que en principio supone que la readmisión pueda producirse en vacante de igual categoría a la que tenía el trabajador antes de la excedencia, o en cualquiera de las que formen parte del mismo grupo profesional (artículo 22.2 ET), que es el límite establecido para movilidad funcional en el artículo 39.1 del ET (siempre que se ostente la titulación académica o profesional exigida); o, en su defecto, en la categoría profesional equivalente, en los términos establecidos en el artículo 22.3 del ET, según el cual, “Se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación”.

Según el relato fáctico de la sentencia, el demandante ostentaba la categoría profesional de oficial de segunda despiecero. Tal categoría era la que desempeñaba originariamente en la empresa que le concedió la excedencia; pero dicha empresa se declaró en situación de quiebra voluntaria, llevándose a cabo un ajuste de plantilla, tras lo cual fue adquirida por otra, que es la empresa en la que ahora el actor solicita el reingreso. Debiendo destacarse que ambas empresas se dedican a actividades similares pero diferentes.

Puede concluirse, a la vista de los hechos que el puesto de trabajo que desempeñaba el actor no ha sido conservado, en el proceso de adquisición de la empresa originaria por

la actual, sino que fue amortizado, en cuanto plaza existente en el organigrama de la empresa demandada, debido a la distinta actividad a que se dedica, por lo que la alegación de inexistencia de vacante se ajusta a la legalidad.

B) Excedencia por cuidado de hijo. Finalidad

La STSJ de Madrid de 14 de abril de 2009, I.L. J 1064, analiza un supuesto en el que una trabajadora pide excedencia para atender a un hijo menor de edad durante un año. En el curso de ésta, durante unos cuatro meses trabaja para otra empresa, cesando voluntariamente en ella. Al reincorporarse al trabajo en la primera empresa, ésta le despide, por entender que el trabajo para otra empresa durante la excedencia revela que no se ha hecho uso adecuado de la misma.

Para la referida sentencia no puede partirse del axioma, como a veces se hace, de que existe una especial obligación de no trabajar cuando se disfruta la excedencia para cuidado de hijo. La libertad del trabajador, normalmente la mujer, que decide solicitar la excedencia para cuidado de hijo, está fuera de toda duda, gozando del derecho a trabajar en otro empleo. Si se entendiera que la prohibición es absoluta, se privaría al trabajador/a de la posibilidad de obtener ingresos los cuales, obviamente, también contribuyen al cuidado del menor y a subvenir sus necesidades. De la misma forma, de aceptarse una prohibición total, se primaría sólo a los trabajadores más acomodados y a aquellos que, incluso sin trabajar, pueden acudir a una atención delegada bien contratada, bien por otro familiar, aunque formalmente y de cara a la empresa, aparezca como una atención directa.

En consecuencia, si durante la excedencia se trabaja para otra empresa, no hay por qué entender que lo que desde el principio se pretendía era probar suerte en otro empleo aprovechando las ventajas que la cobertura de estas excedencias otorgan a la mujer trabajadora (página 8, final, del recurso). En primer lugar, porque hay que presumir que los derechos se ejercitan de buena fe. En segundo lugar, porque hay que examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan en cierta medida el cuidado del hijo. Si no consta ninguna facilidad añadida en relación con el otro empleo, objetivamente acreditada, como un menor o más adecuado horario, menor distancia, prestación flexible, etc., obvio es que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia, pues ésta asume importantes obligaciones y su interés es igualmente digno de protección.

Ahora bien, si se aprecia que el nuevo trabajo, desde un punto de vista razonable y objetivo, facilita de alguna forma el cuidado del hijo no cabe, en nuestra opinión, apreciar incumplimiento alguno por parte del trabajador. En efecto, a veces una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo.

C) Excedente voluntario. Reingreso. Existencia de vacante. Conversión de contrato temporal en indefinido

Según la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de abril de 2009, I.L. J 971, el trabajador articula su demanda de despido ante la conversión, posterior a la solicitud de reingreso, de un contrato de un contrato temporal a otro de duración indefinida de una trabajadora.

Según la sentencia, es conocido que el derecho preferente al reingreso que conserva el trabajador en situación de excedencia voluntaria se hace efectivo con la existencia de vacante, esto es, de un puesto sin proveer (STS 16 de marzo de 1988, RJ 1951) y que es obvio que no existe vacante en la categoría si los puestos que existían cuando el trabajador solicitó la excedencia son los mismos que existen cuando solicita el reingreso (STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2000). Por el contrario, se considera que existe vacante cuando se produzca un incremento de plantilla en puestos de la misma o similar categoría con posterioridad a la solicitud de reingreso.

Respecto del caso enjuiciado para el Tribunal, se considera la existencia de vacante cuando la empresa, después de la solicitud, transforma un contrato temporal en indefinido.

D) Excedencia voluntaria. Reingreso. Negativa empresarial. *Dies a quo* para la fijación de la indemnización

La cuestión que se plantea en la STS de 9 de junio de 2009, I.L. J 811, consiste en determinar el *dies a quo* para el cómputo de la indemnización por daños y perjuicios derivada de la no reincorporación, finalizada la excedencia. Tras repasar la doctrina unificada, en el presente caso lo sitúa en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación o de la formulación de la reclamación previa, teniendo en cuenta que la vacante se produjo con posterioridad a la fecha en que fue presentada la petición de reingreso. Argumenta que la mora empieza a correr desde el momento en que se inicia el trámite preceptivo de evitación del proceso y una vez cumplida la *conditio iuris* a la que la ley subordina el nacimiento de la obligación empresarial. Se considera que esta solución es la que mejor se acomoda a lo establecido por el artículo 1100 del CC y a las propias normas laborales: La petición de reingreso efectuada en momento en que no existe vacante idónea disponible, aun cuando ciertamente demuestra la voluntad del excedente, no constituye, sin embargo, interpelación eficaz para constituir al empresario en mora, dado que en tal momento el derecho al reingreso no es aún exigible, por lo cual dicha interpelación no debe generar los efectos resarcitorios que derivan de dicho precepto. La petición de reingreso, no produce un desplazamiento de la responsabilidad que exima al trabajador de efectuar interpelación que fuera apta para generar la mora.

Por su parte, la STSJ de Navarra de 25 de febrero de 2009, I.L. J 776, sobre la misma cuestión, mantiene similar criterio, si bien, teniendo en cuenta que a la fecha de la solicitud de readmisión tras la excedencia, existía vacante apropiada para el reingreso, afirma que es doctrina consolidada que el día inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios por la mora empresarial, deberán contarse desde la fecha de la solicitud de readmisión tras la excedencia.

E) Excedencia voluntaria. Reingreso. Negativa. Indemnización de daños y perjuicios

El actor, que había permanecido en excedencia voluntaria, solicitó el reingreso en diciembre de 2002; solicitud a la que no accedió la empresa, alegando inexistencia de vacante. El 27 de septiembre de 2004 el trabajador reiteró su petición, que tampoco fue atendida,

V. Dinámica de la Relación Laboral

aunque consta que el 16 de junio de 2003 la empresa había contratado a otra persona para prestar servicios con la categoría de técnico comercial. El actor ejercitó el 7 de marzo de 2005 acción de reincorporación que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 22 de junio de 2005 en decisión confirmada en suplicación el 30 de enero de 2006. La reincorporación se produjo el 19 de abril de 2006.

El trabajador ha ejercitado dos acciones acumuladas, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el retraso en su reincorporación y determinadas diferencias salariales.

La sentencia recurrida considera prescritas determinadas cantidades incluidas en la reclamación por daños; en concreto, las cantidades que corresponden al período anterior al año en que el trabajador ejercitó la acción de reparación del daño, pues la prescripción había comenzado a correr cuando el actor, conociendo la existencia de vacante, pudo acumular a su demanda de reincorporación la pretensión relativa a la indemnización de daños.

En relación a la acción de resarcimiento, la **STS de 10 de junio de 2009, I.L. J 853**, señala que no pueden comenzar a contarse los plazos de prescripción si las acciones no han nacido todavía. Según dicha sentencia, es cierto que la acción para pedir la reincorporación surge en el momento en que, existiendo vacante y habiéndose formulado la solicitud, la empresa no procede acordar el reingreso. Pero aquí no estamos ante una acción de reincorporación, sino ante una acción para solicitar la reparación del daño producido por la negativa a readmitir, cuya prescripción se conecta en el artículo 1968.2 del Código Civil con el momento del conocimiento del daño.

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 5 a 8 del año 2009.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración —con mayor o menor profusión o intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

Relativa a la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** [artículo 50 ET], la **STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2009** (recurso 76/2009), I.L. J 767, niega la existencia de dimisión de un trabajador, y por tanto esta última en un supuesto de falta de pago de una retribución variable, que se halla *sub iudice*.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

“Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo puede producir desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo (STCT de 5 de mayo de 1988 y STS de 26 de diciembre de 1986) (...) Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción.”

Por el contrario, la **STS de 10 de junio de 2009**, (recurso de casación para la unificación de doctrina 2461/2008), I.L. J 740 y la **STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2009** (recurso 91/2009), I.L. J 774, estiman la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad de un trabajador, en dos supuestos de incumplimiento empresarial grave, debido a retrasos en el pago del salario. Las Salas determinan que no es necesario que medie culpabilidad empresarial, así como que el aquietamiento del trabajador durante algún tiempo no enerva la acción.

En sentido análogo, la **STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2009** (recurso 5614/2008), I.L. J 766, niega la existencia de despido ante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Para que ésta opere como causa de extinción del contrato es necesario, que cause perjuicios al trabajador, inexistiendo presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Razona la Sala:

“En el caso que nos ocupa, lo que resulta probado del firme relato fáctico de la sentencia recurrida es que la empresa desde octubre de 2002, por una parte, trató de introducir cambios en las condiciones de trabajo de los vendedores de vehículos, entre los que se encontraban los demandantes y, por otra, que a dichos trabajadores les recriminaba su forma de actuar con expresiones amenazantes, insultos y descalificaciones. De esas dos circunstancias, ninguna supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que permitía la extinción del contrato de trabajo según el artículo 50 del ET.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La STSJ de Extremadura de 17 de febrero de 2009 (recurso 19/2009), I.L. J 706, analiza la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia a una orden de la empresa, de un trabajador que se negó a no trabajar durante cinco días por sanción de suspensión de empleo y sueldo. En sentido análogo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de febrero de 2009 (recurso 1225/2008), I.L. J 658, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia de una orden empresarial de ausencias al trabajo amparado en crédito horario cuando la empresa le comunicó que no disponía del mismo.

Las Salas exponen:

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados.”

Asimismo, la STSJ de La Rioja de 12 de febrero de 2009 (recurso 34/2009), I.L. J 708, y la STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2009 (recurso 87/2009), I.L. J 775, revocan las sentencias de instancia y declaran la procedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, por transgresión del principio de buena fe contractual, al desempeñar otro trabajo, estando en situación de incapacidad temporal, completamente incompatible con la enfermedad que impide su curación, demostrando su capacidad laboral.

De otro lado, son numerosas las resoluciones judiciales que fallan la procedencia de los despidos efectuados debido a faltas de asistencia al trabajo, ausencias injustificadas. Así, las SSTSJ de Murcia de 23 de febrero de 2009 (recursos 79/2009 y 83/2009), I.L. J 772

y 773, y la **STSJ de Navarra de 25 de febrero de 2009** (recurso 618/2008), I.L. J777, enjuician la procedencia de los despidos disciplinarios efectuados a varios trabajadores, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual, al cometer numerosas faltas de asistencia y puntualidad al trabajo. Finalmente, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de mayo de 2009** (recurso 181/2009), I.L. J 1110, falla la procedencia del despido efectuado a un trabajador debido a faltas reiteradas e injustificadas de puntualidad al trabajo.

Por el contrario, la **STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009**, (recurso 167/2009), I.L. J 898, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador en un supuesto de disminución voluntaria del rendimiento reflejado en una segunda carta de despido, puesto que no concurren los requisitos de culpabilidad y gravedad. Para la Sala “Tal conducta no alcanza a tener la gravedad (y entidad) suficientes para entenderla incardinable en el citado artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores”.

Finalmente, la **STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009**, (recurso 2941/2008), I.L. J. 899, al analizar la extinción voluntaria del contrato por un trabajador en situación de IT, desestima dicha baja alegando que no tiene eficacia, y falla la improcedencia del despido efectuado a aquél, debido a que es probado que fue coaccionado para acogerse a dicha situación.

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 La Rioja de 20 de febrero de 2009** (recurso 53/2009), I.L. J 712. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo del trabajador demandante fundado en causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la pérdida económica durante tres años consecutivos, 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 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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...) Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante.”

Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de febrero de abril de 2009**, I.L. J 652 (recurso 87/2009), declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello fundamenta el fallo, en su FJ 1º, en que los empleados no fueron contratados para la actividad que fue suprimida, ni se dedicaban a ella, sino que realizaban tareas ordinarias que continúan desarrollándose y sin que en esa actividad exista necesidad alguna de amortizar puestos de trabajo.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Extremadura de 17 de febrero de 2009** (recurso 19/2009), I.L. J 706, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia a una orden de la empresa, de un trabajador que se negó a no trabajar durante cinco días por sanción de suspensión de empleo y sueldo.

La Sala expone que:

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados”.

En sentido análogo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de febrero de 2009** (recurso 1225/2008), I.L. J 658, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia de una orden empresarial de ausencias al trabajo amparado en crédito horario cuando la empresa le comunicó que no disponía del mismo.

Asimismo, la **STSJ de La Rioja de 12 de febrero de 2009** (recurso 34/2009), I.L. J 708, y la **STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2009** (recurso 87/2009), I.L. J 775, revocan las sentencias de instancia y declaran la procedencia de los despidos efectuados a dos

trabajadores, por transgresión del principio de buena fe contractual, al desempeñar otro trabajo, estando en situación de incapacidad temporal, completamente incompatible con la enfermedad que impide su curación, demostrando su capacidad laboral.

De otro lado, son numerosas las resoluciones judiciales que fallan la procedencia de los despidos efectuados debido a faltas de asistencia al trabajo, ausencias injustificadas. Así, las **SSTSJ de Murcia de 23 de febrero de 2009** (recursos 79/2009 y 83/2009), I.L. J 772 y 773 y la **STSJ de Navarra de 25 de febrero de 2009**, (recurso 618/2008), I.L. J777, enjuician la procedencia de los despidos disciplinarios efectuados a varios trabajadores, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual, al cometer numerosas faltas de asistencia y puntualidad al trabajo. Finalmente, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de mayo de 2009** (recurso 181/2009), I.L. J 1110, falla la procedencia del despido efectuado a un trabajador debido a faltas reiteradas e injustificadas de puntualidad al trabajo.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de febrero de abril de 2009** (recurso 87/2009), I.L. J 652, falla la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello fundamenta el fallo, en su FJ 1º, en que los empleados no fueron contratados para la actividad que fue suprimida, ni se dedicaban a ella, sino que realizaban tareas ordinarias que continúan desarrollándose y sin que en esa actividad exista necesidad alguna de amortizar puestos de trabajo.

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2009**, (recurso 3885/2008), I.L. J 768, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, por haber superado el límite máximo de edad para trabajar establecido en Convenio Colectivo, aduciendo la falta de adopción por la empresa de medidas de mantenimiento o mejora del empleo.

Razona el Tribunal:

“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; 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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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 u.d. 4180/1992–). 3. Algunos años más tarde la inicial formulación constitucional se incorporó al Texto Refundido del ET [RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo], con una Disposición Adicional Décima por cuya virtud se habilitaba expresamente al Gobierno y a la negociación colectiva para incorporar edades de jubilación forzosa, pero como medida de fomento del empleo; con lo que –es claro– se descartaba de forma definitiva la fijación de una jubilación forzosa de alcance general, pero a la par se ofrecía a la negociación colectiva –también al Gobierno– un instrumento para minorar el desempleo padecido en algunos sectores de producción. Y en la interpretación del precepto, la doctrina constitucional indica que ‘las precondiciones que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, con arreglo a nuestra doctrina (SSTC 22/1981, de 2 de julio y 58/1995, de 30 de abril), las siguientes: 1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si (...) procede la percepción de pensión de jubilación. (...) 2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo’ (SSTC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6; 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 6; en términos parecidos, la 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3).”

De otro lado, la **STS de 8 de junio de 2009** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2059/2008), I.L. J 759, determina la improcedencia por motivos formales en la tramitación del expediente contradictorio, determinando que no computa a afectos del nuevo despido el período de tramitación del nuevo expediente. La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la tramitación de un expediente contradictorio para aplicar la sanción de despido a un trabajador suspende el plazo de siete días previsto en el artículo 110.4 de la LPL, cuando el primer despido fue declarado improcedente por sentencia al no haberse cumplido por la empresa ese requisito formal. Para ello la Sala determina:

“El artículo 110.4 LPL establece que ‘Cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha’. En este precepto se han de compaginar dos exigencias que configuran el mandato legal: por un lado, la seguridad jurídica y la propia pretensión de despido exigen que ante la declaración de improcedencia del mismo por defectos formales, la actuación empresarial que tienda a corregirlos procediendo a completar las formalidades omitidas, ha de tener un plazo breve de actuación, siete días, pero, por otro, la exigencia de ese plazo no puede vaciar de contenido real la posibilidad de llevar a cabo un nuevo despido por parte de la empresa cuando se hayan

completado aquellas exigencias legales incumplidas. Por esa razón esta Sala en su Sentencia de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6375) (recurso 2539/1995) afirmaba que el referido precepto (entonces el artículo 113.2 LPL) constituiría una previsión carente de efectos si se entendiera ‘ (...) que el período de tiempo transcurrido desde la fecha del primer despido y hasta la declaración judicial de su nulidad fuera computable a efectos del plazo de prescripción de las faltas imputadas, las mismas en ambos despidos, dado que tal plazo, por su cortedad, estaría ampliamente cumplido cuando se realizara el segundo despido’. Y por otra parte, también esta Sala ha sostenido reiteradamente que el plazo de audiencia que haya de darse a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, cuando sea exigible formalmente para adoptar la decisión de despido, ha de ser ‘de duración razonable’, como se dice en la propia sentencia de contraste, con cita de otras sentencias de la Sala, como antes se dijo, a las que cabría añadir *contrario sensu* la de 16 de octubre de 2001 (RJ 2002, 3073) (recurso 3024/2000), en la que se sostiene no se cumple el trámite de audiencia de los delegados sindicales cuando el mismo se pretende cumplir en el plazo de un solo día, previo al de despido, pues ‘ (...) en tan breve plazo no es presumible que (...) se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario o a adoptar medidas que pudieran influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada.”

La STSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2009 (recurso 1411/2008), I.L. J 889, declara la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, contratada por obra o servicio determinado, ante la inexistencia de identificación de la obra o servicio, y, además, por no concurrir ninguna causa de temporalidad.

La Sala se manifiesta en los siguientes términos:

“La doctrina jurisprudencial precedente sentada por el Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1999 y más recientemente de 22 de abril de 2002, establece reiteradamente que sólo puede accederse por el empresario a la modalidad de contratación temporal denominada contrato de obra o servicio determinado, cuando a tenor de lo establecido en el artículo 15.1 del ET, la actividad a realizar por el trabajador en la empresa consista en la ejecución de una obra perfectamente identificada y determinada desde su origen, y que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo, y responde además a necesidades autónomas y no permanentes de la producción de la empresa contratante.”

La STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009 (recurso 167/2009), I.L. J898, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador en un supuesto de disminución voluntaria del rendimiento reflejado en una segunda carta de despido, puesto que no concurren los requisitos de culpabilidad y gravedad. Para la Sala “Tal conducta no alcanza a tener la gravedad (y entidad) suficientes para entenderla incardinable en el citado artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores”.

De otro lado, numerosas sentencias analizan la improcedencia del despido efectuado a varios trabajadores por transgresión de la buena fe contractual. En concreto por realizar

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

tareas durante situaciones de incapacidad temporal. Así, la **STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009** (recuso 2941/2008), I.L.J 899, al analizar la extinción voluntaria del contrato por un trabajador en situación de IT, desestima dicha baja alegando que no tiene eficacia, y falla la improcedencia del despido efectuado a éste, debido a que es probado que fue coaccionado para acogerse a dicha situación.

Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2009** (recuso 180/2009), I.L.J 1087, ante la improcedencia del despido, reconoce el derecho de opción a la empresa empleadora y no al trabajador al no ser “fijo” o “de plantilla” en la empresa.

La Sala argumenta:

“el derecho de opción, ante la improcedencia del despido, no corresponde al trabajador pues, en el momento del despido, no ostentaba la condición de ‘fijeza’ o ‘de plantilla’ y por tanto no se produce el presupuesto definido en el artículo 49 del Convenio Colectivo de Trabajo publicado en el BOE de 4 de noviembre de 1999, por virtud de resolución de 27 de octubre de 1999. Dicha cláusula estipula que en el caso de ‘trabajador contratado como fijo, perteneciente a la plantilla de personal fijo, despedido de forma declarada improcedente’ podrá optar entre recibir la indemnización correspondiente, o ser admitido en su puesto de trabajo”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La cuestión relativa al momento del nacimiento del derecho a la prestación por desempleo, y cantidades indebidamente percibidas por causas no imputable al trabajador, en un supuesto de incidente de no readmisión tras la declaración de nulidad del despido efectuado, es abordada por la **STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2009**, (recurso núm. 510/2009), I.L.J 1100. En ella se determina que se haya seguido procedimiento de despido con declaración de nulidad y ulterior extinción de la relación laboral por no readmisión, con derecho a salarios de tramitación, no se deduce sin más la revocación de la prestación concedida, a la vista de lo declarado hoy por los artículos 208.1.c) y 209.5.b) y c) de la LGSS que declara en situación de desempleo a los trabajadores cuando se extinga su relación laboral por despido.

“el trabajador comenzará a percibir las prestaciones, si no las estuviere percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral, estándose en ambos casos a lo establecido en la letra b) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral, que declara que las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador, debiendo ingresar el empresario a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios, aplicándose lo establecido en el

apartado 1 del artículo 227 de la misma Ley, respecto al reintegro de prestaciones de cuyo pago sea directamente responsable el empresario, así como de la reclamación al trabajador si la cuantía de la prestación hubiera superado la del salario”.

La **STSJ de Galicia de 17 de abril de 2009** (recurso núm. 1860/2009), I.L. J 1054, 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 49.1.1) y 52.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, debe estimarse. En efecto, establecen las sentencias mencionadas que, produciéndose el cese como consecuencia de la ejecución de una sentencia firme del orden contencioso-administrativo que anula un procedimiento de selección, se trata de una extinción del contrato de trabajo de las previstas en el artículo 52.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que ha de ajustarse a las formalidades del artículo 53 del citado texto legal y, como no se cumplieron los requisitos previstos en este artículo —en concreto, la puesta a disposición de la indemnización, al ser subsanable la falta de preaviso—, el despido debe calificarse como nulo de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.4, sin perjuicio de que pueda procederse a un nuevo despido, cumpliendo tales exigencias, como prevé el precepto citado en relación con el artículo 122.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral. Por ello, se ha de casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, debe estimarse el recurso de esta clase interpuesto por la recurrente, declarando nulo su despido con las consecuencias inherentes a tal declaración, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas, conforme al artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

Finalmente, son numerosas las sentencias que revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos efectuados, fallando su improcedencia ante la inexistencia de indicios, de vulneración de derecho fundamental, ni trato discriminatorio de los trabajadores afectados. Entre otras, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de febrero de 2009** (recurso 412/2009), I.L. J 634, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2009** (recurso 1344/2009), I.L. J 656, respectivamente.

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 y negociación colectiva extraestatutaria. b) No forma parte del derecho de libertad sindical el derecho de reunión con todos los trabajadores de la empresa. c) Vulneración de la libertad sindical. Impedir al sindicato participar en una comisión negociadora. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Representante de trabajadores que se halla en situación de incapacidad temporal. Cesión válida del uso de horas sindicales. C) Principio de indemnidad económica e indemnización de daños. a) Impago del complemento de asistencia y puntualidad desde la elección de delegado de personal.

2. Representación unitaria. A) Negativa de la posibilidad de agrupar centros de trabajo de una empresa con el fin de convocar elecciones a Comités de Empresa, si cada uno de los centros no supera el número de diez trabajadores. **3. Conflicto colectivo.** A) El proceso de conflicto colectivo: objeto. B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial. **4. Huelga.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2009 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Libertad sindical y negociación colectiva extraestatutaria

Es doctrina constitucional asentada que dentro del contenido esencial del derecho a la libertad sindical a que se refiere el artículo 28 CE se encuentra, sin duda, la negociación colectiva, por cuanto que se trata de una actividad básica para aquélla, ya que contribuye

“de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a que el sindicato es llamado por el artículo 7 CE” (SSTC 9/1988, 51/1988 y 173 /1992, entre otras).

Sin embargo, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional también ha afirmado frecuentemente que no toda limitación a la actividad de un sindicato determina una vulneración del derecho reconocido en el artículo 28 CE, sino únicamente aquellas que inciden realmente en tal derecho y tengan lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación (SSTC 73/1984, 9/1986, por citar un par de ejemplos).

Pues bien, esta distinción entre lo que se considera dentro del contenido esencial de la libertad sindical y extramuros de ésta, tiene su repercusión, a efectos de la negociación colectiva, cuando tal negociación se refiere a convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios.

En el primero de los casos, el párrafo segundo del artículo 89.1 ET establece que “la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente”. Por consiguiente, la negativa del empresario a emprender la negociación colectiva cuando un sindicato legitimado para ello así se lo exige, vulneraría la libertad sindical.

El problema surge cuando, teniendo legitimación inicial, se carece de la legitimación plena, en cuyo caso se carece de legitimación suficiente para negociar el convenio por sí solo, ni se puede obligar al resto de partes a hacerlo. La única vía posible, en tales casos, sería la negociación extraestatutaria. Es en este tipo de negociación donde a su vez se plantea la cuestión de si la exclusión de un determinado sindicato constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical.

Precisamente en este marco se sitúan tanto la **SAN de 15 de abril de 2009**, I.L. J 673, como la **STS de 28 de mayo de 2009**, I.L. J 682.

En el primer caso, la Sala recuerda, con cita de la STC 121/2000, que la singularidad más relevante de tal tipo de negociación colectiva “se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de un interlocutor”. Esto supone, como afirma la propia Sentencia que “la pretensión del sindicato demandante de que se le dé participación en una negociación llevada al margen del Estatuto de los Trabajadores no puede prosperar por cuanto su derecho a la negociación colectiva ha topado con el derecho de las demás partes a no negociar con él, y este derecho no significa negarle el derecho a negociar que tiene, sino hacer uso de la libertad que las demás partes tienen”.

Por consiguiente, así visto, esta vertiente del contenido esencial del derecho a la libertad sindical tiene un carácter bifronte. Es un derecho de libertad de naturaleza unidireccional, por cuanto vincula únicamente, por mandato constitucional, al legislador y los poderes públicos; es un derecho de prestación, además, únicamente en el marco de la negociación colectiva estatutaria, pues permite exigir a la empresa el inicio de la negociación.

De forma similar, se resuelve el conflicto planteado en la segunda sentencia a que se hizo referencia. En este caso nos encontramos ante la negociación de un Protocolo de Igualdad

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

y Conciliación, en el que se niega el acceso a la negociación a un sindicato que ni si quiera contaba con representación en el comité de empresa por contar con una representatividad de menos del tres por ciento.

Pues bien, sobre la base de la misma doctrina, la Sala termina por afirmar que “la diferente representatividad hace que no se estime que con ello se quiso discriminar a la parte recurrente, máxime cuando, inicialmente, se negociara con ella (...), antes de que por circunstancias que no constan pero que están ligadas a su menor representatividad, se la excluyera de la comisión negociadora que firmó los acuerdos”.

b) Derecho de libertad sindical. Sindicato de condición más representativa, sin implantación en la empresa y que no ha convocado elecciones. No forma parte del derecho de libertad sindical el derecho de reunión con todos los trabajadores de la empresa. La negativa de la empresa a permitir la reunión no vulnera el derecho de libertad sindical

Junto al contenido esencial, el derecho fundamental de libertad sindical lleva consigo otro contenido adicional constituido por derechos y facultades que se revelan como instrumentales respecto del mismo y que pueden establecerse en norma legal o paccionada. En este contenido adicional se halla la acción sindical y dentro de ella el derecho de reunión. Pero este último derecho, como adherido al de libertad sindical, ha de distinguirse, sin embargo, del derecho fundamental reconocido a todo ciudadano por el artículo 21 de la CE. El derecho de reunión se configura como un instrumento que viabiliza el derecho de libertad sindical y ha de reconocerse en función de este último.

El objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere a determinar si un sindicato considerado mayoritario, que no aparece como convocante de elecciones a una empresa y en la que además carece de implantación, tiene derecho a convocar una reunión de los trabajadores de esa empresa y, por tanto, la negativa empresarial constituye una lesión al derecho fundamental de la libertad sindical; debe destacarse que según se constata acreditado, el sindicato solicitó celebrar una reunión con los trabajadores, en asamblea, y no simplemente acceder al centro de trabajo.

Para resolver esta cuestión, la STS u.d., de 28 de abril de 2009, J 1111, analiza el marco normativo referido al derecho de reunión, en concreto, la LOLS consagra en sus artículos 1 y 2, el derecho de libertad y de actividad sindical, respectivamente y en el artículo 8.1.b), refiriéndose a los trabajadores afiliados a un sindicato, reconoce el derecho de reunión, previa notificación al empresario, para realizar actividad propiamente sindical. En consecuencia, es claro que el derecho de reunión se configura en el precepto como derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato y en el seno de la empresa a la que prestan servicios. En otro aspecto, el derecho de reunión aparece reconocido como derecho básico de los trabajadores —y no de los sindicatos— en los artículos 4.1.f) y en los artículos 77 a 80 del ET, hallándose legitimados para ejercitarlo los órganos de representación unitaria o un 33% de los trabajadores.

Por su parte, el artículo 9.1.c) LOLS reconoce el derecho al acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias del sindicato o del conjunto de los trabajadores a

quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas.

Tras el análisis efectuado, el Tribunal Supremo desestima el recurso afirmando que la celebración de una reunión con la totalidad de la plantilla de trabajadores de una empresa por parte de un sindicato que, aun no teniendo la condición de más representativo, sin embargo, no aparece como convocante de elecciones en la empresa en la que, por otra parte, carece de implantación, no parece que pueda encuadrar dentro de los parámetros que configuran el derecho de libertad sindical en los términos en que se halla configurado en la LOLS y conforme a la delimitación que de éste se hace en las sentencias del TC. Según el criterio del Tribunal Supremo, resulta admisible el derecho de los dirigentes sindicales a acceder a las instalaciones de la empresa pero rebasa los límites del derecho de libertad sindical el legitimarlos para convocar y tener reuniones dentro de esas instalaciones con la totalidad de los trabajadores integrantes de la plantilla de la empresa.

c) Vulneración de la libertad sindical. Impedir al sindicato participar en una comisión negociadora

El Convenio Colectivo Interprovincial de la Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos había sido suscrito por AME –en representación de la patronal– y por los sindicatos CCOO y UGT –en representación de los trabajadores–. Su Disposición Transitoria Quinta había creado una Comisión Técnica llamada a renegociar el sistema de clasificación profesional y la estructura salarial del sector metalográfico. El problema se suscitó porque en las reuniones celebradas por esta comisión, no se permitió la participación del sindicato USO con base en que no había firmado el convenio colectivo en el que la propia Comisión Técnica tenía su origen.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 10 de junio de 2009**, I.L. J 816, y con apoyo en la doctrina constitucional, entiende que 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. Pues bien, partiendo de que el sindicato USO tenía legitimación para negociar el convenio y de que la Comisión Técnica creada por la DT Quinta del convenio tiene una finalidad claramente negociadora –y no sólo aplicativa e interpretativa–, la no admisión del sindicato USO en ella lesiona su derecho a la libertad sindical consagrado en el artículo 28 CE.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Representante de trabajadores que se halla en situación de incapacidad temporal. Cesión válida del uso de horas sindicales

La cuestión planteada se refiere a si un representante de los trabajadores que se encuentra en situación de Incapacidad Temporal puede válidamente ceder a otro el uso de sus horas sindicales. Conviene destacar que se trata de un asunto ya analizado en Sentencias anteriores como, por ejemplo, en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de diciembre

de 2008, I.L. J 2145, donde el representante cedente del crédito se hallaba en situación de incapacidad permanente. Con idéntico criterio al expuesto en la resolución citada, la **STSJ de Murcia de 24 de marzo de 2009**, I.L. J 946, se manifiesta a favor de la cesión con fundamento en los siguientes tres fundamentos. En primer lugar, afirma la Sentencia que de la lectura de la regulación legal (artículo 68 del ET) no se deduce el carácter personalísimo del derecho al uso de horas para el ejercicio de las funciones de representación, desde el momento en que se admite la posibilidad de cesión y acumulación. En segundo término, el Convenio Colectivo de aplicación prevé precisamente la cesión de las horas sindicales.

Y, por último, cabe añadir que este derecho no se concibe sólo en beneficio del representante de los trabajadores, dado que el ejercicio de las funciones de representación beneficia, al mismo tiempo, a los trabajadores representados, pudiendo, asimismo, tener similares efectos respecto del sindicato al que se encuentra afiliado el representante, cuando a través de la actividad de los representantes unitarios, el sindicato desarrolla derechos inherentes a su derecho a la libertad sindical. De ahí que el crédito de horas para ejercer las funciones de representación, las denominadas “horas sindicales” sea susceptible de cesión y acumulación, la cual tiene especial y singular justificación cuando el representante unitario no puede llevarlas a cabo por existir un impedimento físico, como es el que deriva de su situación de IT. Por todo ello, no sólo no cabe estimar la existencia de limitación o restricción para el caso en que el titular individual del derecho se encuentre en situación de incapacidad temporal, sino que la cesión en tal caso resulta adecuada para la efectividad del derecho.

En la misma Sentencia, se suscita una segunda cuestión, esta vez referida a la justificación del uso de las horas sindicales cedidas. Denuncia la empresa la vulneración del artículo 37.3.e) del ET y artículo 2.1.d) de la LO 11/1985, por cuanto que la trabajadora no justificó, adecuadamente, el uso de las horas sindicales cedidas, cuyo pago se reclama. La empresa alega que los justificantes aportados no eran adecuados, pues tan sólo llevan el membrete del sindicato y una firma ilegible.

Conviene recordar en este punto que el artículo 37.3.c) del ET establece el derecho del trabajador a ausentarse, con derecho a remuneración, previo aviso y justificación, para la realización de funciones sindicales o de representación de personal.

El TSJ de Murcia afirma que la documentación presentada es suficiente, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial que establece la flexibilidad en la forma de acreditar la utilización del crédito horario pues la actuación representativa realizada durante el tiempo de utilización del crédito horario se halla amparada por presunción de probidad, destruyible mediante prueba en contrario, lo que supone que, cuando se alega dicho inadecuado uso, corresponde al que así lo afirma una cumplida demostración de la veracidad de su aserto. En el mismo sentido, la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo pone de manifiesto que “la actividad en orden a las funciones de representación es multiforme y pueden realizarse en bares reuniones informales con los compañeros, etc., sin que pueda exigirse un cómputo escrupuloso en el tiempo empleado, el cual ha de ser flexible y ha de preservarse la independencia del representante” (SSTS de 15 de noviembre de 1986, 14 de abril de 1987, 2 de octubre y de 2 de noviembre de 1989).

C) Principio de indemnidad económica e indemnización de daños**a) Libertad sindical. Vulneración. En su vertiente de derecho de indemnidad retributiva. Impago del complemento de asistencia y puntualidad desde la elección de delegado de personal**

La doctrina constitucional rechaza que el ejercicio del derecho de libertad sindical pueda conllevar perjuicios o menoscabos o tenga consecuencias negativas en la situación profesional o económica del titular del derecho. Desde esta perspectiva, cabe constatar que un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo objetivamente constatable, para la efectividad del derecho de liberación sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (artículo 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos.

Cabe añadir que la protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante viene exigida, asimismo, por el Convenio núm. 135 de la OIT, relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa. Y, en efecto, el artículo 1º de dicho Convenio establece que aquellos representantes “deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos (...) por razón de su condición de representantes y de sus actividades como tales”. Por su parte, la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función “sin pérdida de salario”.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 marzo de 2009, I.L. J 918, analiza si el motivo de la decisión de una empresa de no pagar el plus de asistencia a uno de los trabajadores desde el momento en que es nombrado delegado sindical viene motivada en el ejercicio del crédito sindical y nos encontramos entonces ante una vulneración del derecho a la libertad sindical. Desde el año 1998 la empresa ha venido abonando a los trabajadores un plus de asistencia no reconocido en Convenio Colectivo por asistencia puntual al trabajo, consistiendo las condiciones de su abono el asistir al centro de trabajo todos los días laborables del mes, sin faltar por motivo alguno. Desde el momento en que es nombrado delegado sindical uno de los trabajadores de esta empresa, no recibe abono de cantidad alguna por el concepto.

Pues bien, en este caso queda acreditado que el hecho de que la empleadora no le abone el plus de asistencia trae su causa en el ejercicio de las funciones sindicales por el trabajador y en concreto al equiparar las ausencias al ejercicio del derecho al crédito horario para la realización de actividades sindicales, en tanto que la empresa no ha probado acre-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ditar que el hecho de no abonarle el plus no tiene relación con el ejercicio del derecho al crédito horario para actividades sindicales.

Como criterio básico habría pues que indicar que si la diferencia de trato en el abono de las retribuciones básicas o complementarias viene motivada por la falta de desempeño efectivo de trabajo a causa de la actividad sindical por parte de su representante resultaría contrario al derecho de libertad sindical el no devengo de las indicadas retribuciones pues rige el principio de “protección retributiva” o de “omniequivalencia retributiva” del representante, consistente en que aquél ha de percibir la misma retribución que si estuviera en activo o prestando trabajo efectivo, pues de otra forma el cargo representativo supondría un perjuicio o incluso una sanción. En el presente supuesto y tal como hemos señalado que ha quedado acreditado que al trabajador no se le abona el mencionado plus de asistencia debido al ejercicio de actividades sindicales, se trata de una conducta empresarial que conculca el derecho fundamental de libertad sindical.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Negativa de la posibilidad de agrupar centros de trabajo de una empresa con el fin de convocar elecciones a Comités de Empresa, si cada uno de los centros no supera el número de diez trabajadores

Nuevamente, el Tribunal Supremo niega la posibilidad de agrupar centros de trabajo de una empresa con el fin de convocar elecciones a Comités de Empresa, si cada uno de los centros no supera el número de diez trabajadores. Concretamente, en el supuesto enjuiciado en la **STS de 28 de mayo de 2009**, I.L. J 1113, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de CCOO de Asturias contra una STSJ de Asturias que había anulado un preaviso para la promoción de elecciones sindicales en los centros de trabajo de la empresa Phone House en el Principado de Asturias. Aunque, en una primera convocatoria, el sindicato indicó que dicha convocatoria afectaría a todos los centros de trabajo, con posterioridad modificó tal criterio defendiendo que sólo existía un centro de trabajo y que éste comprendía a más de 50 trabajadores. La empresa se mostró disconforme con la tesis mantenida por el sindicato recurrente de considerar un centro de trabajo único, a los efectos de promoción de elecciones, cada una de las tiendas que la empresa demandante tiene en Asturias. Sin embargo, como recuerda el Alto Tribunal, la sentencia de instancia anuló el preaviso hecho por el sindicato pues declaró probado que cada uno de los establecimientos estaba dado de alta como centro de trabajo y contaba con un libro de visitas debidamente diligenciado por la Inspección de Trabajo.

El TS entra en el fondo del asunto y confirma la sentencia dictada en suplicación, recordando que el juego de los artículos 62.1 y 63.1 del ET no puede significar admitir la agrupación de centros de trabajo en el sentido que proponía el sindicato recurrente, pues “la unidad electoral es el centro de trabajo y tal afirmación no admite más excepciones que las expresamente establecidas por la norma”. En los antecedentes de hecho, se indica que el número de trabajadores de cada centro de trabajo oscila entre dos y ocho, lo que conduce, en principio, a desechar la aplicación del artículo 63.1 del ET que contempla un número mínimo de cincuenta trabajadores en cada centro para que la elección lo sea de Comité de empresa. Carece de todo sentido, en consecuencia, sostener que el legislador no consiente la agrupación –por parte sindical– de centros de más de seis trabajadores y

menos de diez para poder elegir Delegado de Personal (nivel representativo de elección personal), y que muy contrariamente se defienda la agrupación de esos mismos centros de trabajo para obtener la elección de Comité de Empresa (nivel representativo de elección por lista cerrada).

3. CONFLICTO COLECTIVO

A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto

Las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo son declarativas y, en consecuencia, sin posibilidad de su directa ejecución. Si bien, en caso de no cumplirse voluntariamente las consecuencias que se derivan de dichas decisiones, se puede instar a un proceso ordinario, individual o plural. Con estas premisas, en la **STSJ de Aragón de 10 de febrero de 2009**, I.L. J 641, se desestima el recurso de suplicación interpuesto por el presidente del Comité de Empresa de Pelbor SA para que se concrete el derecho de los trabajadores al devengo de los retrasos salariales reconocido por la Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel de 10 de junio de 2008 que estimó la demanda interpuesta por el recurrente declarando el derecho a los abonos según lo dispuesto en el Anexo al convenio colectivo de aplicación, pues lo que se pretende con este recurso es una nueva declaración en la que se concrete, uno a uno, la cantidad correspondiente a cada uno de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo. Pretensión que excede el objeto de la sentencia colectiva que, como se ha referido, es una sentencia meramente declarativa; en base a lo anterior, la STSJ de Aragón desestima el recurso.

También se cuestiona la adecuación de procedimiento en la **STSJ de Baleares de 6 de febrero de 2009**, I.L. J 695. En dicho proceso, el Sindicato Independiente de Baleares, SIB, en lo sucesivo, formula una demanda de conflicto colectivo contra La Caixa y en la que aparece como sindicato codemandado COMFIA-CCOO para que se reconozca el derecho de los trabajadores de entidad bancaria al devengo de un complemento de residencia previsto en el convenio colectivo de Cajas de Ahorros para los años 2007-2010; convenio que la SAN declaró nulo. Sin perjuicio de lo anterior, La Caixa había suscrito un acuerdo el 29 de diciembre de 2004 con los representantes sindicales de CCOO y UGT mediante el cual adaptaban al “marco de la empresa lo dispuesto en el convenio colectivo de las Cajas de Ahorros”. El expresado acuerdo no contempla el referido complemento de residencia previsto en el convenio colectivo sectorial porque “se considera compensado con las condiciones económicas de sueldo que goza el personal de la entidad”. Este pacto fue recurrido por el SIB ante el TSJ de Baleares y dicho Tribunal estimó “su incompetencia funcional declarando la competencia de la Sala de la Audiencia Nacional”; la SAN entró a conocer el asunto al considerar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.a) LPL, el ámbito del conflicto colectivo planteado excede el territorio de una Comunidad Autónoma y, por tanto, era competente para conocer el asunto. Sin embargo, la STS de 20 de junio de 2008 casa y anula la SAN por falta de legitimación del SIB para plantear una demanda de conflicto colectivo en dicho órgano jurisdiccional, “declarando su legitimación para volver a plantear dicho conflicto en su ámbito de implantación”, es decir, en Baleares. Existe un problema de legitimación activa del sindicato recurrente a tenor de

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

lo dispuesto en el artículo 152 LPL que dispone que “estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más ámbito que el del conflicto”, por lo cual el sindicato accionante sólo lo puede hacer respecto a los trabajadores de Islas Baleares y a ello no se opone que todavía esté sin resolver una demanda de conflicto colectivo interpuesta por UGT con una pretensión sustancialmente idéntica. Por todo lo anterior, confirma el TSJ que cabe rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la empresa demandada y, finalmente, en cuanto se refiere a la excepción de litispendencia, resulta acreditado la existencia de un proceso de conflicto colectivo pendiente de resolver cuya sentencia tendrá efecto de cosa juzgada que afectará tanto a las partes del proceso en que se dicte como a los trabajadores representados por el SIB. Debe tenerse en cuenta que tanto en un proceso como en el otro los sindicatos demandantes, aunque distintos, actúan en representación de los trabajadores afectados por una idéntica pretensión, de modo que “lo resuelva en el primero de ellos, dado su ámbito superior territorial y personal, siendo idéntica la pretensión tendrá eficacia para todos los trabajadores representados”.

Siguiendo en este bloque material hay que traer a colación otras dos sentencias más. Por un lado, la **SAN de 20 de julio de 2009**, I.L. J 1047, que resuelve la demanda interpuesta por la Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar de UGT frente a Telefónica de España SAU. En este supuesto, la demandada alega la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, sosteniendo que la reclamación ha de hacerse caso por caso. La Audiencia entiende que el procedimiento elegido es el correcto por cuanto el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individual que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual no hace inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores; por otro lado, la **STS de 13 de julio de 2009**, I.L. J 1135, en la que se recurre la sentencia de la audiencia nacional que había estimado la demanda inicial y declarado como probado que el conflicto colectivo afecta a un número aproximado de dos mil ochocientos trabajadores que prestan servicios en los distintos centros de trabajo de la empresa Eurocen SA. Establece el TS que, de acuerdo con los preceptos reguladores del conflicto colectivo en la Ley de Procedimiento Laboral, la demanda debe contener la designación general de los trabajadores y empresas afectadas por el conflicto, lo que no implica una mención genérica de los afectados. Por tanto, si en la demanda, como es el caso, se ha hecho referencia de forma suficiente a que el conflicto afecta a unos dos mil ochocientos trabajadores que venían percibiendo íntegras las dos pagas extraordinarias anuales con independencia de que no hubiesen trabajado todo el período del devengo de cada uno por haber estado en ese período en situación de incapacidad temporal, entonces la pretensión de que el procedimiento de conflicto colectivo no es el adecuado no tiene fundamento.

Por último, sobre adecuación del procedimiento en una demanda sobre declaración de ilegalidad de huelga interpuesta por una asociación empresarial, hay que mencionar la **STS de 24 de junio de 2009**, I.L. J 982. En esta se recurre en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que declaraba la ilegalidad de la huelga. En esta sentencia la parte recurrente (la Federación de Servicios Públicos de Madrid de UGT y la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO) alega como motivo de impugnación

de la sentencia la inadecuación del procedimiento de forma que el proceso que debería haberse seguido es el de conflicto colectivo y no el ordinario por el que se sustanció el tema litigioso en la instancia. En relación con esto, el Tribunal Supremo establece que la demanda no puede encajarse en el procedimiento de conflicto colectivo por cuanto aparece formulada por una sola Asociación que agrupa un número indeterminado de empresas pero que no abarca a la totalidad de empleadoras afectadas por la huelga cuya ilegalidad se insta. Por ello es adecuado el cauce procesal del proceso ordinario, por cuanto la impugnación judicial no adquiere carácter de conflicto colectivo y sí el ejercicio plural de la acción impugnatoria por parte de un determinado grupo de empresas. Además, el Tribunal hace una comparativa para fundamentar su decisión, y establece que, así como una organización sindical puede promover e implicar en un proceso colectivo a todos los trabajadores del sector afectado por éste, no ocurre lo mismo cuando se trata de empresas afectadas por un litigio de aquella índole, ya que la asociación empresarial no alcanza a tener más ámbito representativo que el de la empresas que agrupa pero no tiene representatividad respecto a la totalidad de empresas afectadas por el conflicto. Ahora bien, al decidir el TS que el procedimiento ordinario es adecuado, se plantea de oficio el tema de la competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia declarando la incompetencia para conocer y resolver del litigio ante él planteado.

B) El proceso de conflicto colectivo: competencia territorial

En relación con la competencia de los Tribunales para conocer de los procedimientos de conflicto colectivo, el artículo 151.1 LPL señala que se tramitarán a través del proceso de conflicto colectivo “las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa”. El TS, reiterando una jurisprudencia consolidada, insiste en la necesidad de que concurren, para que sea esta clase de proceso el aplicable, los elementos subjetivo (afectación de un grupo de trabajadores) y objetivo (presencia de un interés general indivisible y común), si bien el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores.

La Audiencia Nacional tiene atribuida la competencia para conocer de los efectos colectivos “cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma”, y es doctrina consolidada por el TS que cuando se trata de discutir acerca de la interpretación o aplicación de una norma cualquiera que sea su naturaleza, es el ámbito del conflicto y no del convenio en el que determina la competencia objetiva (STS de 12 de julio de 2006). Aplicando esta doctrina, la STS de 10 de junio de 2009, I.L. J 732, resuelve un recurso de casación interpuesto por la representación letrada de la empresa BBVA en el que alegando la falta de competencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco que reconoció el derecho del Comité de Empresa a designar Delegados de

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Prevención en el ámbito de su competencia, así como un Comité de Seguridad y Salud, solicita la revocación de la sentencia de instancia. La recurrente sostiene que los efectos del conflicto colectivo resuelto en la STSJ del País Vasco con fecha 8 de julio de 2008 se extienden más allá del territorio de la Comunidad Autónoma puesto que el centro de todo el debate está en la interpretación que se haga de un Acuerdo nacional de Prevención de Riesgos Laborales, de fecha 24 de octubre de 2001. El problema, por tanto, está en concretar si la designación de los delegados de prevención en la provincia de Guipúzcoa supone ir en contra de todo el organigrama preventivo pactado entre la empresa y los sindicatos más representativos a nivel estatal, lo que exige que la solución que se dé habrá de producir efectos más allá del límite territorial de referencia en el pleito. El Alto Tribunal reitera su consolidada interpretación en el sentido de entender que “la competencia para conocer de una pretensión de conflicto colectivo viene dada por el alcance territorial del conflicto planteado”; sin embargo, en el caso los demandantes pretendían la aplicación de una normativa legal sin contemplar lo dispuesto en el acuerdo colectivo suscrito por la empresa y los sindicatos más representativos de ámbito nacional. Pretensión que, de admitirse, estaría suponiendo la “inaplicación de aquel acuerdo vinculante con los efectos propios de una declaración tácita de su ilegalidad”. En consecuencia, no se trata de un conflicto cuyos efectos alcancen sólo a los demandantes, justo al contrario se dirime un conflicto colectivo cuyos efectos reales extienden sus efectos a todo el territorio nacional, y, por ello, será competente la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de conformidad con las reglas de distribución de la competencia objetiva contenida en los artículos 7 y concordantes de la LPL.

Sobre este concreto aspecto, también hay que hacer alusión a la **STS de 13 de julio de 2009**, I.L. J 1134. En los litigios surgidos en virtud de pretensiones colectivas, la determinación de la competencia objetiva se hace atendiendo a un criterio territorial. La territorialidad se halla vinculada a la afectación del conflicto pues la literalidad de la Ley de Procedimiento Laboral indica que la Sala de lo Social conocerá en única instancia de los procesos de conflicto colectivo cuando extienden sus efectos a un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma. En esta sentencia, el Tribunal Supremo hace un resumen de las conclusiones que se han ido obteniendo de la jurisprudencia sobre el principio de territorialidad. En primer lugar, la competencia se determina por los límites reales e inherentes a la cuestión debatida. En segundo lugar, la afectación del conflicto no es necesariamente coincidente con el área de la norma aplicable, es decir, la afectación de una norma puede plantear controversias en todo su ámbito de aplicación, en cuyo caso será el órgano competente para resolverlas el que tenga una extensión territorial igual o superior al de ella, pero también es posible que el conflicto afecte a un área inferior, en cuyo caso será conocido por el órgano judicial competente en el ámbito de afectación del conflicto. Por último, como hay una parte importante de la doctrina científica y jurisprudencial que establece que el artículo 152 de la LPL atribuye la legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo en función del alcance de la representación de sindicatos, asociaciones empresariales o representantes legales o sindicales de los trabajadores, en base a esto, la jurisprudencia del TS sostiene que la competencia para conocer de una demanda de conflicto colectivo no deriva del alcance de la norma o decisión que se trata de interpretar o aplicar sino del alcance o área a la se contrae el conflicto. Este recurso es desestimado y se confirma la sentencia de la Sala de lo Social en este extremo, es decir, que

aunque el conflicto se refería exclusivamente a un centro de trabajo de Madrid, el objeto de la controversia no se configuraba por la contratación externa de una empresa para el centro afectado sino por las contrataciones externas para cualquier centro de la empresa de forma que el modo en que se resuelva el comportamiento empresarial en Madrid determina la validez o no de comportamientos análogos en otras partes del territorio nacional con relación a la misma entidad y el mismo acuerdo.

4. HUELGA

No lesiona el derecho fundamental a la huelga que contiene el artículo 28 CE la decisión de la empresa en asignar la práctica totalidad de los trabajadores destinados en el servicio de prevención de incendios, máxime cuando tal asignación ya estaba prevista con anterioridad como servicios necesarios en el acuerdo suscrito con la Comunidad Autónoma en el marco de las medidas especiales de prevención de incendios forestales durante los días de Semana Santa y la Pascua de 2008 sin que en ningún momento la resolución administrativa en que se contenía haya sido impugnada. Éste es el criterio que mantiene la **STS de 25 de junio de 2009**, I.L. J 814, cuyos argumentos se ven reforzados razonando que la huelga no es derecho absoluto y que presenta limitaciones en orden a la protección de bienes y personas, como en el presente caso sucede en que además se respeta el derecho del resto de la plantilla, excepción hecha de los que cubren el servicio de prevención de incendios. El recurso del sindicato actor se rechaza en consecuencia, confirmando la resolución dictada en la instancia.

La fijación de los servicios mínimos por la empresa también ha sido objeto de estudio por parte de la **STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2009**, I. L. J 896, resolución que, confirmando la dictada por el Juzgado de instancia, estima la demanda formulada por el Comité de Empresa de Productos Alimenticios La Bella Easo, SA por vulnerar el derecho de huelga de los trabajadores. Sostiene la empresa que se ha limitado a respetar la realización de la huelga “no haciendo otra cosa que salvaguardar y evitar el deterioro del producto”, y sobre tal premisa recuerda la Sala la doctrina constitucional sentada en relación con los servicios esenciales de la comunidad que extiende a los de seguridad y mantenimiento: la posibilidad de restricciones o limitaciones en su ejercicio y la razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los padecidos por los usuarios de los servicios, con el consiguiente equilibrio en su determinación que ni exige alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegura su normal funcionamiento. En aplicación de esta doctrina se sigue que no cabe justificar en el deterioro de materias primas y los productos elaborados la fijación de determinados servicios mínimos, toda vez a juicio del Tribunal el menoscabo de las primeras se evitaría fácilmente avisando previamente a proveedores y transportistas y, en referencia a los segundos, es manifiesto que su regulación no queda incluida en el ámbito del RD-Ley de 4 de marzo de 1977, pues ni afecta a la seguridad de las personas ni su mantenimiento se hace preciso para la reanudación de las tareas de la empresa una vez haya transcurrido el calendario de paros. No existiendo vulneración alguna, el recurso formulado por la empresa se desestima.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Por último, en cuanto al derecho de huelga, y concretamente sobre la alteración del convenio colectivo vigente o el establecimiento de mejoras laborales, la **STSJ de Navarra de 27 de abril de 2009**, I.L. J 1036, establece que la huelga que tiene como objeto negociar y alcanzar un pacto de empresa en el que se pudiesen mejorar algunas de sus condiciones laborales no es una huelga ilegal. Se trata de un caso en el que se intenta negociar las condiciones laborales de naturaleza salarial para equipararse con los trabajadores pertenecientes a las plantillas de las empresas explotadoras de las residencias sin alterar con ello el Convenio Marco Estatal, sino hacerlo compatible con aquél, estableciendo determinadas mejoras en el ámbito del concreto centro de trabajo en el que se desarrolla la huelga. En relación con esto, la Sala trae a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 en la que se establece que la constitucionalidad del artículo 11.c) o d) RD-L de 1977 se limita a los casos en los que la finalidad de la huelga sea estrictamente la de alterar lo pactado en el convenio. Sin embargo, esto no obsta a que puedan establecerse determinados derechos a favor para que los trabajadores mejoren aquellas condiciones que les reconoce el convenio nacional. Esto sería fruto del carácter complementario que tiene esa nueva negociación que no alteraría lo fijado en el convenio que no trata de ser una regulación única sino una ordenación mínima.

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. Comisión negociadora. A) De los convenios de empresa. **2. Contenido “normativo” del convenio colectivo.** A) Cláusulas; B) Límites. **3. Ámbito de aplicación.** **4. Sucesión de convenios colectivos.** **5. Convenios colectivos “extraestatutarios”.** A) Consecuencias de su naturaleza contractual. **6. Impugnación “directa” del convenio colectivo.** A) Por ilegalidad. **7. Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales. a) Criterios de interpretación. b) General primacía de la interpretación llevada a cabo por el juzgador a quo.

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 5 a 8, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2009, de Lex Nova. Resultan particularmente interesantes tres del TS: la de 9 de junio de 2009, sobre el juego del principio de igualdad en materia retributiva, y las de 11 de mayo y 16 de junio de igual año, ambas en casación para la unificación de doctrina y cambiando de criterio a propósito de la suerte de las condiciones de trabajo estipuladas en el convenio colectivo “extraestatutario” cuando finaliza la vigencia de éste.

1. COMISIÓN NEGOCIADORA**A) De los convenios de empresa**

Negociación por representaciones sindicales y no por el comité de empresa. No es contraria a la libertad sindical la composición del banco social que, a la vez que atribuye un puesto de vocal a cada una de las representaciones sindicales con presencia en el comité de empresa, abstracción hecha de su audiencia electoral, pondera el voto de cada uno de los vocales en función del concreto grado de audiencia electoral de la representación sindical a la que pertenezca. Así lo entiende, en relación con la negociación del convenio de Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, SA por las seis secciones sindicales existentes en dicha empresa, la **STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2009, I.L. J 663**:

“La comisión se formó a partir de las representaciones sindicales. La opción entre una representación sindical o unitaria es plenamente legítima y la legitimidad de tal opción no

es, de hecho, cuestionada en momento alguno por los recurrentes (...). En la formación de la mesa no se excluye, además, a representación sindical alguna, de manera que (...) están representadas todas y cada una de las representaciones sindicales que tienen presencia en el comité de empresa. Sobre esta base (...) las exigencias de las normas legales y constitucionales referidas se encontrarían satisfechas. Pero, yendo más allá y para resolver o descartar otros posibles problemas de legitimidad (...) se reconoce lo que se ha denominado un 'voto ponderado' de manera que cada una de las seis representaciones incidirá o actuará en función de la 'calidad' o proporción de su representación unitaria. Frente a lo que se indica en los recursos, no vemos razón alguna para restringir la importancia de este criterio funcional al momento de la votación. Puede manifestarse en todas y cada una de las actuaciones de la comisión. Ningún obstáculo que lo impida puede ser reconocido. (...) la trascendencia (...) de cada representación sindical en cada una de sus actuaciones no tiene que encontrarse limitada por el número de miembros en la comisión."

2. CONTENIDO "NORMATIVO" DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cláusulas

Forma parte de él la cláusula que dispone la creación de una comisión de acción social y determina su composición y sus competencias. Dicha cláusula "crea una estructura estable para la gestión de la misión que le encomienda el convenio (...). Las normas convencionales que definen la 'acción social' tienen carácter normativo en tanto en cuanto definen la acción asistencial que se pacta e igual puede decirse de los preceptos convencionales que definen la acción social y establecen una estructura estable para llevarla a cabo, cual es la comisión de acción social, órgano al que se dota del oportuno presupuesto para cumplir sus fines. El que no exista una previsión individualizada no quiere decir que no exista un derecho concreto de los trabajadores afectados, quienes tienen derecho, al formar parte de las condiciones de su contrato, a que se dote con el presupuesto pactado el fondo de acción social y a que el mismo sea repartido por la comisión de acción social creada al efecto, como estructura permanente para la gestión de esa dotación convencional".

"Tampoco desvirtúa el carácter normativo del precepto convencional estudiado el que el mismo no contenga previsiones para cuando finalice la vigencia del convenio", pues éste "ha creado un fondo de acción social y una comisión para su reparto que forman parte de la estructura convencional de forma estable, lo que supone su permanencia en la fase de ultraactividad del convenio, al igual que ocurre con los preceptos que regulan otras condiciones, como las salariales. La falta de previsión del convenio colectivo para el momento en que termina su vigencia y es denunciado no supone la extinción del derecho y de la correspondiente obligación, sino que el derecho queda congelado en su cuantía, al igual que ocurre con los salarios, como ha declarado esta Sala en sus Sentencias de 21 de enero de 2003 (recurso 1710/2002) y de 5 de junio de 2009 (recurso 103/2008)" (STS de 2 de julio de 2009, I.L. J 804).

B) Límites

Respeto del principio de igualdad. No lo hace la cláusula del convenio colectivo que circunscribe el pago de un complemento por trabajar en sábados, domingos y festivos a aquellos trabajadores que no hayan sido contratados de forma específica para prestar sus servicios, exclusivamente, en tales días. Tal es la posición que mantiene, en relación con el convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la **STS de 9 de junio de 2009** I.L. J 837.

Para la Sala, que sigue en este punto la doctrina del Tribunal constitucional, “no está implicada aquí la tutela antidiscriminatoria del inciso final del artículo 14 de la Constitución, porque la contratación con la finalidad exclusiva de prestar servicios en sábados, domingos y festivos no puede considerarse como un factor o móvil discriminatorio de los enumerados en ese inciso (...). La selección del objeto del contrato de trabajo en función de los días que han de prestarse servicios es un criterio neutro del que está ausente cualquier consideración discriminatoria en el sentido indicado”. Ahora bien, aunque no resulte afectado el principio de no discriminación no significa que “no pueda resultar afectado el principio de igualdad”. La eficacia normativa del convenio colectivo comporta que éste quede sujeto al respeto de dicho principio.

A partir de lo anterior, recuerda el TS que constituyen presupuestos que permiten el apreciar la vulneración del principio, también según la doctrina constitucional (STC 27/2004): 1) la introducción directa o indirecta de una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y 2) que las situaciones subjetivas de quienes formen parte de tales grupos sean homogéneas o equiparables. Pues bien, esa identidad u homogeneidad de situaciones entre los trabajadores contratados para prestar servicios exclusivamente en sábados, domingos y festivos y los que sólo esporádicamente realizan su actividad en dichos días es apreciada por la Sala en el supuesto de hecho enjuiciado, en función de las circunstancias que concurren en él. Por consiguiente, si la situación de los que pertenecen a cada uno de referidos grupos de trabajadores es idéntica o equiparable, la concesión del complemento examinado sólo a los que componen el segundo es contraria al principio de igualdad.

La solución podría haber sido otra (apreciación de una regulación respetuosa de las exigencias del principio de igualdad), según apunta la sentencia reseñada, “si el trabajo exclusivo en días no laborables tuviese en el régimen del convenio unas condiciones que compensasen de forma suficiente su carácter más oneroso”. No habría entonces dos situaciones equiparables u homogéneas. Tales condiciones faltan, sin embargo, en el caso de autos, donde no existe una consideración del trabajo exclusivo en sábados, domingos y festivos a la hora del establecimiento de las retribuciones básicas y de los diferentes complementos y donde, por otra parte, no cabe apreciar que los trabajadores que esporádicamente presten sus servicios en los referidos días, beneficiarios exclusivos del complemento en cuestión, deban prescindir, cuando lo hagan, del descanso semanal, pues lo único que sucede es que el que hubiera debido ser descanso en fin de semana o en festivo se desplaza a otros días laborables. Así las cosas, aparece que la única diferencia entre los dos grupos de trabajadores contemplados reside en que los contratados para trabajar sólo en sábados, domingos y festivos resultan ser trabajadores a tiempo parcial sometidos a la carga de trabajar permanentemente en los citados días no laborables. “Dentro de este esquema no puede entenderse justificada la exclusión del complemento (...) cuando

esa exclusión no va acompañada de un régimen de retribución alternativo que permita compensar el mayor gravamen que supone la dedicación permanente al trabajo en esos días”.

En cambio, sí respeta las exigencias del principio de igualdad la cláusula que establece una jornada ordinaria de trabajo más reducida sólo para aquellos trabajadores que prestan su actividad exclusivamente en horario nocturno, de modo que quedan fuera de ella quienes no trabajen de forma exclusiva en dicho horario.

También las respeta el precepto del convenio colectivo de una empresa pública (Empresa pública del suelo de Andalucía) que establece una preferencia de los trabajadores indefinidos sobre los temporales a la hora de participar en el proceso de promoción interna para la cobertura de las vacantes que se produzcan en la empresa. “Es sin duda razonable que la empresa pretenda cubrir en primer lugar” éstas “con trabajadores con contrato por tiempo indefinido, para dar estabilidad” a los correspondientes puestos de trabajo, “y también porque los trabajadores indefinidos han debido pasar por un proceso de selección regido por los principios de mérito y capacidad [se recuerda que se está ante trabajadores contratados por una empresa pública], lo que, según el artículo 17 del convenio, no rige para los trabajadores temporales, por lo que, en definitiva, la preferencia en este supuesto de los indefinidos no implica discriminación (sic) alguna con respeto a los temporales” (STS de 16 de junio de 2006, I.L. J 856).

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Exclusión de los trabajadores que pasen a ocupar un puesto directivo y sujeción de dichos trabajadores a un estatuto propio a aprobar por la empresa y más beneficioso. Es posible en la medida en que no contradiga el principio de igualdad y los criterios de selección de los excluidos no sean discriminatorios (STS de 16 de junio de 2009, I.L. J 856).

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 rectificación de su doctrina anterior, también de casación para la unificación de doctrina (véanse las 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 11 de mayo 2009, I.L. J 788:

“Entre las razones que llevan a la Sala a la rectificación de la mencionada doctrina, cabe sintetizar las siguientes:

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

VIII. Negociación Colectiva

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 (...).”

En igual sentido, STS de 16 de junio de 2009 I.L. J 854, también en casación para la unificación de doctrina.

5. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

A) Consecuencias de su naturaleza contractual

Se manifiestan, entre otras situaciones, en la sucesión del convenio “extraestatutario” por uno estatutario. No es de aplicación entonces lo dispuesto en los artículos 82.4 y 86.3 y 4 del ET. Pero tampoco se puede admitir que la naturaleza contractual de aquél conduzca a que el término de su vigencia consienta el mantenimiento de las condiciones que se hubiesen estipulado de acuerdo con la doctrina de la condición más beneficiosa. 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 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, respectivamente), las SSTs de 11 de mayo y 16 de junio 2009, I.L. J 788 y 854, respectivamente.

6. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por ilegalidad

La impugnación por este cauce no puede sustentarse en la invocación de que el convenio atacado conculca o no respeta el fallo de una sentencia anterior. Dicha impugnación precisa que en la demanda se indique alguna disposición legal que se entienda vulnerada por el convenio. En otro caso, aquélla debe ser desestimada. Tiene ocasión de pronunciarse en el sentido indicado la SAN de 17 de julio de 2009, I.L. J 1048:

“Según el artículo 162 de la LPL, cuando se sostenga la ilegalidad del convenio, la demanda deberá contener, en primer lugar, la concreción de la legislación y los extremos de ella que considere conculcados (...). Si acudimos al artículo 3 del ET, que establece las fuentes de la relación laboral, en ninguno de sus cuatro supuestos (sic) está recogida la jurisprudencia como fuente, con independencia de que en el artículo 1 del Código Civil en su apartado 6 [se] exige que la doctrina sea establecida de modo reiterado por el Tribunal Supremo para que la jurisprudencia, al interpretar y aplicar la ley, complemente el ordenamiento jurídico. Por ello, la demanda debería haber citado alguna norma que considere que el apartado del

convenio impugnado conculque. En consecuencia, sin más razonamientos, la demanda debería ser desestimada por carecer de fundamentación para el fin perseguido.”

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la distinción entre facultades de administración y facultades negociadoras y el ámbito de las primeras, STS de 16 de junio de 2009, I.L. J 856.

B) Por los Tribunales laborales

a) Criterios de interpretación

Recuerda la necesidad de seguir tanto las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos “el doble carácter de norma jurídica constitutiva de fuente directa de la relación laboral y de pacto entre empresarios y trabajadores” supone que para la interpretación del convenio “ha de acudirse tanto a las reglas que contemplan las normas jurídicas como a las que se refieren a los contratos”, tomando como primer canon hermenéutico el literal, la STS de 21 de julio de 2009, I.L. J 1130.

b) 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 16 junio de 2009, I.L. J 856. El criterio de aquél debe prevalecer, por más objetivo, sobre el del recurrente, salvo que no sea racional ni lógico, “o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”.

JAVIER GÁRATE

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Concepto de accidente de trabajo. B) Recargo de prestaciones. C) Indemnización por daños y perjuicios. D) Agravamiento de enfermedades. **9. Régimen económico,**

responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. A) Régimen Especial de los

Trabajadores Autónomos. **14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.**

1. FUENTES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

Conforme a la **STS de 19 de junio de 2009**, I.L. J 1120, respecto al recurso de casación para la unificación de doctrina 3233/2008, no procede la afiliación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar respecto al Jefe de operaciones de estiba y desestiba de mercancías por el tipo el tipo de actividad que desarrolla, consistente en labores de dirección y coordinación de las labores de estiba y desestiba que conllevan actividades de control y coordinación de operaciones portuarias a bordo de buques, contratación de personal, contratación de maquinaria y la designación de trabajadores que deben realizar las diversas actividades, que nada tienen que ver con la actividad desarrollada por los estibadores portuarios.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

7. RECAUDACIÓN

Durante el período objeto de estudio, pueden encontrarse diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que éste reitera su doctrina relativa a los supuestos en los que procede el reintegro de la prestación por desempleo. Cabe recordar en este sentido, que el dato relevante que a juicio del TS impone ese reintegro, más allá de la contratación temporal fraudulenta, es el hecho de que se cause un perjuicio al ente gestor, cosa que no sucede si, de haberse suscrito el contrato temporal procedente, se hubiera tenido igualmente derecho a la prestación por desempleo (STS de 22 de mayo de 2009, I.L. J 686, STS de 28 de mayo de 2009, I.L. J 719 y STS de 10 de junio de 2009, I.L. J 860).

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente de trabajo

Dentro del concepto de accidente de trabajo no se incluye un nuevo proceso de incapacidad temporal con interrupción de 6 meses desde el anterior proceso de incapacidad derivado de accidente de trabajo por presunción. No se aplica al nuevo proceso la presunción de laboralidad, según la STSJ de Navarra de 27 de febrero de 2009, I.L. J 778.

Sobre la consideración del suicidio como accidente de trabajo se pronuncia la STSJ de Castilla y León de 18 de marzo de 2009, I.L. J 921. Según dicha sentencia, el suicidio se produjo por una situación de estrés o trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños a éste.

También se desestima la consideración como accidente de trabajo en la STSJ de Valencia de 10 de marzo de 2009, I.L. J 962, según la cual la dolencia actual no se identifica con la dolencia padecida en el accidente de trabajo. En la misma línea, se pronuncia la STSJ de Murcia de 20 de abril de 2009, I.L. J 1034, en el que tampoco se aprecia conexión entre el accidente sufrido en el año 2003 y las dolencias que se presentaron años después, así como la STSJ de Navarra de 29 de abril de 2009, I.L. J 1035.

Se aprecia la existencia de accidente de trabajo en el caso de un accidente de tráfico cuando el trabajador volvía a su residencia ocasional, ya que era sobradamente conocido que

muchos trabajadores de la construcción de esa localidad residían de lunes a viernes en la localidad donde se desarrollaba la obra. Dicha residencia es ocasional porque depende del lugar donde se ejecute la obra en cada momento, pero ello condiciona la vida del trabajador y, por tanto, es correcta la calificación como accidente de trabajo (**STSJ de Extremadura de 28 de abril de 2009**, I.L. J 1040).

B) Recargo de prestaciones

En la **STS de 26 de mayo de 2009**, I.L. J 684, se reitera la doctrina de que el deber de protección del empresario en materia de prevención de riesgos es ilimitado. Resulta interesante que el Tribunal Supremo recurre a la normativa de la OIT para reforzar su argumentación jurídica, al señalar que el artículo 16 del Convenio 155 de la OIT, que impone a los empleadores la obligación de garantizar que “los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores”.

Respecto a la posible caducidad del procedimiento de reconocimiento del recargo, la **STS de 8 de julio de 2009**, I.L. J 1136, señala que no se produce dicha caducidad, puesto que el transcurso del plazo máximo sin resolución tiene como efecto dejar expedita la vía judicial. Así, el artículo 44 LPAC contempla la exclusiva consecuencia de que los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio negativo, sin que para nada se mencione la caducidad. Y aquella consecuencia —es decir, la del silencio negativo— es también reconocida en el artículo 14.3 de la OM de 18 de enero de 1996.

Dicha doctrina se reitera en la **STSJ de Castilla y León de 25 de marzo de 2009**, I.L. J 919, según la cual el incumplimiento del deber de vigilancia sobre el adecuado uso del equipo de protección individual activa la relación de causalidad entre el accidente de trabajo y la falta de medidas de seguridad. También en la **STSJ de Navarra de 20 de abril de 2009**, I.L. J 1037, se pone de relieve la conexión entre el recargo de prestaciones y la falta de medidas de seguridad, al ser la causa de la caída la falta de estabilidad de la escalera, que no poseía dichas medidas de seguridad, según marca la normativa aplicable. Asimismo, se aplica el recargo en el supuesto de realización de trabajos no correspondientes a su categoría profesional sin recibir adecuada formación en materia de seguridad y salud (**STSJ de Navarra de 27 de abril de 2009**, I.L. J 1038).

Según la **STSJ de Aragón de 17 de febrero de 2009**, I.L. J 642, la relación de causalidad entre la ausencia de las medidas de prevención de riesgos en la máquina y el accidente y daños producidos, quedó rota por la conducta del propio trabajador, que utilizó la máquina, que no era la de su puesto de trabajo, contra la prohibición expresa del empresario, máquina que la Inspección de Trabajo había permitido poco antes su utilización en la empresa, pese a sus defectos, aunque sólo “por personal cualificado”. Ello llevó a la empresa a prohibir expresamente su uso al trabajador accidentado, que no obedeció dicho orden, incurriendo así en una imprudencia temeraria que exime a la empresa de asumir el pago del recargo de prestaciones de Seguridad Social, previsto en el artículo 123 de la LGSS. Por el contrario, para la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2009**, I.L. J 655, producido el siniestro y el daño, es el patrono quien debe probar que tomó todas las medidas necesarias para evitarlo y que el siniestro se debió a caso fortuito o fuerza ma-

yor, sin que pueda estimarse roto el nexo causal cuando los incumplimientos imputables al empleador hayan sido determinantes de la producción de un daño, que tal vez no se habría producido de haberse cumplido las condiciones de seguridad infringidas.

En la **STSJ de Castilla y León de 18 de febrero de 2009**, I.L. J 651, se señala que, para fijar el porcentaje adecuado del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, hay que atender a un criterio, que la Sala viene considerando adecuado: el de la gravedad de la falta. Podría acudir a otros criterios atenuantes o agravantes, pero la Sala considera que hay que atender a la gravedad de la falta teniendo a la vista el artículo 39.3 del RD 5/2000, de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. En este precepto se regula el conjunto de criterios de graduación de la sanción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales. Ahí aparecen recogidos varios conceptos, como son la peligrosidad de las actividades, la gravedad de los daños, el número de trabajadores afectados, las medidas de seguridad individuales y colectivas adoptadas por el empresario.

En la misma línea, *vid.* la **STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2009**, I.L. J 771 y la **STSJ de Aragón de 27 de mayo de 2009**, I.L. J 1094, que destacan la gravedad de la falta para la imposición del recargo del 50%. Tampoco desactiva la responsabilidad empresarial el hecho de que se cometa una imprudencia profesional del trabajador, como consecuencia del exceso de confianza en la realización del trabajo (**STSJ de Valencia de 3 de marzo de 2009**, I.L. J 963 y **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2009**, I.L. J 1090), debiendo únicamente entenderse como imprudencia temeraria un comportamiento realizado con olvido y menosprecio de los más elementales deberes de cuidado y atención.

Un supuesto de responsabilidad exclusiva de la empresa contratista se da en la **STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2009**, I.L. J 659. A efectos de determinar el empresario infractor, cabe decir que el accidente en cuestión no se produjo dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal, ni por una infracción directamente imputable a él, pues la empresa principal, que no se dedica a la actividad de carpintería, no se reservó la dirección y control del trabajo que debía desarrollar el trabajador, sino que se comprometió sólo a proporcionar medios propios de elevación para un trabajo en altura, que obviamente debían ser adecuados y seguros para tal fin. Por el contrario, en la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2009**, I.L. J 770, sí que se estima dicha responsabilidad solidaria, ya que la colocación del tendido de telefonía constituye parte del ciclo productivo de la empresa principal.

C) Indemnización por daños y perjuicios

Se rechaza en la **STSJ de Cantabria de 1 de abril de 2009**, I.L. J 1002, al no haberse acreditado culpa alguna en el empresario —en el desarrollo de sus deberes de protección inherentes al contrato de trabajo—.

D) Agravamiento de enfermedades

Para la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2009**, I.L. J 1086, la dolencia en el trabajo es la que produjo el desencadenamiento de la exteriorización de otras posibles afecciones, por lo que hemos de considerarlo agravamiento de enfermedades preexistentes.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

En la **STSJ de Baleares de 6 de mayo de 2009**, I.L. J 1104, se considera que debido a la tardanza a la hora de concretar el diagnóstico definitivo por los servicios públicos de salud, no puede afirmarse que la actitud de quien acude a solicitar una segunda opinión en el ámbito privado sea caprichosa, en un supuesto en el que diagnóstico confirmado es de desprendimiento de retina con necesidad de ser intervenido urgentemente por existir peligro cierto de pérdida de ojo si se hubiera producido un desprendimiento total de la retina. La Sala entiende que se trata de un supuesto de urgencia vital, que requeriría una asistencia urgente e inmediata en un supuesto en que queda probada la imposibilidad de utilizar oportunamente los servicios públicos de salud, razones todas ellas por las que procede el reintegro de gastos médicos.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En supuesto de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, la **STS de 16 de junio de 2009**, I.L. J 852, en recuso de casación para la unificación de doctrina 1134/2008, entiende que la doctrina aplicable es la que considera que la entidad responsable de los riesgos profesionales es la MATEP aseguradora a la fecha del accidente, aunque la incapacidad temporal surja en período en que la aseguradora es otra MATEP.

Por otra parte, son diversos los pronunciamientos que vuelven a insistir en que ante una incapacidad temporal derivada de enfermedad común asegurada con una MATEP, el INSS no es responsable subsidiario en caso de insolvencia empresarial, sino tan sólo responsable subsidiario en caso de insolvencia de la MATEP (**STS de 21 de mayo de 2009**, I.L. J 873; **STSJ de Galicia de 19 de febrero de 2009**, I.L. J 665).

Respecto a la consideración como incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de un cuadro de artromialgias generalizadas con síndrome fibromiálgico de encargada en tienda de ropa, puede consultarse la **STSJ del País Vasco de 24 de marzo de 2009**, I.L. J 952.

12. MATERNIDAD

Según la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de febrero de 2009**, I.L. J 638, la doctrina aplicable para determinar el período de carencia, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial, es la establecida en la jurisprudencia que aplica la fórmula de los días teóricos a la que se refiere la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de Seguridad Social y la norma prevista en el artículo 3.1 del RD 1131/2002 que ya no puede entenderse que

contengan prescripción discriminatoria alguna sobre los trabajadores a tiempo parcial respecto de los a tiempo completo.

Para la **STS de 20 de mayo de 2009**, I.L. J 874, la solicitud del subsidio por maternidad a favor del padre se ordena, en los supuestos de cesión parcial de la madre, para los plazos de solicitud, prescripción y caducidad por los artículos 43 y 44 de la Ley General de Seguridad Social y no es exigible que la madre ejerza la opción en el momento de solicitar el subsidio.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de marzo de 2009**, I.L. J 909, trata un supuesto en el que se analizan los requisitos para ceder la prestación al padre. En este sentido afirma que en el caso analizado, la madre, abogada, no suscribió la cobertura por maternidad apartándose voluntariamente de ella y no estando sujeta al Régimen Especial de Autónomos no le es aplicable el artículo 48.4 ET y por ello no tiene la posibilidad de ceder parte de un derecho al padre que ella no tiene.

13. REGÍMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

El Tribunal Supremo reitera en la **STS de 22 de junio de 2009**, I.L. J 843, la jurisprudencia que recientemente ya había consolidado en la **STS de 24 de febrero de 2009**, I.L. J 162, que a su vez examinaba una situación semejante a la que dio lugar a la **STS de 25 de enero de 2007**, I.L. J 30: si en el RETA es posible percibir la prestación por maternidad causada con posterioridad a la baja en dicho régimen especial, en una secuencia de hechos que puede verse en bastantes sentencias: una afiliada al RETA inicia un proceso de incapacidad temporal; tras ello se da de baja en el RETA por cese de la actividad, con lo cual sigue percibiendo una prestación por incapacidad temporal, aunque sin tener que pagar cotizaciones durante la situación de incapacidad temporal dada la reseñada baja por inactividad; a tal situación le seguirá sin solución de continuidad una baja por maternidad amparándose en la situación asimilada al alta prevista en el artículo 29 del Real Decreto 2530/1970 que es la norma que regula básicamente dicho régimen especial. El Tribunal sigue en sus razonamientos la doctrina ya iniciada en la **STS de 26 de enero de 2005** (Pleno) I.L. J 156, que a su vez repetía la doctrina de la **STS de 29 de abril de 2002**, I.L. J 1011, y que entre otras también ha sido objeto de examen en la **STS de 21 de abril de 2009**, I.L. J 534 y la **STS de 5 de diciembre de 2008**, I.L. J 1749. En todas ellas en suma se venía a reconocer la pervivencia, a los efectos de causar prestación por maternidad, de la situación asimilada al alta durante los 90 días posteriores a la baja en el RETA, sin que la entrada en vigor del Real Decreto 1251/2001 que reglamenta las pensiones por maternidad y riesgo durante el embarazo, pudiera pensarse que se había derogado tácitamente por el artículo 5 de este reglamento posterior, dado que en él se halla una cláusula de cierre que recoge “cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente” lo que permite declarar subsistente la situación específica para el RETA prevista en el RD 2530/1970. Se añade ahora una nueva observación, aunque no estrictamente necesaria, de que ni en la Disposición Derogatoria Única, ni en las Disposiciones Finales del RD

1251/2001 se halla norma alguna que permita afirmar que se ha derogado la disposición especial del RETA en la que se sustenta el fallo: el artículo 29 del Real Decreto 2530/1970 regulador del RETA que establece que “los trabajadores que causen baja en el Régimen Especial quedarán en situación asimilada al alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a los efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener los beneficios de la acción protectora”.

En la **STSJ de Baleares de 27 de marzo de 2009**, I.L. J 905, se examina, una vez más, una solicitud de reconocimiento de pensión por incapacidad permanente parcial por parte de una persona afiliada al RETA. La sentencia, tras manifestar que ya anteriormente se había pronunciado acerca de este tema, se exploya en un mal disimulado reproche a la sentencia de instancia con carácter de *obiter dicta* —porque será intrascendente para el contenido del fallo—, acerca de que la evaluación de la pérdida de rendimiento profesional, a los efectos de poder causar una prestación por incapacidad permanente no cabe limitarla “a meras conjeturas o evaluación voluntarista sino que tiene que apoyarse en una prueba concreta y específica y suficiente de aptitud para el ejercicio de una profesión”. Tras ello, la sentencia entra en el fondo de su argumentación para reiterar la jurisprudencia ya sentada por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como la **STS de 19 de septiembre de 2007**, I.L. J 1688, o la **STS de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 371, en el sentido de que el artículo 27 del RD 2530/1970 que regula el RETA no se contempla la prestación por incapacidad permanente parcial, si deriva de contingencias comunes; y que el artículo 137 LGSS, en el que se establecen los diversos grados de incapacidad no es de los artículos que la Disposición Adicional Octava señale como de aplicación a todos los regímenes de la Seguridad Social. En resumen, y una vez más: “no existe fundamento legal alguno que, en la actualidad, permita reconocer a un trabajador afiliado al RETA una incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

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 protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c). Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras voluntarias. b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 5 a 8 de 2009 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 633 a 1143).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

La STS de 22 de mayo de 2009, I.L. J 686, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina sobre el alcance del artículo 145 bis.1 de la LPL en relación con las facultades que le otorga el precepto a la Entidad Gestora para solicitar el reintegro de las prestaciones por desempleo, en supuestos de contratación temporal sucesiva abusiva o fraudulenta que haya podido llevar a cabo una empresa y a cuya finalización el trabajador haya percibido prestaciones por desempleo.

La doctrina unificada en esta materia se contiene en varias sentencias como la STS de 10 de octubre de 2007; la STS de 27 de enero de 2009, afirmándose en ellas que “la incorporación del artículo 145 bis a la LPL por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, no ha convertido a la Entidad Gestora, ahora Servicio Público de Empleo Estatal, en una especie de custodio o garante de la legalidad de la contratación laboral en general”.

El objetivo ha sido proporcionar a la Entidad Gestora un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales que le hayan irrogado a un perjuicio; es decir, siempre y cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir.

Por tanto, la pretensión de la condena empresarial al reintegro ejercitada vía artículo 145 bis LPL únicamente podría encontrar favorable acogida si la contratación abusiva o fraudulenta hubiera causado un perjuicio a la Entidad Gestora al haber abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a la Ley no hubiera estado obligada a satisfacer; en caso contrario, la empresa debe ser absuelta.

Por tanto, en el caso de autos se estima el recurso presentado por la empresa, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas.

En el mismo sentido, véase la STS de 28 de mayo de 2009, I.L. J 719.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

La STSJ de Extremadura de 12 de febrero de 2009, I.L. J 705, resuelve acerca de la imputación de los ingresos al año en el que se realiza el rescate de un plan de pensiones.

La cuestión sometida a debate es si la cantidad ingresada por citado concepto de rescate ha de computarse en el año correspondiente a su percepción o si, por el contrario, el importe ha de dividirse por el número de años en que se generó.

Esta cuestión ya ha tenido cumplida respuesta en materia de prestaciones no contributivas (STS de 16 de mayo de 2003) en donde se establece que el importe obtenido por el rescate del Plan de Pensiones ha de considerarse renta y contabilizarse en el año de su percepción, siendo así que el patrimonio se incrementa con un elemento nuevo, no sustitutorio de otro anterior.

Conforme a tal razonamiento, se impone que la doctrina correcta es la mantenida en la sentencia que se recurre, afirmando que la imputación de ingresos derivados del rescate de un Plan de Pensiones ha de hacerse al año en que el citado rescate se lleva a cabo.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa y objetivos de política de empleo

La STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2009, I.L. J 768, se pronuncia nuevamente sobre el requisito de política de empleo para justificar la jubilación forzosa por edad establecida en el II Convenio Colectivo Único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado (BOE de 14 de diciembre de 2006). Conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (SSTC 280/2006, de 9 de octubre y 341/2006, de 11 de diciembre) y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia de 16 de octubre de 2007, en cuestión prejudicial), la jubilación forzosa por esta causa debe servir como instrumento de interés general vinculado a una política de empleo, ya que, según el Tribunal Constitucional, 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. La posibilidad de establecer la jubilación forzosa en convenio colectivo no se consideró habilitada por el legislador a los agentes sociales negociadores, sino que se calificó como expresión o manifestación propia derivada del ejercicio constitucional a la negociación colectiva; y se entendió, en segundo lugar, que su determinación no era contraria a los artículos 14 y 35 CE siempre que quedase vinculada a las políticas de empleo, se asegurase al perjudicado la cobertura de la Seguridad Social

y no implicara, sin más, la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad. En el caso concreto examinado en esta sentencia, al no aparecer que realmente haya servido como instrumento de interés general vinculado a una política de empleo, sino que, por el contrario, la plaza ha sido amortizada, la extinción ha de ser calificada de despido improcedente. Esta conclusión no vulnera las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, ni lo dispuesto en el RD 121/2005, que aprueba la Oferta Pública de Empleo para el año 2005, ya que se aplica el criterio de la reposición selectiva de bajas, por lo que en absoluto proscribire la cobertura de las vacantes que se produzcan, sino su redistribución y el mantenimiento del mismo volumen de plantilla. La relación laboral debe extinguirse por causa de jubilación forzosa por edad pactada en convenio colectivo cuando la plaza se cubra efectivamente y no antes.

Por su parte, la **STSJ de Madrid, de 27 de abril de 2009**, I.L. J 1061, en un supuesto similar, concreta, respecto a los objetivos de política de empleo exigibles a un ente público, que “no es exigible en modo alguno la automática cobertura de la plaza vacante por jubilación, pues se aplica el criterio de la reposición selectiva, de forma que aun respetando el actual total de plantilla, el ingreso del nuevo trabajador puede producirse en otra plaza que pertenezca a un sector considerado prioritario y a las actividades y funciones esenciales de la organización”.

– Jubilación parcial

Sobre la no aplicación de la jubilación parcial y anticipada al personal estatutario de los servicios de salud se pronuncia la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de abril de 2009**, I.L. J 970. Se señala en la Sentencia que el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003) califica la relación de este personal como “relación funcionarial especial”, no por tanto laboral común, ni especial, y, partiendo de ello, el problema estriba en determinar si este personal, con relación funcionarial especial, puede o no acceder a la jubilación parcial y anticipada en las mismas condiciones que los trabajadores con relación laboral. Al respecto, la Sentencia establece que, según el artículo 26.4 del Estatuto Marco regulador de esta clase de personal, reconoce la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social. La normativa de Seguridad Social regula esta materia en el artículo 166 LGSS que se remite a su desarrollo reglamentario, y tratándose de beneficiarios menores de 65 años que es el supuesto que nos ocupa, el apartado 2 del artículo 166 sólo habla de “trabajadores” y se remite a las condiciones del artículo 12.6 del ET, al igual que el RD 1131/2002. Así las cosas, la Sentencia concluye que las normas sobre jubilación parcial no resultan aplicables, en este momento, al personal que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado, que, por el momento, no tienen regulado el derecho a la jubilación parcial y anticipada. Abona esta tesis interpretativa lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, relativa a la “aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos, que se remite, al igual que la Disposición Adicional Sexta del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), a una futura re-

gulación. Pero en el momento actual, no permite la legislación vigente aplicar las normas de seguridad social en materia de jubilación anticipada y parcial al personal que, como el actor, presta sus servicios en instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud. Igual pronunciamiento se contiene en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de mayo de 2009, I.L. J 1077.

En cuanto a los requisitos exigibles para la jubilación parcial, la STSJ de Aragón de 29 de abril de 2009, I.L. J 974, se pronuncia sobre cuál debe ser el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador relevista. La Sentencia declara que, tras la reforma legal producida en los artículos 12 del ET y 166 de la LGSS, sigue vigente como regla general que el relevista debe ocupar el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial u otro similar, entendiéndose como tal el que implique el “desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Pero la reforma ha establecido una regla de aplicación subsidiaria: en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, debe haber una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Sigue pues vigente el criterio de la Sala, aplicado en casos precedentes enjuiciados respecto a la misma empresa (Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón), en relación con la regulación contenida en el Convenio colectivo aplicable, según el cual aunque el puesto de trabajo del trabajador relevista no sea similar al de nivel superior que pudiera desempeñar el trabajador sustituido, en el ámbito de la jubilación parcial se entiende por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente, de manera que se cumple el criterio requerido para el relevo y, por tanto, para la jubilación parcial, siempre que ambos puestos estén en el mismo Grupo. Igual pronunciamiento se contiene también en la STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2009, I.L. J 1091.

b) Contenido de la prestación.

a') Base reguladora

El problema suscitado en la STS de 25 de mayo de 2009, I.L. J 716, para la unificación de doctrina, en relación con el cálculo de la base reguladora, es el relativo a si a las bases de cotización del actor correspondientes al período anterior a la integración de la Caja de Previsión Social de la ONCE en el Régimen General de la Seguridad Social han de aplicársele o no los límites máximos de referencia. La Sentencia declara que el artículo 162 LGSS se limita a establecer que la base reguladora de la pensión de jubilación se determinará sobre las bases de cotización del período que allí se indica, de forma que hay que tomar las cotizaciones efectivamente realizadas, sin que nada indique este precepto de que no hayan de computarse las bases reales por las que se ha cotizado, sino unas bases teóricas reducidas en función de unos límites que no se acredita que fueron entonces aplicables a la cotización de la Caja de Previsión Social. Lo que pretende la parte recurrente, según señala la Sentencia, es aplicar a una cotización realizada en el período de 1985 a 1991 –fecha de integración de la Caja de Previsión Social de la ONCE en el Régimen General– unas limitaciones que no regían en esas fechas para los trabajadores de la ONCE y que tales

limitaciones se apliquen no a las cotizaciones realizadas, para reintegrar el posible exceso en lo cotizado, sino a las prestaciones para eliminar en ellas la consideración de una parte por lo que legítimamente se cotizó en su momento. Para sostener tal tesis la parte tendría que citar una norma que permitiera limitar la cuantía inicial de las pensiones reconocidas o que determinara esa limitación en función de las condiciones de la integración de los trabajadores de la ONCE, lo que no se produce. Igual pronunciamiento se contiene en la STS de 9 de junio de 2009, u.d. I.L. J 729.

En relación con el cálculo de la base reguladora de trabajadores migrantes, la STS de 29 de abril de 2009, I.L. J 670, resuelve la cuestión litigiosa relativa al cálculo de la pensión de jubilación, a cargo de la Seguridad Social española, correspondiente a un trabajador emigrante que prestó servicios de marinero en Holanda. En primer lugar, la Sentencia establece la aplicación al caso concreto del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y los Países Bajos, en el cual existe una remisión genérica al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social española, en cuyo ámbito una jurisprudencia constante viene declarando que las cotizaciones teóricas, que han de servir de base para el cálculo de la base reguladora de las pensiones concedidas por los órganos competentes españoles, han de referirse a las cotizaciones medias, y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas de un asegurado que trabaja en España. En segundo lugar, se plantea si, a los efectos de determinar el importe de la *pro ratatemporis*, deben incluirse las bonificaciones especiales por razón del trabajo desarrollado por el beneficiario-marino. La Sentencia aplica la doctrina del Tribunal Supremo, revisada tras la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia, en la que se interpreta específicamente el artículo 46.b) del Reglamento 1408/1971 en relación con el artículo 1.r) del mismo Reglamento, sobre la manera que han de tenerse en cuenta para el cálculo de la prorrata las denominadas cotizaciones ficticias y en la que se afirma con carácter general la necesidad de que tales cotizaciones hayan de tenerse en cuenta a tales efectos y en todo caso, no sólo para el cálculo del importe de la pensión, siempre que sean anteriores al hecho causante (STJCE de 3 de octubre de 2002, núm. C-347/2000, dictada en el “caso Barreira”). En suma, de la jurisprudencia comunitaria podría desprenderse que las cotizaciones ficticias en nuestro Régimen Especial del Mar son realmente computables para el cálculo de la *pro ratatemporis* como períodos de seguro. No obstante, tras la matización o ampliación de la regla de distribución tras la entrada en vigor del Reglamento (CEE) núm. 1248/92, la Sentencia declara que no cabe aplicar a este caso el principio general de distribución ordinaria, sino que deberá serlo el específico, de manera que en aplicación de ésta, tal y como viene sosteniéndose por la doctrina científica, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la *pro ratatemporis*, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarle por haber trabajado más años en el extranjero.

d) Derecho transitorio

- **Pensión SOVI:** período de carencia de los trabajadores agrícolas eventuales por cuenta ajena en el período comprendido entre 1 de abril de 1952 y 31 de julio de 1958

La cuestión debatida en la STS, de 22 de junio de 2009, u.d., I.L. J 980, consiste en determinar cómo se computan, a efectos de carencia para obtener los beneficios del extinguido Seguro de Vejez e Invalidez, las cuotas abonadas mediante cupones bimensuales, por los trabajadores agrícolas eventuales por cuenta ajena durante el período de 1 de abril de 1952 a 31 de julio de 1958, bien computando dos meses por cada cupón –tesis de la parte actora y de la sentencia recurrida– o bien computando sólo un mes por cada uno –tesis de la Entidad Gestora recurrente y de la sentencia de contraste–. La Sentencia declara que de la Orden de 8 de abril de 1952 se desprende que la cotización de los trabajadores agrarios, a efectos de obtener los beneficios del SOVI, se efectuaba mediante cupones que tenían un valor único de 5 pesetas; y mientras los trabajadores fijos por cuenta ajena los abonaban mensualmente, para los trabajadores eventuales por cuenta ajena, en lugar de atender a los días efectivamente trabajados, se tomaba un módulo alzado de cotización de modo que se abonaba un cupón del mismo valor cada dos meses, permitiendo que si se trabajaba más de seis meses al año, con objeto de no salir perjudicados, se abonasen los cupones correspondientes a todos los meses trabajados durante dicho año por encima del mínimo de seis meses exigido obligatoriamente. De este modo, era claro que los trabajadores agrícolas eventuales, normalmente, sólo reunían la mitad de la carencia anual de los trabajadores fijos por cuenta ajena, de acuerdo con lo dispuesto en dicha Orden Ministerial, que ordena computar esa carencia “con arreglo al número de cupones abonados”, es decir, seis al año. En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de Previsión de 30 de enero de 1962, de carácter interpretativo, señala con toda claridad que los cupones de cotización satisfechos por los eventuales de la agricultura, en el período comprendido entre el 1 de abril de 1952 y el 31 de julio de 1958 se computarán por una mensualidad cada uno.

e) Jubilaciones anticipadas

- **Prejubilación por ERE**

La STSJ de La Rioja de 26 de marzo de 2009, I.L. J 959, se pronuncia sobre si la prejubilación como consecuencia de un ERE incluye en el concepto de “personal pasivo” a quienes se han visto obligados a ella, a efectos de que se les abone la “gratificación por pase a situación pasiva” reconocida en el convenio colectivo aplicable. La Sentencia recoge la doctrina unificada sentada ya por el Tribunal Supremo en el sentido de que el concepto de “situación pasiva” dentro del contexto del Convenio se refiere solamente a los inválidos permanentes y los jubilados. Teniendo en cuenta los antecedentes y la propia regulación actual del Convenio Colectivo de ALTADIS, SA, en el caso concreto, se hace muy difícil incluir en ese concepto a quienes vieron extinguida su relación laboral por un expediente de regulación de empleo en el que la Autoridad Laboral lo que hizo fue homologar los acuerdos previamente suscritos por las partes, y ello aunque los interesados pasaran a la situación de prejubilados. Según el convenio, tienen derecho a percibir dicha gratificación el “personal de la empresa en el momento de su pase a situación pasiva”, es decir, el

personal que estando prestando servicios hasta ese momento, no cuando ya se había extinguido por cualquier causa su relación laboral, pasa a situación pasiva por incapacidad permanente o jubilación.

C) Gestión, financiación y pago

En la **STS de 28 de mayo de 2009**, u.d., I.L. J 722, se reconoce la asimilación del sistema de AM-FAT (Régimen de Previsión Sanitaria Nacional) a “régimen público” de la Seguridad Social, ya que la relación mantenida con el asegurado no es de aseguramiento privado, sino que las notas que impregnan todo el sistema por el que se rigió este Régimen hasta su extinción, bien con alcance inicial equivalente a sustitutorio de la Seguridad Social, bien complementario después, se integran dentro de lo que se puede denominar “materia de seguridad social”, que ha de regirse en lo no expresamente previsto en sus propias disposiciones por el sistema de normas básicas de Seguridad Social, entre ellas que el reconocimiento del derecho ha de retrotraerse a tres meses, por aplicación de los artículos 43 y 64 de la LGSS.

Por otro lado, en la **STSJ de Valencia de 6 de marzo de 2009**, I.L. J 966, en relación con la exigencia de contratación de un trabajador relevista para la jubilación parcial anticipada, se declara que la empresa ha cometido una irregularidad al contratar como relevista a un trabajador que no cumplía los requisitos legales, por lo que se hace responsable al empresario del abono a la Entidad Gestora del importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

La cuestión planteada en la **STS de 9 de junio de 2009**, u.d., I.L. J 731, se refiere a si las mejoras voluntarias de la Seguridad Social pactadas en convenio colectivo pueden ser suprimidas o anuladas por un convenio colectivo posterior. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la Sala, en Sentencia de 9 de julio de 2003 (recurso 862/2002), habiendo resuelto que “tanto los derechos reconocidos en convenio colectivo, si no hay disposición o pacto en contrario, pueden perder eficacia, incluso durante la vigencia del convenio que los reconoció, si así se pacta colectivamente con posterioridad. En el caso concreto examinado en la STS de 9 de junio de 2009, la mejora voluntaria de las pensiones de jubilación y viudedad no tiene su origen en un convenio colectivo sino en una Norma de Política Asistencial para personal fuera de convenio, otorgada unilateralmente por la empresa a dicho personal. Se trata, pues, de una condición más beneficiosa, pues cumple con los objetivos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para que presente tal naturaleza. La condición más beneficiosa así configurada tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior, legal o pactada colectivamente.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

b') Incapacidad permanente parcial

En un caso de fibromialgia, la STSJ de Aragón de 17 de febrero de 2009, I.L. J 639, estima el recurso de suplicación presentado por el INSS frente a la sentencia de instancia por la que se reconocía a la trabajadora una IPP, al considerar que la trabajadora no tenía reducida su capacidad laboral en el porcentaje legalmente establecido, y ello porque “el dolor crónico carece de entidad suficiente, y el tratamiento impuesto a los trastornos psicológicos ha obtenido resultados positivos, normalizando el del sueño y reduciendo la intensidad de los de ansiedad y conducta alimentaria”.

d') Incapacidad permanente absoluta

El artículo 137.5 LGSS no ha de ser interpretado exclusivamente a través de su tenor literal, entendido rígidamente, pues de hacerlo así, terminaría resultando imposible su real aplicación “ya que en definitiva toda persona siempre estaría en condiciones de llevar a cabo alguna actividad por liviana que fuera de cuantas integran todas las profesiones u oficios en que se descomponen la variada gama de actividades económico-laborales y sí por el contrario teniendo muy en cuenta la objetividad que el sentido propio de sus palabras comportan sin perder de vista el contexto y sus antecedentes históricos”. Así pues, se presenta este grado de incapacidad cuando las enfermedades, lesiones y padecimientos del trabajador evidencian la imposibilidad de prestar un trabajo por liviano que sea, incluso sedentario, “a no ser que se le quiera situar en situación de riesgo evidente para su salud” [STSJ de Canarias de 19 de febrero de 2009, I.L. J 761]. En esta dirección, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2009, I.L. J 914, señala “que no es exigible un alto grado de tolerancia empresarial o dedicación o sobre esfuerzo del trabajador no presentes en un empleo en condiciones normales, de forma tal que si la capacidad es meramente residual, no es evaluable en términos de un empleo remunerado y no obstará a la declaración pretendida...”. De la misma manera que no se aprecia una IPA cuando las dolencias que padece la trabajadora “le permiten, al menos, seguir desarrollando con suficiente dedicación, asiduidad y rendimiento muchas de las profesiones que presenta el mundo laboral, entre ellas, esas que hemos denominado sedentarias o casi sedentarias, en las que no se precisan esfuerzos significativos ni gran movilidad de las articulaciones ni posturas forzadas y mantenidas” (STSJ de Extremadura de 17 de febrero de 2009, I.L. J 707).

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

En el caso de trabajadores fijos discontinuos, el TS ha resuelto la cuestión, de si, para la determinación de una prestación por IP derivada de enfermedad común, las lagunas de

cotización, en el período entre campañas, en el que no hubo obligación de cotizar, y que deben integrarse con las bases mínimas de cotización, debe hacerse en proporción al tiempo trabajado durante la campaña o atendiendo al cómputo anual. En consecuencia, la cuestión gira sobre la interpretación de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS y el artículo 7.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre. La Disposición Adicional Séptima de la LGSS regula la integración de los períodos en que no hay obligación de cotizar –a efectos de la IP derivada de enfermedad común– refiriéndose a la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, “correspondiente al número de horas contratadas en último término”. El TS interpreta que “esas horas lo habrán de ser en relación con la campaña en que se ha llevado a cabo la actividad” pues “las horas trabajadas” son la totalidad de la jornada “comparable”. En consecuencia, “la proporcionalidad, a tener en cuenta para integrar los períodos entre campañas, en las que no había obligación de cotizar, con las bases mínimas, aplicables en cada momento, debía hacerse en función de los días en que se trabajó durante la duración de la campaña hasta la fecha de su integración y cese de la obligación de cotizar, y no en cómputo anual...” (STS de 25 de junio de 2009, u.d., I.L. J 822).

d) Dinámica de la protección

Por lo que respecta a la IPT cualificada, la STS de 25 de junio de 2009, u.d., I.L. J 850, ha aclarado que el complemento del 20% de la pensión –ex artículo 139.2 LGSS– tiene una cierta autonomía con requisitos de acceso a éste que aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación de la Seguridad Social. Se trata de un complemento –sin vida propia sino dependiente de la prestación por IPT– que requiere de la concurrencia de otras circunstancias –aparte del cumplimiento de los 55 años de edad–, no está previsto en la Ley que “el reconocimiento de ese porcentaje de incremento de la prestación haya de ser automático”. “Siendo pues el incremento del 20% un complemento de naturaleza prestacional aunque no sea una propia prestación (...) se impone aplicar el mismo régimen jurídico de la prescripción (...) por lo tanto el régimen jurídico de que los efectos del reconocimiento del mismo se retrotraen a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 43.1 LGSS (...)”.

La revisión por agravación de la IP exige la concurrencia de dos requisitos: en primer lugar, que las dolencias primitivas hayan empeorado o que, por la concurrencia de éstas con otras aparecidas con posterioridad, el cuadro incapacitante del trabajador sea más grave que cuando se le reconoció el grado de incapacidad permanente que se pretende modificar, y, en segundo lugar, que dicho empeoramiento o agravación repercuta de tal forma en la capacidad laboral de quien la padece, que efectivamente la disminuya o la anule por completo, suponiendo necesariamente un cambio en la calificación de la incapacidad, en su grado (STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2009, I.L. J 914).

Cuando se da la situación de IPT con fijación de plazo de revisión por mejoría, se produce la suspensión del contrato de trabajo prevista en el artículo 48.2 LET. El plazo de suspensión concluye dos años después de la fecha de resolución de la declaración de la invalidez. La cuestión polémica es si el derecho de reserva del puesto de trabajo previsto

en el artículo 48.2 LET obliga a la empresa a reincorporar al trabajador que es declarado no inválido en expediente de revisión por mejoría, pese a que la resolución del INSS recaiga una vez superado el plazo de dos años que establece dicho precepto, por el hecho de que el expediente administrativo de revisión se iniciara antes de finalizar dicho plazo. Para el TS, la norma estatutaria se contempla como una excepción al artículo 49.e) de la LET, donde se contempla la gran invalidez o la invalidez permanente total o absoluta del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, y ello no permite una interpretación “desbordando los claros términos del precepto” ex artículo 1281 CC. Así pues, el TS considera que el “período de suspensión, que comienza a contar, lógicamente, a partir de la fecha en que alcanza firmeza la resolución que declara al trabajador en situación de invalidez permanente, concluye, inexorablemente y sin posibilidad de extensión alguna, dos años después de dicha fecha”. Para evitar estas situaciones, el propio TS indica que “la fijación de ese plazo extremo u otro próximo a la fecha final del plazo de suspensión, puede ser combatido por el trabajador en proceso de Seguridad Social, si considera que le puede perjudicar su derecho a reincorporarse a la empresa” (STS de 28 de mayo de 2008, u.d., I.L. J 1112).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, introduce importantes reformas en el sistema prestacional de Seguridad Social, y con especial entidad en las prestaciones de viudedad y, en concreto, sobre quienes son beneficiarios, al permitir el acceso a un colectivo que hasta la entrada en vigor de la citada norma tenía vedada esa protección: los miembros supervivientes de parejas de hecho. Ahora bien, el modo que se ha regulado su acceso por parte de este colectivo, pone de manifiesto que la puerta de acceso a esa protección no ha quedado abierta en igualdad de condiciones que con las del miembro superviviente de un matrimonio, sino en forma mucho más restringida, de tal manera que únicamente incluye a una reducida parcela del campo de las parejas de hecho.

La STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009, I.L. J 900, deniega la pensión de viudedad a una pareja de hecho en base a que tal circunstancia, en el supuesto que juzga, no queda probada en los términos y con los medios de prueba que el texto legal exige (artículo 174.3 de la LGSS), y que es la acreditación, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, de una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, añadiendo el legislador que la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja (y por último, que tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante).

No podemos compartir tal manifestación, pues si bien es cierto que en el supuesto que juzga la unión no se puede acreditar por tales certificados, queda reflejado en los hechos probados, que la pareja adquirió por mitad y proindiviso la vivienda en la que convivían —de dos viviendas, primero una y luego, y en los mismos términos adquieren otra—, además, ambos eran titulares indistintos de una cuenta bancaria, e incluso ambos habían suscrito un préstamo hipotecario en una entidad financiera; todo ello viene a manifestar sin lugar a dudas, que la pareja de hecho mantenía una relación no sólo afectiva, sino también económica análoga a la de un matrimonio, y que esta convivencia era estable y notoria —tan estable y notorio como es la adquisición proindiviso de dos pisos, la suscripción por ambos de un préstamo hipotecario o compartir cuentas bancarias—, y que esta circunstancia no queda desmontada por el solo hecho de no estar inscrita en el correspondiente registro de la comunidad autónoma o del ayuntamiento.

Es decir, es nuestra opinión que no se debe interpretar el precepto de forma restrictiva y rígida, reconociendo que los únicos medios de prueba son los antes mencionados —los certificados—, sino que en determinadas circunstancias, otros documentos públicos o privados —y en general cualquier medio de prueba admitido en derecho—, pueden acreditar de la misma manera la existencia de una pareja de hecho con una convivencia análoga a la de un vínculo matrimonial. Por tanto, los certificados de la inscripción en los registros específicos de uniones de hecho, deberían ser considerados medios privilegiados de prueba, pero no un requisito constitutivo.

Por otro lado, debe recordarse que el último párrafo del artículo 174.3 establece que en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica. En este sentido, la Ley 10/1998, de Cataluña, en su artículo segundo, establece que la acreditación de las uniones no formalizadas en escritura pública y en el transcurso de los dos años de referencia (es decir, puede demostrarse la existencia de pareja de hecho con documento de fecha posterior al fallecimiento del causante de la pensión, mientras que en el resto de España ha tenido que estar acreditado documentalmente con al menos dos años de anterioridad), puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible y suficiente. Asimismo, en Aragón, la Ley 6/1999, de Parejas Estables no Casadas, establece en su artículo 3.2 que la existencia de pareja de hecho y la convivencia podrá acreditarse mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia (es decir, el acta de notoriedad posterior al fallecimiento sirve de documento equivalente al certificado de registro de parejas de hecho en estas dos Comunidades).

Además, ha de tenerse en cuenta, que la Ley 40/2007 contempla dos regímenes, de los cuales uno podría calificarse como ordinario, resultando de aplicación a los casos de fallecimientos acaecidos a partir del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley), mientras que el otro está previsto para los supuestos de muerte anterior a esa fecha y el propio legislador lo describe como un régimen excepcional (que por ello dice alguna jurisprudencia nunca puede ser objeto de interpretación extensiva —véase al respecto la STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2009, I.L. J 1282).

En efecto, tal y como establece la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, con carácter excepcional se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, concurren determinadas circunstancias (requisitos que son acumulativos, y además de las ahí señaladas y por remisión al artículo 174.3, se exige que se acredite, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante); pues bien, en relación con la acreditación de estas circunstancias-requisitos, en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de abril de 2009**, I.L. J 1028, el objeto de litigio es de si el certificado de empadronamiento es un requisito constitutivo o es un mero medio probatorio. De forma acertada, el Tribunal razona que el mero hecho del empadronamiento no supone una presunción *iuris et de iure* de convivencia, sino que es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, por lo que no es sino un medio privilegiado de prueba. Añade el Tribunal que una interpretación literal de la norma conduciría a privar a la Seguridad Social la posibilidad de denegar la prestación de viudedad, cuando existiendo empadronamiento conjunto, se pudiese acreditar la ausencia de convivencia.

Por tanto, y tal y como hemos defendido en el supuesto anterior, lo que viene a exigir la norma es acreditar una convivencia estable y notoria y para ello se regula o establece un medio probatorio privilegiado, pero ello no excluye su acreditación por otras vías, al igual que podrá acreditarse por otras vías que la convivencia no se produce a pesar del empadronamiento.

Otra situación sería la de aquellas parejas que han vivido su relación como tal en el estricto ámbito de su vida privada, con su natural incidencia en el ámbito familiar y de relaciones privadas, pero sin voluntad de constituirse formalmente como una pareja de hecho y sujeta, por ello, al régimen jurídico propio de las parejas de hecho oficializadas; incluso la **STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2009**, I.L. J 1282, diferencia las que denomina parejas de hecho “puras” de las parejas de hecho “oficializadas”, ya que la exigencia de constitución formal como pareja de hecho, en los términos legalmente previstos para ellas en el derecho civil de aplicación o, de no haberlo, en los términos de constancia pública de la voluntad común de constituirse como pareja de hecho formal, es razón suficiente para esa diferencia de protección, ya que trae causa, dice esta sentencia, en la común voluntad de los miembros de la pareja eligiendo un régimen de relación entre ellos que no les cubre, siendo así que ningún obstáculo legal tienen para poder acceder a ella. De esta manera, pareja matrimonial, pareja de hecho oficializada y pareja de hecho no oficializada constituyen tres modos distintos de vivir una pareja que les sujeta a regímenes jurídicos diferenciados previstos en nuestro ordenamiento jurídico para cada uno de ellos, con sus propias ventajas e inconvenientes, existiendo libertad de elección para optar por el que cada pareja considere más adecuado a sus propios intereses, no resultando legítimo que se analice el desigual trato jurídico que dispensan por comparación aislada de un concreto extremo de ese diverso régimen jurídico.

Interpretando este mismo precepto (artículo 174 de la LGSS), la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de abril de 2009**, I.L. J 1029, deniega la pensión de viudedad a quien queda acreditado era pareja de hecho pero se hallaba impedida para contraer matrimonio al encontrarse separada legalmente –pero no divorciada–. Recuérdese que el precepto considera pareja de hecho a estos efectos, a la constituida, con análoga relación de afecti-

vidad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona. Además, no podría acreditar la inscripción en el registro de parejas de hecho, porque éste exige que los solicitantes no estén ligados por vínculo matrimonial previo. Es de destacar que el Tribunal no considera relevante –hecho probado–, que la recurrente ha sido víctima de violencia de género por parte de su esposo, pues la última denuncia data del año 2001, y desde entonces hasta el fallecimiento de su pareja, ocurrido en 2008, no existe constancia alguna de amenazas o malos tratos; esta circunstancia lleva al Tribunal a concluir que falta el miedo insuperable, que desde un punto de vista humano justificara el impedimento a iniciar y concluir los trámites del divorcio con su marido.

En la misma línea se manifiesta la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de julio de 2009**, I.L. J 1351, que desestima la petición de la prestación de viudedad por la existencia de un matrimonio anterior aún vigente, es decir, se incumple el requisito recogido en el primer inciso, párrafo cuarto, del artículo 174.3 de la LGSS, al que se remite la anterior disposición (DA Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre), y resulta indiscutido que la actora mantiene un vínculo matrimonial con otra persona distinta al causante, sin que además la exigencia de tener hijos comunes suponga vulneración del artículo 14 de la Constitución [exigencia recogida en el apartado c) del esa misma Disposición Adicional].

Recuérdese que no se puede argumentar discriminación en el trato diferenciado entre matrimonio y convivencia *more uxorio*: en efecto, como ya argumentó el Tribunal Constitucional –desde la STC 184/1990 y aquí se ha comentado en varias ocasiones–, la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecido dentro del sistema de Seguridad Social, no pugna con el artículo 14 de la CE, pues entre otras consideraciones, no son incompatibles con el artículo 39 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio; y hoy, pese al reconocimiento de derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho por la Ley 40/2007 (que da nueva redacción al artículo 174 de la LGSS), sigue existiendo un tratamiento distinto respecto de las unidas por vínculo matrimonial y, como reitera la doctrina constitucional, no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad (ahora un tratamiento diferenciado –especialmente en los requisitos de acreditación de convivencia–) a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia, pues el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales.

C) Cuantía de las pensiones

El artículo 174.2 de la LGSS establece las condiciones para que el cónyuge separado o divorciado pueda acceder a la pensión de viudedad, y que en concreto son, de un lado,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

no haber contraído nuevas nupcias, ni constituido pareja de hecho y, de otro, ser acreedor de pensión compensatoria, fijada por haberle producido la separación o divorcio un desequilibrio económico (artículo 97 del Código Civil), y que dicha pensión se extinga por el fallecimiento del causante. Además, estas circunstancias afectan a la cuantía de la pensión: con anterioridad al 1 de enero de 2008, aunque sólo existiera un beneficiario, en caso de separación o divorcio, la pensión de viudedad se minoraba en proporción al tiempo de convivencia (en estas páginas se ha comentado de forma reiterada la jurisprudencia al respecto), pero para los hechos causantes posteriores sólo se aplica esta regla de la proporcionalidad en caso de nulidad, o de divorcio con concurrencias de beneficiarios (el cómputo de período de convivencia se inicia con el primer matrimonio y termina con el fallecimiento del causante). En los supuestos en los que procediera la minoración de la cuantía de pensión, era necesario distinguir entre separación jurídica y separación de hecho, y como se ha comentado también en estas páginas, la que cuenta a efectos del cómputo del período de convivencia es la segunda. Siguiendo este criterio, la **STSJ del País Vasco de 28 de abril de 2009**, I.L. J 1067, considera que es la separación judicial la que determina este estado y no la separación de hecho, aunque previamente se haya dictado Auto de medidas provisionales de separación, pues ésta es una resolución judicial pero de carácter meramente provisional (es decir, procede el derecho a la pensión completa porque no hay una sentencia firme de separación); y es que, concluye, antes de dictarse la resolución judicial sobre la separación o el divorcio, los cónyuges habrían podido reanudar la convivencia sin precisar de ninguna resolución al respecto.

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. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Organización. 3. 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. Infracciones en materia de Seguridad Social.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica tiene por objeto destacar los principales pronunciamientos judiciales que, relacionados con el Derecho Administrativo Laboral, aparecen publicados en los números 5 a 8 de 2009 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*; asimismo, también se recogen otros que, en relación con la misma materia, han dictado los Tribunales Superiores de Justicia durante los meses de mayo y junio de 2009.

Con todo, antes de iniciar el repaso de ese “material” judicial, interesa destacar la existencia de ciertas novedades normativas de importancia:

Por un lado, la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introduce nuevas infracciones en la materia, modifica otras que ya existían e incide también en las sanciones correspondientes.

Por otro lado, la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, también ha tenido una notable repercusión en este terreno, pues, al margen de otras cuestiones que ahora no vienen al caso, modifica la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En este sentido, de entrada, añade un apartado 12bis al artículo 7, que faculta a la Inspección, en los casos en que su actuación afecte a empresas establecidas en otros países de la UE y verse sobre hecho que puedan ser sancionados en el país de origen, a poner en conocimiento de las autoridades de dicho país para que inicien las actuaciones correspondientes, sin perjuicio de las que puedan adoptarse internamente; en segundo lugar, introduce un apartado 4 en el artículo 10, reconociendo la posibilidad de que la Inspección colabore y ayude a las autoridades de otros países de la UE; en tercer

lugar, modifica el artículo 14 sobre modalidades y documentación de la actuación inspectora; por último, también reforma el apartado 3.2 del artículo 18 y suma a los cometidos conferidos a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre representación y participación en la Unión Europea y en los restantes ámbitos internacionales en los asuntos relacionados con la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, el relativo a la colaboración administrativa en los mismos ámbitos y asuntos.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ORGANIZACIÓN

En este apartado, son una vez más las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y, en particular, las auditorías practicadas sobre ellas, el núcleo de atención de los pronunciamientos dictados en los últimos meses. Esta atención tiene lugar, en esta ocasión, desde la perspectiva de la práctica de concretos ajustes en asientos contables; así, la **STS de 17 de julio de 2009, Sala Tercera, I.L. J 830**, recuerda que las prestaciones controvertidas deben contabilizarse como gastos en el ejercicio en que se producen y como ingreso en el ejercicio en que se produzca el recobro o reintegro y ello con independencia de que ese ingreso o recobro sea un hecho cierto desde el momento en que se produce su abono.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, interesa destacar la **STSJ de Madrid de 8 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo**, recurso 1345/2007, que se hace eco de la STS de 8 de julio de 2004, dictada en interés de ley, y en la que se sentaba la interpretación que debe darse al artículo 149.1 LPL, relativo a la iniciación del proceso de oficio ante la jurisdicción social por parte de la autoridad laboral en los casos en que el sujeto responsable haya impugnado el acta de infracción con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación objeto de la actuación inspectora; pues bien, al respecto se reitera la doctrina relativa a que basta con que se efectúen alegaciones al respecto para que la autoridad laboral deba incoar el proceso de oficio, sin que se precise ahora una actividad probatoria para que surja la obligación, eso sí, siempre que no estemos en casos límite en los que la alegación de falta de relación laboral carezca absoluta y manifiestamente de fundamento.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

El período analizado ofrece también algunos pronunciamientos que inciden en el valor probatorio de las actas de la inspección de trabajo y la presunción de certeza que les acompaña. En este sentido, la **STSJ de Madrid de 8 de junio de 2009, Sala de lo Social**,

(recurso de suplicación núm. 2159/2009), recuerda que ese especial probatorio se predica de las actas —siempre que, además, reúnan determinados requisitos y con un concreto alcance—, pero no alcanza a los informes que emite la Inspección —a excepción de los referidos en los números 5, 6, 7, 8 y 11 del artículo 7 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo—; asimismo, las **SSTSJ de Cataluña de 12 de junio de 2009**, Sala de lo Social (recurso de suplicación 2588/2008), y **Extremadura de 29 de junio de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso de suplicación 522/2008), reproducen también algunos aspectos clásicos en la materia: fundamento de la presunción, el alcance sólo a los hechos, no a las valoraciones jurídicas, etc.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de Seguridad Social

El artículo 25.3 LISOS tipifica como sanción administrativa grave en materia de Seguridad Social por parte de los trabajadores, beneficiarios o solicitantes de prestaciones, el hecho de no comunicar baja en la prestación cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción; pues bien, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de febrero de 2009**, I.L. J 785, al hilo de un trabajador que estaba percibiendo una renta mensual acumulada por adhesión a un ERE y en cuantía superior al mínimo legal y que no comunicó su situación, al pensar que quedaba amparado por las excepciones recogidas en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 45/2002, aprovecha para señalar que las infracciones administrativas sólo pueden sancionarse cuando se comenten por dolo o negligencia, aunque sea una simple negligencia leve; ahora bien, añade que si la conducta del sujeto infractor está amparada en una interpretación razonable de las normas jurídicas, aunque finalmente esté equivocado, no existe culpabilidad y, en consecuencia, no puede ser sancionado.

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) Empresa en concurso. Despidos individuales. B) Relación laboral. Existencia. a) Costurera que prestaba servicios en su domicilio. b) Apariencia de contrato administrativo. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Profesores particulares a domicilio. B) Arquitecta técnica-tasadora de inmuebles. C) Transportista. **4. Conciliación extrajudicial. Efectos derivados de su omisión. 5. Demanda.** A) Modificación sustancial. B) Conflicto colectivo. Requisitos de la demanda. **6. Acumulación. Acciones. 7. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de acción. D) Falta de legitimación activa. E) Inadecuación de procedimiento. F) Litisconsorcio pasivo necesario. G) Litispendencia. H) Prescripción. **8. Práctica de la prueba.** A) Denegación. B) Carga de la prueba. C) Prueba de detectives. Nulidad. **9. Sentencia.** A) Hechos probados. No pueden hacer constar el contenido de normas o valoraciones jurídicas. B) Incongruencia. Existencia. C) Motivación. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Exención. No procede. B) Incapacidad temporal. C) Reclamación al Estado. Descuentos. **11. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. B) Modificación de hechos probados. C) Interposición. Requisitos. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Contradicción. **13. Recurso de revisión.** A) Documentos que habilitan el recurso. B) Maquinación fraudulenta. **14. Ejecución de sentencias.** A) Conflicto colectivo. B) Despido. Readmisión irregular.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2009 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Empresa en concurso. Despidos individuales

La STSJ de Aragón de 6 de abril de 2009, I.L. J 976, declara la competencia del Orden Social para conocer del despido de los cinco trabajadores que componían la plantilla de una empresa concursada. La sentencia considera que, dado que las extinciones no rebasaron el umbral numérico que prevé el artículo 51.1.c) ET, la extinción no puede calificarse como “colectiva”, tal y como exige el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para que el Juez del concurso pueda conocer de las extinciones de los contratos de trabajo.

B) Relación laboral. Existencia

a) Costurera que prestaba servicios en su domicilio

La STSJ de Baleares de 11 de febrero de 2009, I.L. J 697, analiza la competencia del Orden Social para conocer de la demanda por despido presentada por una costurera que confeccionaba camisas para una empresa, prestando los servicios en su propio domicilio, sin contrato escrito ni alta en la Seguridad Social. La sentencia considera que aunque la trabajadora prestaba los servicios en su domicilio, estaba plenamente integrada en la organización de la empresa demandada, declarando, en este sentido, que la dependencia no exige la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales ni sujeción a un horario determinado. En este caso, la empresa fijaba la carga de trabajo de la empleada, le proporcionaba los materiales de confección, le indicaba los dibujos y combinaciones de colores que tenía que aplicar, y supervisaba y, en su caso, corregía sus tareas, a través de una supervisora con la que la actora mantenía contacto telefónico. Por todo ello, el TSJ declara la competencia de la jurisdicción laboral para conocer del despido, al concurrir en la actora las características propias de la relación laboral.

b) Apariencia de contrato administrativo

La STS de 17 de junio de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 861, contempla el supuesto de un ingeniero técnico forestal contratado por una administración pública, en virtud de varios contratos celebrados al amparo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, para realizar servicios de asistencia y consultoría en materia de vías pecuarias. El TS reitera lo ya expuesto en las SSTS de 2 de febrero de 1998 (recurso 575/1997) y de 14 de octubre de 2008 (recurso 614/2008), declarando que este tipo de servicios solamente pueden ser objeto de contratación administrativa cuando se trata de llevar a cabo un “trabajo específico, concreto y no habitual”. Por el contrario, en los supuestos en los que se contrata una obra o resultado que no pueda objetivarse, sino una actividad independiente de su resultado final, bajo la dirección y control de los órganos competentes de la administración, la relación debe calificarse como laboral, con independencia de que formalmente se hubiere firmado un contrato administrativo.

XII. El Proceso Laboral

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Profesores particulares a domicilio

La STSJ de Murcia de 24 de marzo de 2009, I.L. J 945, declara la incompetencia del Orden Social para conocer de una demanda por despido interpuesta por tres profesores que habían firmado con la empresa demandada un contrato de mediación para impartir clases particulares a domicilio. Mediante este contrato, la empresa ponía en contacto a los profesores con los alumnos que deseaban recibir clases y les retribuía directamente a razón del precio/hora fijado en el contrato. La sentencia considera que en la relación mantenida no concurren las notas de ajenidad y dependencia propias de la relación laboral, ya que la empresa carecía de aulas, libros de texto o de cualquier material dedicado a la enseñanza, no impartía instrucciones a los profesores, no participaba en la fijación del número de clases, duración u horario, ni tampoco podía exigirles responsabilidad si éstos no acudían algún día al domicilio del alumno a impartir la clase.

B) Arquitecta técnica-tasadora de inmuebles

Se analiza en la STSJ de Extremadura de 28 de abril de 2009, I.L. J 1041, si la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda por despido planteada por una arquitecta técnica que prestaba servicios como tasadora para una empresa mediante contrato verbal. El TSJ declara que, aunque esta profesional percibía sus honorarios a través de una iguala fija mensual, su relación con la demandada no puede calificarse de laboral: no estaba sujeta a horario o jornada ni obligada a aceptar todas las peritaciones que se le proponían, prestaba servicios de peritación para otras sociedades, no utilizaba el material de la empresa ni prestaba sus servicios en sus instalaciones; además, la actora figuraba de alta en el RETA y en el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos. Por todo ello, la sentencia declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda.

C) Transportista

En relación con la demanda de despido formulada por un transportista, la STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 2009, I.L. J 956, declara que el hecho de que el vehículo utilizado por éste tuviera un peso máximo autorizado menor al requerido por la normativa para necesitar la autorización administrativa de transporte, no es un dato relevante a efectos de calificar la naturaleza de la relación. Por el contrario, la sentencia tiene en cuenta que el demandante realizaba la actividad con un vehículo de su propiedad, siendo a su cargo su mantenimiento, que la retribución percibida variaba cada mes, que el actor podía rehusar encargos, elegía unilateralmente los períodos de vacaciones y prestaba servicios para más empresas. Por todo lo anterior, el TSJ se declara incompetente para conocer de la demanda.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. EFECTOS DERIVADOS DE SU OMISIÓN

La STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009, I.L. J 901, contempla un supuesto en el que, existiendo dos empresas demandadas, se omitió respecto de una de ellas el preceptivo in-

tento de conciliación administrativa previa. En sede de suplicación, la empresa en cuestión solicitó nulidad de actuaciones, al entender infringido el artículo 63 LPL. El TSJ desestima dicha petición, al considerar que, para poder apreciar la concurrencia de nulidad de actuaciones, debió mediar denuncia de tal circunstancia en el momento del juicio oral, lo cual no ocurrió. Además, la sentencia considera que tal defecto procesal queda subsanado por el hecho de que sí se celebró el acto de conciliación administrativa con la otra empresa demandada. Además, las partes tuvieron la oportunidad de alcanzar un acuerdo ante el juzgado de lo social, por todo lo cual no puede apreciarse la existencia de indefensión.

5. DEMANDA

A) Modificación sustancial

La STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009, I.L. J 899, confirma la decisión del juez de instancia que declaró la existencia de una modificación sustancial de la demanda, que ha de ser rechazada por generar indefensión a la parte demandada. La actora, en el trámite de conclusiones, alegó que la nulidad del despido que postulaba se basaba, no sólo en el hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal, sino también en la minusvalía que sufría, circunstancia esta última no anunciada ni expuesta formalmente hasta el trámite de conclusiones del juicio.

B) Conflicto colectivo. Requisitos de la demanda

De conformidad con la STS de 13 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1135, la demanda de conflicto colectivo debe contener la designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto, lo cual no implica la exigencia de una designación detallada de todos y cada uno, sino una mención genérica de los afectados. Igualmente, en esta clase de demandas, y a diferencia de lo que ocurre con carácter general, se exige también una referencia sucinta de los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada.

6. ACUMULACIÓN. ACCIONES

Es posible acumular la acción de reclamación salarial a la de reclamación del complemento del subsidio de incapacidad temporal a cargo exclusivo de la empresa. Así lo ha declarado la STS de 7 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 805, en la que recuerda la doctrina establecida en la sentencia de esa misma Sala de 4 de abril de 2006.

7. EXCEPCIONES

A) Caducidad

En un procedimiento por despido, interpuesto por un trabajador contra la empresa que incumplió la obligación de comunicarle la primera vacante existente, la STSJ de Anda-

XII. El Proceso Laboral

lucía (Sevilla) de 21 de abril de 2009, I.L. J 971, afirma que el cómputo del plazo para demandar se inicia a partir del momento en el que se conozca el incumplimiento de tal obligación. Por su parte, en un procedimiento de despido contra la Administración, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de mayo de 2009, I.L. J 1085, recuerda que, en aplicación del artículo 73 LPL, la interposición de la reclamación previa suspende el plazo de caducidad, reanudándose éste al día siguiente de la notificación de la resolución, o del transcurso del plazo en que debería haberse resuelto la reclamación.

B) Cosa juzgada

La STSJ de Valencia de 24 de febrero de 2009, I.L. J 783, establece que en un procedimiento relativo a una prestación de incapacidad permanente, no cabe apreciar la existencia de cosa juzgada respecto de un procedimiento anterior en el que se dilucidaba la prestación de incapacidad temporal y en el cual, además, no se accionaba contra una de las empresas demandadas en el procedimiento ulterior.

C) Falta de acción

El hecho de que un trabajador vuelva a ser contratado por la misma entidad contra la que ha demandado por despido, como consecuencia de la finalización previa de un contrato temporal en fraude de ley, no supone *per se*, de conformidad con la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de abril de 2009, I.L. J 968, “(..) ni la enervación de la acción, ni mucho menos la desaparición del derecho a reclamar y obtener un pronunciamiento relativo a la legalidad del cese y a los salarios de tramitación (...)”. Se desestima por tanto la excepción de falta de acción alegada por la demandada.

D) Falta de legitimación activa

En una demanda de tutela de derechos fundamentales (vulneración del derecho de igualdad para el acceso al empleo de los trabajadores), la SAN de 20 de julio de 2009, I.L. J 1050, deniega la legitimación activa del sindicato demandante al carecer éste de representantes unitarios en la empresa demandada, no acreditar su nivel de afiliación porcentual (y, por ello, carecer de la implantación exigida para la defensa de los intereses generales de los trabajadores), así como por inexistir un vínculo acreditado entre el sindicato y la pretensión ejercitada.

E) Inadecuación de procedimiento

El procedimiento de conflicto colectivo es adecuado en el caso enjuiciado por la SAN de 8 de abril de 2009, I.L. J 674. Existe en este supuesto un interés general (en contraposición a la existencia de una suma de intereses individuales que originarían, en su caso, un conflicto plural) que consiste en que se reconozca a todos los trabajadores el derecho a percibir una cantidad determinada en concepto de gratificación extraordinaria.

F) Litisconsorcio pasivo necesario

En un procedimiento en el que se discute el complemento empresarial del subsidio de IT, la **STS de 7 de julio de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 805, declara que no han de concurrir a la litis las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. A su vez, la **STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009**, I.L. J 901, en un procedimiento de reclamación de daños por exposición al amianto, rechaza la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. A fin de justificar la no necesidad de demandar a todos los posibles responsables (contractuales y extracontractuales), el TSJ declara que la aplicación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario requiere que “(...) entre los litisconsortes exista un nexo común o, lo que es lo mismo, una comunidad de riesgo procesal, nacida de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio, de modo que pueda preverse que todos ellos quedarán afectados por la resolución de manera directa y no meramente refleja, no bastando con que la sentencia pueda producir meros efectos indirectos, como serían acciones de repetición (...).” Y como quiera que, en este caso, sólo cabría una solidaridad impropia, se desestima la excepción.

G) Litispendencia

La **STSJ de Baleares de 6 de febrero de 2009**, I.L. J 695, estima la excepción de litispendencia por haberse interpuesto un conflicto colectivo previo ante la Sala de lo Social de la AN. Este procedimiento de ámbito geográfico superior afecta a los trabajadores del conflicto colectivo posteriormente entablado en Baleares, y ello, aun tratándose de distintos sindicatos demandantes. En cambio, la **STSJ de Navarra de 5 de marzo de 2009**, I.L. J 950, desestima la excepción de litispendencia respecto de dos procedimientos de prestaciones de Seguridad Social; el primero de ellos era relativo a incapacidad temporal y el segundo a incapacidad permanente, y se basaban en contingencias de distinta naturaleza.

H) Prescripción

Recordando la doctrina unificada por la STS de 10 de diciembre de 1992, la **STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2009**, I.L. J 937, establece que la naturaleza del derecho al reconocimiento de una antigüedad mayor es de tracto sucesivo, por lo que puede ser objeto de reclamación en tanto en cuanto persista el contrato de trabajo en que actúe el derecho en cuestión. Por otra parte, la **STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2009**, I.L. J 915, estima la prescripción excepcionada por la parte demandada al considerar que, a pesar de que existan regularizaciones del salario en períodos superiores al mes, la demanda en cuestión versa sobre el precio hora, valor que ya era conocido con el abono mensual del salario.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA**A) Denegación**

En un procedimiento de conflicto colectivo, se denegó en la instancia por la Audiencia Nacional la práctica de prueba testifical y el interrogatorio de las partes solicitadas por

XII. El Proceso Laboral

uno de los sindicatos demandantes. La **STS de 29 de junio de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 869, desestima la nulidad de actuaciones solicitada al no haberse producido indefensión: según razona el TS, “(...) los datos que se pretendían aportar con las pruebas denegadas eran absolutamente irrelevantes para el resultado del litigio, hasta el punto que, aún teniendo por acreditados los hechos que se pretendían incluir en el relato de hechos probados con su práctica, el resultado hubiera sido el mismo (...)”.

B) Carga de la prueba

El demandante denuncia que la extinción de su contrato de trabajo se debió a una reacción a la intervención de la Inspección de Trabajo y, en consecuencia, alega vulneración de derechos fundamentales (el de indemnidad). La **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2009**, I.L. J 656, razona que la prueba de indicios, cuya consecuencia sería la inversión de la carga de la prueba, consiste en crear una duda razonable en el Juzgador sobre la medida adoptada por el empresario con fundamento en hechos verosímiles. Y en este supuesto no puede predicarse la existencia de una duda razonable a los efectos que se analizan: no queda acreditado que la Inspección actuara a instancias del actor y, lo más relevante, desde esa intervención hasta la fecha de extinción de la relación laboral había transcurrido más de un año. Por el contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2009**, I.L. J 1088, declara la obligación de la empresa de asumir la carga de la prueba en un supuesto en el que se alegaba por el demandante discriminación por razón de edad. El actor, de 64 años, había sido trasladado a otro centro de trabajo, y alega que dicha medida fue adoptada por no haberse acogido a la jubilación anticipada que interesaba a la empresa. Con cita de varias sentencias del TC, esta resolución entiende que el actor aportó indicios de suficiente entidad como para invertir la carga de la prueba, sin que la empresa intentara destruir válidamente dichos indicios, acreditando que su actuación tuvo causas empresariales de entidad y extrañas a la pretendida vulneración. Por su parte, resulta muy interesante la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2009**, I.L. J 890, que analiza las reglas de la carga de la prueba en un supuesto en el que se alega acoso moral. Tras repasar las resoluciones judiciales recaídas en la materia, esta sentencia establece lo siguiente: (i) no basta con acreditar hechos vejatorios o anomalías en el ejercicio de las facultades empresariales, sino que deberá probarse la finalidad dañosa, el daño y la relación de causalidad entre ambos, y (ii) corresponde al trabajador acreditar el elemento cronológico, la reiteración de las conductas y los hechos que a su juicio comportan la intimidación psicológica que se denuncia (aislamiento, desocupación, insultos, humillaciones, etc.) La **STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2009**, I.L. J 940, declara que la carga de probar los hechos constitutivos del derecho que se afirma en el proceso corresponde en exclusiva a la parte actora. En el caso concreto, se determina que a la parte actora le correspondía acreditar la existencia misma de la relación laboral que se hacía constar en la demanda, así como el despido verbal que le atribuye a la demandada.

C) Prueba de detectives. Nulidad

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de marzo de 2009**, I.L. J 925, declara la nulidad de un despido con fundamento en la igualmente nula prueba de detectives, al haberse ésta

obtenido de forma ilícita. En el caso de autos, considera el TSJ que hubo una intromisión ilícita en la intimidad de la trabajadora demandante, por cuanto la detective se hizo pasar por trabajadora de la empresa demandada, alquiló una habitación en la casa de la actora y utilizó engaños y ardidés para ganarse su confianza y así acceder a informaciones personales susceptibles de ser utilizadas para motivar su despido. En definitiva, se preconstituyó una prueba, que se obtuvo ilícitamente, para fundamentar la decisión extintiva.

9. SENTENCIA

A) Hechos probados. No pueden hacer constar el contenido de normas o valoraciones jurídicas

La STSJ de Extremadura de 24 de marzo de 2009, I.L. J 928, acoge el motivo de suplicación esgrimido en virtud del artículo 191.a) LPL por cuanto en un hecho probado de la sentencia recurrida se alude a determinadas normas jurídicas. Razona la sentencia que “(...) el contenido de normas jurídicas no tiene por qué constar en el relato fáctico de una sentencia y menos aun deben constar en él razonamientos que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 de junio de 1994, constituyan verdaderas valoraciones y conclusiones de carácter jurídico que no pueden comprenderse en la narración histórica de la sentencia, lo que obliga a no tener en cuenta los que figuren en esa narración, sin que, como razona el propio recurrente, sea precisa la nulidad de la sentencia de acuerdo con el principio de conservación de los actos (...)”.

B) Incongruencia. Existencia

En un procedimiento de impugnación de recargo de prestaciones, la sentencia de instancia estimó la demanda de la empleadora con fundamento en la sentencia dictada en el orden contencioso-administrativo que, a su vez, revocó la sanción impuesta por no considerar acreditados los hechos objeto de infracción. La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de mayo de 2009, I.L. J 1079, entiende que en la instancia se incurrió en incongruencia y declara la nulidad de la sentencia. Razona el TSJ que el procedimiento sancionador y el que es objeto de autos son distintos y no pueden contemplar los hechos desde la misma perspectiva de defensa social, dependiendo de las pruebas practicadas en cada proceso. Por ello, y como quiera que en la instancia se asumió la ausencia de hechos constitutivos de responsabilidad empresarial, sin expresar los motivos de dicha conclusión con fundamento en las pruebas que pudieron practicarse, se declara la incongruencia de la sentencia recurrida.

C) Motivación

La STSJ de Baleares de 25 de mayo de 2009, I.L. J 1105, declara la suficiencia de motivación de la sentencia de instancia en un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Se alega en el recurso que la sentencia no explicita suficientemente la cuantía de la condena en función del daño acreditado. El Tribunal ad quem fundamenta su decisión en la doctrina constitucional: no se exige una extensión por-

XII. El Proceso Laboral

menorizada sobre todos los argumentos en que se fundan las pretensiones de las partes, sino que basta con que se pongan de manifiesto los criterios jurídicos que fundamentan la decisión aunque sea de forma escueta o por remisión a otras resoluciones o escritos. Y, en el caso de autos, la sentencia aclara en uno de sus fundamentos que acoge el baremo de accidentes de tráfico tal y como lo explicita el actor en el escrito de su demanda, de lo que se desprende que el recurrente puede conocer de forma suficiente los componentes de la condena dineraria a los efectos de proceder a su impugnación en sede de recurso.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Exención. No procede

La STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009, I.L. J 899, analiza los requisitos que deben concurrir para que no se devenguen salarios de tramitación (o éstos queden limitados) en aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.2 ET. Y esos presupuestos son los siguientes: (i) El empresario debe reconocer la improcedencia del despido en el plazo que va desde la fecha del despido hasta la fecha de la conciliación judicial (STS de 3 de noviembre de 2008); (ii) Se deberá ofrecer la indemnización prevista en el artículo 56.2 ET y los salarios de trámite devengados hasta la fecha del depósito (salvo que éste se realice en las 48 horas siguientes al despido); (iii) si el ofrecimiento y la consignación incluyen cantidades relativas a otros conceptos, sin especificación y separación, se estará incumpliendo la norma a los efectos de la exención o limitación del devengo de los salarios de tramitación (STS de 21 de julio de 2007), y (iv) La eficacia de la oferta también estará condicionada por la bondad del cálculo realizado, para lo que habrá de atenderse a la buena fe del proceder empresarial (STS de 30 de mayo de 2006). A la vista de lo expuesto, la sentencia que se analiza declara que no procede la exención, por cuanto el depósito realizado incluía otras cantidades distintas de la indemnización, sin mención ni desglose de los conceptos a los que el exceso se refería.

B) Incapacidad temporal

La STSJ de Asturias de 27 de febrero de 2009, I.L. L 648, declara la no procedencia del abono de salarios de tramitación en aquellos casos en los que el trabajador despedido se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de devengo de los citados salarios. Y, es más, la sentencia establece que ni siquiera procede la condena al abono del complemento de esa incapacidad temporal, al no tener ésta naturaleza salarial. Razona la sentencia que dicha reclamación no puede acumularse a un procedimiento de despido, al impedirlo el artículo 27.2 y 3 LPL; en consecuencia, el trabajador deberá acudir al cauce procesal correspondiente al tratarse de una mejora de las prestaciones de Seguridad Social.

C) Reclamación al Estado. Descuentos

De la cuantía que se reclama al Estado por el abono de salarios de tramitación que excedieran de los 60 días hábiles tras la presentación de la demanda, habrán de descontarse todas

las cantidades que coincidan con el período de IT de la parte actora durante el proceso, así como con el período trabajado y retribuido por otras empresas; y en este último caso procede que el Estado descuente todo lo indebidamente percibido y no sólo el SMI, pues la falta de prueba respecto de esta cuantía no puede trasladarse al Estado. Así lo declara la STSJ de Valencia de 24 de febrero de 2009, I.L. J 781.

11. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La STSJ de Aragón de 17 de febrero de 2009, I.L. J 640, sintetiza la doctrina del TS en relación con la afectación general y afirma que ésta se aprecia cuando: (i) sea notoria; (ii) haya sido alegada y probada en juicio, o (iii) el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. Esta sentencia deniega el acceso al recurso de suplicación y, en consecuencia, declara la firmeza de la sentencia de instancia, al considerar que la reclamación del demandante y recurrente, una mejora en la pensión de jubilación anticipada derivada de un sistema de prejubilaciones vigente en su empresa, no reúne los requisitos de la afectación general. Por su parte, la **STS de 24 de junio de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 817, concede el acceso al recurso de suplicación por afectación general por la incidencia de la incapacidad temporal sobre el período vacacional previamente fijado en una empresa. Afirma el TS que esta cuestión “(...) no puede por menos que calificarse de ‘notoria’, siendo buena prueba de ello no sólo la abundancia continua de pleitos sobre tal extremo [así lo evidencian los repertorios jurisprudenciales], sino el cumplido eco que esa posible repercusión ha tenido y tiene tanto en la doctrina especializada como en los diversos medios de comunicación (...)”.

b) Cuantía litigiosa

La **STS de 15 de junio de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 725, afirma que cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato, para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a los “(...) efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración (...)”, y debe recurrirse cuando fuera preciso a la técnica de la “anualización” de ese importe. En el caso concreto analizado por esta sentencia se concluye que no debe admitirse el recurso de suplicación cuando el objeto del procedimiento judicial es el reconocimiento del derecho a disfrutar de cinco días adicionales de vacaciones, pretensión que no alcanza el límite mínimo que establece el artículo 189 LPL para acceder al recurso. En este mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 10 de junio, 15 de julio y 23 de julio de 2009**, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 757, 986 y 1121, respectivamente. Por otro lado, la **STS de 16 de junio de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 1114, concede acceso a la suplicación en un supuesto en el que el límite de 1.803 euros establecido en el artículo 189 LPL se supera por muy poco; y ello debido a que en la demanda, además de la deuda principal, que no alcanzaba el mencionado límite, se reclama y se cuantifica el interés por mora.

B) Modificación de hechos probados

La STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2009, I.L. J 898, recuerda, en primer lugar, que para que prospere la modificación de hechos probados del artículo 191.b) de la LPL se exige: (i) que se impute al juzgador a quo un error patente que se evidencie en los documentos o pericias obrantes en los autos; (ii) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo una redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión modificativa; (iii) que los resultados postulados no queden desvirtuados por otras pruebas existentes en autos, y (iv) que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para resolver las cuestiones planteadas. Tras esta explicación, la sentencia rechaza las modificaciones de hechos probados pretendidas por la parte recurrente por considerar que los documentos en los que se apoya la pretensión revisoria no demuestran con claridad el error que se imputa al juzgador de instancia, quien, concluye el Tribunal, ya valoró adecuadamente tales documentos. Por otro lado, la STSJ de Extremadura de 17 de febrero de 2009, I.L. J 706, declara que, debido a la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, no puede prosperar el recurso que plantee como único motivo la revisión de hechos probados, cuestión que tiene carácter accesorio o instrumental respecto de la auténtica finalidad del recurso de suplicación, “(...) que es precisamente la revisión de Derecho aplicado por la sentencia de instancia (...)”. Finalmente, la STSJ de Asturias de 27 de febrero de 2009, I.L. J 647, rechaza la pretensión modificativa que pretendía dar preferencia o más valor a un dictamen particular que a uno oficial, cuando ambos fueron debidamente valorados por el juez de instancia.

C) Interposición. Requisitos

La STSJ de Valencia de 6 de marzo de 2009, I.L. J 965, desestima un recurso de suplicación que pretendía revisar la totalidad de la prueba practicada en instancia. Señala la sentencia que la defectuosa formulación del recurso impide analizarlo puesto que en éste ni se alega la normativa concreta que considera infringida ni se solicita la nulidad de actuaciones o la modificación de hechos probados. La STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2009, I.L. J 941, desestima el recurso de suplicación interpuesto por no razonar suficientemente la vulneración de la normativa invocada. Por otro lado, la STSJ de Valencia de 21 de abril de 2009, I.L. J 1072, señala que la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación exige que se detallen las infracciones concretas que se alegan, sin que sea posible analizar la corrección de las infracciones no denunciadas.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La STS de 2 de julio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 1139, declara que carecen de contenido casacional para la unificación de doctrina aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada y reiterada por el TS. En el supuesto analizado por esta sentencia, el TS declara que carece de contenido casacional un recurso relativo al cobro de determinados complementos salariales que aparecían reflejados en el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General

del Estado. Para ello, el TS se ampara en la existencia de dos sentencias anteriores sobre la misma controversia.

B) Contradicción

La STS de 8 de junio de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 821, afirma que el requisito de la contradicción de sentencias exige que las resoluciones que se comparen contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En este supuesto, el TS entiende que no concurre el requisito de la contradicción al observar que entre los dos procedimientos judiciales, ambos de despido por causas disciplinarias, existe una importante diferencia, consistente en que la improcedencia del despido declarada en el procedimiento analizado por el TS trae causa de la inobservancia por la empresa del expediente contradictorio previo previsto en la norma convencional, circunstancia que no acontecía en la sentencia aportada como contradictoria.

13. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documentos que habilitan el recurso

Resumiendo la doctrina jurisprudencial en la materia, la STS de 26 de mayo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 724, determina los requisitos para que los “documentos recobrados” puedan sustentar la pretensión revisora. A saber: (i) que ya existieran en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, y no los posteriores o sobrevenidos a ella; (ii) que hayan sido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo, y (iii) que sean decisivos, esto es, que su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento. Tras este resumen, el TS desestima el recurso de revisión interpuesto por entender que no tiene la consideración de “documento recobrado” una sentencia, también del orden jurisdiccional social, recaída con posterioridad a la que se pretende impugnar. Por su parte, la STS de 25 de mayo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 714, desestima el recurso de revisión planteado por un trabajador por considerar que unos informes médicos que invoca en su recurso, que existían en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar y que se obtuvieron con posterioridad al fallo, no son decisivos para incidir en el resultado del procedimiento judicial.

B) Maquinación fraudulenta

La STS de 25 de mayo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 978, define lo que debe entenderse por maquinación fraudulenta: “(...) un artificio puesto en práctica con intención maliciosa de llevar a la parte contraria, mediante engaño, a una situación desfavorable, que le acarrea una real indefensión, integrándose en este concepto la intencionalidad de la conducta y

XII. El Proceso Laboral

la eficiencia en la producción del resultado (...)”. En este supuesto, el TS considera que no existe maquinación fraudulenta cuando la actora identifica como domicilio de la empresa a efectos de notificaciones el que aparece en sus nóminas, en su contrato de trabajo y en la comunicación mediante la que la empresa extinguió su contrato de trabajo, en vez de la dirección del centro de trabajo donde prestaba sus servicios.

14. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

A) Conflicto colectivo

Afirma la STSJ de Aragón de 10 de febrero de 2009, I.L. J 641, que una sentencia declarativa dictada en procedimiento de conflicto colectivo no es directamente ejecutable, sino que contiene la base o soporte para que los beneficiarios, en caso de que no se cumpla voluntariamente las consecuencias que se derivan de la sentencia, soliciten en un proceso ordinario un pronunciamiento condenatorio específico.

B) Despido. Readmisión irregular

La STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2009, I.L. J 913, considera que la readmisión de un trabajador despedido improcedentemente se produce de manera irregular cuando, tras su incorporación, el empresario cambia su puesto de trabajo y sus funciones, aunque éstas se correspondan con las de la categoría profesional del trabajador. La Sala afirma que se produce una readmisión irregular cuando ésta no va acompañada de una restitución completa del estatus anterior al despido.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
SONSOLES GONZÁLEZ SOLÍS
ÁLVARO NAVARRO CUÉLLAR
JUAN REYES HERREROS

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario

Consideración preliminar. 1. Responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. 2. Alcance del deber de protección del empresario. 3. Deber de vigilancia del empresario. 4. El recargo de prestaciones. A) Relación entre el procedimiento penal, el expediente sancionador y el de recargo de prestaciones. B) Plazo para reclamar el recargo y su interrupción. C) Naturaleza del recargo: inaplicación de los principios del derecho administrativo sancionador. D) Sujeto infractor: Comunidad de propietarios. Exclusión E) Incumplimiento del deber de seguridad. F) Incidencia de la imprudencia del trabajador. G) Exoneración de responsabilidad empresarial por desobediencia del trabajador. H) Responsabilidad solidaria. I) Criterios para fijar la cuantía del porcentaje. 5. Responsabilidad de la entidad de prevención de riesgos laborales por defectuoso cumplimiento de sus obligaciones.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en los números 5 (septiembre de 2009), 6 (octubre de 2009), 7 (octubre de 2009) y 8 (noviembre de 2009) de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia.

De todos los pronunciamientos dictados, quizá el que reviste mayor novedad sea el del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2009 por cuanto contiene dos interesantes posicionamientos: uno, sobre la responsabilidad de la empresa en los supuestos de defectuoso cumplimiento de sus obligaciones por parte del servicio de prevención ajeno y, dos, en relación con los efectos de lo resuelto en el orden contencioso-administrativo, en concreto, la anulación del acta de infracción de la Inspección de Trabajo, sobre la tramitación del recargo de prestaciones en la Jurisdicción laboral.

Mención especial merece también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de mayo de 2009 en la que se enjuicia la posible consideración como empresario infractor de una Comunidad de propietarios sujeta a la Ley de Propiedad horizontal, respecto de un accidente acaecido a una trabajadora de limpieza.

Por lo demás, llama la atención la divergente posición mantenida por un par de pronunciamientos de tribunales de suplicación en lo que respecta a la aplicación o inaplicación del derecho administrativo sancionador al recargo de prestaciones.

1. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La STS de 26 de mayo de 2009, I.L. J 684, siguiendo la doctrina sentada en su fallo de 2 de octubre de 2000, reitera que los requisitos determinantes de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo son: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS de 26 de marzo de 1999); b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS de 6 de mayo de 1998).

2. ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO.

En la referida STS de 26 de mayo de 2009, I.L. J 684, se precisa, además, que, del juego combinado de los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se deduce, como ya había concluido la propia Sala del Alto tribunal en la Sentencia de 8 de octubre de 2001, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, y que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y que esa protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

En idéntico sentido se expresa la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 25 de marzo de 2009, I.L. J 919.

3. EL DEBER DE VIGILANCIA DEL EMPRESARIO

Las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid), de 18 de febrero de 2009, I.L. J 651 y de 25 de marzo de 2009, I.L. J 919, señalan que el empresario no cumple sólo con la dotación del equipo sino que también ha de velar por que se utilice y se haga de forma correcta, ya que la deuda de seguridad no se agota con dar a los trabajadores los medios normales de protección sino que el empresario viene además obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no sólo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea el servicio encomendado, sino además la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales, pudiendo impedir, si fuera necesario, la actividad laboral de quienes incumplan el debido uso de aquéllos. En definitiva, que el principio *alterum non laedere* exige en materia de seguridad y salud laborales que el empresario vaya más allá de la facilitación material de los instrumentos precisos para una actividad segura y exige que se impartan órdenes o instrucciones concretas, que se cuide la formación, que se vigile y controle la puesta en práctica de aquéllas, etc.

4. EL RECARGO DE PRESTACIONES

A) Relaciones entre el procedimiento penal, el de expediente sancionador y el de recargo de prestaciones

La STS de 7 de julio de 2009, I.L. J 992, declara, una vez más, que en materia de recargo de prestaciones no existe prejudicialidad penal devolutiva, de forma que la tramitación de procedimiento penal por los mismos hechos no suspende el procedimiento para imponer el citado recargo por falta de medidas de seguridad; así como tampoco los expedientes sancionadores suspenden el procedimiento judicial laboral relativo al recargo de prestaciones.

Por lo que respecta a la vinculación de los Tribunales del Orden Social a lo resuelto en el Orden Contencioso-Administrativo, se afirma en la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2009, I.L. J 1090, que la anulación del Acta de infracción de la Inspección de Trabajo por incumplimiento de normas de salud y seguridad, no implica el decaimiento del fundamento en el que se basa el recargo impuesto por Entidad Gestora, porque el contenido de la referida Acta de infracción no constituye la base del citado recargo. Se añade que la sentencia del Orden Contencioso-Administrativo no constituye cosa juzgada respecto de la sentencia recurrida, ya que el objeto de ambos no es idéntico, por cuanto en uno se solicita la nulidad de un acto administrativo sancionador, jugando un papel fundamental la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución, y en el otro una prestación de Seguridad Social.

B) Plazo para reclamar el recargo y su interrupción

En la referida STS de 7 de julio de 2009, I.L. J 992, dictada en unificación de doctrina, se zanja una conflictiva cuestión sobre la posible interrupción o no del plazo de cinco años para exigir el recargo de prestaciones por la tramitación de un expediente sancionador. El Alto Tribunal defiende la solución contraria a la mantenida por la sentencia impugnada, aceptando que el plazo de cinco años para el ejercicio de la acción se interrumpe durante la tramitación del expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate y, en concreto, durante la tramitación del expediente sancionador en que se dilucide la existencia o no de la referida infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Y ello aun cuando la existencia de un expediente o procedimiento administrativo sancionador no suspenda el posible expediente de recargo, atendiendo al hecho de que las resoluciones que recaigan en el expediente sancionador pueden incidir directamente en el segundo.

C) Naturaleza del recargo: inaplicación de los principios del derecho administrativo sancionador

La STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2009, I. L. J 770, reiterando doctrina del TS (Sentencia de 9 de julio de 2008), afirma que “el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios”. Y, en consecuencia, considera inaplicables los principios del derecho administrativo sancionador.

Contrariamente, la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2009, I.L. J 655, admite que el recargo de prestaciones tenga naturaleza sancionadora, declarando, en orden a la culpabilidad, que “como en todo el Derecho sancionador, debe jugar la presunción de inocencia”. Sin embargo, matiza esta inicial posición favorable a admitir los principios del derecho sancionador, afirmando que es el empresario quien tiene que acreditar que tomó todas las medidas necesarias para evitar el siniestro y el daño.

D) Sujeto infractor: Comunidad de propietarios. Exclusión

La STSJ de Aragón de 27 de mayo de 2009, I.L. J 1094, descarta la aplicación de la noción de “propia actividad” a la Comunidad de Propietarios sujeta a la Ley de Propiedad Horizontal, pues “la administración o cuidado del inmueble o de elementos comunes no es en rigor una actividad empresarial, ya que con ella la Comunidad no está actuando en el tráfico de producción o intercambio de bienes o servicios, sino atendiendo a un deber civil, no mercantil ni empresarial interno de una comunidad de bienes específica, como es el cuidado de la copropiedad”. En consecuencia, la Sala exonera a la Comunidad de Propietarios de toda responsabilidad del accidente sufrido por una trabajadora de la limpieza cuando después de realizar la limpieza y reposición de unas jardineras y al disponerse a saltar la barandilla para acceder al piso, perdió el equilibrio, y se cayó al piso inferior, desde una altura de 6 metros.

E) Incumplimiento del deber de seguridad

Se ha apreciado infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en los siguientes supuestos:

– Atrapamiento de mano producido al utilizar un torno con una antigüedad de 17 años, que no disponía de instrucciones de utilización, ni de marcado CE, cuando, además, el servicio de prevención externo en la evaluación correspondiente al puesto de tornero había contemplado el riesgo de atrapamiento por o entre las piezas y la medida correctora, así como la necesidad de establecer unas normas básicas de uso (STSJ de Valencia de 3 de marzo de 2009, I.L. J 963).

– Accidente producido por utilización indebida por un trabajador de una grúa no correspondiente a su categoría profesional, sin haber recibido formación adecuada, para carga y descarga, y con dejación por parte de la empresa de toda obligación preventiva del riesgo laboral (STSJ de Navarra de 27 de abril de 2009, I. L. J 1038).

– Fallecimiento de un trabajador al caer al mar de una plataforma marina y morir ahogado, debido a que no se adoptaron medidas colectivas e individuales, dada la no dotación de chaleco salvavidas, ni de cinturón, ni de anclajes, así como de barandillas en la superficie de la plataforma para evitar caídas por los huecos que pudieran quedar descubiertos al remover paneles (STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2009, I.L. J 771).

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

– Accidente ocurrido por no uso de gafas de seguridad, cuando al golpear con el martillo sobre el cincel o guillo para cuartear el bloque de piedra de pizarra, saltó una esquirla de metal procedente del cincel que se le incrustó en el ojo izquierdo [STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de febrero de 2009, I.L. J 651].

F) Incidencia de la imprudencia del trabajador

Respecto de la influencia de la conducta negligente o imprudente del trabajador en el recargo de prestaciones, la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2009, I.L. J 655, recogiendo doctrina de otros Tribunales de lo Social, mantiene que la negligencia del trabajador no excluye las infracciones de la demandada y que la posible infracción del trabajador debe ser utilizada exclusivamente como elemento valorativo para cuantificar el porcentaje de incremento, pero no para negar la aplicación del recargo.

Por su parte, la STSJ de Baleares de 14 de abril de 2009, I.L. J 1012, en un caso de accidente ocurrido cuando el trabajador prestaba sus servicios escuchando música con unos cascos, precisa que lo esencial no es analizar si el trabajador accidentado, otro distinto o incluso un tercero ajeno a la empresa han contribuido a la producción del resultado dañoso con actuación negligente o dolosa, sino determinar si el empresario ha infringido alguna norma concreta de seguridad e higiene y si de haberse cumplido esta norma se hubiera evitado el accidente o aminorado sus consecuencias, de modo que sólo cuando el accidente se hubiera producido igualmente de no haberse incumplido la medida de seguridad deja de darse el imprescindible nexo causal entre el daño sufrido por el trabajador y la infracción. En el caso analizado se considera que el accidente se hubiera evitado de haber estado activado el resguardo móvil que estaba habitualmente desconectado para ganar tiempo.

En parecido sentido se expresa igualmente la STSJ de Valencia de 3 de marzo de 2009, I.L. J 963.

G) Exoneración de responsabilidad empresarial por desobediencia del trabajador

La STSJ de Aragón de 17 de febrero de 2009, I.L. J 642, estima que hubo imprudencia temeraria del trabajador y exculpa de responsabilidad a la empresa en un supuesto en que, contra la prohibición expresa al trabajador lesionado de utilización de una máquina guillotina que no contaba con las debidas medidas de seguridad, aunque la Inspección de Trabajo había permitido poco antes su utilización por personal cualificado, y desobedeciendo, por tanto, la orden, el trabajador accidentado utilizó la máquina y se produjo el accidente. La Sala entiende que la relación de causalidad entre la ausencia de las medidas de prevención de riesgos en la máquina y el accidente y daños producidos, quedó rota por la conducta del propio trabajador.

H) Responsabilidad solidaria

La STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2009, I.L. J 659, absuelve de responsabilidad solidaria respecto del recargo de prestaciones a una empresa involucrada en un accidente,

al entender que el accidente no se produjo dentro de la esfera de su responsabilidad, ni por una infracción directamente imputable a ella, pues la empresa no se reservó la dirección y control del trabajo que debía desarrollar el trabajador accidentado sino que se comprometió sólo a proporcionar medios propios de elevación para un trabajo en altura que obviamente debían ser adecuados y seguros para tal fin.

En el caso enjuiciado en la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2009, I.L. J 770, se determina la existencia de responsabilidad solidaria de Iberdrola Distribución Eléctrica SAU con respecto al fallecimiento de un trabajador de una empresa contratista al producirse un desprendimiento de tierras cuando se encontraba en una de las zanjas abiertas recogiendo material, al entender la Sala de lo Social que la instalación de un tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de su trayecto supone el ejercicio de lo que el artículo 24.3 LPRL denomina “propia actividad” de la empresa comitente o principal y que el lugar donde se presta esa actividad constituye un centro de trabajo de la empresa principal.

1) Criterios para fijar la cuantía del porcentaje

Por lo que respecta a la concreción del porcentaje de recargo, la **STSJ de Baleares de 14 de abril de 2009**, I.L. J 1012, en cita reiterada, indica que el artículo 123 LGSS no contiene criterios precisos para la fijación del porcentaje pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que no es otro que la “gravedad de la falta”.

Por ello, la **STSJ de Aragón de 27 de mayo de 2009**, I.L. J 1094, señala que la decisión del juez de instancia sobre la cuantía porcentual, en cuanto predeterminada por un criterio legal –la gravedad de la falta– puede ser reconsiderada en suplicación para comprobar si excede o no del margen de apreciación que le es consustancial; si bien añade que ello no quiere decir que la Sala para abordar esa cuestión deba sustituir por su propio criterio el del órgano judicial de instancia; sino que la función en suplicación queda limitada a apreciar si el criterio del juez a quo está apoyado en una fundamentación que resiste un juicio de razonabilidad.

La **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2009**, I.L. J 1004, aclara que el recargo de prestación fijado en la sentencia de instancia en un porcentaje del 40% debe ser sobre la totalidad de las prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente, sin poder limitarlo a parte de ellas, incluyendo el 20% añadido al 55 de la pensión de incapacidad permanente total.

5. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR DEFECTUOSO CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de febrero de 2009**, I.L. J 652, declara responsable a la empresa del recargo de prestaciones por el accidente sufrido por el trabajador al incrustarse una esquirla del cincel que utilizaba para cuartear la piedra de pizarra, aun cuando ello fuera debido a una valoración defectuosa o minusvaloración de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

tan específico riesgo por el servicio de prevención de FREMAP, que no contempló el uso de las gafas de seguridad en su Plan de Prevención. No obstante, la Sala no deja de apuntar que tal omisión de medidas de seguridad podría justificar una acción de repetición contra el servicio de prevención externo.

En otro caso parecido de defectuoso cumplimiento de sus obligaciones por parte de la misma entidad preventiva FREMAP que no había previsto la existencia de riesgo en las labores de limpieza y vaciado de depósitos, ni en consecuencia medida ni procedimientos alguno para llevar a cabo tal tarea, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2009**, I.L. J 1090, declara que dicho defectuoso incumplimiento por parte de la entidad no puede exonerar de responsabilidad al empresario, que deberá responder del incumplimiento de las medidas de salud y seguridad exigibles, pero deja muy claro también que la empresa puede repercutir sobre dicho servicio ajeno contratado las responsabilidades que hubiera de asumir.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ, F. FERNÁNDEZ ZAPICO, B. FERNÁNDEZ MUÑIZ, D. IGLESIAS PASTRANA.

Manual para la formación del auditor en prevención de riesgos laborales (aplicaciones y casos prácticos)

[Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, diciembre 2009, 768 páginas]

LEX NOVA

La auditoría en prevención de riesgos laborales es un instrumento básico de gestión que persigue ser reflejo del sistema preventivo de la empresa, valorando su eficacia y detectando las deficiencias que puedan implicar los incumplimientos normativos, para permitir la adopción de decisiones dirigidas a su perfeccionamiento y mejora.

Con la modificación incorporada por el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, en el Capítulo V –“Auditorías”– del Reglamento de los Servicios de Prevención, se ha visto más reforzado el papel de aquéllas, con un desarrollo extenso y una regulación que aborda definiciones, plazos y contenidos del plan de auditoría.

En este manual, que toma como referencia la citada reforma normativa, se analiza el contenido, la metodología y el procedimiento a seguir en el desarrollo de una auditoría del sistema de gestión de prevención de riesgos laborales. Su principal objetivo es constituir una eficaz y práctica herramienta de estudio, consulta y trabajo para todos aquellos prevenciónistas interesados en adquirir la formación necesaria para ejercer profesio-

nalmente como auditores del sistema de gestión de prevención de riesgos laborales y en conocer las distintas técnicas auditoras.

Para completar su carácter práctico, el libro incluye un CD-ROM que contiene una aplicación para cumplimentar fichas de verificación y emitir planes e informes de auditoría; asimismo, integra la posibilidad de que el propio usuario pueda personalizar la aplicación con un programa de mantenimiento, en función de las necesidades de cada caso.

Redacción Lex Nova

Soluciones prácticas para la empresa: formularios, modelos y contratos

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, noviembre 2009, 802 páginas]

LEX NOVA

Lex Nova pone a su disposición más de 300 formularios y modelos muy prácticos que no se han planteado como ejemplos cerrados sino como propuestas –de carácter más o menos general– que podrá ir ajustando a cada caso en concreto. Además, con el fin de facilitar su comprensión y que su uso sea más sencillo, la mayoría tiene notas aclaratorias y, gracias al CD, podrá cumplimentarlos en su ordenador.

Su contenido será una herramienta de ayuda imprescindible a la hora de realizar la organización, desarrollo y gestión de la actividad habitual de las pymes y los autónomos, porque encontrarán propuestas de formularios y contratos, así como modelos de uso habitual en todos los ámbitos de actuación del empresario con el objetivo de que su gestión sea todo un éxito.

notas bibliográficas

El libro se estructura en ocho grandes bloques que reflejan los ámbitos de actuación de la gestión empresarial, entre los que destacan:

- Aspectos societarios (constitución de sociedades, capital social, acuerdos sociales, fusión, escisión, disolución, etc.)
- Aspectos laborales (contratos de trabajo, jornada y salario, inspección de trabajo, etc.)
- Seguridad Social (afiliación, cotización, etc.)
- Seguridad y salud laboral (parte de accidente de trabajo, inscripción a un curso de formación preventiva, etc.)

A. PARAMIO PARAMIO

Problemática de la subcontratación en la construcción: análisis jurídico y resoluciones prácticas

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, octubre 2009, 574 páginas]

LEX NOVA

La normativa que regula la subcontratación en el sector de la construcción –fundamentalmente, la Ley 32/2006 y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1109/2007– es una de las grandes novedades legislativas de estos últimos tiempos y, como suele suceder en estos casos, surgen un sinnúmero de dudas a la hora de afrontarla, primero, y de su puesta en práctica, después, como, por ejemplo, la determinación de unos porcentajes mínimos de plantilla con relación laboral indefinida, la implantación de un nuevo libro de subcontratación, el establecimiento de un registro de empresas subcontratistas o el establecimiento de unos niveles máximos de subcontratación. Podría hablarse de un cierto ordenamiento jurídico específico para el sector de la construcción con instituciones propias (como las funda-

ciones laborales de la construcción), las disposiciones preventivas específicas para este sector o las figuras contractuales que tienen un claro origen en la actividad constructiva, tal ocurre con el contrato laboral de obra. Esta novedosa normativa plantea notables dificultades, lo que puede llevar a diversas interpretaciones y, por tanto, a discrepancias; y este libro pretende darles solución.

A. BENAVIDES VICO

Curso práctico de Derecho Administrativo sancionador en el orden social

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, octubre 2009, 2 volúmenes]

LEX NOVA

La parte esencial del curso se centra en el análisis práctico de todos los aspectos relacionados con el procedimiento sancionador en el orden social, desarrollándose para ello, en primer lugar, la regulación del servicio público de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como organismo que inicia el procedimiento –a través de las actuaciones inspectoras– analizándose las facultades, competencia, forma y plazo de las actuaciones, obligaciones de colaboración, y el conjunto de medidas sancionadoras que pueden derivarse de dichas actuaciones.

A continuación, se analiza el conjunto de infracciones que se encuentran calificadas y tipificadas en el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, profundizando tanto en el precepto tipificador como en la normativa sustantiva cuyo incumplimiento determina la comisión de la infracción, para posibilitar un amplio conocimiento de esta parte esencial del Derecho Administrativo sancionador en el orden social, tanto como medida de prevención ante posibles incumplimientos, como de defensa ante posibles exigencias de responsabilidad.

Posteriormente, los siguientes temas abordan los elementos de defensa y recomendaciones prácticas a utilizar cuando el procedimiento sancionador se inicia con el acta de infracción, destacándose la fase de alegaciones del sujeto responsable como medida de defensa, y las recomendaciones y aspectos formales, de plazos temporales y de fondo que deben tomarse en consideración. Por otro lado, también se incide en las responsabilidades de la empresa en materia de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por la posible reclamación administrativa mediante actas de liquidación, y se abordan los distintos recursos administrativos.

AA.VV. (Coord. J.M. GOERLICH PESET)

Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, enero 2010, 462 páginas]

LEX NOVA

Este libro tiene por objeto el planteamiento conjunto de problemas jurídicos implicados en el fenómeno de la contratación laboral. Por un lado, estudia los aspectos dinámicos del proceso de contratación: los momentos previos a la suscripción del contrato de trabajo y que la posibilitan. Se considera, asimismo, el inicio del contrato mediante el estudio en profundidad de la disciplina del periodo de prueba. De otro lado, se analizan los diferentes tipos de contrato de trabajo que pueden ser utilizados: indefinidos, temporales y a tiempo parcial.

Este análisis comprende los supuestos en los que pueden ser concluidos, el régimen jurídico aplicable, así como los efectos de la eventual extralimitación en su uso. Todos los aspectos considerados son tratados conforme a una metodología común, en la que prima la consideración de los criterios interpretativos de carácter jurisprudencial.

Acentuando el enfoque práctico de esta monografía, y con el fin de que tenga plena utilidad para el profesional jurídico en su trabajo diario, incluye un CD con el que puede acceder a los pronunciamientos judiciales más relevantes a texto completo, con un motor de búsqueda que permite la localización ágil y sencilla de las distintas resoluciones a partir de diferentes criterios.

F.J. TRILLO PÁRRAGA

La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, enero 2010, 316 páginas]

LEX NOVA

Esta monografía reflexiona sobre la necesaria modernización del Derecho del Trabajo a partir de la constatación de un modelo de regulación obsoleto e ineficiente: el de la flexibilidad laboral introducida unilateralmente por el empresario, que tiene su origen fundamentalmente en las reformas operadas durante la década de los años 90. Para ello, se ha escogido uno de los principales institutos jurídicos del trabajo por cuenta ajena —el tiempo de trabajo— ya que éste presenta la virtud de hacer emerger con nitidez el conflicto estructural entre capital y trabajo conducido a través de la regulación jurídica.

Este estudio del tiempo de trabajo se proyecta desde la necesaria confrontación de la regulación jurídica con los diversos procesos de producción que hoy envuelven al trabajo, insistiendo en la necesidad de huir de determinismos que suelen acompañar al debate sobre la transformación del proceso de producción.

Para el empresariado, la obtención de un beneficio a través de la capacidad de ordenar flexiblemente los tiempos de la producción con el objetivo de adaptación de dichos tiempos a las demandas volubles de los mercados de bienes y servicios. Para los trabajadores,

derechos fundamentales como la vida e integridad física y la emancipación del trabajador a través del libre desarrollo de su personalidad aparecen ligados tradicionalmente al tiempo de trabajo. El análisis jurídico de la satisfacción de los intereses de los trabajadores aparece cohesionado en este estudio a través de una visión omnicomprensiva de las desigualdades que padecen los trabajadores.

El estudio finaliza con una reflexión sobre el impacto de la actual regulación jurídica del tiempo de trabajo en el interior de las clases trabajadoras, mediante la conformación de distintas identidades como consecuencia de la diversidad de estatutos jurídicos que se han ido generando en torno a la duración del vínculo jurídico de adscripción del trabajador a la empresa.

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 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.