

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 Flores 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 2009

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 consecuencia de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

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

Sumario

EDITORIAL

- [5] **Cláusulas de revisión salarial en tiempos revueltos: ¿pueden revisarse los salarios a la baja?**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA

- [11] **Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores**

MARTA CASADO ABAQUERO

- [31] **La dependencia entre el promotor y el coordinador de seguridad y salud en obras de construcción y las responsabilidades derivadas de la misma en el ámbito social**

JUAN GÓMEZ ARBÓS

- [55] **El contingente de trabajadores extracomunitarios como mecanismo ¿idóneo? de regulación de flujos migratorios laborales en España**

M^a. DEL CARMEN GRAU PINEDA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[275] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL EN TIEMPOS REVUELTOS: ¿PUEDEN REVISARSE LOS SALARIOS A LA BAJA?

Las cláusulas de revisión salarial viven tiempos revueltos. Mientras que para unos la generalización de las cláusulas de salvaguarda en los convenios colectivos, que se aplican para ajustar los salarios a las subidas del IPC, produce efectos inflacionistas de segunda vuelta; para otros las mismas resultan cada día más imprescindibles para garantizar, incluso mejorar, el poder adquisitivo de los salarios. Lo cierto es que la interpretación de las cláusulas de revisión salarial ha tomado un especial protagonismo en nuestro actual contexto de crisis. El desplome de la inflación a mínimos históricos ha dado lugar a importantes conflictos a la hora de determinar el verdadero alcance de las citadas cláusulas, cuya mecánica se encontraba asentada en una lógica según la cual la correspondencia entre el IPC previsto y IPC real a final de año se saldaba, por lo general, con incrementos que obligaban a corregir al alza los inicialmente previstos. Es evidente que esta particular situación ha planteado una seria contradicción entre los intereses empresariales y los laborales. La representación de los trabajadores estima que la cifra relevante a tomar en consideración es la fijada inicialmente y, por tanto, previsto un determinado nivel de IPC sería irrelevante cualquier alteración posterior cuando ésta resultara negativa. Por el contrario, para la representación de los empresarios la revisión a efectuar a final de año debiera incidir, también, sobre el cómputo final cuando el resultado de la aplicación del IPC real resultara negativo.

El debate de fondo cuestionaba el verdadero papel y, por encima de ello, la función real de las cláusulas de revisión salarial. Como a nadie se le escapa, para los representantes de los trabajadores la cláusula de revisión se vincula, exclusivamente, a situaciones de crecimiento económico. La misma no admite revisiones a la baja. Para los empresarios estas cláusulas debieran resultar instrumentos de ajuste salarial que, desde el respeto al poder adquisitivo de los trabajadores, permitieran una real adecuación al ciclo económico.

La respuesta a esta cuestión ha venido de la mano de la jurisprudencia que ha coincidido en afirmar que la solución del problema se encuentra en la redacción que se haya dado a la cláusula de revisión salarial del convenio colectivo en cuestión. Si de la lectura de aquella se deduce inequívocamente que la revisión sólo se producirá en casos en los que finalmente la inflación real sea efectivamente superior a la prevista o, si cabe interpretar que ésta era la intención de los firmantes del convenio, no procederá una revisión a la baja.

El problema antecede a nuestro actual contexto económico. La STSJ Cataluña de 18 de octubre de 1993 planteaba la citada cuestión. En la misma, empresa y trabajadores habían suscrito un pacto en el que incluyeron la siguiente cláusula: “A los exclusivos efectos de incremento para el segundo año de vigencia, es decir de 1 de enero a 31 de diciembre de 1991, la revisión a que se refiere la cláusula anterior se efectuará teniendo en cuenta la diferencia entre el IPC real de 1990 y el 6,50%, si fuese superior, aplicándose los mismos criterios de distribución que en 1990. Las tablas resultantes se incrementarán en el IPC previsto para el año 1991 más 1,75 puntos. Cuando se conozca oficialmente el IPC real de 1991, se abonará si procediere la diferencia entre el IPC real y el previsto”. El IPC previsto para 1991 era del 6% y IPC real fue del 5,5%. En enero de 1992, la empresa procedió a reducir en 0,5 puntos las retribuciones por estimar que en 1991 se había pagado de más.

La sentencia citada sentó las bases de razonamientos posteriores al situar en la interpretación de la cláusula el sentido de la decisión. El citado pronunciamiento señalaba que la duda debía ser resuelta a la luz del artículo 1281 CC, esto es, “teniendo en cuenta las palabras y la intención de los contratantes, debiendo prevalecer ésta, sobre aquéllas”. La sentencia citada, después de subrayar que “no cabe duda, que cláusulas de revisión salarial como la que se analiza no tienen otro objeto que el de mantener el poder adquisitivo de los salarios, de forma que, en ningún caso, el aumento que haya de aplicarse resulte inferior al IPC real del ejercicio”, pone la bases, también, sobre un segundo problema, a saber: la posibilidad de revisar los salarios a la baja en estos casos. Es evidente que desde la premisa anteriormente señalada la solución resultaba clara: “si el aumento salarial resultante conforme al IPC previsto queda por debajo de los baremos acordados por ser superior el IPC real, se abonará la diferencia por la empresa. Pero, al contrario, si resulta inferior el IPC real que el previsto, no vienen obligados los trabajadores a reintegrar la diferencia porque no se ha pactado expresamente esta posibilidad y, como se ha dicho, las cláusulas de revisión salarial no tienen otra finalidad que la de mantener el poder adquisitivo de los salarios por encima del IPC, cuanto menos, en el porcentaje acordado en cada caso”.

Frente a ella, la STSJ País Vasco de 14 de mayo de 2002 mantuvo, atendidas las circunstancias del caso, una conclusión contraria. El convenio colectivo para los trabajadores de la citada empresa señalaba en su artículo 21 que “los salarios para el año 2000 con efectos al 1 de enero del 2000 son los reflejados en la tabla del anexo núm. 1, quedando sujetos a regularización a final de año en caso de desviación del IPC previsto (2%)”, por su parte, el artículo 43 del convenio colectivo establecía que: “La remuneración y condiciones correspondientes a este año quedan reflejadas en las tablas y adendum adjunto, quedando sujetas a regularización a fin de año, caso de desviación del IPC previsto (2%), articulando a su vez los incrementos salariales correspondientes a cada año de vigencia”. La empresa había venido practicando todos los años sin la oposición de la representación de los trabajadores una regularización del IPC previsto en relación con el real, operando sobre las tablas salariales del año siguiente incrementando o disminuyendo dichas tablas cuando el diferencial ha sido negativo o positivo respectivamente.

La sentencia señala que sí es posible efectuar dicha regularización reduciendo el incremento salarial del año siguiente en la misma medida que el exceso percibido por los

trabajadores teniendo en cuenta el IPC real, señalando al respecto lo siguiente: “Sostiene el recurrente que la posibilidad de que sea el trabajador el que haya de devolver deviene impensable, pues siempre viene resultando que el IPC previsto es inferior al real y en cualquier caso cabría ser aplicado el principio pro operario. Tal argumento debe ser rechazado toda vez que como el relato de los hechos probados de la Sentencia de instancia demuestra, existen años en los que tales diferenciales se producen a favor de la empresa (si bien no con la misma frecuencia), y en todo caso, la posibilidad de que sólo esté obligada la empresa a devolver y no los trabajadores en virtud del principio pro operario resulta una desviación tan abusiva del principio que desvirtúa totalmente su concepto además de infringir frontalmente las previsiones en este punto del Convenio Colectivo”. A ello añade la sentencia que “refuerzan la conclusión expuesta, el consentimiento que durante años han otorgado las representaciones de los trabajadores a la forma de practicar la regularización del IPC, y asimismo la oposición expresa a la demanda por parte del resto de las representaciones sindicales demandadas”.

Años después, el debate ha vuelto a reaparecer en el contexto de crisis que estamos viviendo. La sentencia más significativa dictada en relación con esta cuestión es la SAN 21 de mayo de 2009. La misma resuelve sobre la interpretación que deba darse a la cláusula de revisión salarial prevista en el II Convenio Colectivo del Grupo Sogecable que establecía que: “Finalizado el año, en el caso de que el IPC real fuere superior al previsto se revisará en la diferencia hasta el citado IPC real más medio punto. Para los sucesivos años de vigencia los salarios anuales del año anterior tendrán un incremento equivalente al previsto por el gobierno para el IPC más medio punto porcentual. A final de año se revisarán, en su caso, hasta el IPC real de cada uno de esos años, más medio punto”.

Los hechos sobre los que versa el conflicto colectivo se resumen en que la demanda de conflicto colectivo pretende que se declare el derecho de los trabajadores a percibir en el año 2009 un incremento del 2,5% sobre las retribuciones percibidas en 2008 en aplicación del II Convenio Colectivo del Grupo Sogecable. Frente a dicha reclamación se opuso por la empresa que, dado que el Gobierno no había establecido una previsión sobre el incremento del índice de precios al consumo para el año 2009, procedía aumentar solamente el 0,5%. Se destacaba, también, que la Secretaría General de Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda había contestado, tanto a la patronal gaditana, cuanto al propio Grupo Sogecable, que en el año 2009 el Gobierno no realizó ningún tipo de previsión de incremento del IPC.

La sentencia procede a determinar si lo establecido en el convenio colectivo contempla un simple anticipo, ajustable al alza o a la baja con el IPC real de cada año, o, por el contrario, es un incremento concreto, revisándose hasta el IPC real más medio punto, como defendió la representación de los trabajadores. La respuesta es favorable a esta posición porque “la simple lectura permite concluir que se produjeron dos pactos perfectamente diferenciados: un incremento equivalente al previsto por el gobierno para el IPC más medio punto, y una revisión hasta el IPC real de cada año, más medio punto, no contemplándose de ningún modo que el incremento inicial constituyera un anticipo sobre el incremento real del IPC, puesto que al suscribirse el convenio era absolutamente impensable que durante los años de su vigencia se produjera un incremento negativo del IPC. Es así porque la distinción entre “incremento”, que significa “aumento” y “revisión”, que se relaciona con la

“acción de revisar”, contenida en el inciso final del artículo examinado, permite concluir que la “revisión” no incide sobre las retribuciones de 2008, sino sobre el “incremento” pactado para 2009 –aumento del IPC previsto por el Gobierno para 2009 más 0,5%– porque si no hubiera sido esa la intención de los contratantes sobraría íntegramente la expresión “incremento”, contenida en la primera parte del inciso final del artículo, bastando la referencia a las retribuciones del año precedente”.

La SAN de 1 de junio de 2009 mantiene y refuerza la anterior línea interpretativa. El artículo 45 de citado convenio señalaba para el 2008 lo siguiente: “Todos los conceptos salariales comprendidos en el Convenio, y una vez actualizados los salarios a 31 de diciembre de 2007, se incrementarán en un porcentaje igual al objetivo o previsión de inflación (2% para 2008) más 0,25 puntos, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2008. Dicho incremento, se revisará al alza si el IPC real del 2008 resultara superior al índice de previsión previsto (2%) en el párrafo anterior, al 31 de diciembre de 2008, actualizándose las tablas y haciendo efectivos los atrasos no más tarde del 28 de febrero de 2009”. En el suplico de las demandas rectoras de las presentes actuaciones postula que se declare el derecho de los trabajadores a que todos los conceptos salariales del año 2008 comprendidos en el convenio colectivo se incrementen en un 2,25 con efectos desde 1 de enero de 2009 y se condene a la empresa a que elabore las tablas salariales para 2009 con el citado incremento según lo dispuesto en el artículo 45 del convenio vigente, previsión de inflación del Gobierno, 2% y 0,25 que establece el convenio. Los letrados de la demandante fundamentan su pretensión en la interpretación literal de lo dispuesto en el artículo 45 del convenio colectivo de aplicación, en el que no se prevé una revisión a la baja de las tablas salariales consolidadas de 2008 y en lo dispuesto en la Ley general presupuestaria para 2009, en cuyo artículo 44.1 se fija el IPC en el 2% en relación con la revalorización de las pensiones. Alegaron que ese IPC del 2% es el que se ha tomado en cuenta para los incrementos salariales en diversos convenios colectivos vigentes que se aportan. La citada sentencia se manifestó en el mismo sentido que su precedente, porque de la redacción literal de la cláusula “(...) dicho incremento se revisará al alza si el IPC real resultara superior al previsto el 31 de diciembre de 2008 (...)”, se desprende que la revisión sólo se produce en caso de que exista una diferencia positiva entre el IPC previsto y el real, no pudiendo operar en sentido contrario. “En consecuencia”, concluía, “procede estimar las demandas, habida cuenta de que en el presente supuesto la redacción del artículo 45 del Convenio de aplicación es bastante más clara que la del artículo 50 del Convenio de Sogecable”.

Esta tesis ha sido ratificada por la posterior SAN de 10 de julio de 2009. El artículo 33 del Convenio Colectivo de Onda Cero establecía lo siguiente: “Año 2008. Para el año 2008 las Tablas de partida contendrán la regularización descrita en el anterior apartado a la que se sumará el IPC previsto para tal ejercicio. A la finalización del ejercicio 2008 y, una vez conocido el IPC real de dicho ejercicio se procederá al abono con efectos de 1 de enero de 2008, de la diferencia resultante entre el IPC real y el IPC previsto”. El suplico de la demanda rectora de las actuaciones solicita que se declare el derecho de los trabajadores afectados por dicho conflicto colectivo a que no se active la revisión salarial del 2008, y por lo tanto, se declare la inexistencia de ningún derecho a favor de la empresa dimanante

de la diferencia entre el IPC real del 1,4% y el IPC previsto del 2% y se declare el derecho de los trabajadores afectados a percibir un incremento retributivo para el año 2009, sin ningún tipo de compensación en contra, del 2% en concepto de IPC previsto. El citado pronunciamiento, acudiendo, de nuevo, al criterio de la interpretación de la cláusula, afirma que “(...) no se puede argumentar que la voluntad de las partes negociadoras expresada en el artículo 33 del convenio sea esa, cuando dispone que una vez conocido el IPC real de dicho ejercicio se procederá al abono de la diferencia resultante, redacción lo suficientemente clara para excluir la posibilidad de descontar la diferencia (...)”.

A la luz de los múltiples conflictos que se están planteando en esta materia, parece esencial que, ante el vuelco radical en la tendencia de los índices que han servido de referencia a los efectos analizados, la negociación colectiva preste especial atención a la redacción de las cláusulas de revisión salarial y a sus parámetros de referencia, pues no parece aconsejable que la resolución de cuestiones tan esenciales como las enunciadas dependa prácticamente en exclusiva del criterio judicial, sino de lo verdaderamente deseado y acordado por las partes.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores

MARTA CASADO ABARQUERO

Doctora en Derecho y Profesora
de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto

Resumen

HACIA LA MERCANTILIZACIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE SOBRE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES

La movilidad laboral de carácter internacional es un fenómeno que caracteriza los mercados laborales actuales. El proceso de globalización que ha transformado las relaciones internacionales se extiende también a las relaciones de trabajo. Cada vez son más los trabajadores que se desplazan de unos Estados a otros para prestar sus servicios. Es precisamente en el marco de los desplazamientos temporales donde las diferencias entre los diferentes niveles sociolaborales se manifiestan con más intensidad y las divergencias entre los diversos ordenamientos jurídicos se erigen en barreras que dificultan la libre prestación de servicios. No es por lo tanto de extrañar la abundante jurisprudencia del

TJCE en este ámbito, jurisprudencia que trata de aunar la protección de los derechos de los trabajadores con la eliminación de toda restricción a la libre prestación de servicios. En este sentido, la tensión entre las normas imperativas estatales que tienen como objetivo dispensar una adecuada protección a los asalariados que prestan servicios bajo su ámbito territorial de aplicación, por un lado, y la protección de la libre competencia entre empresas situadas en distintos Estados miembros, por otro, es manifiesta. Los recientes pronunciamientos del TJCE han contribuido a esclarecer un poco más cuáles serán los derroteros por los que discurrirá la convivencia entre ambos objetivos.

Abstract

TOWARD THE COMMODIFICATION OF DIRECTIVE 96/71/CE CONCERNING THE POSTING OF WORKERS IN THE FRAMEWORK OF THE PROVISION OF SERVICES

Nowadays international labour markets are characterized by the international labour mobility. The globalization process that transformed the international relationships is also stretched towards the labour relationships. Each time, more employees are detached to the territory of different member States

to provide their services. It is precisely in the framework of the posting of workers where the differences between the different national social standards are set up as a real barrier to the achievement of the freedom to provide services. Because of that, it is not surprising the wide number of the ECJ resolutions, resolutions that

try to combine successfully the workers protection with the elimination of any restriction to the freedom to provide services. In this sense, the strain between the national imperative rules that aim to protect the employees working

under its territorial scope of application, on one hand, and the protection of the free competition is evident. The recent judgments of the ECJ have contributed to clarify the future of the coexistence of both fundamental principles.

Sumario

I. De la Europa del equilibrio desigual a la Europa de las desigualdades. II. Marco

normativo del desplazamiento temporal de trabajadores en el ámbito de una presta-

ción de servicios. A) La tendencia natural a la aplicación de la ley del lugar de origen.

B) Mecanismos correctores. a) Normas internacionalmente imperativas (artículo 7 CR).

b) La Directiva 96/71/CE. **II. Libre prestación de servicios vs. protección de los traba-**

jadores. A) Introducción. B) La libre prestación de servicios y los derechos sociales:

El asunto Laval. a) Planteamiento del problema. b) La Directiva 96/71/CE como norma de protección máxima. c) El carácter subordinado del Derecho de huelga. C) La libre

prestación de servicios y la protección del trabajador desplazado: El asunto Rüffert.

a) Los antecedentes de hecho. b) Limitación del alcance del párrafo 8 del artículo 3 de la Directiva. c) El objetivo de protección de los trabajadores sólo puede materializarse

en disposiciones de alcance general. d) El TJCE impide el juego de la protección refor-

zada prevista en el artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE. **IV. Conclusiones.**

I. DE LA EUROPA DEL EQUILIBRIO DESIGUAL A LA EUROPA DE LAS DESIGUALDADES

Los diferentes estándares sociolaborales del conjunto de los Estados europeos suponen una traba para culminar satisfactoriamente el proceso de construcción europea en que nos encontramos inmersos. Una evolución deseable consistiría en la progresión de los niveles salariales de los nuevos países, de forma que en el medio-largo plazo pudieran equiparse a los países más desarrollados del entorno europeo. La armonización de los distintos niveles de renta se perfila como instrumento esencial para alcanzar con éxito ese objetivo.

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal

Sin embargo, los medios para que la armonización de los distintos niveles de vida sea una realidad han evolucionado. Las actuales políticas europeas no parecen aprobar las transferencias económicas entre países a través de la concesión de los controvertidos fondos estructurales. Estos fondos, que en su día permitieron el desarrollo de países como España, Portugal, Grecia o Irlanda, no se perfilan en la actualidad como un instrumento esencial en el seno de la Unión Europea. La construcción europea parece avanzar en el sentido contrario y trata de rebajar los presupuestos de esos fondos y liberalizar los servicios, poniendo en competencia directa a los trabajadores de los países con niveles salariales más bajos con el resto de asalariados. En este sentido apuntaba ya la primera versión de la directiva Bolkstein, que posteriormente fue matizada¹. El optimismo de entonces ante el abandono de los términos iniciales de esta Directiva parece haber desaparecido tras los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia comunitario.

Esta tendencia actual puede corroer los modelos sociales más avanzados que, en lugar de lograr una armonización positiva de los diferentes modelos sociales que mejore los niveles de vida de los países menos avanzados, desemboque en la merma de las conquistas sociales hasta ahora conseguidas por los Estados con unos modelos sociales más desarrollados.

Convendría recordar que, de acuerdo con el artículo 3, apartado 1, letras c) y j), del Tratado CE, la acción de la Comunidad no implica exclusivamente un “mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales”, sino también “una política en el ámbito social”. El artículo 2 del Tratado CE establece que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas” y “un alto nivel de empleo y de protección social”. Es decir, la Comunidad no persigue una finalidad exclusivamente económica, sino también social, razón por la cual debieran sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 del Tratado CE, párrafo primero, la mejora de las

**LOS FONDOS
ESTRUCTURALES
NO SE PERFILAN COMO
UN INSTRUMENTO ESENCIAL,
SINO AL CONTRARIO:
SE ESTÁN REBAJANDO
LOS PRESUPUESTOS
DE ESOS FONDOS
Y LIBERALIZANDO
LOS SERVICIOS**

(1) Ampliamente al respecto, BLANPAIN, R.: *Freedom of services in the European Union. Labour and Social Security Law: The Bolkenstein Initiative*, Kluwer, The Hague, 2006.

condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social.

II. MARCO NORMATIVO DEL DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

A) La tendencia natural a la aplicación de la ley del lugar de origen

La determinación de la ley aplicable a un contrato de trabajo en el que exista algún elemento de internacionalidad se regula en el Convenio de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, “Convenio de Roma”)². Este Convenio ha sido derogado por el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, también conocido como Reglamento Roma I que no será aplicable hasta el 17 de diciembre de 2009³. Sin ánimo de exhaustividad, conviene precisar que se trata de un instrumento convencional de alcance universal que se aplica a todos los contratos de trabajo concluidos con posterioridad a su entrada en vigor, el 1 de septiembre de 1993, con independencia de que la ley que resulte designada según sus normas de conflicto sea o no la ley de un Estado contratante.

En el Convenio de Roma, la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional se asienta sobre un sistema de autonomía de la voluntad tutelada⁴. Esto es, las partes pueden designar cualquier ordenamiento jurídico como ley aplicable a su relación contractual, con independencia de que mantenga o no una conexión objetiva con la relación laboral que les une. La tutela del trabajador no se manifiesta a través de la limitación de los ordenamientos potencialmente elegibles, sino a través de la aplicación de las normas imperativas de la ley que sería aplicable en defecto de elección, siempre que proporcionen al trabajador una protección superior a la que le dispensan las normas elegidas en el contrato. Así lo establece de forma general el párrafo primero del artículo 6 del Convenio de Roma. Por su parte, el párrafo segundo de este precepto permite identificar la ley objetivamente aplicable al contrato de trabajo internacional, esto es, la ley rectora en ausencia de acuerdo entre las partes, que será la ley del lugar donde el trabajador presta habitualmente sus servicios. En ausencia de un lugar de trabajo habitual, esta ley será la del Estado en el que el empleador tenga su establecimiento. Finalmente, para colmar las

(2) DO C 334, de 30 de diciembre de 2005 (versión consolidada).

(3) DO L 177, de 4 de julio de 2008. Sobre las principales novedades que introduce, vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, 2008; PRATS ALBENTOSA, L.: “El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario La Ley*, núm. 6978, 2008.

(4) Los sistemas de autonomía de la voluntad tutelada se contraponen a los sistemas de autonomía de la voluntad guiada, sistemas que, a diferencia de los primeros, restringen el abanico de ordenamientos jurídicos potencialmente elegibles por las partes a aquellos que presentan una conexión objetiva con el contrato de trabajo (CASADO ABARQUERO, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 221-225).

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal

lagunas que pudieran surgir, el artículo 6 *in fine* regula la denominada “cláusula de escape”, que exceptúa de las soluciones anteriores los supuestos en que, pese a todo, el contrato de trabajo guarda una conexión más estrecha con otro Estado. En definitiva, una lectura integrada del artículo 6 del Convenio de Roma obliga a concluir que la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional viene condicionada por dos puntos de conexión: en primer lugar, por la conexión “autonomía de la voluntad”, tutelada por las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable⁵, y, en segundo lugar, por la conexión más estrecha, generalmente identificada con el lugar de trabajo habitual o, en ausencia de éste, con el Estado en que radica el establecimiento del empleador.

Pese a esta apariencia de exhaustividad, la regulación del artículo 6 del Convenio de Roma evidencia una falta de previsión en relación con el fenómeno de los desplazamientos temporales de trabajadores, aspecto en parte justificado si tenemos en cuenta la época en que se redactó. La aplicación literal del artículo 6 del Convenio de Roma a los supuestos de prestaciones temporales de servicios en diferentes Estados, sin mecanismo corrector alguno, conduciría a resultados perversos al fomentar el fenómeno rechazable del *dumping* social⁶. Efectivamente, los desplazamientos temporales no implican la deslocalización absoluta de la relación laboral. En estos supuestos es factible la identificación del *locus laboris*. Por lo tanto, la ley rectora del contrato de trabajo internacional queda condicionada por ésta, puesto que la temporalidad del desplazamiento impide la ruptura del arraigo laboral del trabajador con su Estado de origen y, en definitiva, el juego de la cláusula de escape. Esta perversión de la solución dispensada por el artículo 6 del Convenio de Roma fue denunciada ya en su día puesto que permitía a los empresarios ubicados en países con estándares sociales más elevados eludir la aplicación de las condiciones de trabajo mínimas vigentes en su país y reducir costes mediante la subcontratación de empresas de otros países europeos con niveles sociolaborales inferiores⁷.

Esta situación es prevista de forma explícita por el párrafo segundo del artículo 8 del Reglamento Roma I⁸. Además, esta disposición proporciona una definición de temporalidad

(5) Reconociendo el papel regulador, no sólo de la autonomía de la voluntad individual, sino también la colectiva, las sentencias del TJCE de 14 de julio de 1976, Donà (13/76, Rec. p. 1333), apartados 17 y 18; de 11 de abril de 2000, Deliège (C-51/96 y C-191/97, Rec. p. I-2549), apartado 47; de 13 de abril de 2000, Lehtonen y Castors Braine (C-176/96, Rec. p. I-2681), apartado 35; de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 120, y de 18 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión (C-519/04 P, Rec. p. I-6991).

(6) El fenómeno del *dumping* social ha sido definido como “The export of products that owe their competitiveness to low labour standards” (HEPPLE, B.: “New approaches to International Labour Regulation”, *International Law Journal*, 1997, núm. 26, pág. 353).

(7) STJCE de 17 de diciembre de 1981, Asunto Webb (C-279/80, Rec. 1981, págs. 3305 y ss.). Al respecto, vid. DRUESNE, G.: “Liberté de prestation des services et travailleurs salariés (les arrêts Webb et Seco de la Cour de justice des Communautés européennes)”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1982, págs. 75-81.

(8) Artículo 8: Contratos individuales de trabajo.

1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

hasta ahora desconocida, al vincularla a la circunstancia de que el trabajador, con independencia de la duración del desplazamiento o de la conclusión de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con otro que pertenezca al mismo grupo de empresas, en algún momento y tras realizar su tarea en el extranjero deba reanudar su trabajo en el país de origen⁹.

B) Mecanismos correctores

a) Normas internacionalmente imperativas (artículo 7 CR)

El artículo 7 CR constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto y, por ende, puede suponer una limitación a la aplicación de la ley del Estado de origen del trabajador destacado¹⁰. Con ello, este precepto permite la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, esto es, de aquellos países con los que la situación presente un vínculo estrecho y que rijan imperativamente la situación cualquiera que sea el Derecho aplicable. Es decir, se trata de disposiciones cuya imperatividad trasciende más allá de los presupuestos de aplicación del propio ordenamiento jurídico en el que se incardinan.

Al estar excluido de la sección del Convenio de Roma destinado a los contratos individuales de trabajo, el artículo 7 CR no está directamente inspirado por el principio de protección de la parte débil de la relación contractual, de tal suerte que la regulación que introduce no necesariamente debe ser más protectora o beneficiosa para el trabajador que las de aquellas que excepciona con su aplicación.

La aplicación de este tipo de disposiciones precisa de la concurrencia de dos presupuestos de aplicación: La naturaleza internacionalmente imperativa de las normas que se pretenden aplicar, por un lado, y la existencia de un vínculo estrecho entre el Estado que dicta estas normas y la situación que se pretende regular, por otro. Ambos requisitos constituyen conceptos jurídicos indeterminados que necesitan ciertas pautas que faciliten su identificación al órgano jurisdiccional.

3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país diferente del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.

La redacción del artículo 8 del Reglamento Roma I respeta la esencia de su predecesor y las modificaciones que introduce se circunscriben a contemplar de forma expresa los supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores y a sustituir el concepto "disposiciones imperativas" por una calificación autónoma de las mismas, a las que define como disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley objetivamente aplicable.

(9) Considerando 36.

(10) NEAL, A.C.: "The Country of Origin Principle and Labour Law in the Framework of the European Social Model", en Blanpain, R. (coord.): *Freedom of services...* cit., págs. 51 y ss.

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal

En relación con la imperatividad internacional, muchos son los métodos que tradicionalmente se han sugerido para su concreción, sin que ninguno de ellos, aisladamente, conduzca a resultados satisfactorios¹¹. Son normas cuya observancia constituye una condición *sine qua non* para la salvaguarda de la organización social, política o económica de un Estado concreto, cuyo ámbito de aplicación se determina unilateralmente, con independencia de la norma de conflicto y en las que su presupuesto de aplicación puede ser tanto de naturaleza personal como de naturaleza territorial, de forma que se identifique tanto con personas más o menos vinculadas con un concreto territorio, como con los actos que sobre él se realicen¹².

La previsión del artículo 7 CR supone un avance importante cuyos efectos pueden, sin embargo, verse ensombrecidos por el hecho de que la interpretación de su alcance y contenido recae en última instancia sobre los órganos jurisdiccionales llamados a conocer del asunto, con el riesgo de relatividad internacional de soluciones que ello conlleva. La jurisprudencia de los juzgados y tribunales internos ha revelado una falta de rigor técnico significativa puesto que el recurso al artículo 7 CR ha servido generalmente como subterfugio jurídico para legitimar la aplicación de la ley del foro con la que el juzgador está más familiarizado. Este error refleja una confusión terminológica entre aquellas normas de imperatividad meramente interna, aplicables cuando forman parte del ordenamiento objetivamente aplicable (artículo 6 CR) y las normas internacionalmente imperativas, aplicables con independencia de cual sea la ley rectora del contrato de trabajo (artículo 7 CR).

Por contraposición a la jurisprudencia interna, propensa a una interpretación amplia de las normas internacionalmente imperativas, el TJCE defiende una interpretación restrictiva de esta categoría normativa. Así, en sus resoluciones queda patente que la protección de los intereses económicos y sociales de carácter estatal que estas normas persiguen debe ceder ante el objetivo de la consecución de un mercado interior en el que progresivamente se han ido eliminando las trabas que dificultan la libre prestación de servicios. Por lo tanto, la aplicación de esta categoría normativa debe corregirse con los principios de necesidad y proporcionalidad sentados por el TJCE, de tal

**EL TJCE DEFIENDE
UNA INTERPRETACIÓN
RESTRICTIVA
DE LAS NORMAS
INTERNACIONALMENTE
IMPERATIVAS.
LOS INTERESES
ECONÓMICOS Y SOCIALES
DE CARÁCTER ESTATAL
DEBEN CEDER
ANTE EL OBJETIVO
DEL MERCADO COMÚN**

(11) Sobre los diferentes criterios empleados, LOUSSOUARN, Y.: "Cours général de droit international privé", Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 139, 1973, págs. 328-329.

(12) STJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade (Asunto C-369/96, Rec.1999,p. I-8453), apartado 30. Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)", Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2002, págs. 435-453.

suerte que únicamente serán aplicables cuando sean necesarias y proporcionales para la consecución de los objetivos que persiguen. O dicho en otros términos, tal y como se desprende del artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71/CE y de la jurisprudencia relativa al artículo 49 del Tratado CE, la pertenencia de las normas nacionales a la categoría de disposiciones de orden público o de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado.

b) La Directiva 96/71/CE

La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹³, fue dictada con el objetivo principal de conciliar la protección adecuada de los derechos de los trabajadores desplazados con carácter temporal en un país de la Unión Europea para prestar dichos servicios, por un lado, con el derecho fundamental de toda empresa establecida en un Estado miembro a prestar servicios transfronterizos en otro Estado, por otro, tal y como dispone el artículo 49 del Tratado CE.

La Directiva, en definitiva, persigue imponer a las empresas que realicen la prestación de servicios transnacionales mediante el desplazamiento temporal de sus trabajadores a un Estado miembro distinto de su país de establecimiento la obligación de respetar un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima de los trabajadores establecidas por el Estado de acogida, y ello con independencia de la legislación aplicable al contrato de trabajo.

El mecanismo jurídico empleado por el legislador comunitario para ello ha sido la consagración de este núcleo esencial de condiciones de trabajo y de empleo claramente definidas que garantizan una protección mínima a todos los trabajadores desplazados. Tales condiciones tienen que ver con los períodos máximos de trabajo y los mínimos de descanso, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, la cuantía del salario mínimo, incluidos los pluses por horas extraordinarias, las condiciones del suministro a la mano de obra, en particular por parte de las empresas de trabajo temporal, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, las medidas de protección en las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes, la igualdad de trato entre hombres y mujeres así como las disposiciones en materia de discriminación (artículo 3).

El respeto a estas condiciones de trabajo y empleo, imperativas en el Estado de acogida a los trabajadores desplazados, se impone para alcanzar tres objetivos diferentes pero complementarios: evitar distorsiones de la competencia, defender los derechos de los trabajadores desplazados y eliminar los obstáculos e imprecisiones que dificulten la libre prestación de los servicios.

(13) DO L 18, de 21 de enero de 1997.

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal

La Directiva desempeña también un papel esencial al promover el clima indispensable de competencia honesta, garantizando condiciones equitativas y seguridad jurídica a los prestadores o usuarios de servicios y a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de los servicios.

No se trata de una directiva exclusivamente social que tiene por finalidad primordial la defensa de los derechos del trabajador desplazado, sino de una norma con una finalidad económica evidente que trata de eliminar las trabas que dificultan o impiden la libre prestación de servicios. En este sentido, la regulación de las condiciones mínimas de trabajo que deben respetarse en el Estado de acogida se configuran como un instrumento para la consecución de su finalidad última¹⁴.

III. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS VS. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES

A) Introducción

La libertad de prestación de servicios propicia desplazamientos temporales de trabajadores a otros Estados miembros de la Unión Europea donde el empresario debe prestar servicios. Esto ha planteado cuestiones relacionadas con el mercado de trabajo y con la libre competencia. Desde la perspectiva de la tutela de la protección de los derechos de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, el objeto de la Directiva es garantizar la tutela de los trabajadores desplazados en el Estado de prestación de los servicios. Se plantea así una colisión entre dos elementos esenciales en la construcción europea: la defensa de las libertades comunitarias y la protección de los derechos sociales¹⁵. Un objetivo económico frente a un objetivo social que pueden entrar en colisión. En las sentencias Laval¹⁶ y Rüffert¹⁷ el tribunal sienta las bases que regularán su convivencia.

Denominador común a ambos asuntos es la circunstancia de que la libre prestación de servicios, libertad fundamental sobre la que se asienta la construcción europea, se ve afectada por el ejercicio de un derecho social de carácter privado, en el caso del asunto Laval, o por la autonomía de la voluntad colectiva de los trabajadores, en el asunto Rüffert. No son

(14) Comunicación sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores, COM (2007) 304 final, pág. 4.

(15) Vid. GIESEN, R.: "Posting social protection of workers vs. Fundamental freedoms?", *Common Market Law Review*, 2003, núm. 40, págs. 143 y ss.; LANDA ZAPIRAIN, J.P. y MORENO MARCOS, M.: "Una nueva encrucijada del Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de acción sindical con el respeto de las libertades fundamentales del mercado interior", *Relaciones Laborales*, 2008, núm. 11, págs. 13 y ss.; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "Los límites de la acción sindical en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores", *Aranzadi Social*, 2007, núm. 22.

(16) STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto Laval (C-341/05, Rec. 2007, p. I-11767). Las conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi fueron presentadas el 23 de mayo de 2007.

(17) STJCE de 3 de abril de 2008, Asunto Rüffert, C-346/06. Las conclusiones del Abogado General Ives Bot fueron presentadas el 20 de septiembre de 2007.

actos o disposiciones que emanan de los poderes públicos los que restringen el alcance de la libertad comunitaria, por lo que el efecto del artículo 49 del Tratado CE podría resultar controvertido. Como cuestión previa se plantea, por tanto, el interrogante de si la garantía del correcto funcionamiento del mercado y la protección de los operadores económicos a través de las diferentes libertades comunitarias debe limitar la autonomía no sólo de las autoridades públicas estatales, sino también de los demás operadores privados.

En un principio, parte de la doctrina sostuvo que la cuestión debía responderse negativamente, puesto que las interferencias en el correcto funcionamiento del mercado común por actos de operadores no estatales podían ser atacadas a través de las normas sobre competencia¹⁸. Otros, sin embargo, señalaron que una actuación particular, es decir, una actuación que no emana en último término del Estado como autoridad pública y a la que no se aplican las normas sobre competencia, puede igualmente obstaculizar el funcionamiento del mercado interior, por lo que sería un error excluir categóricamente tal actuación de la aplicación de las normas sobre libre circulación¹⁹.

El Tribunal de Justicia ha reconocido que las normas sobre libre prestación de servicios pueden limitar la autonomía de los particulares puesto que los actos de éstos son igualmente susceptibles de poner en peligro los objetivos de las disposiciones sobre las libertades comunitarias²⁰. En este sentido, la eficacia horizontal del artículo 49 del Tratado CE resulta incontrovertida.

B) La libre prestación de servicios y los derechos sociales: El asunto Laval

a) Planteamiento del problema

Durante décadas la jurisprudencia nacional y comunitaria en materia de desplazamientos temporales de trabajadores nos ha proporcionado amplias muestras de la interacción de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales entre sí, y entre éstos y el ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, la globalización de los mercados y la reciente apertura de Europa a los países del Este ha puesto de manifiesto el hecho de que esta convivencia jurídica empieza a afectar a las estructuras constitucionales de los distintos Estados, especialmente en lo que a derechos sociales fundamentales respecta. En este sentido, el TJCE en dos pronunciamientos relativamente recientes ha debido abordar la problemática

(18) MARENCO, G.: "Competition between national economies and competition between businesses: a response to Judge Pescatore", *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1987), pág. 420.

(19) PESCATORE, P.: "Public and Private Aspects of European Community Law", *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1987), págs. 378-379; BAQUERO CRUZ, J.: "Free movement and private autonomy", *European Law Review*, 1999, págs. 603 y ss.

(20) Entre otras, STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia (C-265/95, Rec. p. I-6959) y STJCE de 12 de junio de 2003 (C-112/00, Rec. p. I-5659). En el ámbito de las condiciones laborales, STJCE de 8 de mayo de 2003, Deutscher Handballbund (C-438/00, Rec. p. I-4135), apartado 32, confirmada por la STJCE de 12 de abril de 2005, Simutenkov (C-265/03, Rec. p. I-2579), apartado 3.

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal

cuestión de la dimensión supranacional del derecho de huelga y su ejercicio cuando éste afecta a alguna de las libertades comunitarias²¹.

En un principio, un gran sector doctrinal defendió la idea de la inmunidad de los sistemas sindicales nacionales ante el Derecho comunitario sobre la base del artículo 137.5 del Tratado CE²². Sin embargo, los últimos pronunciamientos del tribunal comunitario no invitan al optimismo y defienden una visión mercantilista de las libertades económicas, relegando los derechos sociales de acción colectiva a un segundo plano²³.

Veamos los hechos que han dado lugar a esta línea jurisprudencial. Laval es una sociedad letona que fue contratada por L&P Baltic Bygg AB (en lo sucesivo, “Baltic”) para construir un centro escolar en Vaxholm (Suecia). Para la ejecución de esta obra, entre mayo y diciembre de 2004 Laval desplazó a Suecia a aproximadamente treinta y cinco trabajadores. Alrededor del 65% de los trabajadores letones desplazados estaban afiliados al sindicato de los trabajadores de la construcción en su Estado de origen.

En junio de 2004, Laval y Baltic, por un lado, y el sindicato sueco, por otro, iniciaron negociaciones para fijar las condiciones salariales de los trabajadores desplazados y la adhesión de Laval al convenio colectivo de la construcción sueco. Sin embargo, ante la ruptura de las negociaciones por la negativa de Laval a garantizar a sus trabajadores desplazados el salario por hora exigido por las organizaciones sindicales suecas, el sindicato sueco inició una medida de conflicto colectivo consistente en el bloqueo del conjunto de las obras de Laval en Suecia. Como consecuencia de la interrupción de las obras durante cierto tiempo, Baltic fue declarada en quiebra y los trabajadores desplazados regresaron a Letonia.

Básicamente, la cuestión que se le plantea al TJCE consiste en determinar si el artículo 49 del Tratado CE, así como la Directiva 96/71/CE se oponen a que en un Estado miembro

**LOS RECIENTES
PRONUNCIAMIENTOS
DEL TJCE DEFIENDEN UNA
VISIÓN MERCANTILISTA
DE LAS LIBERTADES
ECONÓMICAS, RELEGANDO
LOS DERECHOS SOCIALES
COLECTIVOS
A UN SEGUNDO PLANO**

(21) STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, *cit.* y STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking (C-438/05, Rec. 2007, p. I-10779). Esta segunda guarda una gran similitud con la primera puesto que pondera el ejercicio del derecho de huelga en colisión con las libertades comunitarias, pero parte de un ámbito diferente, el de la libertad de establecimiento.

(22) Como reverso de la misma moneda, existía otra corriente que veía en el impacto de la construcción europea un reforzamiento a los derechos sociales y una respuesta a la mercantilización del trabajo. Vid. PERNICE, I.: “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, 2002, págs. 511 y ss.

(23) Esta sentencia, junto con su análogo en el ámbito de la libertad de establecimiento, suponen un paso atrás respecto a la jurisprudencia sentada en el caso Albany (STJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Rec. 1999 p. I-05751; Véase el comentario de GYSELEN, L.: “Nota”, *Common Market Law Review* 2000 págs. 425 y ss.).

en el que el salario mínimo no está regulado por disposiciones de aplicación general una organización sindical pueda obligar a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en el bloqueo de las obras, a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de las materias contempladas por el artículo 3 de la Directiva, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales pertinentes.

La comprensión del alcance de la cuestión prejudicial planteada exige precisar que el Reino de Suecia carece de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos en el sentido del párrafo primero del artículo 3.8 de la Directiva 96/71, y que no se ha acogido al segundo párrafo de dicha disposición. Por el contrario, el método elegido por Suecia para garantizar que los trabajadores desplazados temporalmente a su territorio disfruten de las condiciones de trabajo y empleo establecidas en los convenios colectivos consiste en dejar que las organizaciones sindicales de trabajadores, en caso de que un prestador de servicios no firme voluntariamente tales convenios, adopten medidas de conflicto colectivo con el fin de obligar a ese empresario a suscribir los convenios, bien directamente, bien mediante un acuerdo de adhesión, inclusive cuando el prestador de servicios ya está vinculado por un convenio colectivo en el Estado de origen²⁴.

Ante estos hechos, el TJCE consideró que una normativa nacional (en este caso la normativa sueca) que no tiene en cuenta los convenios colectivos a los que las empresas que desplazan trabajadores a Suecia ya están vinculadas en su Estado de origen, crea una discriminación injustificada, puesto que aplica a tales empresas el mismo trato que está reservado a las empresas nacionales que no han celebrado convenio colectivo alguno.

Según el tribunal comunitario, estas normas discriminatorias sólo podrían estar justificadas por razones de orden público y de seguridad y salud públicas. Sin embargo, para el tribunal, la aplicación de la normativa a las empresas extranjeras vinculadas por convenios colectivos a las que no se aplique directamente la legislación sueca no cumple ninguna de estas premisas puesto que tiene como finalidad, por una parte, permitir la actuación de las organizaciones sindicales de manera que los empresarios que operan en el mercado de trabajo sueco apliquen las retribuciones y demás condiciones de empleo que correspondan a las aplicadas normalmente en Suecia y, por otra, crear unas condiciones de competencia desleal entre los empresarios suecos y los empresarios procedentes de otros Estados miembros.

(24) El modelo sueco de las relaciones colectivas de trabajo se inspira en los principios de responsabilización y autorregulación de los interlocutores sociales, a quienes concede una gran autonomía. Sobre el papel regulador de los interlocutores sociales en Suecia, vid. BRUUN, N. y MALMBERG, J.: "Ten Years within the EU—Labour Law in Sweden and Finland following EU accession", en N. Wahl N. P. Cramer: *Swedish Studies in European Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, págs. 79 a 81; DØLVIK, J.E. y ELDRING, L.: *The Nordic Labour Market two years after the EU enlargement*, TemaNord 2006:558, Norden, Copenhagen, 2006 (<http://www.norden.org/pub/velfaerd/arbetsmarknad/sk/TN2006558.pdf>).

b) La Directiva 96/71/CE como norma de protección máxima

Según el fallo del tribunal comunitario, un Estado miembro en el que las cuantías de salario mínimo no se determinan por una de las vías previstas en el artículo 3, apartados 1 y 8, de la Directiva 96/71 no está facultado para exigir a las empresas establecidas en otros Estados miembros, en el marco de una prestación de servicios transnacional, una negociación caso por caso en el lugar de trabajo que tenga en cuenta la cualificación y las funciones de los trabajadores.

Para el TJCE la restricción a la libre prestación de servicios no puede estar justificada con arreglo al objetivo de interés general de protección de los trabajadores y de prevención del *dumping* social cuando la negociación salarial que se pretende imponer a una empresa establecida en otro Estado miembro se inscribe en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones de carácter general que resulten suficientemente precisas y accesibles *a priori* por las empresas de otros Estados miembros que pretendan prestar sus servicios en el Estado de acogida²⁵.

Con este pronunciamiento el TJCE vacía de contenido la garantía establecida por la Directiva 96/71/CE en aquellos sistemas jurídicos en que, como el sueco, la cuantía del salario mínimo no está regulada en disposiciones de carácter general, sino que queda relegada a una negociación individualizada puesto que las autoridades nacionales han atribuido a los interlocutores sociales la función de fijar, mediante la negociación colectiva, las cuantías de salario que las empresas nacionales deben abonar a sus trabajadores²⁶.

c) El carácter subordinado del Derecho de huelga

El derecho de acción colectiva es un instrumento esencial para que los trabajadores expresen su voz y para hacer que los gobiernos y los empresarios cumplan su parte del contrato social. Este instrumento de acción colectiva proporciona los medios para poner énfasis en el hecho de que el traslado de las empresas a otro país conlleva unos costes para los trabajadores que se ven desplazados, y en que estos costes no deben ser únicamente soportados por los trabajadores. En consecuencia, el derecho de acción colectiva tiene un papel fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario, tal como reitera el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁷.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta si las acciones emprendidas por los sindicatos suecos alcanzan un justo equilibrio entre el derecho social fundamental a ejercer una acción colectiva, por un lado, y libre prestación de servicios, por otro. Una vez situada esta cuestión en su contexto más amplio, es necesario examinar la forma y el objetivo de la acción colectiva de que se trata.

(25) STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit., apartado 43.

(26) Sobre la negociación colectiva en Suecia, vid. NORBERG, P. y NUMHAUSER-HENNING, A.: "La negociación colectiva en Suecia", en *La negociación colectiva en Europa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, núm. 61, págs. 235 y ss.

(27) DO C 364, de 18 de diciembre de 2000.

La cuestión clave que subyace en el presente asunto es con qué fines puede utilizarse la acción colectiva y hasta dónde puede llegar. Esta cuestión alude a un desafío importante para la Comunidad y sus Estados miembros: proteger a aquellos trabajadores que han sido perjudicados a causa del funcionamiento del mercado común garantizando, al mismo tiempo, los beneficios globales del comercio intracomunitario.

En pronunciamientos anteriores el Tribunal de Justicia ya declaró que la protección de los derechos fundamentales, como el derecho de huelga, constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario²⁸, como pueden ser la libre circulación de mercancías²⁹ o la libre prestación de servicios³⁰.

En el asunto Laval el TJCE hace un reconocimiento solemne de los derechos sociales colectivos como parte del patrimonio constitucional de los Estados miembros y del ordenamiento europeo. Sin embargo se trata de un reconocimiento más nominal que sustancial puesto que en el desarrollo argumental posterior el tribunal comunitario prima la libre prestación de servicios sobre el derecho de huelga.

Ya en su día el TJCE admitió que, pese a que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario³¹, su ejercicio puede estar supeditado a ciertas restricciones siempre que resulten justificadas por razones imperiosas de interés general y sean adecuadas y proporcionales para garantizar la realización del objetivo perseguido³². Sin embargo, en el asunto Laval el tribunal europeo va más allá y establece que el ejercicio del derecho de huelga en la dimensión europea no puede desplegar efectos restrictivos de la competencia y de las libertades empresariales y que, por ello, el derecho de huelga debe ser restringido cuando estén en juego tales libertades básicas consideradas principios fundamentales de la Comunidad.

Las alegaciones sobre la restricción de tales principios por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental como el de huelga corren una suerte similar. Sólo es factible oponer la vigencia de la libertad sindical y del derecho de huelga si los empleos o condiciones de trabajo de los trabajadores en cuya tutela se ejerce la huelga están seriamente amenaza-

(28) Véase, en este sentido, la Sentencia Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659) apartado 74 y las Sentencias de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, cit., apartado 36; de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni e ISA* (C-165/98, Rec. p. I-2189) apartado 27 y de 25 de octubre de 2001, *Finalarte y otros* (C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Rec. p. I-7831) apartado 33.

(29) STJCE de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, cit. apartado 74.

(30) STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02, Rec., p. I-9609, apartado 35).

(31) Artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(32) STJCE de 5 de junio de 1997, *SETTG* (C-398/95, Rec. p. I-3091, apartado 21); STJCE de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 37), y STJCE de 5 de diciembre de 2006, *Cipolla y otros* (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421, apartado 61).

dos, y si la medida es adecuada al objetivo de protección y proporcional, es decir, si no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido³³.

En definitiva, una jurisprudencia que podría conducir al empobrecimiento de las identidades sociales y sindicales nacionales y a una reducción de las contribuciones de los distintos tribunales constitucionales relativas a la configuración del derecho de huelga como un derecho absoluto de titularidad individual³⁴.

C) La libre prestación de servicios y la protección del trabajador desplazado: El asunto Rüffert

a) Los antecedentes de hecho

Los hechos sobre los que se asienta el asunto Rüffert se desarrollan en Alemania, en el Land de Baja Sajonia, cuando en el otoño de 2003 se adjudicó a Objekt und Bauregie un contrato de obras para la construcción del establecimiento penitenciario de Göttingen-Rosdorf. En la oferta la empresa se comprometía a respetar el artículo 3 de la Ley del Land sobre contratación pública, según el cual los contratos de obra sólo podrán adjudicarse a empresas que en la licitación se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores al menos la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de la prestación. Esta obligación era extensible a los supuestos en que el adjudicatario subcontratase algunos de los servicios. En este sentido, el artículo 4 de la ley obligaba al contratista principal a imponer a sus subcontratistas las mismas obligaciones que le incumbían a él y establecía una cláusula penal según la cual las entidades adjudicatarias pactarían con el adjudicatario una cláusula penal del 1% del valor del contrato respecto a cada incumplimiento culposo, pudiendo llegar hasta el 10% del valor del contrato en el supuesto de incumplimientos múltiples.

**EL DERECHO A ADOPTAR
MEDIDAS DE CONFLICTO
COLECTIVO PUEDE
ESTAR SUPEDITADO
POR RAZONES
DE INTERÉS GENERAL**

(33) Aplica de forma encubierta el conocido como *Balancing test* o *test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*: *Idoneidad* en el sentido de verificar que la medida limitativa sea efectivamente adecuada para la consecución de determinados objetivos legítimos de interés público o general; *Necesidad* en cuanto que debe probarse que la medida adoptada es la menos lesiva para alcanzar el objetivo perseguido; *Proporcionalidad*, en cuanto medida estrictamente proporcional que justifique la limitación propuesta. En este sentido, CARUSO, B.: "La integración de los derechos sociales en el espacio supranacional y social; primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking", *Relaciones Laborales*, 2008, núms. 15-16, págs. 48 y ss. En relación con el control de proporcionalidad en materia salarial, QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Libre prestación de servicios y normas de policía sobre salario mínimo: ¿es oportuno el control de proporcionalidad?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2002, págs. 1966 y 1967.

(34) CALVANO, R.: *La Corte di giustizia e la Costituzione Europea*, Padua, Cedam, 2004, págs. 266 y ss.

La empresa adjudicataria contrató los servicios de Pracownie Konserwacji Zabytkow (en lo sucesivo, PKZ) como subcontratista. Se trataba de una empresa polaca con sucursal en Alemania que empleaba a trabajadores polacos, a quienes abonaba un salario inferior al previsto en el convenio colectivo aplicable en el lugar de trabajo. Estos hechos fueron detectados en una inspección de trabajo y el Land de Baja Sajonia interpuso una demanda en aplicación de la cláusula penal. Concretamente, entendía que el pago de salarios inferiores a los previstos constituía un incumplimiento individualizado respecto de cada uno de los trabajadores y alegaba que procedía la aplicación de la cláusula penal puesto que, alegaba, Objekt und Bauregie debía haber conocido las infracciones de su empresa subcontratista respecto del pago del salario mínimo.

En primera instancia el Landgericht Hannover estimó parcialmente la demanda, de modo que impuso a Objekt und Bauregie la pena de abonar el 10% del valor del contrato. No obstante, esta primera resolución fue apelada y el Oberlandsgericht Celle, tribunal que conoció de la apelación y que planteó la cuestión prejudicial en el asunto Ruffert, entendió que la solución dependía de si el artículo 8 de la Ley del Land resultaba incompatible con la libre prestación de servicios reconocida en el artículo 49 del Tratado CE y, por tanto, debía quedar inaplicado. Concretamente, la duda que se plantea es si la obligación de respetar el convenio colectivo aplicable está justificada por razones de interés general o, por el contrario, supone una restricción injustificada a la libre prestación de servicios al eliminar la ventaja competitiva que tienen las empresas establecidas en otros países que disfrutaban de unas condiciones socio-laborales menos exigentes.

La base jurídica para responder a la cuestión prejudicial planteada debe construirse sobre la interpretación del alcance y contenido del artículo 3 de la Directiva comunitaria. Según este precepto, las condiciones de trabajo relativas a las materias allí enumeradas (entre las que se encuentra el salario mínimo) deben ser establecidas por disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, por laudos arbitrales o, lo que resulta de interés para el asunto, por convenios colectivos declarados de aplicación general. El artículo 8 de la Directiva contiene una definición autónoma de lo que debe entenderse por convenios colectivos declarados de aplicación general, de forma que se eviten interpretaciones divergentes que impidan una aplicación uniforme de la norma comunitaria. En este sentido, establece que por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general se entenderán aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos. En ausencia de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en los convenios colectivos o laudos arbitrales que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos; o en los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional, siempre que su aplicación garantice igualdad de trato por lo que respecta a las materias enumera-

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal

das en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 3 entre dichas empresas y las demás empresas que se hallen en una situación similar.

En la fundamentación jurídica del asunto Ruffert, el TJCE se ha apartado de la práctica totalidad de los argumentos esgrimidos por el Abogado General llegando a una solución diferente en la que se prima la libre prestación de servicios frente a la protección de los derechos de los trabajadores³⁵. En este sentido, el tribunal comunitario limita los objetivos oficialmente perseguidos por la Directiva 96/71/CE a la materialización de esta libertad comunitaria, a la que considera una de las libertades fundamentales perseguidas por el Tratado³⁶.

Esta limitación de los objetivos perseguidos por la Directiva, que ya se dejaba intuir en el asunto Laval, es la que condiciona todo el desarrollo argumental posterior. Así, la argumentación se asienta principalmente en 3 pilares ciertamente criticables que limitarán el alcance de las disposiciones protectoras de los trabajadores desplazados. Por un lado, el TJCE limita el alcance del párrafo 8º del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE al impedir su aplicación a los desplazamientos de trabajadores a países en los que existe un sistema de declaración de aplicación general de convenios³⁷. Por otro, impide que el objetivo de protección del trabajador desplazado se articule a través de disposiciones de alcance sectorial³⁸; Finalmente, el TJCE configura el nivel de protección del trabajador previsto por la Directiva 96/71/CE como un nivel máximo³⁹, de tal suerte que impide protecciones reforzadas⁴⁰.

b) Limitación del alcance del párrafo 8 del artículo 3 de la Directiva

En Alemania la fijación del salario mínimo en el sector de la construcción es objeto de la negociación colectiva. En ese Estado, los convenios colectivos se celebran, como regla general, entre los sindicatos de trabajadores y las principales asociaciones de empresarios, pudiendo abarcar en un sector determinado la totalidad o parte del territorio nacional. Concretamente, el sector de la construcción se rige por un convenio colectivo que fija un marco general para la industria de la construcción. Este convenio es aplicable en todo el

(35) También parece romper el optimismo al que invitaban otras sentencias anteriores del mismo tribunal. Piénsese, por ejemplo, en la STJCE de 27 de marzo de 1990, Asunto Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417). En ella se considera como razón imperiosa de interés general justificativa de una restricción a la libertad de prestación de servicios el evitar la competencia desleal de las empresas que retribuyen a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo. En la misma línea declara que no existe una contradicción entre el objetivo de mantener el clima de competencia leal entre empresas y el de garantizar la protección de los trabajadores. Ambos son, afirma, objetivos que pueden perseguirse simultáneamente. Más recientemente, en la STJCE de 19 de enero de 2006, Asunto Comisión/Alemania (C-244/04, Rec. 2006, p. I-885) ha admitido la prevención del fenómeno del *dumping* social como justificación de una eventual restricción de la libre prestación de servicios, legitimando la obligación de respetar la normativa estatal o convencional del Estado miembro de acogida en el que el trabajador preste temporalmente sus servicios.

(36) Así lo declara en el apartado 36 de la resolución, ignorando que esta afirmación contradice lo dispuesto en el Considerando 5 de la propia Directiva.

(37) Apartado 27.

(38) Apartado 39.

(39) Apartado 33.

(40) GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso Ruffert", *Aranzadi Social*, 2008, núm. 5.

territorio alemán pero carece de reglas sobre el salario mínimo. Esas reglas se encuentran, por una parte, en un convenio colectivo que prevé un salario mínimo en el sector de la construcción y, por otra, en convenios colectivos específicos (*Entgelttarifverträge*). La mayoría de estos convenios colectivos específicos tienen un ámbito de aplicación territorial limitado y generalmente no son declarados de aplicación general, lo que significa que no todos ellos son aplicables de forma obligatoria a todos los trabajadores del sector correspondiente pese a establecer salarios mínimos obligatorios sensiblemente superiores.

La peculiaridad del sistema de negociación colectiva alemán radica en que el proceso de extensión de la eficacia de los convenios colectivos es un sistema complejo que impide su aplicación a cada uno de los convenios sectoriales existentes, por lo que el cierre de la vía del párrafo 8º del artículo 3 de la Directiva impediría dotar a estos instrumentos sectoriales de la fuerza vinculante precisa para desempeñar la función tuitiva que tienen asignada⁴¹.

c) El objetivo de protección de los trabajadores sólo puede materializarse en disposiciones de alcance general

Igualmente desafortunada es la interpretación que hace el TJCE de los requisitos que deben concurrir para entender que la restricción de las libertades comunitarias, concretamente la libre prestación de servicios, está justificada por el objetivo superior de protección de los trabajadores. Quizás por un desconocimiento profundo del sistema general de fuentes del Derecho del Trabajo, el tribunal comunitario llega a afirmar que una normativa como la alemana en materia de contratación pública no puede entenderse orientada a la protección general de los trabajadores desde el momento que tiene un ámbito de aplicación material y personal limitado. El Tribunal parece interpretar que la regulación estatal de la contratación administrativa persigue más una finalidad económica (la protección de las empresas nacionales), que una finalidad social (la protección del trabajador)⁴². En definitiva, para el TJCE los objetivos expresamente señalados en la norma alemana, como la voluntad de proteger y de promover la organización sindical o la voluntad de mantener un determinado nivel salarial para asegurar la estabilidad de los regímenes de seguridad social, no son válidos para justificar una restricción a la libre prestación de servicios.

d) El TJCE impide el juego de la protección reforzada prevista en el artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE

Finalmente, y para culminar la argumentación jurídica en el asunto Rüffert, el TJCE niega cualquier posibilidad de establecer obligatoriamente protecciones reforzadas en aquellas

(41) Sobre el sistema de negociación colectiva en Alemania, ZACHERT, U.: “La negociación colectiva en Alemania”, en *La negociación colectiva...*, cit., págs. 30 y ss.

(42) En este sentido, y siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO FERRER (“El caso Rüffert: ¿una constitucionalización...”, cit., pág. 102), el TJCE ignora que el carácter social y no económico de este tipo de medidas se comprueba con la lectura del Convenio núm. 94 OIT sobre cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas).

Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal

materias reguladas por el artículo 3 de la Directiva comunitaria, negando cualquier efectividad a la posibilidad de establecer mejoras en las condiciones laborales expresamente previstas en el artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE. Con ello, lo que el Tribunal europeo pretende es configurar la protección dispensada por el artículo 3.1 como una protección de máximos que no puede ser mejorada por las normas internas de transposición que se adopten en los diferentes Estados miembros. Se legitima así de forma encubierta el recurso a trabajadores de bajo coste mediante la subcontratación de empresas establecidas en Estados miembros con niveles de tutela sindical inferiores.

IV. CONCLUSIONES

Durante las últimas décadas hemos asistido a un proceso de crecimiento de la movilidad transfronteriza de servicios. Las empresas desplazan a sus trabajadores de un Estado a otro con carácter temporal. Esta movilidad tiene un signo diferente al de los movimientos migratorios de primera mitad del siglo pasado, época en la que el fenómeno migratorio estaba asociado a la búsqueda de empleo. En la actualidad, la movilidad se produce por voluntad del empresario y bajo la dirección de éste.

La proliferación de esta realidad no suscitaría mayores problemas en un mercado de trabajo armonizado, con normas similares en materia laboral. Sin embargo, en el seno de la Unión Europea la integración se circunscribe a los bienes, servicios y capitales, sin hacerse extensiva a las condiciones de trabajo. Éstas siguen estando reservadas a normas de producción interna, ya se trate de normas de origen estatal, o normas de origen colectivo que reflejan la autonomía de la voluntad de los interlocutores sociales.

En la Europa de los 27 la falta de comunitarización de las condiciones de trabajo se traduce en la existencia de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos estatales con niveles de protección social muy diferentes. Esto ha generado situaciones de *dumping* social que son aprovechadas por las empresas situadas en Estados con una legislación sociolaboral más permisiva para colocarse en una posición competitiva más fuerte y emprender una estrategia de expansión industrial, en claro detrimento de las conquistas sociales alcanzadas en los Estados económicamente más desarrollados.

**LA FALTA DE
COMUNITARIZACIÓN
DE LAS CONDICIONES
DE TRABAJO
SE TRADUCE
EN MÚLTIPLES
ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS ESTATALES
CON DISTINTOS NIVELES
DE PROTECCIÓN**

Esta competencia normativa entre los ordenamientos nacionales que coexisten en un espacio económicamente integrado ha puesto en peligro la coexistencia pacífica entre los principios sociales y las libertades económicas, concretamente, la libre prestación de servicios.

Las últimas sentencias del TJCE evidencian la amplia incidencia del Derecho comunitario en cuestiones tradicionalmente reservadas a la esfera estatal, como son la determinación del salario y los sistemas de relaciones colectivas. Las sentencias dan un paso importante al erigir a los derechos y las políticas sociales en un rasgo fundamental de la identidad del nuevo ordenamiento comunitario. Sin embargo, no van más allá de ese reconocimiento formal y en la pugna entre derechos sociales y libertades económicas los primeros son instrumentalizados al servicio de las segundas. Los estándares sociales de protección son percibidos como un obstáculo en lugar de como condiciones necesarias que velan por la protección de los trabajadores y por alcanzar un clima de competencia leal entre empresas competidoras. En otras palabras, el orden económico se impone y las libertades comunitarias quedan intactas. Quizá sea éste el comienzo de un proceso de progresiva mercantilización de los derechos sociales.

La dependencia entre el promotor y el coordinador de seguridad y salud en obras de construcción y las responsabilidades derivadas de la misma en el ámbito social

JUAN GÓMEZ ARBÓS

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Resumen

LA DEPENDENCIA ENTRE EL PROMOTOR Y EL COORDINADOR DE SEGURIDAD Y SALUD EN OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y LAS RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA MISMA EN EL ÁMBITO SOCIAL

El artículo trata sobre la relación establecida entre Promotor y Coordinador de Seguridad y Salud en obras de construcción. Define ambos sujetos. Analiza sus obligaciones y determina las responsabilidades administrativas del promotor, tanto las derivadas de su actividad como tal como las derivadas de actuaciones del coordinador de seguridad,

que desde la reforma con la Ley 54/2003, se le imputan al promotor como sujeto responsable. Además valora las obligaciones que se han derivado con la aprobación del RD 171/2004 que regula la coordinación de actividades preventivas y con la Ley 32/2006 que regula la subcontratación en el sector de la construcción.

Abstract

THE DEPENDENCE BETWEEN THE PROMOTOR AND THE SECURITY AND HEALTH COORDINATOR IN CONSTRUCTION WORKS AND ITS DERIVATIVE RESPONSIBILITIES IN THE SOCIAL ENVIRONMENT

The article deals with the relationship established between Promoter and Security and Health Coordinator in construction works. It defines both figures. It analyses their

obligations and determines the promoter's administrative responsibilities, so much the one derivative of its activity as those one derivative of the security coordinator's

interventions that, from the reformation with the Law 54/2003, are imputed to the promoter like responsible individual. It also values the obligations that have been derived with the

approval of the RD 171/2004 that regulates the coordination of preventive activities and with the Law 32/2006 that regulates the subcontracting in the construction sector.

Sumario

I. El promotor. A) El promotor-constructor. B) Propia actividad y actividad de promoción. **II. Obligaciones del promotor de la obra.** A) La designación del coordinador de seguridad. B) El deber de información del promotor. C) Las instrucciones del promotor como titular de la obra. D) El aviso previo. E) El deber in vigilando. F) Las responsabilidades administrativas exigibles al promotor en obras destinadas a uso propio.

III. El concepto de coordinador de seguridad y salud. IV. Obligaciones del coordinador de seguridad y salud. A) Una vez efectuado el plan de seguridad: ¿qué obligaciones se derivan del mismo para el coordinador de seguridad? B) El libro de incidencias como método de seguimiento y control del plan de seguridad. C) Como afectan al coordinador de seguridad las incorporaciones y modificaciones al plan de seguridad y salud. D) Otras obligaciones del coordinador de seguridad y salud. E) Métodos de coordinación de actividades preventivas.

I. EL PROMOTOR

Las actividades del promotor y del coordinador de seguridad están estrechamente relacionadas, dentro del ámbito de responsabilidades del TRLISOS. Por ello es importante definir en primer lugar el concepto de promotor¹. Se considera a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa

(1) Sobre el concepto de promotor, véase: LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P.: "El Real Decreto 1627/1997, sobre medidas de seguridad y salud en las obras de construcción", *Información Laboral*, núm. 3, 2002, p. LN 28, y TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: "El concepto de promotor y sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral", *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 2004. núm. 53.

y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título². Son obligaciones del promotor, entre otras, ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él. En la LOE no se exige que el promotor desarrolle una actividad profesional, ni se exige tampoco que le mueva un ánimo de lucro o la consecución de un beneficio económico³. El artículo 2.8 TRLISOS considera como sujeto responsable al promotor y propietario de la obra sin especificar nada más y el artículo 2.1.c) RD 1627/1997 sólo señala que promotor es cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra.

Siguiendo la clasificación de promotores establecida por TOROLLO GONZÁLEZ⁴ podemos distinguir:

a) En primer lugar, tenemos al “promotor-constructor”, que es la persona que ostentando un derecho sobre el suelo en el que se va a edificar impulsa la construcción del edificio realizando las labores constructivas directamente con sus medios y/o con el auxilio de otros empresarios. La construcción que lleva a cabo se realiza con el ánimo de comercializar el edificio.

b) En segundo lugar, no es poco frecuente la figura del “promotor-vendedor” que en los procesos de edificación encarga a otra empresa la construcción de la obra, circunscribiendo su labor a la financiación de ésta directa o indirectamente y a la venta o enajenación de los diversos pisos, viviendas o locales. Queda claro, pues, que no interviene de modo directo o personal en las labores de construcción. Su actividad se limita a buscar a los compradores para transmitirles las viviendas una vez que han sido construidas por otros agentes de la edificación.

c) En tercer lugar, existe el “promotor mandatario”, que es aquel que, por una remuneración, programa e impulsa la edificación por cuenta del dueño de la obra, a cuyo nombre y en su beneficio contrata con las empresas contratistas la ejecución de todas o parte de las operaciones necesarias en la construcción.

d) En cuarto lugar, en las obras de edificación también aparece la figura del “promotor-prestatario” o “promotor-mediador”,

**LOS PROMOTORES
PUEDEN CLASIFICARSE EN
PROMOTOR-CONSTRUCTOR,
PROMOTOR-VENDEDOR,
PROMOTOR-MANDATARIO
Y PROMOTOR-MEDIADOR**

(2) Artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE).

(3) TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “El concepto de promotor...”, op. cit., pág. 88.

(4) TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “El concepto de promotor...”, op. cit., pág. 88.

al que no le mueve el ánimo de comercialización de la obra edificada, sino su uso privativo, que se destina a sus asociados, socios, comuneros o, en su caso, a terceras personas. Es el sujeto que realiza las tareas jurídicas, administrativas y financieras necesarias para llevar a cabo la obra. En la práctica estas actividades se realizan por los gestores, que lo son de las cooperativas de viviendas, de las sociedades civiles de construcción o de las comunidades de propietarios u otras figuras semejantes.

Aunque no se incluye en la clasificación del profesor TOROLLO, no podemos dejar de incluir una última situación:

e) El promotor propietario, que realiza la construcción de un edificio para destinarlo, no a su comercialización, al menos inmediata, sino a usos propios, ya sean de su actividad comercial, en el caso de una empresa unipersonal, ya sea como cabeza de familia para primera o segundas residencias o para una actividad comercial que ejerza por cuenta propia.

A) El promotor-constructor

Se trata de una figura muy común en el sector de la construcción en el que la promotora a su vez se encarga de la ejecución de una parte de la obra sino de la obra en su totalidad. En estos casos es evidente que además de asumir las responsabilidades previstas como promotor, deberá asumir las señaladas en el RD 1627/1997 para el constructor⁵.

Además, cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de ésta, tendrá la consideración de contratista⁶. Esto no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda y cuando contrata directamente. Cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista, asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute⁷.

(5) En este sentido, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 1997 (Ar. 1997\7209), recurso de apelación núm. 10741/1991. STSJ de la Comunidad de Madrid de 26 de abril de 2006, núm. 404, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (Ar. 2006/201244).

(6) Artículo 2.3 RD 1627/1997 y Disposición Adicional Segunda RD 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

(7) Artículo 3.e) Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, BOE de 19 de octubre de 2006.

La dependencia y responsabilidad del promotor y el coordinador de seguridad y salud

La Guía de construcción del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene (INSH)⁸ al referirse al subcontratista, nos señala⁹ que para que una empresa que realiza partes o instalaciones de una obra adquiera la condición de subcontratista, tal y como se expresa en el propio enunciado de este apartado, debe ser contratada por el contratista. En caso de que el contrato emane directamente del promotor, la empresa en cuestión adquirirá la condición de contratista. Sin embargo, a nuestro juicio, esta interpretación de la Guía del INSH, choca con el actual texto regulador de la subcontratación la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que define que se entiende por subcontratación¹⁰: la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado. Además nos señala que subcontratista es la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución¹¹. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista) y así sucesivamente. Y por último nos señala que “El promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno ya sean personas físicas o jurídicas”¹². Es decir, que la actual redacción que fija la Ley 32/2006 deja sin efecto la interpretación aplicada por la Guía del INSH, ya que define y aclara los conceptos de promotor y subcontratista, y considerara que sólo se considerará contratista al promotor cuando ejecute directamente toda o parte de una obra y cuando contrate directamente con trabajadores autónomos.

B) Propia actividad y actividad de promoción

Uno de los aspectos más controvertidos es determinar si, además de las responsabilidades previstas específicamente para el promotor en la TRLISOS¹³, es posible imputarle las responsabilidades solidarias ante los incumplimientos de los contratistas o subcontratistas, en lo referido al empresario titular del centro de trabajo¹⁴. En concreto el citado artículo se refiere al empresario titular del centro de trabajo. En cuanto a la determinación de la responsabilidad solidaria el artículo 42.2 LPRL establece como sujeto responsable a la empresa principal que responderá solidariamente con los contratistas y subcontratis-

(8) El legislador ha previsto las guías del INSH, <http://www.mtas.es/insh/legislation/guidaspr.htm>, como fuente de interpretación de las normas jurídico-técnicas aplicables en materia de prevención de riesgos laborales, en este sentido el artículo 5.3.b) RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, BOE núm. 27 de 31 de enero, señala que “Cuando la evaluación exija la realización de mediciones, análisis o ensayos y la normativa no indique o concrete los métodos que deben emplearse, o cuando los criterios de evaluación contemplados en dicha normativa deban ser interpretados o precisados a la luz de otros criterios de carácter técnico, se podrán utilizar, si existen, los métodos o criterios recogidos en: Guías del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo”.

(9) Comentarios al artículo 2 RD 1627/1997.

(10) Artículo 3.h) Ley 32/2006.

(11) Artículo 3.f) Ley 32/2006.

(12) Artículo 5.2.a) Ley 32/2006.

(13) Artículos 12.23 y 24 y 13.11.

(14) En aplicación de lo previsto en el artículo 42.3 TRLISOS, que nos remite al artículo 24.3 LPRL.

tas, en relación con el artículo 24.3 LPRL, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal¹⁵. Por tanto, para ser considerado responsable solidario el empresario titular debe ser el principal del centro de trabajo y la infracción debe cometerse en ese mismo centro de trabajo. Así pues la pregunta es si cabe considerar como empresario principal al promotor. Para ello debemos analizar tres aspectos fundamentales, primero, sobre la determinación del centro de trabajo, segundo, sobre la consideración de empresario del promotor y, finalmente, analizaremos si es posible considerar al promotor como empresario principal.

La doctrina y jurisprudencia han venido utilizando un concepto amplio de centro de trabajo. Esta interpretación amplia es la que ha prevalecido en el artículo 2 del RD 171/2004 según el cual, se entiende por centro de trabajo cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. El problema se plantea a pesar de la amplitud de la definición, por la actividad desempeñada por la empresa promotora. Cuando ésta actúe como promotora y constructora, el centro de trabajo será el lugar donde se esté realizando la obra. También tendrá esa consideración en aquellos casos en que la obra se efectúe en el lugar habitual de trabajo de promotor, obras de ampliación, etc. Si el promotor además tiene como punto de venta el lugar de la obra, también éste tendrá dicha consideración. Por último, en aquellos casos en que el coordinador de seguridad o la dirección facultativa, son trabajadores por cuenta ajena del promotor. Fuera de estos supuestos no podrá asumirse como centro de trabajo, el lugar donde se desarrolle la obra, al promotor que no tenga trabajadores en el lugar de la obra, sea o no empleador, y desarrolla su actividad en un centro de trabajo distinto al previsto para la obra.

En cuanto a la condición de empresario, a efectos de responsabilidad administrativa, el TRLISOS, distingue entre sujetos responsables, y hace mención por separado a distintos supuestos de empresario ya sea en la relación laboral, en relación con el trabajo de extranjeros como ETT como promotor, etc., según sea la materia objeto de responsabilidad, laboral, extranjería, Seguridad Social, o Prevención de Riesgos Laborales. El objeto de la norma es determinar una noción amplia de empresario, que sobrepasa la noción de empleador, recogida en el TRET, dadas las singularidades de las diferentes materias que acoge el orden social en el TRLISOS. Esta noción amplia de empresario ha permitido establecer responsabilidades a sujetos que carecen de trabajadores y sin embargo aparecen como intermediarios en la relación laboral, como ocurre en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, cuando una de las empresas es ficticia y a pesar de ello también es objeto de responsabilidad administrativa, o en los supuestos de encadenamientos de subcontratas, cuando alguna de las empresas actúa como mera intermediaria, que en los casos de responsabilidad solidaria se ha admitido por la doctrina y jurisprudencia¹⁶ la cadena de

(15) En este mismo sentido, artículo 42.3 TRLISOS.

(16) GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el ET", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, págs. 42 y 43. MARTIN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", *Comentarios a Leyes Laborales*, 1982, tomo VIII, pág. 264. STS de 7 de julio de 1994, Sala de lo Social. (Ar. 6351), STSJ de Anda-

La dependencia y responsabilidad del promotor y el coordinador de seguridad y salud

responsabilidades. Establecer como criterio eximente de responsabilidad¹⁷ la falta de identidad como empleador del promotor, supondría ignorar la inclusión como sujeto responsable efectuada en el TRLISOS, por la Ley 54/2003, independientemente de las responsabilidades fijadas para el empresario en la relación laboral. Además supone que existirían obligaciones de impulso de la coordinación vertical que nadie podría asumir por cuanto ninguna empresa sería titular del centro de trabajo a estos efectos, desplazándose, si acaso, esas obligaciones a la empresa principal no titular¹⁸.

Inicialmente la jurisprudencia consideró al promotor como empresario principal¹⁹. Pero esta situación planteaba ciertos problemas, en primer lugar respecto al concepto de propia actividad, que si bien está identificado en aquellos casos en que el promotor es a su vez constructor, no lo está en el resto de supuestos descritos anteriormente, que en aplicación de la doctrina que ha venido aplicando el Tribunal Supremo²⁰ sobre las actividades inherentes²¹, sólo es de aplicación el concepto de propia actividad a aquellas que se refieran exclusivamente al ciclo productivo que en circunstancias normales son necesarias para alcanzar los objetivos de producción y que no incluyen actividades complementarias. Por ello las actividades de promoción deberían quedar excluidas de la propia actividad²², ya que la venta de unos edificios o el uso de la construcción para usos propios, no pueden considerarse dentro del ciclo productivo de la empresa promotora. Salvo que de nuevo se cuestione el ámbito de la propia actividad, y que de manera

**LA CONSIDERACIÓN
DEL PROMOTOR COMO
EMPRESARIO PRINCIPAL
PLANTEA PROBLEMAS
COMO EL RELATIVO
AL CONCEPTO DE PROPIA
ACTIVIDAD**

lucía de 11 de octubre de 1995 (AS 577/96), STSJ de Murcia de 24 de octubre de 1996, Sala de lo Social (Ar. 4602), STS de 9 de julio de 2002, Sala de lo Social (Ar. 2002/10538).

(17) STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de abril de 2006 (Ar. 2006\201244): El promotor (...) no puede nunca reputarse, en sentido estricto, como empresario en sentido laboral, que es el concepto que hay que aplicar a falta de una definición de la LPRL (...) estimar lo contrario sería tanto como ampliar extensivamente el concepto de empresario y el de titular del centro de trabajo a los que alude el artículo 24.2 de la LPRL, los cuales han de interpretarse de acuerdo con la normativa laboral. En este mismo sentido SSTSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de septiembre de 2004 (Ar. 2005\72966) y de 7 de marzo de 2003 (Ar. 2005\4552). TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., *op. cit.*, pág. 99.

(18) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales", *Justicia Laboral*, núm. 28, 2006, pág. 24.

(19) STS de 19 de mayo de 1998, Sala de lo Social (Ar. 4730), STS de 16 de septiembre de 1999, Sala de lo Social (Ar. 7226), STS de 14 de febrero de 1998, Sala de lo Social (Ar. 2036), STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2001 (AS 759). STCT de 28 de julio de 1986 (Ar. 6911).

(20) STS de 18 de enero de 1995, Sala de lo Social (Ar. 514).

(21) MARTÍN VALVERDE, A.: "La protección jurídica del trabajo en contratas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo XXII, 1994, págs. 119-121. STSJ de Andalucía de 4 de julio de 1995, Sala de lo Social (Ar. 2757). STS de 18 de enero de 1995, Sala de lo Social (Ar. 514).

(22) En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, págs. 133 y 134; TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: "El concepto de promotor...", *op. cit.*, pág. 97.

continuada y contradictoria ha dado lugar a sentencias y corrientes doctrinales que han venido a ampliar o restringir este concepto²³.

El RD 171/2004²⁴ ha venido a determinar legalmente que a efectos de coordinación de actividades preventivas se considera empresario principal al contratista. Se fija, desde el punto de vista legal, la cuestión ya que la normativa equipara en el caso de la construcción empresario principal y contratista, por lo que, sólo en aquellos casos en que el promotor sea contratista, le podrán ser exigidas las responsabilidades solidarias, determinadas por la propia actividad. En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, en la Sentencia de 25 de octubre de 2005²⁵. A pesar de que la cuestión ha mantenido posiciones discrepantes entre la doctrina²⁶ y distintos tribunales²⁷, que destacan que la actividad de promoción no tiene esencia en sí misma y que negar la identidad entre promoción y construcción es negar lo evidente, el Tribunal Supremo, ha manifestado en sus Sentencias de 20 de julio de 2005²⁸ y de 2 de octubre de 2006, en unificación de doctrina²⁹, respecto a la reclamación de cantidades de manera solidaria:

(23) CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización...” *op. cit.*, MARTÍN VALVERDE, A.: “La protección jurídica...” *op. cit.*, MARTÍN VALVERDE, A.: “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, *Comentarios a las Leyes Laborales*, 1982, tomo VII. FERNÁNDEZ MARCOS, L.: “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, 1992, núm. 1, GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Propia actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, 1996, núm. 6. MARTÍNEZ GARRIDO, LR.: “Tratamiento Laboral de la contratación y subcontratación de empresas, problemas y soluciones”, *Fundación Confemetal*, 1998. DEL REY GUANTER, S.: “A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, y en especial sobre la ‘propia actividad’: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998”, *Actualidad laboral*, núm. 3, 1999, págs. 735-750. STC de 21 de junio de 1979 (Ar. 4264), STCT de 25 de abril de 1986 (Ar. 2804), STCT de 15 de febrero de 1989 (Ar. 1224), STCT de 20 de octubre de 1983 (Ar. 8666), STCT de 1 de septiembre de 1986 (Ar. 7215). STS de 18 de enero de 1998, Sala de lo Social (Ar. 514).

(24) Disposición Adicional Primera.

(25) STS de 25 de octubre de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (Ar. 205/8141). FJ 3º. La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 1997 (Ar. 1997\7209), recurso de apelación núm. 10741/1991, había mantenido que la actividad de la contratista y promotora eran coincidentes, sin embargo en esta sentencia concurría la actividad de promotor con la de contratista.

(26) En este sentido, PÉREZ CAPITÁN, L.: “La responsabilidad administrativa en las contratas y subcontratas”, *Justicia Laboral*, núm. 12, 2002, que a pesar de expresar dudas sobre el centro de trabajo, hace hincapié en la identidad de la actividad de promoción y construcción, págs. 34 y 35. MONTOYA MEDINA, D.: “Responsabilidad de las promotoras inmobiliarias y propia actividad empresarial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2006, núm. 130, págs. 367-378.

(27) La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 1997 (Ar.1997\7209), recurso de apelación núm. 10741/1991, había mantenido que la actividad de la contratista y promotora eran coincidentes, sin embargo en esta sentencia concurría la actividad de promotor con la de contratista. STSJ de Cataluña de junio de 2007, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. 4739/2007, recurso de suplicación 7356/2005, que señala que la actividad de promoción no tiene esencia en sí misma y que para ejercitar su fin empresarial debe materializarse en una contrata. STSJ de Andalucía de 28 de octubre de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Ar. 1474/1996) que señala que negar la identidad de actividad que exige el precepto entre una empresa inmobiliaria dedicada a la promoción y construcción de viviendas y la empresa constructora contratista es negar lo evidente.

(28) STS de 20 de julio de 2005, Sala de lo Social (Ar. 2005\5595).

(29) STS de 2 de octubre de 2006, Sala de lo Social (Ar. 1212/2005). En este mismo sentido, pero respecto a un accidente de trabajo, la STSJ de Cataluña núm. 6040/2006 Sala de lo Social, Sección Primera, de 13 de septiembre (AS 2007/1216). STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 530/2007, Sala de lo Social, Sección Primera, de 9 de febrero (AS 2007/1590). También han negado el carácter de empresario principal al entender que el promotor no es empresario/empleador en el ámbito de responsabilidad social, STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Ar. 4552/2005), STSJ de Madrid de 21 de abril de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Ar. 201244/2006) y STSJ de Aragón de 1

La dependencia y responsabilidad del promotor y el coordinador de seguridad y salud

“(…), aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad ‘inherente’ al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria.

Es cierto, como dice la parte recurrente, que sin construcción no habría promoción inmobiliaria, pero esa dependencia recíproca no implica unidad de actividad, de la misma manera que una actividad productiva cualquiera es presupuesto necesario para otra que se dedica a la comercialización de los productos de la primera sin confundirse con ella. Y también es cierto que un mismo agente económico podría a la vez dedicarse a la construcción y a la promoción, pero éste no es el caso y además la norma no contempla para establecer la responsabilidad la mera posibilidad de la concurrencia de actividad, sino la actualidad de esa coincidencia de actividades que en el presente caso no se ha acreditado”.

Se zanja, por tanto, la cuestión, desde el punto de vista del legislador ya que el RD 171/2004 ha diferenciado claramente las atribuciones de cada uno de ellos y desde el punto de vista de la jurisprudencia, que desde hace años ha optado por un criterio restrictivo del concepto de propia actividad. Probablemente la aplicación de un criterio más amplio hubiera estado justificada, no sólo para evitar fraudes sino por las evidentes ventajas económicas mediatas que recibe el promotor por los trabajos que realizan los empleados del contratista. Esta interpretación casaría con el carácter tuitivo del Derecho del trabajo, evitando situaciones de precariedad laboral³⁰. Sin embargo esto hubiera requerido un planteamiento distinto del legislador en el momento de definir el término de propia actividad y los sujetos responsables.

II. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR DE LA OBRA

El promotor tiene una serie de obligaciones específicas, que le implican en la determinación de los sujetos participantes en la obra. Por un lado, el nombramiento del coordinador, cuando sea necesario. Por otro lado, el deber de información, tanto al contratista de la obra como a la autoridad laboral, por medio del aviso previo y las instrucciones de seguridad y salud que se deben impartir y por último lo que vendríamos a denominar un deber *in vigilando* del cumplimiento de las obligaciones del coordinador de seguridad. La falta de cualquiera de estas obligaciones va a repercutir directamente en el promotor como sujeto responsable en el ámbito del TRLISOS.

de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo núm. 404/1999 (Ar. 2970/1999) y STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre de 1997 (Ar. 2586/1997).

(30) En este sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Propia actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996, págs. 37 y 38.

A) La designación del coordinador de seguridad

El promotor designará un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra, cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas. La designación de la figura de coordinador es una exigencia que el promotor no puede delegar ni transmitir, tan siquiera por contrato, al contratista o a terceros³¹.

Cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra³². Se actualizará el aviso previo, si hubiera cambios con posterioridad al inicio de la obra, y se designará al nuevo coordinador.

Existen casos en los que es el contratista quien propone al coordinador para su designación por el promotor, llegando incluso a abonar a su cargo los honorarios profesionales de éste. Esta práctica es contraria a lo establecido en el RD 1627/1997, al ser ésta una obligación exclusiva del promotor³³. La designación de los coordinadores en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y durante la ejecución de la obra podrá recaer en la misma persona. En cualquier caso el nombramiento del coordinador no eximirá al promotor de sus responsabilidades. Como hemos señalado, el promotor tiene otras obligaciones y un especial deber *in vigilando*, de tal modo que se le considerará sujeto responsable cuando se acredite una falta de actividad del coordinador. El promotor, por tanto, debe respaldar las acciones y decisiones tanto de los coordinadores como de la dirección facultativa. La falta de designación del coordinador de seguridad supone una infracción grave conforme al artículo 12.24.a) del TRLISOS.

(31) STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2007, Sala Tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1561/2003), confirma la sanción impuesta a una entidad bancaria que habría incurrido también en la conducta tipificada en el artículo 13.8 de la LISOS al encargar una obra en sus oficinas y no nombrar un coordinador de seguridad.

(32) La Guía de construcción del INSH (<http://www.mtas.es/insh/legislation/guiaspr.htm>) destaca las posibles situaciones que nos podemos encontrar: un contratista, una unión temporal de empresas (UTE) un trabajador autónomo más uno o varios trabajadores por cuenta ajena a su cargo, en estos casos no necesita coordinador de seguridad, sí en cambio cuando dos o más contratistas, un contratista más uno o varios subcontratistas, UTE que subcontrate a otra empresa siendo una de ellas la que la constituyen, un contratista más un trabajador autónomo, una unión temporal de empresas más un trabajador autónomo, un trabajador autónomo más uno o varios trabajadores por cuenta ajena a su cargo, más otro trabajador autónomo, dos o más trabajadores autónomos. STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de octubre (Ar. 2005\272044). Se ha dado la sorprendente Sentencia del STSJ, de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2002 (Ar. 2003\44108): No hay responsabilidad del promotor que no procedió al nombramiento de coordinador de seguridad y salud al no tener conocimiento de que iban a concurrir o no más de una empresa en los trabajos. Sorprende la sentencia porque una de las obligaciones previas del promotor a la ejecución de la obra es presentar el aviso previo a la autoridad laboral, donde han de constar las empresas contratistas y subcontratistas y, en cualquier caso, la dirección facultativa nombrada y contratada por el Promotor debe informar a éste de dicha situación.

(33) Se ha considerado nula por la STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de marzo de 2000 (Ar. 2000\1069).

B) El deber de información del promotor

La información se entenderá cumplida por el promotor mediante el estudio de seguridad y salud o el estudio básico previsto³⁴ en el Real Decreto 1627/1997³⁵. El estudio de seguridad es una evaluación inicial de los riesgos existentes en la obra por ello será elaborado por el técnico competente designado por el promotor. Cuando deba existir un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra, le corresponderá a éste elaborar o hacer que se elabore, bajo su responsabilidad, dicho estudio³⁶. La falta de elaboración del estudio de seguridad se considera una infracción grave conforme a lo previsto en el artículo 12.24.b) TRLISOS, y la falta de información en caso de actividades peligrosas será considerado como infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 13.8.a) TRLISOS³⁷.

C) Las instrucciones del promotor como titular de la obra

Señala el RD 171/2004 que “las instrucciones del artículo 8 se entenderán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, cuando tal figura exista; en otro caso, serán impartidas por la dirección facultativa”³⁸.

Por tanto, las instrucciones a impartir por el empresario titular del centro de trabajo, en este caso el promotor, son, en caso de empresas concurrentes, dar instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de estas empresas y sobre las medidas

**EL INCUMPLIMIENTO
DEL DEBER
DE INFORMACIÓN
EN EL CASO
DE ACTIVIDADES
PELIGROSAS
SE CONSIDERA
INFRACCIÓN MUY GRAVE**

(34) El estudio será obligatorio cuando el presupuesto de ejecución por contrata incluido en el proyecto sea igual o superior a 450.759,07 euros. Que la duración estimada sea superior a 30 días laborables, empleándose en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente. Que el volumen de mano de obra estimada, entendiéndose por tal la suma de los días de trabajo del total de los trabajadores en la obra, sea superior a 500. a) Que el presupuesto de ejecución por contrata incluido en el proyecto sea igual o superior a 75 millones de pesetas. Las obras de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas. En el resto de casos procede estudio de seguridad.

(35) Véase la Disposición Adicional Primera RD 171/2004 que desarrolla el artículo 24 LPRL en materia de coordinación de actividades preventivas.

(36) Artículos 5 y 6 Real Decreto 1627/1997, respecto al contenido de mismo, véase la Guía del INSH para obras de construcción.

(37) La Guía de construcción del INSH que dice que en las actividades peligrosas hay un riesgo de especial gravedad cuando de su exposición aunque sea corta o limitada en el tiempo puede derivarse un daño grave para la salud siempre que se hayan aplicado los principios de prevención y continúe ese riesgo, por lo que hay que adoptar medidas adicionales. El artículo 2.1.b) del RD 1627/1997 nos remite al Anexo II que establece una relación no exhaustiva. Por último, el criterio técnico de la Inspección de Trabajo 39/2004, sobre presencia de recursos preventivos en relación con el artículo 32 bis de la LPRL 31/1995, desarrolla los supuestos de actividades peligrosas.

(38) Disposición Adicional Primera RD 171/2004.

que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia³⁹. Las instrucciones deberán ser suficientes y adecuadas. Las instrucciones habrán de proporcionarse antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo. Las instrucciones se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes sean calificados como graves o muy graves⁴⁰.

La falta de información se considera un infracción grave conforme a lo previsto en el artículo 12.24.c) TRLISOS y la falta de información en caso de actividades peligrosas será considerada como infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 13.8.a) TRLISOS.

D) El aviso previo

En las obras de construcción, el promotor deberá efectuar un aviso a la autoridad laboral competente⁴¹ antes del comienzo de los trabajos. La obligación de efectuar el mencionado aviso previo, que corresponde al promotor, incluye cumplimentarlo por completo según el modelo establecido⁴². Por ello, dicho promotor debe conocer los datos referidos a los agentes con los que ha contratado, así como los de todas las empresas (contratistas y subcontratistas) y trabajadores autónomos que vayan a intervenir en la obra, ya que deben estar incluidos en el contenido del “aviso previo”.

La presentación del aviso previo a la autoridad laboral podrá hacerse, bien directamente o por delegación, antes del inicio de la obra. El aviso previo deberá exponerse en la obra de forma visible, actualizándose si fuera necesario. Si se produjera una modificación en el planteamiento inicial de la obra dándose el hecho de que en ésta intervengan más de una empresa o sus equivalentes señalados en el cuadro anterior, y en el caso de que se incorporen a la obra un coordinador de seguridad y salud o contratistas no identificados en el aviso inicialmente remitido a la autoridad laboral se actualizará el aviso previo⁴³. La falta de realización del aviso previo supone una infracción de carácter leve tipificada en el artículo 11.5 TRLISOS.

(39) STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 11 de junio de 2001 (Ar. 2001/1475), STSJ del País Vasco, Sala de lo Social de 26 de junio de 2001, STSJ de las Illes Balears, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de mayo de 2005 (Ar. 2005\148923) y STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de diciembre de 2003 (Ar. 2004\252275).

(40) Artículo 8 RD 171/2004.

(41) Actualmente son las CCAA las que tienen asumida la competencia en esta materia.

(42) Anexo III del RD 1627/1997.

(43) Artículo 18.2 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre. Conforme a la nueva redacción dispuesta en la Disposición Final Tercera RD 1109/2007 de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

E) El deber *in vigilando*

La responsabilidad del promotor no finaliza con el cumplimiento de los elementos formales antes descritos, sobre todo tras la reforma de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, que relaciona directamente los incumplimientos del coordinador de seguridad con la responsabilidad del promotor⁴⁴ y así el artículo 12.24.d) y e) del TRLISOS configura como tipo infractor grave: No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra. No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra. Es en estos casos cuando se va a exigir la responsabilidad administrativa directamente al promotor. Por tanto no basta con el cumplimiento de obligaciones documentales para eximirse de responsabilidad, sino que es además necesario que el promotor se implique y vigile la presencia y actividad del coordinador de seguridad⁴⁵, que ha sido contratado por el promotor⁴⁶, ya que la falta de la actividad coordinadora⁴⁷ repercutirá en el promotor que se ha transformado en el garante ante la Administración Laboral⁴⁸.

La ley de subcontratación, Ley 32/2006, a su vez, ha incluido una modificación en el TRLISOS, en el que señala como responsable al promotor. En casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente se podrá extender la

(44) La STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2000 (Ar. 2000/772), señala que corresponde a la titular del centro de trabajo la dirección de las tareas de coordinación.

(45) No mantiene este criterio la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de noviembre, Ar. (2007\69292): Ante un acta de infracción que tipificó dentro del 12.16 TRLISOS la falta de coordinación imputándosela al promotor, la sentencia señala que el promotor de la obra puede ser responsable de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales que no estén tipificadas, que en el caso del 12.16 TRLISOS, efectivamente es así, pero que en el 12.24 TRLISOS sí se especifica como sujeto responsable al promotor. La sentencia dice que “Estamos ante uno de los llamados, tomando como referencia el derecho penal, preceptos sancionadores en blanco, que es preciso llenar para dar por acreditada la conducta típica con las normas que regulan las obligaciones de los promotores, y, al respecto, el juzgador (...), llega a la conclusión que, en realidad, se está imputando a la empresa promotora el incumplimiento de las obligaciones del Coordinador de Seguridad (...), no existe posibilidad de llenar el precepto en blanco imputando al promotor el incumplimiento de obligaciones que vayan más allá del nombramiento del Coordinador de Seguridad y Salud durante la ejecución de la obra y de las demás que le corresponden, sin que, en ningún caso, puedan serle imputado el incumplimiento de obligaciones propias de contratistas y subcontratistas.(...) FJ 3º (...) la responsabilidad del promotor deriva, no de esa especie de culpa *in vigilando* en abstracto a que parece referirse la parte apelante, sino de la concurrencia de una conducta típica en materia de riesgos laborales, conducta que, en cualquier caso, deber ser susceptible de ser imputada al promotor”.

(46) No obstante, cabe la posibilidad al promotor de exigir responsabilidades al coordinador, en el caso de que la relación sea de carácter laboral, así lo ha entendido la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 594/2007, Sala de lo Social, Sección Primera, de 6 de febrero (AS 2007\1415) admitiendo como procedente un despido al coordinador de seguridad y salud al acreditar la falta de vigilancia de un coordinador que estuvo sin acudir a la obra más de una semana.

(47) Incumpliendo lo previsto en los artículos 14 y 15 de la LPRL 31/1995, y artículo 9 RD 1627/1997.

(48) PÉREZ CAPITÁN, L.: “Una mirada crítica a la regulación del sujeto responsable en el ámbito sancionador administrativo del derecho de prevención de riesgos laborales”, *Derecho Social*, núm. 35,2006, págs. 87 y 88. Reflexiona el autor sobre la adecuada aplicación de esta responsabilidad, cuando entre el coordinador de seguridad y el promotor existe una relación laboral. Si embargo expresa sus reparos en el caso de que la relación sea de carácter mercantil, ya que en estos casos se debería articular una responsabilidad administrativa directa del coordinador de seguridad, para no dejar sin efecto el aparato coactivo.

subcontratación⁴⁹, en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y la causa o causas motivadoras de ésta en el Libro de Subcontratación⁵⁰.

Se considera como infracción grave⁵¹ o muy grave⁵² cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a su regulación reglamentaria para las obras de construcción del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras previstas en dicha Ley. Por tanto, se hace de nuevo responsable al promotor, atendiendo al deber *in vigilando* que ya hemos analizado.

F) Las responsabilidades administrativas exigibles al promotor en obras destinadas a uso propio

Como ya hemos señalado, al inicio de este artículo, el legislador no ha incluido el ánimo de lucro dentro del concepto de promotor, por ello en principio podemos entender que las normas son de plena aplicación en estos casos. En los supuestos de las obras efectuadas por el cabeza de familia en aplicación de los artículo 42 TRET, 127 LGSS y 3.2 de LPRL⁵³ no se exime de responsabilidad al promotor, cabeza de familia de sus obligaciones como tal⁵⁴. El artículo 42 se refiere exclusivamente a las contrata y subcontratas y, en concreto, exonera la responsabilidad solidaria de las obligaciones en el ámbito laboral, para los supuestos de propia actividad, supuestos entre los que no se encontraría el promotor según mantiene el profesor TOROLLO⁵⁵. Segundo, porque el artículo 127 LGSS se refiere a las responsabilidades solidarias y subsidiarias dentro del mismo ámbito y, tercero, porque el artículo 3 LPRL no hace ninguna mención al cabeza de familia, salvo en la relación especial del servicio del hogar familiar. No han existido hasta ahora diferencias en el ámbito de las responsabilidades administrativas, entre los distintos tipos de promotor, excepto cuando sea considerado como constructor. Sin embargo esta situación se ha modificado mediante el reglamento de la Ley 32/2006⁵⁶, cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de ella,

(49) Establecida en el artículo 5.2 Ley 32/2006.

(50) Artículo 5.3 Ley 32/2006.

(51) Artículo 12.29 TRLISOS, introducida con la Ley 32/2006.

(52) Artículo 13.17 TRLISOS introducida con la Ley 32/2006.

(53) En sentido contrario opina TOROLLO GONZÁLEZ, FJ.: "El concepto de promotor...", *op. cit.*, pág. 106.

(54) La Guía de construcción del INSH incluye como ejemplo de promotor: Los particulares que promueven construcciones para uso propio. En este epígrafe está incluido el llamado régimen de "autoconstrucción", entendido como tal aquel en el que la construcción se lleva a cabo de forma directa y personal.

(55) TOROLLO GONZÁLEZ, FJ.: "El concepto de promotor...", *op. cit.*, pág. 97

(56) La Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, señala que lo dispuesto en el apartado anterior (las obligaciones derivadas del libro de subcontratación cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos) no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda.

La dependencia y responsabilidad del promotor y el coordinador de seguridad y salud

tendrá la consideración de contratista, sin embargo la misma norma excluye la aplicación de las obligaciones del libro de subcontratación al cabeza de familia. Excepción que en cualquier caso no se ha hecho extensible al resto de obligaciones como promotor. Por tanto, se entiende que el resto de obligaciones son de aplicación al promotor, aunque sea cabeza de familia.

III. EL CONCEPTO DE COORDINADOR DE SEGURIDAD Y SALUD

La primera referencia a la figura del coordinador de seguridad la encontramos en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre⁵⁷, así nos señala que será coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra el técnico competente designado por el promotor para coordinar, y coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor.

Se considera técnico competente a aquella persona que posee titulaciones académicas y profesionales habilitantes así como conocimientos en actividades de construcción y de prevención de riesgos laborales acordes con las funciones a desempeñar según el RD 1627/1997. Dichas titulaciones serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades⁵⁸.

La Ley Ordenadora de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre (LOE), señala que “las titulaciones académicas y profesionales que habilitan para desempeñar la función de coordinador en materia de seguridad y salud en las obras de edificación durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades”.

Ante la carencia de una concreción expresa para las obras de construcción excluidas del ámbito de aplicación de la LOE, así como para las obras de ingeniería civil, cabe interpretar que las titulaciones académicas y profesionales que habilitan para desempeñar las funciones de coordinador en materia de segu-

(57) Artículo 2.1.e) y f).

(58) Según indica la Guía Técnica de construcción del INSH.

**SE EXCLUYEN
LAS OBLIGACIONES
DEL LIBRO
DE SUBCONTRATACIÓN
CUANDO EL PROMOTOR
LO ES DE OBRAS
DESTINADAS
A USO PROPIO**

ridad y de salud durante la elaboración del proyecto y la ejecución de este tipo de obras serán las que estén facultadas, con arreglo a las competencias propias de sus específicas titulaciones, para proyectar y dirigir dichas obras a la vista de las disposiciones legales vigentes para cada profesión.

Hay que recalcar que, con independencia de lo referido, es conveniente, aunque no es obligatorio, que el coordinador tenga la formación adecuada en el campo de la prevención de riesgos laborales aplicable a las obras de construcción. Hoy en día ni los planes de estudios de dichas titulaciones contemplan materias de seguridad en las obras, ni el RD 1627/1997, ni la LOE, establecen dicho requisito para realizar su labor. A pesar de que pueda parecer claro qué titulaciones son las exigidas, podría asaltarnos la duda de si es o no válida cualquier titulación dentro del ámbito de las ingenierías para desempeñar las labores de Coordinador de Seguridad. Actualmente está claro que un arquitecto o arquitecto técnico pueden ejercer esta actividad, aunque no tengan conocimientos específicos en materia de prevención de riesgos laborales. En cuanto a los ingenieros, la única referencia que efectúa la LOE es la de ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades. Esto podría suponer que un ingeniero de una especialidad ajena a obras públicas (ingeniero agrónomo, industrial, etc.) pudiera ser coordinador de seguridad y salud en obra civil. Al igual que en el caso de las arquitecturas las asignaturas obligatorias de los planes de estudios de dichas carreras no contemplan la prevención de riesgos laborales. Podemos decir, por tanto, que un ingeniero que se encuentre como coordinador de obra debe tener dentro de las competencias que le habilita su titulación la posibilidad de realizar obras y firmar proyectos.

La LOE señala los tipos de edificaciones según sea su uso, lo cual determinará la titulación específica que deberán tener los agentes que intervienen en cada una de las partes del proceso edificatorio⁵⁹. Es decir, que en el caso habitual de vivienda residencial, correspondiente al Grupo A según la LOE, sólo el arquitecto o en el caso de dirección de obra arquitecto técnico están habilitados para realizar esas funciones. Así se excluye para este tipo de obras a los ingenieros, exclusión que debe ser extensible a la actividad de coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. Cuestión distinta es la que atañe a los grupos B o C, que en este caso habrá que estar a la obra a realizar y a la especialidad de la ingeniería, para que puedan desempeñar esta actividad. Todo ello con independencia de los conocimientos que se hayan adquirido en materia de prevención de riesgos labo-

(59) En el artículo 2 fija los grupos que se listan a continuación: Las obras podrán encuadrarse dentro de los siguientes grupos: Grupo A: uso administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural; Grupo B: Aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones, del transporte (terrestre, marítimo, fluvial y aéreo), forestal, industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación; Grupo C: Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén relacionados con los grupos anteriores. Podrán ser proyectistas: Arquitecto: cuando el proyecto tenga por objeto la construcción de edificios de los grupos A, B y C. Arquitecto técnico: cuando el proyecto tenga por objeto la construcción de edificios del grupo C. Ingeniero: cuando el proyecto tenga por objeto la construcción de edificios de los grupos B y C. Podrán ser directores de la ejecución de obra los siguientes técnicos: Arquitecto: cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de edificios del grupo C. Arquitecto técnico: será la única titulación posible para obras del grupo A y del grupo B, siempre que éstas estén dirigidas por un arquitecto. Podrá serlo también para edificios del grupo C. Ingeniero: cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de edificios del grupo C. Ingeniero técnico: cuando las obras a realizar tengan por objeto la construcción de edificios del grupo C.

La dependencia y responsabilidad del promotor y el coordinador de seguridad y salud

rales, ya que como hemos indicado la norma no lo exige. Por ello no es posible que un ingeniero sea nombrado como coordinador de seguridad en obras destinadas a vivienda habitual, ni que un ingeniero coordine la seguridad en obras ajenas a su especialidad, por ejemplo, un ingeniero de minas no podría coordinar una obra civil.

Se podría entender como nula la contratación de un coordinador de seguridad y salud que no reúna los requisitos exigidos en la Ley, ya que la persona que hubiese firmado como coordinador carecería de la capacidad para ser considerado como tal. Pero en el caso de ingenieros, para la edificación de obras de la categoría A y B, o de ingenieros que carezcan de la especialidad exigible a la obra en concreto, entendemos que también en este caso nos encontramos con la falta de capacidad para efectuar dicha actividad, y por tanto la nulidad del nombramiento de coordinador de seguridad.

Ante esta situación, cabría entender que todas aquellas actividades efectuadas por el coordinador son nulas o anulables. ¿Sería posible la exigencia de responsabilidad por falta de coordinación por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social? Lo cierto es que la declaración de nulidad le corresponde al juez⁶⁰. Por lo que ante una situación, en que efectivamente exista coordinación, pero, por persona que carezca de la titulación adecuada para su ejercicio como coordinador de seguridad, no cabría actuación administrativa alguna, salvo que se incluya expresamente este tipo infractor en el TRLISOS. Determinar la nulidad de la coordinación efectuada, basada en la nulidad de contrato para la prestación del servicio de coordinador, supone asumir por parte de la Inspección de Trabajo una competencia que es, en este momento, ajena a su función, pues no le corresponde a ésta determinar si el coordinador puede ejercer sus funciones o no. En este caso no procedería adoptar las medidas tipificadas en el TRLISOS por falta de coordinación, todo ello sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales⁶¹ que pudieran derivarse y que en su caso deberían ser exigidas por el correspondiente colegio profesional⁶².

IV. OBLIGACIONES DEL COORDINADOR DE SEGURIDAD Y SALUD

La primera obligación establecida para el coordinador de seguridad es coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad. Al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo

(60) Véanse los artículos 1300 y siguientes del Código Civil.

(61) Artículo 403 del Código Penal: El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparado por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

(62) Cuestión distinta es que se entienda que el plan de seguridad no cumple con los requisitos previstos en el RD 1627/1997, para aquellos casos en que no se haya podido proceder al acta de aprobación del plan de seguridad, que debe estar documentada y que, en consecuencia, debe ser visada por el correspondiente colegio profesional. En estos casos sí que podría entenderse que la falta de aprobación de dicho plan habilita el tipo infractor previsto en el artículo 12.23.a) TRLISOS no porque el coordinador carezca de la titulación adecuada, sino porque no se ha podido documentar la aprobación del plan de seguridad. Esta situación sólo se podrá producir cuando el coordinador no tenga un colegio profesional al que dirigirse. En cualquier caso no podrá producirse si es un ingeniero el que ejerce de coordinador en obras para viviendas, ya que su colegio profesional sí que visará el plan presentado por éste.

que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente. Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo. Para ello la Guía técnica INSH nos señala que deberá estar enterado con suficiente antelación de las decisiones técnicas y de organización que vayan a ser implantadas, para concertar medios y esfuerzos y conjugar los diferentes fines, propósitos, intenciones y objetivos de los contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos. De este modo podrá estimar la duración de los trabajos previendo qué tareas serán simultáneas o sucesivas y cuáles van a ser ejecutadas por cada una de las empresas y trabajadores autónomos que participen en la obra.

En segundo lugar, debe coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante la ejecución de la obra y, en particular, en las tareas o actividades a que se refiere el artículo 10 de este Real Decreto.

Por último, debe aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en él⁶³; la dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador⁶⁴.

A) Una vez efectuado el plan de seguridad: ¿qué obligaciones se derivan del mismo para el coordinador de seguridad?

En primer lugar, la aprobación por el coordinador de seguridad y salud o en su defecto por la dirección facultativa⁶⁵. Debe efectuarse antes del inicio de la obra y debe estar documentada la entrega de la parte que les corresponde a los subcontratistas. La falta de aprobación del plan, documentada y antes de la obra⁶⁶, supondría una infracción ajustada dentro del tipo infractor previsto en el artículo 12.23.a) de la TRLISOS, por incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo, imputable al contratista que es quien tiene la obligación de realizarlo⁶⁷.

(63) Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del apartado 2 del artículo 7 RD 1627/1997.

(64) El artículo 7 RD 1627/1997 recoge la regulación y características del Plan de Seguridad 7.1. En aplicación del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico, cada contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra. En dicho plan se incluirán, en su caso, las propuestas de medidas alternativas de prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, que no podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el estudio o estudio básico.

(65) Artículo 9 RD 1637/1997.

(66) STSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears núm. 1026/2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre 2002 (Ar. 2003\110963).

(67) Artículo 7 RD 1627/1997. STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de diciembre (Ar. 2007\222935), que señala que todas las obligaciones que la norma impone en relación al plan de seguridad y salud de la obra, corresponden única y exclusivamente al contratista.

La dependencia y responsabilidad del promotor y el coordinador de seguridad y salud

En segundo lugar, el coordinador de seguridad desempeña un papel fundamental en el seguimiento de la aplicación del plan de seguridad y salud; el artículo 9.b) RD 1627/1997 señala que el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra deberá coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo. Una vez planificados los métodos de trabajo a utilizar en la obra es preciso establecer un seguimiento sobre su desarrollo, de tal manera que su realización se lleve a cabo según lo previsto⁶⁸. A este fin se instaurarán los correspondientes mecanismos de control, cuya ejecución se realizará por las empresas y trabajadores autónomos afectados. Los mecanismos de control pueden ejecutarse a través de las siguientes acciones: Realización de un análisis de las tareas y sus secuencias con objeto de detectar los puntos que presenten un mayor interés preventivo para garantizar el cumplimiento de la planificación prevista. Realización de inspecciones periódicas. También cualquier otro sistema que garantice su cumplimiento, como podrían ser las anotaciones sobre materia de seguridad y salud en los libros de órdenes o en los libros de incidencias. En cualquier caso se va a considerar responsable de vigilar la puesta en marcha de las medidas preventivas al contratista⁶⁹.

**EL LIBRO DE INCIDENCIAS
ESTARÁ SIEMPRE
EN PODER
DEL COORDINADOR
O EN PODER
DE LA DIRECCIÓN
FACULTATIVA**

B) El libro de incidencias como método de seguimiento y control del plan de seguridad

El artículo 13 del RD 1627/1997 recoge los aspectos relativos al libro de incidencias y establece que en cada centro de trabajo existirá con fines de control y seguimiento del plan de seguridad y salud un libro de incidencias que constará de hojas por duplicado, habilitado al efecto. El libro será facilitado por el colegio profesional al que pertenezca el técnico que haya aprobado el plan de seguridad y salud o la Oficina de Supervisión de Proyectos u órgano equivalente cuando se trate de obras de las Administraciones públicas.

Es importante destacar que el libro de incidencias, que deberá mantenerse siempre en la obra⁷⁰, estará en poder del coordina-

(68) STSJ de la Illes Balears, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de mayo de 2005 (Ar. 2005\148923).

(69) El artículo 12.23.b) TRLISOS considera infracción grave del contratista. La STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2002 (Ar. 2003/405), establece la responsabilidad de la empresa principal de vigilar la coordinación. La STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, de 15 de noviembre de 2002 (2003/534), establece la responsabilidad solidaria entre contratista y subcontratista por falta de coordinación.

(70) En este sentido, la STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2007, Sala Tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1397/2003), confirma la imposición de una sanción a una promotora a la que se imputa la infracción tipificada

dor en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o, cuando no fuera necesaria la designación de coordinador, en poder de la dirección facultativa. A dicho libro tendrán acceso la dirección facultativa de la obra, los contratistas y subcontratistas y los trabajadores autónomos, así como las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención en las empresas intervinientes en la obra, los representantes de los trabajadores y los técnicos de los órganos especializados en materia de seguridad y salud en el trabajo de las Administraciones públicas competentes, quienes podrán hacer anotaciones en él, relacionadas con los fines que al libro se le reconocen. Lo que se pretende con la presencia del libro de incidencias es que aquellas circunstancias relevantes en materia de seguridad y salud se plasmen en éste, accidentes de trabajo, incumplimientos graves de contratistas, subcontratistas, trabajadores autónomos de las normas de seguridad o de las indicaciones correctoras del coordinador de seguridad. No es un libro de exclusivo acceso del coordinador de seguridad, sino que habilita al resto de actores de la obra, para anotar incumplimientos graves de las normas de seguridad y salud.

Efectuada una anotación en el libro de incidencias, el coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o, cuando no sea necesaria la designación de coordinador, la dirección facultativa, deberán notificarla al contratista afectado y a los representantes de los trabajadores de éste. En el caso de que la anotación se refiera a cualquier incumplimiento de las advertencias u observaciones previamente anotadas en dicho libro por las personas facultadas para ello, así como en el supuesto a que se refiere el artículo siguiente, deberá remitirse una copia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el plazo de veinticuatro horas. En todo caso, deberá especificarse si la anotación efectuada supone una reiteración de una advertencia u observación anterior o si, por el contrario, se trata de una nueva observación⁷¹.

Si en la visita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a una obra se determina la existencia de incidentes que no se hayan reflejado en el libro, se podría entender que no se está efectuando la coordinación de actividades preventivas, en aquellos casos que el libro de incidencias carece de anotaciones. Si hay incidentes en la obra, que puedan poner en peligro la seguridad de los trabajadores como ocurre si hay accidentes tengan o no consecuencia para los trabajadores, y cualquier otra incidencia que tenga relevancia a efectos de seguridad, se podrían imputar las sanciones previstas al promotor de la obra por falta de coordinación, prevista como infracción grave en el artículo 12.24.d) TRLISOS no cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del RD 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra.

en el artículo 13.8 de la LISOS, pues el inspector había constatado que desde el inicio de la obra hasta que se giró la visita, carecía del libro de incidencias en el que han de practicarse las anotaciones correspondientes sobre las deficiencias de seguridad y salud por el coordinador designado por la promotora, así como que la obra padecía de múltiples deficiencias de seguridad laboral relacionadas en el Acta.

(71) Artículo 13.4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre. Redacción modificada por la Disposición Final Tercera RD 1109/2007 de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

La dependencia y responsabilidad del promotor y el coordinador de seguridad y salud

C) Como afectan al coordinador de seguridad las incorporaciones y modificaciones al plan de seguridad y salud

Al plan de seguridad y salud se le deben incorporar las medidas preventivas que resulten de las evaluaciones de riesgos que deban realizarse en aplicación de lo previsto en el artículo 7.3 de RD 1627/1997. Esto quiere decir que las empresas subcontratistas deben acreditar a la principal⁷² que han realizado la evaluación y planificación de riesgos⁷³. Esta acreditación debe hacerse antes de que se haya entregado la parte del plan correspondiente a la empresa subcontratista por si hay que hacer algún tipo de modificación. Si no se entrega esta documentación podría entenderse que: el plan no ha previsto adecuadamente los riesgos, por lo que cabría la aplicación como infracción grave del tipo sancionador previsto en el artículo 12.23 TRLISOS⁷⁴ o el artículo 13.8.a) TRLISOS cuando se trate de actividades peligrosas⁷⁵, en cuyo caso la infracción sería muy grave. Infracción que en este caso sería imputable al contratista, dado que éste es el competente para elaborar adecuadamente el plan de seguridad⁷⁶.

Pero, por otro lado, también se podría entender que hay una falta de coordinación, dado que no se ha efectuado adecuadamente la actividad del coordinador de seguridad, al no exigir a los subcontratistas la entrega de su evaluación y planificación correspondiente, para determinar si es necesaria la inclusión de éstas dentro del plan de seguridad. La ausencia de la solicitud de dicha documentación puede entenderse como una dejación de funciones del coordinador de seguridad y salud y por tanto la omisión de documentación relevante para la realización del plan de seguridad podría verse tipificada como infracción grave dentro del artículo 12.24.d) y e) TRLISOS⁷⁷, que daría lugar, en este caso, a la responsabilidad del promotor.

En cuanto a las modificaciones del plan de seguridad en las obras debemos señalar que el plan puede modificarse⁷⁸, es más, en muchas ocasiones debe modificarse porque han cambiado las circunstancias. Para ello sólo es necesaria la aprobación expresa por el coordinador de seguridad y salud. Si no hay, por la dirección facultativa. Todos los que par-

(72) Teniendo en cuenta la Disposición Adicional Primera RD 171/2004.

(73) Conforme a lo previsto en el artículo 16 LPRL y Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, BOE núm. 27 de 31 de enero.

(74) Modificado con la Ley 54/2000.

(75) La Guía técnica de construcción del INSH dice que en actividades peligrosas hay un riesgo de especial gravedad cuando de su exposición aunque sea corta o limitada en el tiempo puede derivarse un daño grave para la salud siempre que se hayan aplicado los principios de prevención y continúe ese riesgo, por lo que hay que adoptar medidas adicionales. El artículo 2.1.b) del RD 1627/1997 nos remite al Anexo II que establece una relación no exhaustiva. Por último el criterio técnico de la Inspección de Trabajo 39/2004, sobre presencia de recursos preventivos en relación con el artículo 32 bis del LPRL 31/1995, desarrolla los supuestos de actividades peligrosas.

(76) Artículo 7 RD 1627/1997.

(77) El artículo 12.24 TRLISOS establece: “d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra. e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra”. Redacción añadida por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, artículo 10.7.

(78) Artículo 7.4 del RD 1627/1997.

ticipan en la obra, subcontratas y trabajadores, pueden presentar sugerencias. En este caso, nos podemos encontrar con que se hayan modificado procedimientos de trabajo o protecciones previstas en el plan sin se que haya realizado la modificación correspondiente por el coordinador de seguridad, por tanto el Plan de seguridad ya no se ajustaría a la realidad de la obra. La responsabilidad dentro del ámbito del TRLISOS corresponde al contratista prevista en el artículo 12.23.a) como grave o la del 13.8.a) como muy grave en caso de riesgos especiales⁷⁹.

Sería imputable, en el ámbito del TRLISOS, al promotor, si no se han efectuado modificaciones del plan por el coordinador de seguridad. Lo cierto es que si han variado las circunstancias de la obra, sin que se haya ejercido, sí que cabe exigir la responsabilidad prevista, ya que la actuación mencionada pone de manifiesto que el coordinador no ha ejercido sus funciones.

D) Otras obligaciones del coordinador de seguridad y salud

Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo. Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra. La dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador. Cuando las obras se efectúen en centros de trabajo cuyas actividades sean distintas a las de construcción, propiamente dichas, y aquéllas se mantengan operativas durante la ejecución de la obra, el control de acceso deberá adecuarse con el de la empresa titular del correspondiente centro de trabajo⁸⁰.

Como consecuencia de lo anterior es necesario que la obra esté delimitada físicamente. Las características (altura, solidez, resistencia, estabilidad, etc.) de esta delimitación serán tales que sólo pueda sobrepasarse de forma intencionada. Los accesos a la obra (personas y vehículos) deben centralizarse en puntos fijos que permanezcan vigilados o cerrados, de tal manera que sólo las personas y vehículos autorizados puedan acceder al interior de la obra (considerando en todo momento las vías y salidas de emergencia). Si por circunstancias propias de una obra ésta debe permanecer abierta pudiendo acceder a ella vehículos y personas no autorizados se adoptarán las medidas necesarias de señalización y control del acceso.

(79) El tipo infractor de los artículos citados considera como tal incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular, por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo.

(80) Véase la Guía técnica de construcción INSH.

E) Métodos de coordinación de actividades preventivas

La Disposición Adicional Primera del RD 171/2004, de 30 de enero, nos señala que los medios de coordinación en el sector de la construcción serán los establecidos en Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, y en la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁸¹, y que se refiere a los recursos preventivos así como cualesquiera otros complementarios que puedan establecer las empresas concurrentes en la obra. Parece que como medios de coordinación expresamente citados son los recursos preventivos y las anotaciones en el libro de visitas. Todo ello sin perjuicio de que se puedan establecer otros. No se especifica en ninguna norma cuáles son los otros medios que de modo complementario actúan como medios de coordinación. Estas instrucciones se entenderán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud⁸². Si atendemos a lo señalado en dicho artículo 8.4, se indica que las instrucciones se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes sean calificados como graves o muy graves. Que la norma señalada exija que las instrucciones deban facilitarse por escrito en caso de riesgos graves o muy graves, nos obliga a determinar qué riesgos son considerados como tales, en una obra de construcción. El Anexo II RD 1627/1997 nos señala una relación no exhaustiva sobre qué riesgos son especiales en la construcción, y además de citar una serie de riesgos específicos señala en su primer apartado los trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados o el entorno del puesto de trabajo. La descripción establecida de un modo tan genérico, no permite concretar cuáles son las actividades encuadradas como riesgo especial, pues prácticamente abarca todas las situaciones posibles de una obra. El criterio técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 39/2004, sobre presencia de recursos preventivos en relación con el artículo 32 bis del LPRL 31/1995, señala como tales riesgos en obra, la instalación de ascensores y montacargas, trabajos con riesgo de caída de altura de más de 6 metros o menos de 6 y más de 2 si no se puede asegurar al trabajador más que con una protección individual, montaje

**LOS MEDIOS
DE COORDINACIÓN
EXPRESAMENTE CITADOS
SON LOS RECURSOS
PREVENTIVOS
Y LAS ANOTACIONES
EN EL LIBRO DE VISITAS**

(81) Disposición añadida por la Ley 54/2003.

(82) La Disposición Adicional Primera del RD 171/2004 señala que el promotor cumplirá con las obligaciones de información del artículo 8, de la citada norma.

y transformación de andamios, trabajos en pozos y galerías, trabajos en túneles, demolición, si emplean más de 30 días o más de 12 trabajadores. También ya sea en obra o en otras actividades: el uso de equipos automotores, cuando deben ejecutar una maniobra en retroceso o con poca visibilidad con espacio limitado y equipos de elevación de cargas. Es decir, que en todos estos casos descritos se deberá acreditar que se han efectuado medidas de coordinación por escrito.

Además, debemos tener en cuenta que, si bien la relación de riesgos especiales abarca los descritos, la relación señalada en el RD 1627/1997 no es exhaustiva. Por ello tendremos que atender a todos los riesgos especiales, considerando como tales los riesgos en que la exposición a éstos aunque sea corta o limitada en el tiempo puede provocar daños graves para la salud. Además aquellos que puedan agravarse o modificarse por la concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas. Dichos riesgos deberán estar previstos en el plan de seguridad, así como cualquier otro calificado como grave o muy grave. Y en estos casos las instrucciones de coordinación también deberán efectuarse por escrito.

La designación de recursos preventivos, las anotaciones en los libros de incidencias, así como las instrucciones por escrito que deben impartirse por el coordinador de seguridad no impiden que se usen además, como medio de coordinación, los que pueda recoger la negociación colectiva o los previstos en el artículo 11 RD 171/2004⁸³. En cualquier caso, desde el ámbito de la responsabilidad administrativa, en aquellas circunstancias en que el coordinador de seguridad y salud no se encuentre en la obra en el momento de la visita de la Inspección de Trabajo, se deberá acreditar de algún modo que se está efectuando la labor del coordinador de seguridad, bien sea con las actas de las reuniones de coordinación, anotaciones en el libro de incidencias, las instrucciones de seguridad en el libro de órdenes, o cualquier otro que permita apreciar la presencia habitual del coordinador en la obra.

Por último como novedad, introducida por la Ley de subcontratación 32/2006, y como medio de obtener la información sobre las empresas que prestan servicios en la obra se articula el libro de subcontratación que el contratista deberá poner en conocimiento del coordinador de seguridad y salud, a fin de que éste disponga de la información que debe aportar cada subcontratista y pueda articular las modificaciones del plan de seguridad que sean necesarias, y las medidas de coordinación adecuadas con el resto de empresas subcontratistas⁸⁴.

(83) El intercambio de información y de comunicaciones entre las empresas concurrentes. La celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes. Las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresarios que carezcan de dichos comités con los delegados de prevención. La impartición de instrucciones. El establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes o de procedimientos o protocolos de actuación. La presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes. La designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas.

(84) Artículo 5.4. Ley 32/2006 y artículo 16.2.a) RD 1109/2007.

El contingente de trabajadores extracomunitarios como mecanismo ¿idóneo? de regulación de flujos migratorios laborales en España

M.^a DEL CARMEN GRAU PINEDA

Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Resumen

EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS COMO MECANISMO ¿IDÓNEO? DE REGULACIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES EN ESPAÑA

El contingente de trabajadores extracomunitarios en España se configura como un instrumento de canalización de flujos migratorios laborales que viene a complementar la acción de otros mecanismos de control tales como la exigencia de visado o el control de entrada en frontera, a través del cual los poderes públicos se responsabilizan de la orientación y dirección de éstos, en lugar de dejar esta iniciativa exclusivamente en manos del empleador o de las leyes del mercado. Persigue la consecución de dos objetivos fundamentales: primero, la atención a determinadas demandas de em-

pleo insatisfechas mediante un procedimiento más ágil que el general, encauzando las solicitudes de trabajo hacia los sectores de los que proceden y normalizando la relación laboral; y, segundo, la canalización de los flujos migratorios evitando que éstos se produzcan a través de cauces ilegales. Es por ello por lo que, indirectamente, el contingente funciona como instrumento de política de empleo ya que se utiliza como medida de endurecimiento o flexibilización del mercado de trabajo español respecto de la mano de obra extranjera, en función de las necesidades que éste manifieste.

Abstract

THE CONTINGENT OF EXTRACOMMUNITY WORKERS LIKE SUITABLE? MECHANISM OF REGULATION OF LABOR MIGRATORY FLOWS IN SPAIN

The contingent of extra community workers in Spain is configured as an instrument of canalisation of labour migratory flows that comes to supplement the action of other control mechanisms as the visa demand or the entrance con-

trol in frontier, through which the public powers take the responsibility of its orientation and direction, instead of leaving this initiative exclusively in the employer's hands or in the market laws. It pursues the attainment of two funda-

mental objectives: first, the attention to certain unsatisfied employment demands by means of a more agile that the general procedure, channelling the working applications toward the sectors from which they come and normalizing the labour relation; and, second, the canalisation of the migratory flows avoiding that these take

place through illegal channels. Is because that reason that, indirectly, the contingent works as an employment policy instrument because it is used as hardening measure or flexibilization of the Spanish labour market regarding the foreign manpower, in function of the necessities that this one manifests.

Sumario

I. Introducción. II. La conformación histórica del contingente. A) El contingente en las primeras normas posconstitucionales sobre extranjería. B) Las previsiones referidas al contingente en la primera gran reforma de la normativa básica sobre extranjería: la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

III. El contingente de trabajadores extracomunitarios previsto en la normativa vigente.

A) Rasgos definitorios del actual modelo de contingente. B) El contingente en el vigente REx 2393/2004. a) Flexibilidad. b) Selectividad. c) Situación nacional de empleo.

d) Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. **IV. El contingente 2009.** A) El contingente de trabajadores extranjeros estables. a) Las ofertas genéricas de empleo estable.

b) Las ofertas nominativas de empleo estable. B) El contingente de trabajadores extranjeros temporales. a) Las ofertas genéricas de carácter temporal. b) Las ofertas nominativas de carácter temporal. **V. A modo de balance final.**

I. INTRODUCCIÓN

Hace casi dos décadas, en diciembre de 1990 el Gobierno del Estado envió al Congreso de los Diputados un informe titulado “La situación de los extranjeros en España: líneas básicas de la política española de extranjería” en cumplimiento de una moción aprobada por el Pleno de dicha Cámara en su reunión del día 26 de junio del mismo año. Como consecuencia del mencionado informe, el Congreso aprobó el 9 de abril de 1991 una proposición no de Ley sobre la situación de los extranjeros en España en la que instaba al Gobierno a poner en marcha determinadas actuaciones en relación con los extranjeros residentes en España. La primera de esas actuaciones era la de desarrollar una política activa de inmigración en la que los poderes públicos, con el amplio respaldo de las fuerzas políticas y sociales, tomasen la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía espa-

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

ñola y de la capacidad de absorción de nuestra sociedad. Como puede apreciarse, ya desde entonces la idea subyacente en tal actuación era la de permitir el acceso de mano de obra extranjera legal no sólo en la medida en que el sistema socioeconómico estatal así lo requiriese sino, además, en una proporción tal que permitiera su integración sociolaboral, intentado conjugar control e integración.

A partir de entonces no han dejado de sucederse las actuaciones gubernativas en esta materia, si bien en lo que al interés de este trabajo se refiere, fue entonces cuando se estableció un contingente de mano de obra extranjera. La apertura de este primer contingente o cupo de autorizaciones laborales para trabajadores extranjeros no comunitarios¹ se llevó a cabo en 1993 con la aprobación del Acuerdo de 26 de marzo del Consejo de Ministros y, desde entonces, casi todos los años se ha venido estableciendo un contingente anual de autorizaciones administrativas para el trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España, salvo en aquellos años en que se acometieron regularizaciones extraordinarias masivas que desaconsejaron el recurso a este tipo de instrumentos de regulación de flujos migratorios laborales.

El contingente se configura desde entonces como un instrumento de canalización de flujos migratorios laborales que viene a complementar la acción de otros mecanismos de control tales como la exigencia de visado o el control de entrada en frontera, a través del cual los poderes públicos se responsabilizan de su orientación y dirección, en lugar de dejar esta iniciativa exclusivamente en manos del empleador o de las leyes del mercado. Presenta, pues, una doble vertiente: por un lado, se trata de una estimación técnica que permite prever los puestos de trabajo que no pueden ser cubiertos por mano de obra nacional, comunitaria o extranjera extracomunitaria ya residente² en España, constatando la existencia de los denominados “nichos de empleo”, es decir, sectores de actividad en los que, pese a la existencia de una alta tasa de desempleo en España, no son cubiertos por trabajadores españoles (básicamente, agricultura y ganadería o servicio doméstico); por otro, las ofertas de empleo contenidas en el contingente se dirigen, mayoritariamente, hacia las ofertas de empleo que se registran

**EL CONTINGENTE
SE CONFIGURA COMO
UN INSTRUMENTO
DE CANALIZACIÓN
DE FLUJOS MIGRATORIOS
LABORALES
QUE COMPLEMENTAN
LA ACCIÓN DE OTROS
MECANISMOS DE CONTROL**

(1) Téngase en cuenta que “(...) los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, éstos no encajan ni en el concepto de nacionales ni en el de extranjeros. La superación de los conceptos de nacionalidad y de extranjería la representa la noción de ciudadano comunitario o de ciudadanía comunitaria (...). Con ello, se da a entender que, efectivamente, los nacionales de Estados de la Unión no son extranjeros propiamente dichos (...)”, en RAMOS QUINTANA, M.I.: “Trabajadores extranjeros e integración social”, TL, núm. 54, 2000, págs. 9 y 14.

(2) El término residente supone el disfrute de una situación administrativa regular.

en el mercado laboral pero que se suelen cubrir con mano de obra extranjera irregular. Es por ello por lo que, indirectamente, el contingente funciona como instrumento de política de empleo ya que se utiliza como medida de endurecimiento o flexibilización del mercado de trabajo español respecto de la mano de obra extranjera, en función de las necesidades que éste manifieste.

Con esta política de canalización de flujos migratorios laborales se pretende, en suma, una gestión eficaz de éstos por lo que persigue la consecución de dos objetivos fundamentales: primero, la atención a determinadas demandas de empleo insatisfechas mediante un procedimiento más ágil (presuntamente) que el general (autorizaciones de trabajo gestionadas a través del Régimen General), encauzando las solicitudes de trabajo hacia los sectores de los que proceden y normalizando la relación laboral; y, segundo, la canalización de los flujos migratorios evitando que éstos se produzcan a través de cauces ilegales (mayor control del tráfico ilegal de mano de obra, reducción del abuso y explotación de que son objeto los inmigrantes irregulares, etc.).

En cuanto a sus rasgos definitorios no son estáticos sino dinámicos, de manera que se observa cómo han ido variando con el devenir de los años. La progresiva evolución y el forzado protagonismo de la figura se ha visto acompañada en estos últimos años de un cúmulo de problemas suscitados en torno a su diseño legal, concepción teórica y aplicación práctica. Con todo, se mantiene su consideración originaria como una determinación anticipada del número y características de los empleos ofertados a ciudadanos extracomunitarios y que pueden ser cubiertos por éstos. Desde esta perspectiva resulta interesante realizar un esbozo previo de la conformación histórica del contingente (apartado II), para continuar haciendo una presentación de su régimen jurídico en la normativa vigente (apartado III). Todo ello en un intento por aportar algo de luz sobre uno de los mecanismos de regulación de flujos laborales previstos por el Derecho español de extranjería que mejor prensa tienen en los países de nuestro entorno comparado (Francia, Italia) —todo lo contrario de lo que ocurre con los procesos de regularización—, y que, sin embargo, en sede nacional no terminan de despertar suspicacias y críticas continuas.

II. LA CONFORMACIÓN HISTÓRICA DEL CONTINGENTE

A) El contingente en las primeras normas posconstitucionales sobre extranjería

Como es por todos sabido, la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985³, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, supuso un importante hito en nuestro ordenamiento jurídico en materia de extranjería. Y es que, además de ser preciso cumplir con el mandato constitucional contenido en el artículo 13 CE⁴, se constataba cómo desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 se carecía de una norma que “(...) con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería

(3) De 1 de julio, en BOE de 3 de julio.

(4) Según el cual, “(...) los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (Título I) en los términos que establezcan los tratados y la ley (...)”.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

en sí misma y en sus aspectos más importantes, y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando la materia (...)»⁵.

Sin embargo, ni la LO 7/1985 ni su primer reglamento de desarrollo aprobado por el RD 1119/1986, de 26 de mayo, contenían previsión alguna respecto del contingente ya que, según se ha apuntado, éste apareció por primera vez en el Acuerdo del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 1991, al que se hizo referencia líneas atrás, si bien no se aprobó el primero hasta 1993. Y ello porque en el contexto en que se aprobó la LO 7/1985 y su primer reglamento de desarrollo la principal preocupación era el reconocimiento a los extranjeros legales⁶ de la máxima cota de derechos y libertades, equiparando su ejercicio al de los nacionales y estableciendo una serie de garantías jurídicas que sólo cedían ante exigencias de seguridad pública claramente definidas. Además, recuérdese que en tal período la inmigración en España no alcanzaba, ni de lejos, las cifras que más recientemente se han llegado a alcanzar. Se está ante un período en el que la emigración predominaba sobre la inmigración y, dentro de ésta última, era numéricamente más cuantiosa la de procedencia comunitaria que la extracomunitaria ya que España todavía no era destino atractivo de inmigrantes dada la especial coyuntura socioeconómica reinante por entonces.

Tras diez años de vigencia de la LO 7/1985 y su primer reglamento de desarrollo, y tras sufrir diversas reformas parciales justificadas en el hecho de que su aplicación no consiguió el propósito manifestado por el legislador en el Preámbulo de la Ley, se aprobó un segundo reglamento de desarrollo, el RD 155/1996, de 2 de febrero⁷. En lo que aquí interesa, el RD 155/1996 vino a dotar al contingente, por primera vez, de cobertura normativa formal (con rango reglamentario) al incorporarlo a su cuerpo dispositivo⁸, concretamente en su artículo 70, en el que se preveía un procedimiento específico que se caracterizaba por una serie de rasgos definidores⁹ que planteaban no pocos problemas en su aplicación. Así:

a) Sólo se exigía la aportación del visado cuando el extranjero se disponía a solicitar el documento unificado del permiso de trabajo y residencia, es decir, cuando ya contaba con la resolución laboral favorable a la oferta formulada a su favor. Esta característica provocaba que el contingente no se circunscribiese a los extranjeros que se encontrasen fuera de España, sino que permitía que cualquier extranjero que se encontrase en territorio español, sin importar la calificación jurídica de su situación administrativa de entrada, estancia o permanencia, una vez contase con una oferta de trabajo, pudiera solicitar el permiso unificado de trabajo y residencia al amparo del contingente anualmente aprobado. Este hecho propiciaba un mal uso, incluso, un abuso de tal instrumento de control de flujos al solapar la finalidad propia del contingente (canalización de flujos migratorios laborales desde el exterior) por su utilización como instrumento encubierto de regularización de la situación administrativa irregular de extranjeros que ya se encontrasen en territorio nacional.

(5) Según el tenor literal de la Exposición de Motivos de la LO 7/1985.

(6) Según terminología de la época. Hoy prefiere hablarse de extranjeros en situación administrativa irregular ya que la persona en sí misma considerada no es ilegal.

(7) BOE de 23 de febrero de 1996 y corrección de errores en BOE de 2 de abril del mismo año.

(8) No ausente de críticas por regulación *ultra vires* ya que la LO 7/1985, cuyos contenidos desarrollaba, no hacía mención alguna a tal figura.

(9) VVAA: II Informe sobre inmigración y trabajo social, Diputació de Barcelona, 1997, pág. 107.

- b) Además, se establecía como una posibilidad (no una obligación) que podía o no materializarse anualmente en función de las necesidades del mercado de trabajo en tal sentido.
- c) Por otra parte, no se especificaba ni el procedimiento a seguir ni a qué tipo de mano de obra iba destinada sino que dejaba esta determinación a discreción del Gobierno dada la anomia existente al respecto.
- d) Para su aprobación se requería de la propuesta conjunta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, hoy denominado de Trabajo e Inmigración tras la última reorganización ministerial, previa consulta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y previo acuerdo con el informe emitido por la Comisión de Extranjería (CIE), lo que demostraba el reconocimiento de una cierta cota de participación y colaboración entre las Administraciones Públicas involucradas en tal materia.

Algunas de las carencias y/o déficits señalados se fueron paliando con el transcurso del tiempo como sucedió con ocasión del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1998 que vino a adoptar un Acuerdo¹⁰ en el que, además de fijarse el contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para 1999 (30.000), se dictaban las instrucciones necesarias para fijar los requisitos y procedimiento para su cobertura. Este procedimiento debía estar orientado hacia la agilidad y la eficacia, de manera que permitiera atender las solicitudes referidas a los trabajadores extranjeros que pudieran ser absorbidos por el mercado de trabajo nacional con las debidas garantías de ocupación en condiciones dignas. De esta manera se reconocía a la Comisión de Flujos Migratorios, Promoción e Integración Social de Inmigrantes y Refugiados (delegada de la Comisión Interministerial de Extranjería –CIE–) como la competente en orden a concretar la distribución provincial y sectorial del contingente. Si bien, las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales podrían realizar modificaciones en tal distribución, previa notificación a la referida Comisión delegada. Así, los empresarios que, individualmente o a través de sus organizaciones, quisieran formular ofertas de empleo encuadrables en el contingente previsto por no poder cubrirlos con trabajadores españoles, comunitarios o extracomunitarios residentes en España (a pesar de la existencia de una alta tasa de desempleo), podrían hacerlo especificando una serie de requisitos y dirigiendo sus ofertas a las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de la provincia que correspondiera.

Se evidenciaba, así, la intención del Gobierno de dotar de una eficacia mayor al instrumento del contingente que venía siendo utilizado de forma discreta desde principios de los noventa. Y ello en aras a paliar las cada vez más frecuentes incursiones de mano de obra extranjera extracomunitaria en un país caracterizado por una incipiente y floreciente economía que lo ha convertido en un destino atractivo para los flujos migratorios laborales procedentes de terceros países¹¹. Y es que, “(...) los movimientos migratorios

(10) Resolución de 11 de enero de 1999, por la que se dictan instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario en el año 1999 y el procedimiento para su cobertura.

(11) IZQUIERDO ESCRIBANO, A.: *La inmigración en España: 1980-1990*, MTSS, 1992, pág. 21.

ponen de manifiesto una estrecha e irrecindible relación entre desarrollo económico y emigración: el proceso causa-efecto entre subdesarrollo y exportación de mano de obra y su cara inversa, desarrollo económico e importación de mano de obra extranjera, revela que economía e importación de mano de obra constituyen el eje circular sobre el que se asienta el fenómeno de las migraciones (...) ¹²”.

B) Las previsiones referidas al contingente en la primera gran reforma de la normativa básica sobre extranjería: la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

La Ley Orgánica 4/2000 ¹³ vino a derogar la anterior Ley de Extranjería (LO 7/1985), pero no su segundo reglamento de desarrollo (RD 155/1996), salvo en lo que se opusiera a la nueva regulación, de manera que se mantenía su legitimidad hasta que se dictase el nuevo en un plazo estimado en seis meses (DF Sexta). Sin embargo, de la LO 4/2000 se decía que nació aquejada de una cierta provisionalidad tanto por la imposibilidad de proceder a su desarrollo reglamentario en el plazo previsto como por el hecho de que el partido en ese momento gobernante volviera a ganar las elecciones y lo hiciese de forma que estuviese en condiciones de cumplir su promesa electoral de modificar inmediatamente esta Ley, como finalmente ocurrió mediante la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

La LO 4/2000, pese a no contar con un Preámbulo en el que el legislador expusiera los motivos que lo habían llevado a legislar en tal sentido, se consideraba una ley necesaria. Y es que “(...) la LO 7/1985 estaba redactada desde parámetros de una realidad social y jurídica muy distinta a la actual, y era preciso su sustitución por razones tan dispares, y sin embargo coincidentes, como la necesidad de regular de manera más ágil y eficaz la llegada de la mano de obra que nuestro desarrollo reclama o la de someter todos los actos administrativos del régimen de extranjería al control judicial, lo que no era en forma alguna evidente en 1985 (...) ¹⁴”. Así pues, la LO 4/2000 tenía un objetivo más amplio que el previsto en la LO 7/1985, esto es, el de sentar las bases para que los extranjeros se integrasen en nuestro país, abarcando así una dimensión mucho más am-

**LA ECONOMÍA
Y LA IMPORTANCIA
DE MANO DE OBRA SON
EL EJE SOBRE EL QUE SE
ASIENTA EL FENÓMENO
DE LAS MIGRACIONES**

(12) RAMOS QUINTANA, M.I.: “Trabajadores extranjeros e integración social”, TL, núm. 54, 2000, pág. 5.

(13) De 11 de enero (BBOE de 12 y 24 de febrero).

(14) SANTOLAYA MACHETTI, P.: “Introducción”, en VVAA: Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, Lex Nova, 2000, pág. 14.

plia y globalizadora del tratamiento de la extranjería, tal y como se desprendía del propio título de la norma: los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁵.

No desmerecía ese loable propósito de suavización de los esquemas tradicionales (normas de policía que van cediendo ante la necesidad de garantizar la integración) el hecho de que se decidiera canalizar la inmigración “(...) por cauces como la contingentación de la mano de obra extranjera y un mayor control sobre los flujos económicos de entrada y salida, [que] en definitiva, son nuevas fórmulas en las que el sistema económico sigue estableciendo los modos en que admite (y somete a control) la incorporación de nueva mano de obra extranjera para la satisfacción de los objetivos que se propone alcanzar (...)”¹⁶. Y ello porque ambas tendencias, suavización de los esquemas tradicionales y canalización de flujos, no se entendían opuestas sino complementarias entre sí, de tal manera que venían a confirmar la apuesta del legislador por un modelo de gestión de flujos migratorios más controlado y limitado pero, al tiempo, más integrador.

Meses después, en diciembre del mismo año, llegaría la reforma de la LO 4/2000, por obra de la LO 8/2000, que encontraba su fundamento jurídico en las deficiencias técnicas y lo incompleto de cuestiones tales como la que ahora es objeto de análisis en la Ley de enero. Tal y como apuntó el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 8/2000 los fines justificativos de ésta eran básicamente los tres siguientes: la necesidad de ajustar la realidad del fenómeno migratorio y las previsiones de la norma y de los compromisos comunitarios contraídos por España; la consideración de la inmigración como un fenómeno estructural (y ya no coyuntural o puntual) que convierte a España en país no sólo de tránsito hacia otros Estados cuyos controles fronterizos han sido eliminados o reducidos sustancialmente sino, cada vez más, de destino de los flujos migratorios, y, en definitiva, la visión global y de conjunto del fenómeno a partir del control de flujos, la integración de los residentes extranjeros y el codesarrollo de los países de origen. De manera que se apuntaba cómo la LO 8/2000 mantenía “(...) los tres vectores clásicos de la legislación de extranjería: entrada con visado como elemento de control, permanencia en España mediante autorización y trabajo vinculado a la obtención de permiso (...)”¹⁷.

Sin embargo, y pese a la aparente continuidad de los contenidos de la LO 4/2000 en el nuevo texto propuesto por la LO 8/2000, el talante de ambas normas diverge sustancialmente. Es más, se la califica como de contrarreforma ya que se dice que “(...) retoma diversos esquemas nefastos de la LO 7/1985 (...)”¹⁸. Pese a estas críticas que se lanzan sobre la contrarreforma, no hay que obviar que, en muchos otros aspectos, ésta es más precisa que la regulación contenida en la versión inicial de la LO 4/2000 ya que viene a

(15) De las tres etapas de la inmigración en España, se ha dicho que en el año 2000 se situó el arranque de la tercera. Y ello no sólo porque se alcanzó la cifra de un millón de extranjeros, sino porque comenzó a producirse una ampliación y diversificación de la inmigración antes desconocida, lo que llevó aparejado un cambio en los desafíos que ello planteaba a las sociedades de recepción. Más detalles en CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “La formación de la ‘España inmigrante’: Mercado y ciudadanía”, REIS, núm. 97, 2002, págs. 95-126.

(16) RAMOS QUINTANA, M.I.: “Trabajadores extranjeros...”, *op. cit.*, pág. 6.

(17) PURCALLA BONILLA, M.A.: “La regulación de los derechos y libertades y de la integración social de los extranjeros”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 218, 2001, pág. 72.

(18) SOLANS PUJUELO, F.: “El régimen sancionador de extranjería tras la contrarreforma de la LO 8/2000”, artículo de enero de 2001 publicado en www.reicaz.es/extranjeria.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

solventar muchas de sus imprecisiones y déficits técnicos, como ocurre concretamente con el contingente; sin embargo, deja otras por resolver, caso de los efectos que sobre el contrato de trabajo y seguridad social acarrea la falta de autorización administrativa para trabajar, desaprovechando así una oportunidad de oro. Con todo, y en lo que al interés de este trabajo va referido, siempre que se haga referencia a la LOEx, lo será a la versión consolidada de las Leyes 4 y 8/2000.

Es en este contexto en el que ha de ubicarse la introducción, por primera vez, en una norma con rango legal, de la figura de un contingente anual de mano de obra extracomunitaria no residente en España, para, así, entender en toda su magnitud las consecuencias de tal incorporación. Y es que ya del simple hecho de que se hable de “contingentación de la mano de obra extranjera” se deduce la trascendencia con que pretende dotarse a este instrumento de control y canalización de flujos migratorios laborales hacia el mercado de trabajo español y su consiguiente priorización respecto del resto de instrumentos previstos a tal fin.

Concretamente, según los contenidos del artículo 37 LOEx, las características definitorias básicas del contingente suscitaban las siguientes consideraciones:

- a) Su existencia venía determinada por ley orgánica y ya no sólo reglamentariamente.
- b) Se dirigía única y exclusivamente a trabajadores extranjeros extracomunitarios que estaban fuera de España, de manera que pretendía evitarse el mal uso precedente del contingente beneficiando a los extranjeros que ya se encontrasen en nuestro país en situación de irregularidad administrativa. Ésta es, sin duda, la novedad más trascendente ya que el hecho de que la norma lo dirigiera de manera terminante y taxativa a trabajadores extracomunitarios que no se encontrasen en España venía a confirmar dos propósitos: por un lado, el de erigirse en instrumento eficaz de gestión de flujos migratorios laborales, y, de otro, el de combatir su utilización como mecanismo de regularización de situaciones irregulares de los extranjeros en nuestro país, que, por otro lado, podían hacerlo a través de la regularización personal permanente prevista en el artículo 29.3 LO 4/2000¹⁹.
- c) Se obligaba al Gobierno a su establecimiento anual, si bien éste podía eludir tal obligación con el establecimiento de un contingente cero o mínimo en caso de que la mano de obra extranjera no se estimase precisa en un determinado período.
- d) La determinación final del contingente se conseguía tras consultar con el Consejo Superior de Política de Inmigración²⁰ (artículo 61), además de con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y la Comisión Interministerial de Extranjería (CIE), como ya se venía haciendo hasta el momento, si bien destacándose un reforzamiento de la coordinación administrativa.

(19) El artículo 29.3 de la LO 4/2000 rezaba como sigue: “(...) igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia (...)”.

(20) El artículo 61 LO 4/2000 creaba el Consejo Superior de Política de Inmigración (CSPI) “(...) para asegurar una adecuada coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas con competencias sobre la integración de los inmigrantes (y para establecer) las bases y criterios sobre los que se asentará una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes (...)”.

En definitiva, la LOEx instaura, como formas de acceso directo al empleo de los extranjeros extracomunitarios en España, la existencia de dos regímenes: uno prioritario para la concesión de permisos de trabajo vía contingente, y otro régimen distinto para las ofertas de trabajo independientes al mismo a través del sistema general de libre acceso individual. De tal manera que el régimen de contingente intentaba configurarse como el prioritario, a la par que coexistía con ese otro previsto tanto para las ofertas exceptuadas de la tramitación vía contingente (artículo 38.2 LOEx²¹), como para las no coincidentes con él y que se realizaban con independencia de la disponibilidad de plazas en el contingente.

Y es que con el hecho de que todas las ofertas de empleo debieran de tramitarse vía contingente, salvo las precisiones hechas, se intentaba reforzarlo como instrumento de gestión de flujos migratorios laborales, lo que venía a explicar tanto su carácter anual como su prioridad respecto del resto de instrumentos reguladores de flujos previstos por el Derecho de Extranjería español. No obstante, y pese a lo positivo de la reforma (formal) operada en este sentido, materialmente tanto la carencia de desarrollo reglamentario y el forzoso recurso al preexistente (artículo 70 RD 155/1996 y Resolución de 11 de enero de 1999), como los escasos contenidos de la LOEx al respecto, impidieron no sólo la consecución de los objetivos inicialmente marcados, sino, incluso, la consideración del contingente como vía prioritaria de acceso al mercado de trabajo español de los inmigrantes.

El nuevo reglamento de desarrollo de la LOEx llegaría con la aprobación del RD 864/2001 en el que el contingente se regulaba en un único precepto (el artículo 65) con 11 apartados y cuyo contenido podía ser calificado de cualquier modo menos de claro y ordenado. Dada su escasa vigencia temporal y los innumerables problemas prácticos y reprimendas jurídicas de los tribunales²² que su aplicación llevó aparejados, parece más apropiado dedicar las páginas que siguen a la normativa actual en la que el nuevo reglamento, aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, resulta de incuestionable trascendencia para –según indica el propio texto– “la arquitectura del sistema migratorio actual”, particularmente en lo que hace al acceso al empleo de los extranjeros y su trabajo en nuestro país²³ (en adelante, REx).

(21) a) cubrir puestos de confianza, b) cuando se trate del cónyuge o hijo de extranjero residente en España, c) cuando se trate del titular de una autorización previa de trabajo que pretenda su renovación, d) en el caso de los trabajadores necesarios para el montaje o reparación de una instalación o equipos productivos, e) en el caso de los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la fecha de la pérdida de tal condición.

(22) Interesa destacar en este momento la polémica suscitada por la regulación reglamentaria del contingente a partir del año 2002, en concreto la Resolución de 11 de enero de 2002, desarrollada por una Circular de 16 de enero, que disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se fijaba el contingente para el año 2002, acuerdo mediante el que se pretendía canalizar adecuadamente el flujo migratorio desde los países de origen hacia España, pero que en la práctica significó la suspensión de la tramitación de permisos de trabajo que se solicitan con oferta nominativa de empleo. Para más detalles, vid. ROJO TORRECILLA, E.: “Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros”, en VVAA: *Comentarios al Reglamento de Extranjería, Lex Nova*, 2007, pág. 482.

(23) Antes de la aprobación del RD 2393/2004, la LOEx volvió a ser modificada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que, en el marco de la iniciativa gubernamental del Plan de lucha contra la delincuencia, introdujo reformas puntuales en diferentes leyes, afectando, entre otras, a la de extranjería. De mayor envergadura, por su alcance y motivación, son los cambios operados por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, con la que se intentó subsanar los excesos del Reglamento de 2001 antes citado, tras su impugnación y el posterior fallo del Tribunal Supremo (anulando varios de sus artículos, en STS de 20 de marzo de 2003, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo).

III. EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS PREVISTO EN LA NORMATIVA VIGENTE

A) Rasgos definitorios del actual modelo de contingente

El modelo de contingente contenido en la normativa de extranjería actualmente vigente, se describe en el artículo 39 LOEx²⁴ que viene a prever que

“(…) el Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, las propuestas que le eleven las Comunidades Autónomas y previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente, siempre que exista necesidad de mano de obra, un contingente para este fin en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España, con indicación de sectores y actividades profesionales. A estos efectos, las propuestas que puedan elevar las Comunidades Autónomas incluirán el número de ofertas de empleo y las características profesionales de los trabajadores (...)”.

Con todo, para comprender mejor la elaboración del contingente descrita de forma tan somera en el citado precepto legal, es preciso acudir a su desarrollo reglamentario contenido en el artículo 79 REx. El citado precepto regula un procedimiento específico para la confección del contingente que aglutina toda una serie de actuaciones tendentes a proponer al gobierno el cupo de trabajadores extracomunitarios que el mercado de trabajo español parece demandar. Esas actuaciones administrativas se resumen, *grosso modo*, en tres fases²⁵: una primera fase de presentación de solicitudes por parte de las organizaciones empresariales de ámbito provincial, complementada por la actuación, en su caso, de las organizaciones sindicales, y la realización de la propuesta autonómica sobre el contingente; la segunda, de elaboración de la propuesta del contingente, propiamente dicha, por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración; y, la tercera, de presentación y propuesta de contingente a la Comisión Interministerial de Extranjería para su posterior elevación

**LAS ACTUACIONES
ENCAMINADAS
A CONFECCIONAR
EL CONTINGENTE SE
RESUMEN EN TRES
FASES: PRESENTACIÓN
DE SOLICITUDES,
ELABORACIÓN
DE LA PROPUESTA
Y PRESENTACIÓN
A LA COMISIÓN**

(24) Llegados a este punto es interesante destacar que la denominación del contingente de trabajadores extranjeros del artículo 39 LOEx vigente es sustituida por la de “gestión colectiva de contrataciones en origen” en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOEx (en tramitación). El Ministerio de Trabajo e inmigración será ahora, según el citado Anteproyecto, el encargado de aprobar una posible previsión anual de las ocupaciones requeridas, mientras que la legislación vigente atribuye al Gobierno dicha potestad.

(25) Para más detalles CAMAS RODAS, F.: “Artículo 79. Elaboración del contingente”, en VVAA: Comentarios al Reglamento..., op. cit., págs. 489 y ss.

al gobierno de cara a su aprobación definitiva. A continuación, el artículo 80 REx, pese a rubricarse “Procedimiento”, tiene un alcance diferente a su predecesor dado que se dirige a ordenar el conjunto de acciones de ejecución del contingente una vez aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros.

Aspectos procedimentales aparte, de ambos textos legales se desprenden una serie de características básicas del contingente de autorizaciones administrativas referidas al trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España respecto de las cuales se destacan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, es el Gobierno el que establece el citado contingente, con carácter anual, si bien, se lo despoja del carácter preceptivo con que se contemplaba en la versión inicial de la LO 4/2000, configurándolo, como ya se hiciera al amparo de la Ley 7/1985, como instrumento meramente potestativo al añadir la coletilla de “siempre que exista necesidad de mano de obra”. Sin embargo, la anualidad y la no obligatoriedad son características que se contradicen entre sí ya que, desde una perspectiva jurídico-crítica, no tiene mucho sentido el que se prevea el establecimiento anual del contingente si, a continuación, se lo va a dotar de un carácter discrecional. Con ello, sólo es posible considerar que el propósito del legislador ha sido o bien el de considerar la anualidad como un criterio de duración temporal (doce meses y no en referencia al año natural, con lo que se evita que si el Gobierno no lo aprueba en enero esté incumpliendo con la legalidad establecida), o bien, esperando que el Gobierno salve el escollo previendo un contingente mínimo, o incluso, cero.

En segundo lugar, y como característica heredada de la regulación contenida en la versión inicial de la LO 4/2000, se presta especial atención a la situación nacional de empleo, que también ha de ser tenida en cuenta para el acceso a través del sistema general de libre acceso individual, si bien es el momento en que se valora tal criterio, lo que diferencia a ambos. De tal manera que mientras en el contingente la mencionada valoración tiene un carácter apriorístico, en el sistema general, se tendrá en cuenta en el momento concreto de la resolución de la solicitud individual de permiso de trabajo.

Como ya se ha adelantado, el Gobierno, en la determinación final del contingente, habrá de tener en cuenta las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas (CCAA)²⁶ y dar audiencia previa al Consejo Superior de Política de Inmigración (CSPI)²⁷ y a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Pero, además, se refuerzan las referencias a la determinación de los ámbitos territoriales y sectores de actividad concretos, cobrando especial incidencia la actuación a nivel autonómico, provincial y local para tal determinación. Y es que es a nivel inferior donde se perciben mejor este tipo de

(26) Y que implica su participación activa en la decisión final que se adopte dado que éstas son quienes tienen transferidas las competencias en materia de gestión de empleo (artículo 149.1.17^{CE}) y quienes disponen de toda la información para determinar cómo evoluciona el mercado de trabajo. Más detalles en CAMAS RODA, E.: “Artículo 79. Elaboración del contingente”, en VVAA: *Comentarios al Reglamento...*, op. cit., págs. 489-494.

(27) Creado por la LO 4/2000 (concretamente en su artículo 61) pero desarrollado posteriormente por RD 344/2001, de 4 de abril, con el fin de coordinar las actuaciones de las Administraciones públicas con competencias o que tengan incidencia en la política de integración de los inmigrantes. Con idéntica fecha, el RD 345/2001 regula el Observatorio Permanente de la Inmigración y el RD 367/2001, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, creado por RD 490/1995, de 7 de abril, y modificado por RD 2816/1998, de 23 de diciembre.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

necesidades, si bien es verdad que no está exento de problemas de coordinación dado el cierto grado de descentralización que ello supone. Repárese en el hecho de que, según su configuración actual, se trata de una cifra provisional, así como las características de las ofertas de empleo de carácter estable que puedan ser cubiertas a través de este procedimiento. Es por ello por lo que a lo largo del año se podrá revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo admisibles en el marco del contingente, para adaptarlas a la evolución del mercado de trabajo. De ahí la importancia de que la Dirección General de Inmigración mantenga relaciones constantes y continuas de información y colaboración con las autoridades competentes de los países con los que existe acuerdo sobre la regulación y coordinación de flujos migratorios. Y ello con el fin de facilitar la disponibilidad de trabajadores que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones requeridas por el mercado de trabajo y, en el marco de colaboración establecido en estos acuerdos, promover la creación en los países de origen de bases de datos de demandantes de empleo que simplifiquen la realización y mejoren la calidad de los procesos selectivos.

Se fortalece el requisito de que las ofertas de empleo que se ofrecen a través del contingente han de ir referidas a trabajadores extranjeros que ni se hallen ni sean residentes en territorio nacional, consiguiendo así evitar su uso como mecanismo regularizador de situaciones irregulares de los extranjeros en España, que, por otro lado, tendrán posibilidad de acogerse a la regularización personal permanente prevista en el artículo 31.3 y 4 LOEx²⁸. Así, la regulación contenida en el REX, al igual que se ha venido haciendo desde el año 2002 *de facto*, “(...) corrige aquel defecto técnico observado en la normativa anterior y destacado abundantemente por la doctrina científica (...)”²⁹.

Se ha dejado para el final el que se ha dado en considerar el rasgo definitorio más característico del contingente y más polémico, esto es, su pretendida prioridad frente a cualesquiera otras formas de acceso al mercado de trabajo español. Y es que, la reforma operada por la LO 8/2000 ha optado por mantener, formalmente, las dos formas combinadas de acceso directo al empleo previstas en la versión inicial de la LO 4/2000: la primera, a través del contingente reservado para los extranjeros que no se encuentren en España y cuya fijación será anual y con expresa indicación de sectores y actividades profesionales y territoriales, y, la segunda, referida al sistema general de libre acceso mediante solicitud individualizada. Sin embargo, la prioridad del primero respecto del segundo sólo puede pretenderse *de facto* por lo que supone de regulación programada de flujos migratorios laborales pero no *de iure* como se pretendió con ocasión del contingente de 2002, lo que mereció la reprimenda jurídica de los tribunales [*vid. supra* II.B)]. Se confirma, pues, tanto

(28) Por la vía del proceso de regularización singular permanente del artículo 31.3 LOEx la Administración podrá conceder un permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubiesen obtenido un permiso de tal tipo o que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. En tal caso, el actual artículo 40.k) dispone que, en este caso, se concederá un permiso de trabajo, sin tener en cuenta la situación nacional de empleo, de una duración de un año. Pero, además, el artículo 31.4 de la misma norma prevé la concesión de un permiso de residencia por motivos humanitarios, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos reglamentariamente previstos.

(29) ROJO TORRECILLA, E.: “Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros”, en VVAA: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, *op. cit.*, pág. 482. En idéntico sentido, se ha apuntado que al no exigirse que el trabajador se encontrara fuera del territorio nacional y en su lugar de origen, “(...) sirvió también, pese a sus limitaciones cuantitativas pues las previsiones quedaban fácilmente desbordadas, para encubrir verdaderos procesos de regularización de los extranjeros que ya se encontraban en España (...)”, LÓPEZ GANDÍA, J.: “El acceso al empleo del extranjero”, en VVAA: *Estudios sobre Extranjería*, Bomarzo, 2005, págs. 91-129.

la coexistencia de ambos sistemas de acceso al empleo de la mano de obra extranjera como la prioridad formal del contingente respecto del acceso general vía autorizaciones de trabajo, vía esta última que la norma reglamentaria prevé que complementa pero no computa a los efectos de la primera. Es decir, que los trabajadores extracomunitarios que pretendan acceder al mercado de trabajo español tendrán dos posibilidades alternativas o sucesivas, que no simultáneas, ya que sólo en el caso de que su oferta de empleo no pudiera tramitarse vía contingente, se tramitará vía sistema general individual de libre acceso. No podrán tramitarse por la vía prioritaria del contingente las ofertas de empleo que no coincidan con las en él previstas³⁰ o que se encuentren exceptuadas de él, ya sea por estar exentos de la obligación de solicitar permiso de trabajo, ya por no aplicárseles la situación nacional de empleo, ya por ser titulares de otras autorizaciones para trabajar en las que tampoco se tiene en cuenta la situación nacional de empleo.

Un último apunte antes de continuar: en cuanto a la manera de formalizar tal acceso, es decir, el documento administrativo habilitante para la realización de actividades lucrativas en España, una cosa es el establecimiento del cupo o contingente de trabajadores extracomunitarios en España y otra bien distinta la tramitación subsiguiente de las autorizaciones de trabajo oportunas que habrá de seguir las normas generales del capítulo correspondiente del REx, si bien con las particularidades que el Gobierno introduzca para adaptar la gestión del contingente a las necesidades del mercado de trabajo español³¹. Así pues, tanto las ofertas de empleo gestionadas como las no gestionadas a través del contingente se formalizarán bajo cualquiera de las modalidades y tipos de autorizaciones administrativas para trabajar legalmente previstas, atendiendo cada caso por caso, a las particularidades contempladas en la norma.

B) El contingente en el vigente REx 2393/2004

Ya se ha tenido ocasión de adelantar que el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, desarrolla los contenidos de la LOEx, particularmente en lo referido al acceso al empleo de los extranjeros y su trabajo en España. Más concretamente, los artículos 77 a 83 de la citada norma reglamentaria (agrupados en el Título V) son los encargados de dotar de contenido al artículo 39 LOEx.

Así, en la línea ya apuntada, el artículo 77.3 del REx insiste, a propósito del contingente, que “(...) permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen (...)”. De lo que se deriva la confirmación fehaciente de una de sus claves de bóveda, esto es, el configurarse como un procedimiento de

(30) En cuanto a la no coincidencia, va referida a tres variables: ámbito temporal, territorial y sector de actividad profesional. En caso de coincidir las tres, la oferta de empleo formulada al margen del contingente, se habrá de reconducir al mismo para evitar solapamientos.

(31) Además, esos contratos deberán contener, al menos, los aspectos previstos en el artículo 2.2 del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

gestión de la contratación de trabajadores foráneos cuya colocación se planifica y propicia en España, tramitándose parte del proceso en el país de origen o residencia del extranjero.

Procedimiento, que en su versión más contemporánea, viene caracterizado por dos notas fundamentales, flexibilidad y selectividad [III.B).a) y b)], y sometido tanto al criterio de la situación nacional de empleo [III.B).c)] como a la nueva y original organización de ocupaciones de difícil cobertura bajo la forma de un catálogo [III.B).d)].

a) Flexibilidad

El artículo 78 REx, encargado de concretar cómo debe desarrollarse el acuerdo del Consejo de Ministros que apruebe la regulación del contingente anual, prevé, en su apartado 4, que “(...) a lo largo del año se podrá revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo admisibles en el marco del contingente, para adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo (...)”.

Tal previsión merece una valoración positiva porque, como se ha dicho, la puesta en marcha del contingente “(...) quedará condicionada en años venideros tanto al importante incremento de la población extranjera como consecuencia del proceso de normalización de trabajadores extranjeros en anterior situación irregular, como por el hecho de que buena parte de las personas que han accedido a España por la vía de la reagrupación familiar se encontrarán en condiciones regulares de acceder al mercado de trabajo, y de ahí que el número (hipotético) de trabajadores a contratar por la vía del contingente pueda disminuir sobre las previsiones iniciales o incluso no existir (...)”³².

De hecho, y precisamente por aplicación de este precepto, en los momentos en que se escriben estas líneas, ya han comenzado a oírse voces en el sentido de reducir el número de ofertas de empleo contenidas en el contingente para garantizar el empleo a los trabajadores nacionales en coyunturas económicas difíciles como las que imperan en estos momentos. Es por ello por lo que, tras insinuarse desde el propio Ministerio de Trabajo e Inmigración³³ la “aproximación a cero” de la cifra de trabajadores extranjeros contratados en sus países de origen para el año 2009, con la aprobación del contingente para el presente año se constata un descenso considerable en tal cifra. Así, se

**DE HECHO, AUNQUE NO
DE DERECHO, LA VÍA
DEL CONTINGENTE PARECE
PREVALECER SOBRE
LA SOLICITUD INDIVIDUAL
A LA HORA DE ACCEDER
AL MERCADO DE TRABAJO**

(32) ROJO TORRECILLA, E.: “Artículo 78. Contenido del contingente”, en VVAA: Comentarios al Reglamento..., op. cit., pág. 486.

(33) www.europapress.es.

observa que de un total nacional del contingente estable 2008 previsto en 15.731³⁴, se ha pasado a 901 para el año 2009. Pero es que si, además, se analizan las cifras por sectores económicos, las diferencias son notables.

SECTORES ECONÓMICOS	2008	2009
Construcción	1818	6
Hostelería	4267	12
Transporte	818	4
Comercio	2570	0
Agricultura	659	24
Industria Metal	2445	364
Industria Textil	35	0
Industria Madera	225	51
Industria Alimentaria	305	46
Otras industrias	112	42
Pesca	200	100
Servicios	2277	252
TOTAL	15731	901

FUENTE: Resoluciones de 26 de diciembre de 2007 y de 2008 (BOE de 12 de enero de 2007 y de 7 de enero de 2008, respectivamente), de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por las que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para los años 2008 y 2009, respectivamente.

Dada la obriedad de las cifras aportadas, sólo señalar cómo ha sido precisamente en los sectores económicos en los que tradicionalmente se ha venido recurriendo a mano de obra extranjera en el marco de los contingentes anuales –como es el caso de los 5 primeros, esto es, construcción, hostelería, transporte, comercio y agricultura–, en los que se constata un claro retroceso en el número de las ofertas. Y ello en consonancia tanto con los niveles de desempleo que se están generando en tales sectores como con el respeto a la idea de priorizar el empleo de nacionales en coyunturas como la actual tal y como exige el criterio de la situación nacional de empleo [*infra* III.B)c)].

b) Selectividad

Como técnica de canalización, control y contención de la llegada de trabajadores foráneos, la fórmula del contingente es una herramienta que permite, además de la modulación de los flujos migratorios, seleccionar la nacionalidad u origen de la mano de obra, modalizando en mayor medida el perfil del trabajador requerido. Así, por aplicación de

(34) Es preciso tener en cuenta que, con todo, para el citado año las solicitudes para el contingente estable no superaron las 5.000.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

lo previsto en el artículo 78.5 del REx, para las ofertas incluidas en el contingente se dará preferencia a los nacionales de países con los que España haya suscrito los correspondientes acuerdos sobre regulación u ordenación de las migraciones.

Se trata de Bulgaria, Colombia, Ecuador, Marruecos, Polonia, República Dominicana y Rumanía. Países todos ellos “(...) con particularidades específicas y que pueden justificar la firma del acuerdo: mientras que Marruecos es nuestro principal vecino mediterráneo, los países de Centro y Sudamérica tienen estrechos lazos históricos con España, y los países del este europeo están proporcionando una amplia mano de obra básicamente durante temporadas, notándose especialmente su presencia en el sector agrario (...)”³⁵. Pese a las ventajas, declaradas o implícitas, de esta solución, desde la doctrina especializada se ha alertado sobre el riesgo de que pueda producirse una “(...) situación jurídica que implique una discriminación por razón de nacionalidad, en cuanto que el empresario estará seleccionando a uno o más trabajadores justamente por su nacionalidad y no sólo por sus conocimientos y habilidades (...)”³⁶.

c) Situación nacional de empleo

La variable principal tenida en cuenta para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena es la situación nacional de empleo que determina la posibilidad de contratación a través de cualquiera de las dos vías de acceso al mercado de trabajo español apuntadas. Y es que, salvo en aquellos supuestos exceptuados de su toma en consideración, “(...) dicha situación permitiría la contratación de trabajadores extranjeros cuando no existan en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empleadores (...)”.

De su importancia como condición o presupuesto para obtener la correspondiente autorización da cuenta el tratamiento y ubicación que le dispensan tanto la LOEx como el REx³⁷, este último añadiendo nuevas excepciones que se adicionan al listado previsto legalmente³⁸.

Los elementos que tradicionalmente han permitido considerar la situación nacional de empleo³⁹ son los siguientes:

(35) ROJO TORRECILLA, E.: “Artículo 78. Contenido del contingente”, en *VVAA: Comentarios al Reglamento...*, op. cit., pág. 484.

(36) ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A.: “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, *RDS*, núm. 23, 2003, págs. 117 y ss. Además, para un tratamiento detallado y extenso sobre el tema, vid. varios capítulos de la obra de TRINIDAD GARCÍA, M^a. L. y MARTÍN MARTÍN, J.: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España: Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, 2005, Lex Nova.

(37) En sus artículos 38.1 y 50.a), respectivamente.

(38) Artículo 40 de la LOEx que recoge hasta doce supuestos, calificados como específicos y reconducibles a circunstancias relacionadas con la condición de menor tutelado, apátrida o refugiado del extranjero, su parentesco con nacionales o nacidos en España, el trabajo a desarrollar en nuestro país o la titularidad o concesión previa de algunos otros tipos de autorizaciones. A este listado se suman los dos nuevos supuestos reglamentarios referidos a nacionales de Estados con los que se haya suscrito, en los términos previstos, un convenio o acuerdo internacional al efecto.

(39) Sobre las relaciones existentes entre el contingente y la suficiencia de trabajadores, vid. CAMOS VICTORIA, I.: “El contingente de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, 2004, págs. 89 y ss.

- La insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional tanto españoles, como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa.
- Que la gestión de la oferta de empleo presentada por el empleador o empresario, como paso previo a la solicitud de permiso de trabajo inicial, ante el servicio público de empleo (SPE) se haya concluido con resultado negativo. El SPE encargado de tal gestión tiene un plazo máximo de quince días para certificar la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta. Esa certificación individual podrá ser sustituida, por la autoridad competente para resolver sobre el permiso de trabajo, por una certificación colectiva, válida por dos meses, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores.
- El régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

Interesa hacer una serie de consideraciones respecto de las novedades que ha venido a incorporar el REx respecto de los escasos contenidos reglamentarios precedentes. La primera referida al nuevo rol adjudicado a los servicios públicos de empleo (SPE), la segunda respecto de la gran importancia otorgada por el legislador a la certificación acreditativa de haber gestionado la oferta de empleo ante los SPE.

En relación con la primera de las dos consideraciones que se quiere plantear, va referida al importante rol con que pretende dotarse a los SPE en cuanto a la certificación acreditativa del resultado de la gestión realizada a solicitud del empleador o empresario, previa a la solicitud del permiso de trabajo, en la que se hace constar tanto la insuficiencia de mano de obra como la imposibilidad de que las ofertas sean cubiertas por desempleados inscritos como demandantes de empleo. Con estas previsiones reglamentarias se vienen a colmar las lagunas existentes sobre quién y cómo debía acreditar tales trámites previos a la solicitud de los permisos de trabajo, ganando en seguridad jurídica y fortaleciendo el rol de los SPE en el marco de la política de empleo activa que se viene desarrollando en España desde hace ya algún tiempo.

Respecto de la crucial importancia de la certificación acreditativa de haber gestionado la oferta de empleo ante los SPE competentes en aras a dilucidar los extremos apuntados viene a resaltarse en el REx al preverse que cuando el empresario o empleador no acredite el haber cumplido con tal obligación, con carácter previo, la autoridad competente podrá resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo (*ex* artículo 84.5 LOEx). Con ello se gana en seguridad jurídica ya que, como acertadamente apuntaron los sindicatos⁴⁰ en algún momento del debate parlamentario previo a la aprobación del REx, la carencia de instrumento jurídico alguno que garantizase el cumplimiento por el empresario de tal trámite bien podría generar frecuentes omisiones de éste.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que, respecto de las solicitudes que se tramiten vía contingente anual de trabajadores extranjeros, no va a ser preciso cumplir con esta exi-

(40) Informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes al segundo borrador de Reglamento de la LO 8/2000, en www.reicaz.es/extranjeria.

gencia dado que el criterio de la situación nacional de empleo es tenido en cuenta a lo largo de procedimiento seguido para su elaboración y no después. En otras palabras, éste es tenido en cuenta *a priori*, durante la elaboración del contingente y no *a posteriori*, como ocurre en el caso de las solicitudes tramitadas por la vía general u ordinaria, en cuyo caso, tal criterio es observado una vez se presenta la solicitud pretendida.

d) Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura

Otra novedad reglamentaria, en relación con la anterior, y de la que se quiere hacer una siquiera breve referencia, ha sido la incorporación del denominado “catálogo de ocupaciones de difícil cobertura”⁴¹, como instrumento fundamental para la coordinación de las políticas de mercado de trabajo e inmigración que permite valorar la situación nacional de empleo así como determinar las posibilidades de contratación de extranjero. Pero, además, y como se ha señalado acertadamente, éste va a permitir que “(...) las personas que busquen trabajo se informen de las necesidades no cubiertas del mercado de trabajo, funcionando a modo de observatorio periódico y preciso acerca de las necesidades de formación y, en última instancia es un servicio que agiliza la tramitación de la contratación de los inmigrantes en origen (...)”⁴². En otras palabras, este tipo de catálogos, al que se alude en el artículo 50.a) REx, contiene las ocupaciones en las que los Servicios Públicos de Empleo han encontrado dificultad para gestionar las ofertas de empleo que los empleadores les presentan cuando quieren cubrir puestos de trabajo vacantes a través de la vía general, esto es, con independencia del contingente anual.

El catálogo está desagregado por provincias, islas en el caso de las Comunidades Autónomas Baleares y Canarias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y tiene carácter trimestral, extendiéndose su vigencia desde el segundo hasta el último día laborable del trimestre natural siguiente al de su publicación. La presencia de una ocupación en el catálogo de la zona geográfica de que se trate implica, para el empleador, la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar

**EL CATÁLOGO
DE OCUPACIONES
DE DIFÍCIL COBERTURA
SE CONFIGURA COMO
INSTRUMENTO
DE COORDINACIÓN
DE LAS POLÍTICAS
DE EMPLEO
E INMIGRACIÓN**

(41) Resolución de 4 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece un nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Además, para consultar el mismo actualizado trimestralmente, puede acudirse a la web <http://www2.inem.es/catalogoOcupaciones/web/asp/catOcupaciones.asp>.

(42) SACRISTÁN ROMERO, F.: “Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España”, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006, pág. 71.

dirigida a un trabajador extranjero⁴³. Pese a tratarse de un recurso de primer orden que permite –respecto a las ocupaciones así calificadas– la tramitación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, para aquéllas no incluidas en dicho catálogo continúa siendo operativa la certificación de la gestión de la oferta de empleo, emitida por el correspondiente servicio público⁴⁴.

La Disposición Final Segunda de la Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, por la que se regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50.a) REx faculta al Director General del Servicio Público de Empleo Estatal para dictar cuantas resoluciones sean necesarias en relación con el citado precepto, donde se establece que se deberá elaborar con periodicidad trimestral un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Este catálogo será elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con la información suministrada por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y permite que los empleadores insten la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de los puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones incluidas en el citado catálogo.

IV. EL CONTINGENTE 2009

Las particularidades del empleo gestionado a través del contingente tienen que ver con la fijación previa de las ofertas pero, también, con el procedimiento de contratación de los trabajadores extranjeros que, conforme al artículo 80 REx, será el establecido en el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se apruebe el contingente. Para el año en curso, dicho acuerdo, adoptado el 19 de diciembre de 2008 y hecho público el día 26 del mismo mes mediante la correspondiente Resolución de la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, mantiene la estructura que desde el contingente de 2005⁴⁵ se ha venido implementando y que consiste en ordenar las cifras del contingente, siempre provisionales, en ofertas de empleo estables o de duración determinada (genéricas o nominativas).

Llegados a este punto quiere insistirse en el hecho de que las cifras contenidas en los contingentes anuales se caracterizan, como ya se apuntó líneas atrás, por ser flexibles, esto es, adaptarse a las necesidades que el mercado de trabajo español presenta. Es por ello por lo que no sólo son provisionales y, por tanto, revisables en función de las coyunturas una vez aprobada la cifra total, sino que son extremadamente dinámicas en cuanto a su cálculo

(43) Según la Instrucción Tercera de las Instrucciones DGI/SGGCFM/03/2008, dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008, "(...) en los supuestos de ofertas de carácter temporal para ocupaciones incluidas en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, para acreditar que los Servicios Públicos de Empleo han tramitado previamente tales ofertas, se considerará suficiente la certificación de dichos Servicios en la que se exprese que se ha recibido la oferta y que se ha realizado el trámite de su publicación (...)".

(44) Según apunta el ya citado artículo 50.a) del REx, tal certificación será emitida en el plazo máximo de 15 días y dará cuenta del resultado negativo de la gestión de la oferta de empleo, acreditando la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para su aceptación.

(45) Este contingente 2005 fue el primero en ver la luz después de la aprobación del RD 2393/2004 y tras la ampliada vigencia del contingente inicialmente previsto para el año 2004.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

anual. Así, cabe apreciar diferencias considerables entre el contingente aprobado para el año 2006⁴⁶ que preveía 16.878 ofertas de empleo para trabajadores extracomunitarios y tuvo lugar una vez concluido el proceso de normalización previsto en la Disposición Transitoria Tercera del REx⁴⁷, el contingente 2007⁴⁸, en el que sólo se previeron 455 ofertas de empleo para trabajadores extracomunitarios, todavía como consecuencia de la amplitud conseguida por el proceso de normalización laboral acometido en 2006 y el contingente 2008⁴⁹, que volvió a incrementar el número hasta situarse en 15.731 ofertas, si bien sólo se solicitaron en torno a 5.000. Según el contingente anual vigente en los momentos en que se escriben estas líneas, el previsto para el año 2009⁵⁰, la previsión, siempre provisional, es de 901 ofertas de empleo para trabajadores extracomunitarios, organizadas, como viene siendo habitual desde el contingente de 2005, en torno a dos bloques de gestión: las estables [IV.A)], las temporales [IV.B)].

A) El contingente de trabajadores extranjeros estables

Las ofertas de empleo de carácter estable garantizarán al trabajador contratado una actividad continuada durante un período de tiempo no inferior a un año y podrán ser genéricas [IV.A).a)] o nominativas [IV.A).b)].

a) Las ofertas genéricas de empleo estable

En cuanto a las genéricas, la solicitud de gestión de ofertas de empleo de carácter estable se formulará en el modelo oficial⁵¹ al que se acompañará la oferta de empleo genérica. Se presentarán tantas ofertas de empleo como empresas, ocupaciones y provincias distintas sean solicitadas⁵².

Las solicitudes se presentarán y serán tramitadas en el Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la provincia donde vaya a realizarse la actividad laboral con una antelación mínima de un mes al inicio de la relación laboral. Sin embargo, también se podrán presentar, y serán tramitadas, en la Dirección General de Inmigración en los siguientes casos:

(46) Sobre el mismo, IGARTÚA MIRÓ, M^a. T.: “El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2006”, AS, núm. 22, 2005.

(47) A la conclusión de dicho proceso, y según datos de MTAS, más de medio millón de extranjeros había regularizado su situación administrativa, desarrollando, a partir de entonces en condiciones de absoluta y total legalidad, una actividad productiva.

(48) Aprobado por Resolución de 26 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se disponía la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006.

(49) Resoluciones de 26 de diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por las que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008.

(50) Resoluciones de 26 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por las que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2009.

(51) Disponible en www.extranjeros.mtas.es.

(52) Junto con las solicitudes se adjuntará la siguiente documentación: la establecida en el artículo 51.2 REx, la tarjeta de identificación fiscal de la o las empresas ofertantes, y, en el caso de que se trate de ofertas que bajo un mismo código nacional de ocupación (CON) incluyan puestos de trabajo de distintas categorías que impliquen diferentes condiciones laborales, tales como el salario, jornada, horario u otras, junto con el formulario de oferta de empleo, aportarán una relación con el desglose de las distintas categorías de puestos, su número y la concreción de las distintas condiciones laborales de aplicación a cada una de ellas.

- Cuando se trate de empresas que pretendan contratar trabajadores estables, siempre que cuenten con una plantilla de más de 500 trabajadores y tengan centros de trabajo en distintas provincias.
- Cuando se trate de empresas de más de 100 trabajadores, que cuenten con centros de trabajo en varias provincias, vayan a contratar más de veinte trabajadores extranjeros y dichos trabajadores vayan a prestar servicios en distintas provincias.
- Aquellas ofertas genéricas que, pese a estar formuladas por empresas en que no se den todos los condicionamientos anteriores, sin embargo se presenten todas ellas formando parte de una misma solicitud de gestión de oferta suscrita por otra empresa que sí las reúna, o por una organización empresarial, y en ambos casos para ser cubiertas en un mismo y único proceso selectivo.

Las ofertas contendrán un número mínimo de diez puestos de trabajo, salvo que la dotación establecida para la provincia y ocupación de que se trate sea inferior a dicha cifra. Las organizaciones empresariales podrán formular solicitudes con un mínimo de diez puestos, acumulando ofertas de dos o más empresas. Lo mismo podrán hacer distintas empresas formulando, en su conjunto, ofertas simultáneas para un mínimo de diez puestos. En todos los casos se formulará una oferta por cada ocupación y provincia. Excepcionalmente, la Dirección General de Inmigración podrá autorizar la gestión de ofertas que contengan un número mínimo de cinco puestos de trabajo.

Presentadas las ofertas, el órgano de tramitación verificará si las condiciones fijadas en éstas son las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría y ámbito territorial, así como el cumplimiento por parte de las empresas de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social. También se verificará si las ocupaciones solicitadas corresponden a ocupaciones recogidas en el contingente de trabajadores estables para 2008 y si existe dotación de puestos suficientes.

Valorado favorablemente el expediente, las ofertas se comunicarán, de manera inmediata, a la Dirección General de Inmigración. Esta comunicación se producirá dentro de los cinco días siguientes al de presentación completa de la documentación necesaria. La Dirección General de Inmigración remitirá las ofertas en un plazo de cinco días al órgano encargado de la preselección en el país que corresponda, a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular, y acordará con sus autoridades competentes, previo acuerdo con el ofertante, la fecha, el lugar y la metodología para la selección de los trabajadores.

Fijados los términos de la selección, la Dirección General de Inmigración resolverá autorizando la realización del proceso selectivo en el país de origen y lo notificará a las organizaciones o empresas solicitantes y a las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales afectadas, con copia a la Misión Diplomática u Oficina Consular y a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares.

La selección se llevará a cabo en la forma prevista en los acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios aplicables, o en los procedimientos establecidos⁵³ cuando se

(53) Cuando se considere adecuado, a propuesta de la empresa u organización empresarial solicitante, la selección podrá realizarse de manera no presencial, mediante el análisis de los currículos de los trabajadores y/o mediante entrevistas telefónicas o videoconferencia.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

trate de países con los que no existe acuerdo, con la participación, en su caso, de representantes de la Dirección General de Inmigración y/o de la correspondiente Misión Diplomática. Se favorecerá la participación en la selección de los empresarios ofertantes, directamente o a través de organizaciones empresariales u otros representantes acreditados⁵⁴. Además, las empresas ofertantes podrán proponer que el proceso de selección incorpore acciones de formación en el país de origen. En este caso se realizará una preselección de candidatos a la acción formativa, concluida la cual se efectuará entre los participantes la selección definitiva.

Una vez elaborada el acta realizada por la comisión de selección, que incluirá la relación nominal de las personas seleccionadas y sus datos identificativos, se remitirá aquélla en la misma jornada a la Dirección General de Inmigración, que la trasladará de inmediato a la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, para que informe de la posible concurrencia de causas de denegación de la autorización previstas por la normativa aplicable y asigne el número de identidad de extranjero (NIE) a los trabajadores.

Una vez devuelta en el plazo de dos días, o excepcionalmente de cinco días cuando el elevado número de trabajadores lo haga imprescindible, a la Dirección General de Inmigración, este Centro Directivo o la Delegación o Subdelegación de Gobierno competente resolverán la autorización. La resolución se notificará de inmediato a la organización o empresa solicitante acompañando, en su caso, los impresos de las tasas a ingresar, con copia al Consulado correspondiente, a la Dirección General de Asuntos Consulares y a las Áreas y Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales.

b) Las ofertas nominativas de empleo estable

En cuanto a las ofertas nominativas de empleo estable, podrán formularse en los siguientes supuestos:

– Cuando la selección se realice en el exterior por empresa que pertenezca al mismo grupo o sea de la misma titularidad que la empresa contratante, cuando se trate de una empresa que no tenga como actividad única o principal la selección de trabajadores, salvo que ésta sea su actividad principal en España y

**LA COMISARÍA GENERAL
DE EXTRANJERÍA
Y DOCUMENTACIÓN
DE LA POLICÍA
INFORMARÁ SOBRE
LAS CAUSAS
DE DENEGACIÓN Y
ASIGNARÁ EL NIE
A LOS TRABAJADORES**

(54) Sobre el órgano competente para llevar a cabo dicha función, se ha de tener presente que el SPEE dispone de unas competencias específicas en materia de formación en los países de origen de los trabajadores [ex artículo 13.e) Ley 56/2003, de empleo].

siempre que los trabajadores vayan a prestar servicios en dicha empresa y se garantice la gratuidad del proceso de selección de los candidatos.

- Cuando los trabajadores hayan sido titulares de una autorización de trabajo previa en España y hayan acreditado ante la autoridad consular española el retorno a su país de origen y se encuentren en él.
- En otros supuestos de carácter excepcional que sean autorizados expresamente por la Dirección General de Inmigración.

La solicitud se formulará en modelo oficial⁵⁵ al que se acompañará oferta de empleo nominativa, acompañada de los documentos establecidos en el artículo 51.2 REx, excepto la contemplada en la letra e), y en su caso la documentación que acredite la pertenencia de la empresa de selección y de la empresa solicitante al mismo grupo de empresas o su titularidad común, y la actividad de ambas, así como la declaración sobre la gratuidad del proceso para los trabajadores y aquella que acredite el retorno al país de origen.

Las solicitudes se presentarán con una antelación mínima de un mes al inicio de la relación laboral, y serán tramitadas en el Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde vaya a realizarse la actividad laboral. En el caso de que la actividad vaya a desarrollarse en varias provincias, se presentarán y serán tramitadas en aquella donde vaya a iniciarse la prestación de servicios.

Se podrán presentar y serán tramitadas en la Dirección General de Inmigración, las solicitudes de gestión de ofertas nominativas cuando se formulen por empresas de más de 500 trabajadores y tengan centros de trabajo en distintas provincias, que pretendan contratar en España trabajadores estables vinculados por una relación laboral al menos durante seis meses, con una empresa establecida en el extranjero que pertenezca al mismo grupo o tenga la misma titularidad que la empresa contratante.

Valorado favorablemente el expediente, se solicitará directamente a la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil informe de la posible concurrencia de causas de denegación de la autorización, y la asignación, en su caso, del número de identidad de extranjero (NIE) a los trabajadores.

Seguidamente se emitirá la resolución favorable o desfavorable que proceda, con indicación de la ocupación y ámbito geográfico autorizados. Cuando la solicitud haya contemplado que un mismo trabajador preste servicios en varias provincias, el ámbito geográfico autorizado comprenderá todas las provincias previstas. Esta resolución se notificará a la empresa solicitante, informando, si es estimatoria, al Consulado correspondiente y a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares.

B) El contingente de trabajadores extranjeros temporales

Las ofertas de empleo de carácter temporal podrán formularse para atender actividades o bien de temporada o campaña, con una duración máxima de nueve meses dentro de

(55) Disponible en www.extranjeros.mtas.es.

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

un período de doce meses consecutivos⁵⁶; o bien de obra o servicio, cuando su duración prevista no exceda de un año, para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificación y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros.

Las ofertas de empleo de carácter temporal garantizarán al trabajador contratado una actividad continuada durante todo el período de vigencia de la autorización solicitada. En el sector agrario se considera actividad continuada la que no es inferior a un 75% del tiempo de trabajo habitual en el sector, por lo que el número de jornadas y/o horas de trabajo cotizadas por el trabajador se corresponderán con este límite mínimo.

Podrán ser causa de denegación de ulteriores solicitudes de gestión de ofertas de trabajo durante los tres años inmediatamente siguientes, además de los supuestos previstos para las ofertas genéricas de trabajo estable, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones empresariales siguientes: disponer y proporcionar al trabajador un alojamiento adecuado y organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen, asumiendo, como mínimo, el coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada en España y el lugar de alojamiento, actuando diligentemente en orden a garantizar el retorno de los trabajadores a su país de origen una vez concluida la relación laboral.

Las autorizaciones de trabajo de carácter temporal para actividades de temporada o campaña podrán ser prorrogadas cuando los trabajadores de temporada finalicen su relación con las empresas que los contrataron en sus países de origen por un período inferior a nueve meses, no hayan incumplido la obligación de retorno en los tres años anteriores y siempre y cuando no se produzca interrupción alguna entre la finalización de la primera y el inicio de la segunda o sucesivas contrataciones. Esta prórroga podrá ser solicitada por el mismo o por distinto empresario, para el mismo o distinto ámbito geográfico, pero referida siempre al mismo sector de actividad, y su período de vigencia no podrá superar el período de nueve meses.

Éstas también podrán tener carácter genérico [IV.B).a.)] o nominativo [IV.B).b.)].

a) Las ofertas genéricas de carácter temporal

Respecto de las genéricas, la solicitud de gestión de ofertas de empleo de carácter temporal se formularán en el modelo oficial⁵⁷, al que se acompañará oferta de empleo genérica, y la documentación establecida con carácter general para las ofertas genéricas de carácter estable, además de la acreditación de que los Servicios Públicos de Empleo han tramitado previamente tales ofertas, a fin de asegurar que trabajadores que residan en España puedan concurrir a su cobertura. La presentación de tales ofertas se realizará en el Servicio Público de Empleo competente por razón del territorio donde vaya a desarrollarse la actividad

(56) La oferta podrá formularse por un mismo o, conjuntamente, para atender campañas concatenadas o desarrollar una misma actividad, por varios empresarios. En ambos casos las ofertas podrán presentarse directamente o a través de las organizaciones empresariales que, en estos supuestos, tendrán atribuida la representación legal empresarial.

(57) Disponible en www.extranjeros.mtas.es

laboral, que emitirá la certificación que corresponda. Cuando la actividad vaya a desarrollarse en distintas provincias, se presentarán certificados del Servicio o Servicios Públicos de Empleo correspondientes a todos los territorios afectados.

En el caso de ofertas de empleo de carácter temporal para atender campañas concatenadas o desarrollar una misma actividad, las empresas ofertantes también presentarán, junto a la oferta u ofertas, un plan de campañas indicando su localización y duración, el plan de alojamiento y manutención de los trabajadores durante su permanencia en España y el acuerdo relativo a la organización y financiación de los desplazamientos de los trabajadores desde su entrada en territorio español hasta su retorno al país de origen. Los gastos que, en su caso, deban ser atendidos por más de un empresario serán asumidos por cada uno de ellos en proporción a la duración de las sucesivas campañas. En el caso de que el solicitante proponga la realización de acciones de formación en el país de origen, presentará además una Memoria explicativa de dicha propuesta.

Las solicitudes se presentarán y serán tramitadas en las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales de la provincia donde vaya a realizarse la actividad laboral con una antelación mínima de tres meses. Las solicitudes para atender campañas concatenadas que tengan lugar en distintas provincias se presentarán y tramitarán en el Área o Dependencia de la provincia donde vaya a iniciarse la actividad. Será la Dirección General de Inmigración o la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente las que resuelvan la autorización de residencia temporal y trabajo en la que se indicará el ámbito geográfico y sector de actividad autorizados, así como su duración, que coincidirá con la duración del contrato. Además, el Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales que haya dictado resolución de autorización de trabajo de carácter temporal para atender campañas concatenadas que tengan lugar en distintas provincias remitirá copia de la misma a las Áreas o Dependencias de las provincias afectadas por el ámbito geográfico de la autorización.

Todos estos trámites deberán realizarse en el plazo máximo de un mes, computado desde la presentación completa del expediente, salvo causa imputable al solicitante. Una vez recibida la notificación de la resolución de concesión de las autorizaciones, la empresa, la organización empresarial o sus representantes acreditados expresamente para este trámite recabarán de los trabajadores la firma de los contratos en los modelos oficiales.

b) Las ofertas nominativas de carácter temporal

En cuanto a las ofertas nominativas de carácter temporal se formularán en el modelo oficial⁵⁸ al que se acompañará oferta de empleo nominativa, en los mismos supuestos y con la misma documentación establecida para las ofertas nominativas de carácter estable, además de la certificación del Servicio Público de Empleo competente por razón del territorio donde vaya a desarrollarse la actividad laboral, que acredite que se ha tramitado previamente la oferta de empleo, a fin de asegurar que trabajadores que residen en España puedan concurrir a su cobertura. Cuando la actividad vaya a desarrollarse en distintas provincias, se

(58) Disponible en www.extranjeros.mtas.es

El contingente de trabajadores y la regulación de flujos migratorios

presentarán certificados al Servicio o Servicios Públicos de Empleo correspondientes a todos los territorios afectados.

En el caso de que las ofertas tengan por finalidad atender campañas concatenadas, las empresas ofertantes también presentarán un plan de campañas, indicando su localización y duración, el plan de alojamiento y manutención de los trabajadores durante su permanencia en España y el acuerdo relativo a la organización y financiación de los desplazamientos de los trabajadores desde su entrada hasta su retorno al país de origen. Los gastos que, en su caso, deban ser atendidos por más de un empresario serán asumidos por cada uno de ellos en proporción a la duración de las sucesivas campañas.

V. A MODO DE BALANCE FINAL

A modo de cierre, sólo algunos datos que contribuyan a indagar en la eficacia real de este tipo de mecanismos de regulación de flujos migratorios laborales.

Por un lado, se destaca el extenso y cada más pormenorizado desarrollo legal y reglamentario de mecanismos como el contingente o cupo de trabajadores extranjeros no comunitarios que suponen el establecimiento de cuotas. Se ha pasado de una cierta falta de previsión normativa que llevaba aparejada actuaciones administrativas caracterizadas por la improvisación y la espontaneidad, a un panorama jurídico mucho más ordenado y estructurado en torno al cual el margen de impremeditación es nimio.

No obstante lo cual, y en relación con lo anterior, destaca sobre manera la falta de datos estadísticos que permitan el seguimiento de los logros conseguidos. En lugar de haber ganado en transparencia, parece que se complican las formas de acceso a la información resultante, a la que, en gran cantidad de ocasiones, se accede gracias a sindicatos y medios de comunicación. De las escasas cifras disponibles se desprenden dos conclusiones irrefutables:

- La primera, que la regulación del contingente estable tiene claras insuficiencias ya que se sabe que casi ningún año se han cubierto las previsiones de empleos estables (en lo que va de año 2008 la cifra de contratados estables no ha superado las 5.000 personas pese a que la previsión era de 15.731).
- La segunda, que los resultados vienen siendo mucho más satisfactorios en la contratación de temporada ya que se vienen

**LAS OFERTAS
NOMINATIVAS
DE CARÁCTER TEMPORAL
SE FORMULARÁN
EN LOS MISMOS
SUPUESTOS Y CON
LA MISMA
DOCUMENTACIÓN
QUE LAS OFERTAS
CON CARÁCTER ESTABLE**

superando con creces las previsiones hechas cada año. Esto pone de manifiesto la concentración de la mano de obra foránea en sectores que, como los de construcción, hostelería, transporte, comercio o agricultura, presentan unos índices de temporalidad muy altos. Con todo, las previsiones contenidas en el contingente 2009, precisamente respecto de las cifras previstas para estos sectores, muestran, en clara sintonía con la difícil coyuntura económica actual, descensos muy considerables [supra III.B).a)].

Siendo el contingente una de las vías de contratación en origen de trabajadores extranjeros más utilizada principalmente por grandes empresas, sin embargo, la vía principal de contratación en origen sigue siendo el régimen general o de acceso individualizado, pese a los intentos políticos en favor de postular por las migraciones laborales organizadas y programadas, pero mucho más acorde y ajustada a las características de pequeñas y medianas empresas y particulares.

En cualquier caso, y para concluir, sea a través de una u otra fórmula y ya se regule en la LOEx ya en el REx, lo cierto es que la consideración de la situación nacional de empleo como criterio determinante en la temática que nos ocupa evidencia y confirma el papel comodín que se otorga a la mano de obra foránea cuya extraordinaria ductilidad sirve a los fines y conveniencias de España, y más concretamente, de su mercado de trabajo, nivel de productividad y sistema de protección social. Todo ello corrobora el que (...) los trabajadores extranjeros parecen relativamente más vulnerables (que los autóctonos) a las recesiones cíclicas (...) ⁵⁹-, aunque, evidentemente, no se puede responsabilizar a la inmigración de los desequilibrios del mercado de trabajo. La mayor vulnerabilidad de este colectivo de trabajadores se manifiesta, generalmente, en el hecho de que su empleo es mucho más volátil que el de los trabajadores autóctonos porque están sobrerrepresentados en las ramas de actividad más sensibles al ciclo económico (construcción o servicios), porque es mano de obra poco cualificada y porque, además, suelen encuadrarse en las categorías socioeconómicas más frágiles ⁶⁰.

(59) OCDE: "The employment of foreigners: outlook and issues in OECD countries", capítulo 5 en OCDE: *Employment Outlook*, June 2001.

(60) Más detalles en CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: "La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 36, 2007, pág. 93.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario**

Consideración preliminar. 1. Norma aplicable. A) Determinación del convenio aplicable en empresas con dos actividades diferenciadas. B) Aplicación prioritaria del convenio colectivo frente a la regla general contenida en la Ley. **2. Sucesión de normas.** A) No concurre en el caso de condiciones pactadas en convenio colectivo extraestatutario. B) Sucesión de convenios colectivos. **3. Condición más beneficiosa.** A) Elementos configuradores. B) Absorción y compensación. **4. Pacto de no competencia.** A) Nulidad de las cláusulas contractuales de renuncia unilateral al pacto. B) Sobre la indemnización prevista para el eventual incumplimiento del pacto de no competencia: inaplicación de la prohibición de irrenunciabilidad de derechos. C) Vigencia del pacto de no competencia una vez extinguido el contrato durante el período de prueba. **5. Límites a la autonomía de la voluntad. 6. Aplicación e interpretación de los convenios.** A) La intención de los contratantes como criterio interpretativo prevalente frente a la interpretación literal. B) Interpretación judicial. **7. Interpretación del Derecho comunitario. 8. Transición de normas.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica incluye las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, recogidas en los números 1 a 4 de 2009, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1 a 632), que afectan a materias relativas a las fuentes y en las que se analizan cuestiones relacionadas con la elección de la norma aplicable, específicamente referidas a la determinación del convenio colectivo aplicable y a la aplicación prioritaria del convenio colectivo frente a una regulación legal de carácter general. Se abordan también algunas cuestiones relacionadas con la sucesión de convenios colectivos y más en particular con la sucesión de un convenio extraestatutario por otro estatutario, para, en este segundo caso, con base en el carácter contractual de los convenios extraestatutarios, rechazar la aplicación de las reglas sobre sucesión de convenios y

recurrir a la condición más beneficiosa. La aplicación de la condición más beneficiosa también ha sido objeto de análisis por varias de las sentencias seleccionadas, así como la función reguladora de la autonomía de la voluntad a través del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato. Por último, se recogen varias sentencias que abordan cuestiones diversas, una de ellas relativa a los límites de la autonomía de la voluntad contractual y las otras relacionadas con la interpretación de los convenios colectivos, del Derecho comunitario, y con la irretroactividad de las normas.

1. NORMA APLICABLE

A) Determinación del convenio aplicable en empresas con dos actividades diferenciadas

La STS de 20 de enero de 2009, I.L. J 52, se plantea el criterio de determinación del convenio aplicable en un centro de trabajo cuya actividad (control de calidad) no coincide con la preponderante de la empresa (ingeniería) a la que pertenece. En concreto se discute si en dicho centro ha de aplicarse el Convenio colectivo de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos o el Convenio colectivo de la construcción, cuyo Anexo II dispone que será de aplicación “a las empresas dedicadas a la construcción y obras públicas comprendiendo las de control de calidad para la construcción y obras públicas”.

Para resolver la cuestión la sentencia se apoya en la doctrina de la Sala según la cual habrá que estar a la actividad económica real que la empresa desempeña y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de servicios, con independencia de cual sea el objeto social que figure en la escritura fundacional (SSTS de 15 de junio de 2000, recurso 4006/1999, 23 de enero de 2002, recurso 1254/2001, 29 de enero de 2002, recurso 1068/2001, 17 de julio de 2002, recurso 4859/2000 y 31 de octubre de 2003, recurso 2604/2007). Para determinar esa actividad real preponderante “habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa” (SSTS 10 de julio de 2000, recurso 4315/1999, 15 de junio de 2000, recurso de casación para la unificación de doctrina 4006/1999). La aplicación de esta doctrina exige determinar cuál es la actividad predominante. En este caso concreto, a partir de los datos que resultan de las auditorías de la empresa, se llega a la conclusión de que la actividad preponderante es la de ingeniería, por lo que resulta de aplicación el Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería.

La doctrina unificada que esta sentencia recoge ha sido posteriormente aplicada por la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 47/2009, de 28 de mayo.

B) Aplicación prioritaria del convenio colectivo frente a la regla general contenida en la Ley

La aplicación del convenio colectivo frente al artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público es la solución que mantiene, en unificación de doctrina, la STS de 2 de febrero de 2009, I.L. J 76, a propósito de la atribución al trabajador de la opción por la extinción o la readmisión, no sólo en supuestos de despido improcedente, como parecía

I. Fuentes del Derecho

deducirse del artículo 96.2 EBEP, sino también en supuesto de contratación temporal irregular, por aplicación del artículo 71 del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Galdar que concede ese derecho de opción a los trabajadores con contrato indefinido (categoría de creación jurisprudencial para los trabajadores de las administraciones públicas cuyos despidos son declarados improcedentes), fijo laboral o fijo discontinuo; ello porque la regla del EBEP se considera como una regla general que queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario. Rechaza, en fin, la sentencia que el artículo 71 del Convenio colectivo esté referido sólo al despido disciplinario al no estar claro que esté inserto en la regulación del despido.

2. SUCESIÓN DE NORMAS

A) No concurre en el caso de condiciones pactadas en convenio colectivo extraestatutario

La cuestión que se plantea en la STS de 25 de febrero de 2009, I.L. J 165, es si la categoría profesional reconocida al trabajador demandante durante la vigencia del convenio colectivo extraestatutario (de 2002 a 2007) puede dejarse sin efecto, por la empresa demandada, como consecuencia de la entrada en vigor de un convenio estatutario posterior.

Para el TS en este caso no estamos ante una sucesión de normas, como ocurre en el supuesto de sucesión de convenios estatutarios, sino ante una regulación contractual –la del convenio extraestatutario– sobre la que opera una nueva regulación normativa. Esta situación da lugar a la coexistencia de una regulación normativa y una contractual que ha de resolverse acudiendo al artículo 3.1.c) ET en el sentido de reconocer la preferencia aplicativa de lo más favorable. Esta solución no significa que se esté admitiendo la ultractividad (prevista para los convenios estatutarios en el artículo 86.3.2 ET) al convenio extraestatutario, al contrario, se invoca la doctrina de la Sala (recogida en las SSTS de 25 de enero de 1999, recurso de casación para la unificación de doctrina 1584/1998 y 11 de julio de 2007, recurso 94/2006) según la cual este tipo de convenios carecen de dicha ultractividad. El argumento que utiliza la sentencia es que la condición se ha incorporado al vínculo contractual y no queda eliminada por la entrada en vigor de una regulación procedente de otro orden normativo, aunque tenga que adaptarse a él.

No entra la sentencia a cuestionar el hecho de que la materia de clasificación profesional, por su afectación general, pueda ser objeto de regulación extraestatutaria, como ha cuestionado la STS de 1 de junio de 2007, recurso 71/2006, de un lado, porque este problema no se ha planteado en el recurso y, de otro, porque en el convenio colectivo estatutario, negociado con posterioridad, no hay una regulación de clasificación profesional sino la previsión de creación de una nueva estructura profesional en términos de futuro.

A la misma conclusión, en un supuesto similar, llegan la STS de 20 de marzo de 2009, I.L. J 241, reiterando doctrina de la Sala, repetida en SSTS de 12 de diciembre de 2008, recurso 538/2008, 23 de diciembre de 2008, recurso 3199/2007 y 25 de febrero de 2009 recurso 1880/2008, y la STS de 12 de diciembre de 2008, I.L. J 506, que insiste en que el término de vigencia de un convenio extraestatutario no impide la conservación de condiciones adquiridas en atención a una regulación de origen contractual, de acuerdo con la doctrina de la condición más beneficiosa.

B) Sucesión de convenios colectivos

A los principios legales de sucesión de convenios y modernidad contenidos en los artículos 82.4 y 86.4 ET, que permiten al convenio posterior dejar sin efecto, alterar o modificar las mejoras de las prestaciones acordadas en el anterior pacto, hace referencia la **STS de 20 de abril de 2009**, I.L. J 490, para confirmar la sentencia recurrida que, con base en estos principios, rechazó que procediese mantener la “paga de fidelidad” prevista en el convenio de sector, provincial, que se venía aplicando, cuya vigencia había finalizado el 31 de diciembre de 2005, una vez firmado por las partes negociadoras el I Convenio colectivo de empresa, con efectos económicos de 1 de enero de 2006, que no incluía ninguna paga de fidelidad.

Recuerda el TS en este punto su doctrina (entre otras, SSTs de 16 y 18 de julio, recursos 862/2002 y 3064/2003), según la cual el artículo 82.4 ET es diáfano cuando establece que “El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio colectivo”. Y acoge la dictada en Sala general de 30 de junio de 1998, recurso 2987/1997, en virtud de la cual “(...) la modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad, en el que se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho (artículo 2.2 del Código Civil)”. Esta regla también rige según el TS, para la sucesión de convenios.

De esta forma, entiende el TS que se ha optado por una mayor potenciación de la libertad de negociar, eliminando las trabas que pudieran condicionar la capacidad de pactar de los negociadores, a cuyo fin la norma citada dispone que pierden eficacia los pactos y compromisos adquiridos en convenios colectivos anteriores, sin hacer distinciones con respecto a la naturaleza o a las características de los derechos afectados.

Por último, rechaza la sentencia que la referida “paga de fidelidad” pueda mantenerse como condición más beneficiosa, puesto que sólo era una consecuencia de la vigencia de una norma paccionada que quedó sin efecto, o que siga aplicándose con base en un acuerdo que las partes suscribieron mientras se negociaba un convenio de sector, que entró en vigor con posterioridad al convenio de empresa, puesto que ese convenio no llegó a aplicarse en la empresa en cuestión.

3. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**A) Elementos configuradores**

La **STS de 3 de marzo de 2009**, I.L. J 176, se dedica a reiterar el criterio jurisprudencial (entre otras, SSTs de 16 de septiembre de 1992, recurso 1920/1991, 20 de diciembre de 1993, recurso de casación para la unificación de doctrina 443/1993, 21 de febrero de 1994, recurso 3773/92, 31 de mayo de 1995, recurso de casación para la unificación de doctrina 2384/1994, 8 de julio de 1996, recurso 2831/1995, 29 de marzo de

I. Fuentes del Derecho

2002, recurso 3590/1999, 21 de noviembre de 2006, recurso 3936/2005, y 4 de abril de 2007, recurso 5/2006) de que la condición más beneficiosa requiere, como elemento configurador, una voluntad inequívoca empresarial de otorgar una ventaja o beneficio, lo que normalmente se explicita por el tiempo durante el que se consiente su disfrute. Y lo hace a propósito de una ventaja reconocida a los trabajadores de una empresa (abono del importe íntegro de la retribución durante los tres primeros días de baja por enfermedad), sin discusión durante un largo período de tiempo, que una vez producido un cambio en la posición empresarial siguió siendo respetada, durante los dos primeros años, por la empresa sucesora. Para el TS no cabe duda de que se está ante una condición más beneficiosa, voluntariamente otorgada por la empresa que se ha unido ya al nexo contractual, por lo que no es dable a la empresa suprimirla de forma unilateral.

A la condición más beneficiosa hace referencia también la **STS de 9 de marzo de 2009**, I.L. J 217, en este caso para precisar su alcance como un beneficio que supone una mejora sobre las condiciones de trabajo establecidas en las normas estatales o pactadas y en el propio contrato de trabajo, que “se incorpora a éste en virtud de una consolidación que se pone de manifiesto por actos inequívocos del propio empresario”. Así lo defiende a propósito de la obligación de realizar las aportaciones económicas previstas en los convenios, mantenida por la empresa, en la medida en que revela la voluntad empresarial de conceder un beneficio de forma permanente y no limitada en el tiempo. Esta conclusión que se aplica al beneficio en sí mismo, porque se considera que se ha incorporado al contenido obligacional del contrato, no es posible extenderlo a su forma de gestión.

Un completo balance de los criterios jurisprudenciales utilizados por el TS en relación con la condición más beneficiosa se recoge en la **STS de 7 de abril de 2009**, I.L. J 249, a propósito de la pretensión de mantener, por parte de todos los representantes unitarios o delegados sindicales, la compensación económica por gastos de desplazamiento cuando se desplacen a otros centros de trabajo, por circunstancias conectadas con su actividad sindical y representativa y de extender este derecho a los miembros del Comité Intercentros cuando los gastos de desplazamiento se produzcan no sólo para participar en una reunión del Comité, sino para el ejercicio de su actividad sindical y representativa. La sentencia, acogiendo el criterio de la de instancia recurrida, considera que se está ante la existencia de una “práctica colectiva reiterada en el tiempo que ha alcanzado la naturaleza de condición más beneficiosa de índole colectiva y no puede ser suprimida de manera unilateral por el empleador”.

Se recuerdan, además de la ya citada Sentencia de 3 de marzo de 2009, las Sentencias de 29 de marzo de 2002, recurso 3590/1999, 24 de septiembre de 2005, recurso 119/2003, 21 de noviembre de 2006, recurso 3936/2005, 4 de abril de 2007, recurso 5/2006 y 27 de junio de 2007, recurso 1775/2006, sobre los factores y elementos necesarios para que se produzca una condición más beneficiosa: sucesión de actos o situaciones en las que se quiere basar el derecho y que la voluntad de las partes sea el origen de la situación. De manera que “para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión” (SSTS de 16 de septiembre de 1992, recurso 1920/1991, 20 de diciembre de 1993, recurso 443/1993, 21 de febrero de 1994, recurso 3773/92, 31 de mayo de 1995, recurso 2384/1994, y 8

de julio de 1996, recurso 2831/1996) de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual mediante un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supere los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (STS de 31 de mayo de 1996, recurso 1929/1995).

En definitiva, es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio la que impide poder extraerlo del mismo por la decisión unilateral del empresario, manteniendo su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior –legal o pactada colectivamente–, más favorable que modifique el *status* anterior en materia homogénea.

B) Absorción y compensación

Como se acaba de señalar, las condiciones más beneficiosas pueden verse neutralizadas por la aplicación de la técnica de la absorción y compensación, a la que hace referencia la **STS de 4 de febrero de 2009**, I.L. J 91, en esta ocasión respecto de unos complementos salariales, “complemento de paro de máquina”, plus “apoyo hornero” e “incentivos 1” que retribuyen, en los dos primeros casos, la disponibilidad del trabajador y, en el tercero, el trabajo a turnos, que la empresa pretende compensar con un plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad, que retribuye por su parte la penosidad existente en el trabajo. La sentencia rechaza que proceda la compensación pretendida al no presentar los complementos en cuestión el requisito de homogeneidad.

A la misma conclusión llega la **STS de 27 de febrero de 2009**, I.L. J 167, a propósito de la pretendida compensación “entre las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de comisiones con el mayor salario base” y la paga de beneficios establecida en el convenio colectivo. La sentencia se apoya en la doctrina recogida en la STS de 6 de julio de 2004, recurso 4562/2003, según la cual la institución de la compensación y absorción salarial prevista en el artículo 26.5 ET tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional queda neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (SSTS de 10 de noviembre de 1998, recurso de casación para la unificación de doctrina 4629/1997, 9 de julio de 2001, recurso 4614/2000, 18 de septiembre de 2001, recurso de casación para la unificación de doctrina 4147/2000 y 2 de diciembre de 2002, recurso de casación para la unificación de doctrina 949/2002). Ello implica, según el TS, que en principio la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presentan necesaria homogeneidad al menos en lo que refiere a su función retributiva; homogeneidad que no se apreció en los complementos a compensar en este supuesto al tratarse, en el primer caso, de un complemento por unidad de tiempo y, en el otro, de un complemento por resultado.

I. Fuentes del Derecho

Sin embargo, la STSJ de Cataluña núm. 122, de 12 de enero de 2009, I.L. J 336, admite la posibilidad de absorción y compensación de conceptos salariales no homogéneos, si tal posibilidad se acuerda en convenio colectivo, dado que, según esta sentencia, el precepto estatutario en cuestión (artículo 26.5 ET) no contiene una norma imperativa o de derecho necesario a favor de la empresa para aplicar la absorción y compensación cuando se den las condiciones que en él se fijan, teniendo por el contrario un claro carácter potestativo o facultativo, admitiendo por ello no sólo el pacto en contrario, individual o colectivo, sino también la inaplicación o inutilización unilateral y voluntaria de tal institución compensatoria por parte de la empresa. Por lo tanto, ha de estarse a la fórmula particular, si existe, en el convenio colectivo que rijan la relación de las partes, de forma que si éste contiene un criterio aun más amplio que incluya en la compensación y absorción conceptos de diversa naturaleza, a éste habremos de estar.

4. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Nulidad de las cláusulas contractuales de renuncia unilateral al pacto

La cuestión que se plantea en la STS de 15 de enero de 2009, I.L. J 1, se centra en la validez de una cláusula de renuncia voluntaria y unilateral por parte de la empresa a un pacto de no competencia poscontractual.

En concreto los trabajadores habían suscrito en sus respectivos contratos de trabajo un pacto de no competencia por un período de dos años y mediante el abono de una indemnización (20% del último salario bruto anterior a la extinción del contrato). En dicho pacto la empresa se reservaba la facultad de liberar de éste a los trabajadores y de no abonar la correspondiente indemnización siempre que tal facultad se ejerciera antes o en el momento de extinción del contrato, salvo que esta última se produjera por voluntad del trabajador en cuyo caso dicho ejercicio podía postergarse hasta los quince días siguientes de haberse producido la extinción voluntaria del vínculo laboral.

Para esta sentencia la cláusula contractual de renuncia en cuestión es nula porque contraviene la disciplina jurídica de los negocios jurídicos bilaterales al dejar al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto, lo que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, según el cual, “la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Se acoge así la doctrina de la Sala, iniciada en la Sentencia de 24 de septiembre de 1990 y posteriormente reiterada en las de 2 de julio de 2003, recurso 3805/2002, 21 de enero de 2004, recurso 1707/2003, y 5 de abril del mismo año, recurso de casación para la unificación de doctrina 2468/2003.

B) Sobre la indemnización prevista para el eventual incumplimiento del pacto de no competencia: inaplicación de la prohibición de irrenunciabilidad de derechos

Lo que se plantea en la STS de 9 de febrero de 2009, I.L. J 130, es la validez de una cláusula vinculada a un pacto de no concurrencia según la cual, en el supuesto de incumpli-

miento por parte del trabajador, éste debe satisfacer a la empresa el doble de la cantidad que, de acuerdo con lo estipulado, haya percibido en virtud de ese mismo pacto en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Suscitándose la duda de si al fijar esa indemnización cabe apreciar renuncia anticipada de derechos indisponibles.

La conclusión a la que llega el TS es que en la firma de la citada cláusula no puede advertirse la renuncia anticipada de derechos indisponibles (que apreció la sentencia recurrida) y ello porque los derechos protegidos por la prohibición establecida en el artículo 3.5 ET son los reconocidos al trabajador “por disposiciones legales de derecho necesario”; pero no los que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo.

En definitiva el pacto de no competencia crea expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido —o en su caso a no abonar lo pactado— cuando el trabajador incumple esa prohibición de concurrencia.

No obstante, el TS no descarta que pueda plantearse alguna duda en determinados supuestos sobre la proporcionalidad de la indemnización prevista (“compensación económica adecuada” del artículo 21 ET) sobre la base de que la indemnización puede ser abusiva y contraria al principio de la buena fe (artículo 7.2 del Código Civil), lo que llevaría a la nulidad parcial de la cláusula. Pero en este supuesto el TS no entra a valorar esa posibilidad porque “ni la sentencia recurrida resolvió la cuestión con arreglo a tal planteamiento” ni tampoco se utiliza en el recurso.

C) Vigencia del pacto de no competencia una vez extinguido el contrato durante el período de prueba

En la misma línea de la sentencia anterior se pronuncia, en unificación de doctrina, la STS de 6 de febrero de 2009, I.L. J 132, según la cual el pacto de no competencia poscontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado) como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla); expectativas que se verían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del arbitrio de cualquiera de las partes.

La cuestión que se discute en este caso es si el pacto de no competencia mantiene su vigencia cuando el contrato se extingue por no superar el período de prueba. El TS se inclina por la tesis afirmativa siguiendo la doctrina de la sentencia recurrida, según la cual, el pacto de no competencia poscontractual es un negocio jurídico bilateral que, siempre que respete los presupuestos legales mínimos previstos en el artículo 21.2 ET, comporta recíprocos derechos y obligaciones para los que lo firmaron, sin que a su validez nada influya que la resolución contractual se acuerde durante el período de prueba.

I. Fuentes del Derecho

En definitiva, la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolver el contrato mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia poscontractual.

En la misma línea se pronuncia en unificación de doctrina la **STS de 14 de mayo de 2009**, I.L. J 551, para la que durante el período de prueba el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiera celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, y si se activa esta condición resolutoria cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba, tanto más cuanto que en este supuesto se había pactado la indemnización para el caso de terminación de contrato “cualquiera que sea su causa”.

5. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La cuestión a resolver en la **STS de 24 de febrero de 2009**, I.L. J 164, es el alcance y consecuencias jurídicas de una cláusula pactada en un contrato de alta dirección que establece una indemnización en el caso de extinción del contrato por voluntad del alto directivo en cuantía neta, obligando al empresario a complementar la cantidad bruta con el importe neto de la retención fiscal que resulte en su día.

La sentencia objeto de recurso de casación para unificación de doctrina había declarado nulo de pleno derecho, en aplicación del artículo 26.4 del ET, el pacto de abono de cantidad neta, en cuanto atribuye a la empresa el pago de una carga fiscal que corresponde al trabajador, mientras que el alto directivo recurrente mantiene que se trata de “un pacto de aseguramiento de cantidad líquida que no es en sí mismo ilícito o inmoral”, y se apoya para ello en una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra que no sólo sostiene que el precepto citado no prohíbe el pacto en neto, sino que establece la obligatoriedad de la empresa de compensar al alto directivo con la cantidad que en su día se le detraiga por la retención tributaria, “ya que así ha sido expresamente pactado”.

El TS desestima el recurso, confirmando la sentencia impugnada, y lo hace no porque resulte aquí de aplicación el artículo 26.4 ET, ya que como se sabe las normas de la legislación laboral común, incluido el ET, sólo serán aplicables en el caso de remisión expresa en el RD 1382/1985 o cuando así se haga constar específicamente en el propio contrato, sino porque los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral especial de alta dirección han de sujetarse a lo dispuesto en el mencionado Real Decreto y en las demás normas que sean aplicación, entre las que, además del artículo 1089 del Código Civil (cuando prescribe que las obligaciones, en primer lugar, nacen de la ley), han de entenderse incluidas todas las disposiciones imperativas de carácter o naturaleza fiscal. Y en las normas fiscales se establece que “el crédito tributario es indisponible” (artículo 18 de la Ley 58/2003), lo que significa a estos efectos que los sujetos pasivos del tributo no tienen capacidad para descargar en otros sus responsabilidades. Y no cabe duda que el impuesto sobre las rentas del trabajo es un tributo de carácter personal y directo.

6. INTERPRETACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

A) La intención de los contratantes como criterio interpretativo prevalente (de los convenios colectivos) frente a la interpretación literal

La intención de los contratantes se impone como la norma hermenéutica que ha de primar sobre todas las demás reglas interpretativas, conforme a lo establecido en el artículo 1281 del Código Civil. Así lo mantiene la Sala de lo Social del TS en la STS de 14 de enero de 2009, I.L. J 13.

La cuestión litigiosa consistía en resolver la correcta interpretación del artículo 32.2 del Convenio colectivo extraestatutario de Caja Navarra que establece a partir de 1 de enero de 2006 la percepción de 300 euros anuales, pagaderos en 14 pagas, “que se incrementarán en la misma cuantía por cada tres años de servicio cumplido”. La parte recurrente entiende que el plus se devenga en todo caso a partir de 1 de enero de 2006, cualquiera que sea la antigüedad del trabajador y la fecha en que se cumplan trienios, a partir de una interpretación literal del convenio “dada la claridad de sus términos”. La sentencia recurrida sin embargo exige tres años de antigüedad para devengar el plus a partir de una interpretación acorde a la intención de las partes contratantes de anudar el devengo del plus, que crea el artículo 32.2 del Convenio, al cumplimiento de tres años de servicios.

El Tribunal Supremo, acogiendo esta última solución, desestima el recurso de casación, puesto que aunque la regla *in claris non fit interpretatio* es la primera norma hermenéutica que establece el artículo 1281 del Código Civil, ésta sólo se aplica cuando el tenor literal de la cláusula a interpretar coincide con la intención de las partes “pues en otro caso la intención evidente de las partes prevalece sobre el tenor literal de lo acordado”. En este caso para el TS el que en el precepto convencional se añadiera el incremento del plus en la misma cuantía por cada tres años de servicio que se cumplan, confirma que la intención de las partes contratantes era vincular el devengo del plus a ese requisito de antigüedad.

B) Interpretación judicial

Para la STS de 25 de marzo de 2009, I.L. J 277, en la interpretación de los convenios colectivos los órganos de instancia gozan de un amplio margen de apreciación por haberse desarrollado ante ellos la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes. Así lo han declarado, entre otras, las SSTS de 20 de marzo de 1997, recurso 3588/1996, 27 de septiembre de 2002, recurso 3741/2001, 16 de diciembre de 2002, recurso 1208/2001, 25 de marzo de 2003, recurso 39/2002 y 30 de abril de 2004, recurso 156/2003.

7. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

La STJCE de 12 de febrero de 2009, I.L. J 80, Asunto C-466/2007, al responder a una petición de decisión prejudicial que versa sobre la interpretación del artículo 1, apartado 1,

I. Fuentes del Derecho

letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, recuerda su doctrina sobre la obligación del Tribunal de Justicia de pronunciarse cuando se planteen cuestiones prejudiciales que se refieran a la interpretación del Derecho comunitario (Sentencias Schneider, C-380/2001, Rec.p. I-1389, apartado 21, de 5 de febrero de 2004, Längst, C-165/2003, recurso p. I 5637, apartado 31, de 30 de junio de 2005, así como Kirtruna y Vigano, C-313/2007, recurso p. I-0000, apartado 26, 16 de octubre de 2008) a través del procedimiento de colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales previsto en el artículo 234 CE, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para solucionar el litigio que deban dirimir (además de las ya citadas se cita la Sentencia Stradasfalti, C-228/2005, Rec. p. I 8391, apartado 44, de 14 de septiembre de 2006).

“En el marco de esa cooperación, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia”(apartado 26).

Por ello, esas cuestiones sobre interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad no deben ser verificadas por el Tribunal de Justicia disfrutando de una presunción de pertinencia. De manera que el Tribunal de Justicia sólo podrá negarse a pronunciarse sobre una de esas cuestiones prejudiciales cuando resulte evidente que la interpretación solicitada del Derecho Comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando no dispone de los medios necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (Sentencias de 5 de septiembre de 2006, Cipolla y otros, C-202/2004 y C-94/2004, recurso p. I-11421, apartado 25; de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros, C-222/2005 a C-225/2005, recurso p. I-4233, apartado 22, así como Kirtruna y Vigano, antes citada, apartado 27).

Por último y en relación con esta cuestión más general de interpretación del Derecho comunitario, la sentencia en su apartado 37 recuerda su doctrina según la cual, para interpretar una disposición de Derecho comunitario debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (y cita en particular las Sentencias de 18 de mayo de 2000, KVS Internacional, C-301/98, Rec. p. I-3583, apartado 21; de 6 de julio de 2006, Comisión/Portugal, C-53/2005, recurso p. I-6215, apartado 20, y de 26 de octubre de 2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-298/2007, recurso p. I-0000, apartado 15).

8. TRANSICIÓN DE NORMAS

La STC 89/2009, de 20 de abril, I.L. J 300, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 12 de Madrid, para el

que el segundo párrafo del núm. 5 del artículo 34 de la Ley 50/1998, que otorga eficacia retroactiva al cambio de encuadramiento de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas, resultante de la modificación introducida por el indicado precepto, vulnera el artículo 9.3 CE, que consagra la garantía de seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La regla discutida retrotrae a 1 de enero de 1998 los efectos del cambio operado por la norma respecto del criterio que se había mantenido hasta dicho momento, ante el vacío de regulación, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a propósito del encuadramiento en la Seguridad Social de los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. En concreto, el artículo 34 de la Ley 50/1984 pasa a incluirlos de forma expresa en el régimen general, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena “(...) siempre que no posean el control de éstas, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores de la misma”.

La sentencia analiza en primer lugar en qué medida esa eficacia retroactiva ha podido vulnerar el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE, para lo que considera necesario hacer referencia a la doctrina sobre posible afectación del principio de seguridad jurídica en supuestos de eficacia retroactiva de normas legales que imponen a los ciudadanos la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos o de efectuar prestaciones patrimoniales de carácter público, al considerarla aplicable a los efectos que aquí interesan por tratarse de una cuestión relacionada con las cotizaciones a la Seguridad Social (ATC 306/2004, de 20 de julio, FJ 4º).

Según esa doctrina, el artículo 9.3 CE no consagra una irretroactividad de este tipo de normas (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º, 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11º, 126/1987, de 16 de julio, FJ 9º y 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º) “por cuanto el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esa expresión” (SSTC 27/1981, de 20 de junio, FJ 10º, 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2º, 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º y 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3º). Ahora bien, la admisibilidad de la eficacia retroactiva de las normas tributarias o sobre cotización a la Seguridad Social no significa que sea legítima constitucionalmente en todo caso, ya que pueden entrar en juego otros principios constitucionales, como el de seguridad jurídica o el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que pueden ser contrariados por la retroactividad de esas normas.

En este caso, concluye el TC, la norma cuestionada ha llevado a cabo un incremento de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social que puede calificarse de no previsible y carente de la suficiente justificación, lo que conduce a estimar que su aplicación retroactiva lesiona el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), razón por la que declara inconstitucional y nulo el segundo párrafo del apartado cinco del artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

II. TRABAJADOR**Sumario***

1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) *Deportistas profesionales.* e) *Artistas en espectáculos públicos.* f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) *Minusválidos.* h) Estibadores portuarios. D) Otros: Abogados en despachos profesionales. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. 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 eclesiásticas.* f) *Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.* g) *Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares.* h) *Funcionarios en prácticas.* i) *Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA.* j) *Miembros de las corporaciones locales.* k) *Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas.* l) *Otros.* C) Exclusiones. a) *Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.* b) *Servicios que*

(*) 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

– STS de 18 de marzo de 2009 I.L. J 199 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 1709/2007).

1. La mercantil Lebodent Lugo, SL ha venido explotando desde su constitución una clínica dental bajo la marca comercial Vital Dent.

Para el desarrollo de esta actividad han contado con los servicios de diversos facultativos. Para lo cual, suscribían con cada facultativo su correspondiente contrato de arrendamiento de obra con la empresa. La relación de los odontólogos con la mercantil se regía por una aparente independencia. Así, los médicos eran los encargados de fijar su horario de consultas dentro del horario de atención al público de la clínica, de igual forma fijaban y decidían sus vacaciones, conviniendo los sustitutos para la prestación de los servicios durante sus períodos de descanso.

Los odontólogos no estaban sometidos al régimen disciplinario y sancionador de la Clínica, ni fueron sancionados por la dirección de la Clínica en ninguna ocasión. La Clínica no controlaba ni vigilaba la forma y el contenido de la actividad profesional de los odontólogos, decidiendo el facultativo tanto el tratamiento a aplicar al paciente como su duración y el material a utilizar en sus intervenciones.

Por otra parte, los facultativos debían abonar un canon anual de 1.200 euros a la Clínica en concepto de alquiler por su utilización, debían también hacer frente al pago de las prótesis y materiales a colocar o usar en el tratamiento prescrito al paciente.

La relación mercantil entre la Clínica y los médicos se desarrolló sujeta siempre a las mismas normas descritas anteriormente hasta que el 31 de octubre de 2005 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo procedió al levantamiento del Acta de Infracción, así como Actas de Liquidación respecto de la empresa Lebodent Lugo, SL por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de quince odontólogos, así como del pago de las cuotas correspondientes.

Acordando la mercantil en enero de 2006 la presentación de demanda ante el orden social para que fuera éste el que dirimiera, antes de proseguir con el procedimiento sancionador, si existía relación de laboralidad entre las partes.

II. Trabajador

La sentencia de instancia, que resolvió el litigio planteado, dispuso que no existía relación de laboralidad entre las partes. Dicha sentencia fue recurrida por la abogacía del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual confirmó la sentencia recurrida. Ante la sentencia del Tribunal Superior gallego se planteó recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo.

2. La sentencia del Tribunal Supremo analiza primero si se produce la contradicción necesaria entre la sentencia de contraste y la sentencia recurrida. Una vez comprobado que las resoluciones cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para admitir el recurso de casación para la unificación de doctrina, es decir, una vez cerciorados de que contenían pronunciamientos distintos sobre un objeto sustancialmente igual, el Tribunal puede pasar a analizar el sentido del fallo de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

El Tribunal Supremo debe comprobar si en los hechos narrados se identifican los requisitos de laboralidad exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Para ello recurre al sistema de indicios, creados por el propio Tribunal, que en relación con la presunción de laboralidad del artículo 8 del propio Estatuto sirven como parámetro para determinar si una relación, al margen del *nomen iuris* que reciba, tiene o no carácter laboral.

El anterior sistema de indicios aplicado al caso de autos conduce al Tribunal a calificar como laboral la relación de servicios que mantienen los codemandados. Todos los datos y circunstancias de la relación de servicios en litigio apuntan en tal dirección. Es la entidad demandada y no cada odontólogo en particular, integrado en el cuadro profesional de la clínica dental, quien dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios. El lugar, el horario, los medios e incluso el modo de trabajo, si bien éste indicativa y no imperativamente, han sido programados o predispuestos por la demandada. Se dan en el supuesto enjuiciado las notas características de la relación laboral. La voluntariedad, retribución y el carácter personal pues los odontólogos contratados cumplen con carácter general con su trabajo de manera personal por un salario que podría identificarse con el de salario a comisión.

De igual forma el Tribunal identifica en la narración de los hechos los requisitos de ajenidad y dependencia. La ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios. La dependencia, en la medida en que los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica.

3. La sentencia del Tribunal Supremo viene a confirmar una asentada jurisprudencia sobre la contratación en clínicas odontológicas, y en especial sobre la habitual fórmula escogida por las franquicias de la marca Vital Dent. No obstante, parece que el presente caso se aparta de la norma general y habría merecido un pronunciamiento diferente, tal y como a continuación señalaremos.

De la narración fáctica realizada en la sentencia parece difícil extraer la existencia de todos los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del ET. Que sean los propios odontólogos los

que fijen su horario dentro del horario comercial de la clínica y que no estén sometidos al poder de dirección de la empresa parece permitir albergar dudas razonables sobre la presencia del requisito de dependencia. Por otra parte, el sistema retributivo a comisión, sin especificar si la empresa venía obligada o no a abonar un salario mínimo a los trabajadores independientemente del trabajo realizado, parece excluir el requisito de ajenidad necesario para entender que nos encontramos ante una relación laboral.

Aunque es cierto que las profesiones liberales, como ha señalado la jurisprudencia y la doctrina en diversas ocasiones, pueden ser consideradas relaciones de carácter laboral aun cuando los requisitos de ajenidad y dependencia estén sumamente difuminados, parece que las objeciones en el presente caso son de tanta entidad que permitirían romper la presunción de laboralidad del artículo 8 ET y, por tanto, entender que no nos encontramos ante una relación de laboralidad.

No obstante, la anterior discrepancia podría fundarse en meras deficiencias de la redacción de los fundamentos de hecho de la sentencia. El indicio que nos permite apuntar esta posibilidad son los innumerables casos que han tenido que resolver los tribunales españoles sobre la laboralidad de las relaciones de odontólogos con clínicas franquiciadas de la marca Vial Dent. De tal suerte que todos ellos gozaban de una identidad casi absoluta en sus antecedentes fácticos, siendo regla común que los odontólogos decidían su horario pero dentro de unos límites muy estrictos impuestos por la clínica, y viendo como de facto recibían siempre un salario mensual.

Sin duda, que una mera redacción más o menos afortunada, haciendo más o menos hincapié en unos determinados hechos, pueda variar la calificación de una relación profesional nos muestra los difíciles márgenes en los que deben moverse los tribunales a la hora de dirimir los límites del orden social.

– **STSJ de Navarra de 7 de enero de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 289 (recurso de suplicación 541/2007).

1. La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra interpuso demanda frente a la mercantil Alconiz Dental, SL y frente a los odontólogos que trabajaban en dicha empresa a fin de que el Tribunal estimara que la relación que unía a las partes demandadas era de naturaleza laboral.

La Inspección entendía que la suscripción de contratos civiles de arrendamientos de obra no debía impedir reconocer la verdadera naturaleza laboral de las obligaciones pactadas por las partes.

La relación entre empresa y odontólogos se caracterizaba porque era la dirección de la Clínica la que disponía los horarios mínimos de trabajo de los odontólogos contratados, pudiendo éstos trabajar más tiempo dentro del horario de atención al público de la Clínica. Era la propia Clínica la que proveía a los odontólogos de todo el material e infraes-

II. Trabajador

estructura necesaria para desarrollar correctamente su actividad, tales como recepcionista, instrumental, sillón de trabajo, etc.

La retribución de los servicios prestados por los médicos de la Clínica se hacía en función de un porcentaje, que variaba en cada profesional, sobre el importe que cada cliente pagaba directamente a la clínica.

Los odontólogos no tenían ningún tipo de exclusividad y podían resolver el contrato, al igual que la dirección de la clínica, con un preaviso de 15 días.

Ante la anterior narración fáctica el juzgado de instancia entendió que nos encontrábamos ante una relación laboral. Frente a dicho pronunciamiento se alza en suplicación la empresa codemandada al considerar que la relación que vincula a las partes codemandadas no es una relación laboral sino una prestación de servicios de carácter mercantil, instrumentada a través de un contrato de arrendamiento de obra o servicio.

2. En la sentencia que nos ocupa el Tribunal Superior de Justicia en atención a numerosas sentencias del Tribunal Supremo que han asentado una sólida jurisprudencia sobre las relaciones de los profesionales sanitarios en clínicas dentales, y en especial sobre las franquicias de la marca Vital Dent, entiende que nos encontramos ante una relación de laboralidad, confirmando la sentencia de instancia.

La argumentación del Tribunal Superior de Justicia parte de la constatación de que la calificación de las obligaciones pactadas entre las partes no depende de la denominación que las partes hayan pactado, sino de su contenido efectivo. En esta medida habrá que determinar si en la relación existente entre las partes concurren, o no, los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores para determinar si nos encontramos ante una relación laboral.

En concreto, en el caso de autos el Tribunal entiende que la prestación de servicios se realiza de manera personal, recibiendo por ella un salario independientemente de los beneficios obtenidos por el empresario, mediante una suerte de salario a comisión, estando de igual forma los trabajadores incluidos dentro de la esfera de dirección y control de la empresa, siendo ésta la que asume los riesgos de la actividad empresarial. En definitiva, nos encontramos ante una relación laboral en la que es posible identificar los requisitos del artículo 1.1 ET, éstos son el carácter personal, dependiente, voluntario, retribuido y por cuenta ajena.

3. El presente caso, como muchos otros dentro de la práctica médica, supone un reto para los tribunales que deben hacer frente al análisis de una relación laboral en la que los elementos requeridos por el Estatuto se hayan sumamente descafeinados.

La opacidad en los elementos definitorios, como reconoce el propio Tribunal en la sentencia, es común a todas las relaciones profesionales dentro de la medicina y, en general, a todas las profesiones liberales, que por sus especiales características ven cómo los requisitos de dependencia y ajenidad se encuentran más difusos. Es decir, que la natural

autonomía con la que los profesionales liberales deben desarrollar su labor, no excluye la posibilidad de contratar laboralmente a estos profesionales, sino que modula dicha relación, haciendo que la laboralidad de la relación pueda predicarse incluso ante unos requisitos mitigados.

La anterior aseveración nos lleva a compartir el pronunciamiento del Tribunal, debiendo resaltar a mayor abundamiento que en casos como el que nos ocupa la presencia de los requisitos de laboralidad, en especial los requisitos de dependencia y ajenidad, es tan débil que realmente la declaración de laboralidad se sustenta gracias a la presunción de laboralidad fijada por el artículo 8 ET. Esta presunción nos permite reconocer el carácter laboral de la relación entre empleador y trabajador en casos dudosos, siempre y cuando los indicios no contradigan manifiestamente la laboralidad de la relación.

– **STSJ de Extremadura de 8 de enero de 2009**, I.L. J 325 (recurso de suplicación 520/2008).

1. El caso contemplado analiza un supuesto en el que un trabajador acudió junto con su esposa embarazada, en busca de trabajo, a una finca de Extremadura a principios de abril de 2006, ambos eran extranjeros y se encontraban en España en situación irregular.

La empresa, titular del negocio, acogió a la pareja y le proporcionó techo y ocupación. Durante dos meses, abril y mayo de 2006, el trabajador prestó sus servicios profesionales para la empresa, ayudando en las labores del ganado a cuya explotación se dedica la finca, según las instrucciones del dueño del negocio y bajo sus órdenes. A cambio la empresa proporcionaba al trabajador techo, comida así como el abono de los gastos que originase su desplazamiento.

La esposa del trabajador dio a luz a una niña que falleció. El matrimonio contó en todo momento con la asistencia y apoyo directos de los dueños del negocio que les prestaron su ayuda personal.

El trabajador y su familia retornaron a su país natal, Rumanía, para regularizar allí su situación y una vez conseguidos los documentos *ad hoc* regresaron a España para trabajar de nuevo en la misma empresa.

La pretensión de la demanda, iniciada a instancias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se centra en la declaración de existencia de una relación laboral entre las partes (trabajador y empresa), a los efectos de la determinación de la asistencia pública.

2. El Juzgado de lo Social declara la existencia de relación laboral entre las partes, con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento estimando la demanda interpuesta por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Por su parte el TSJ ratifica la sentencia recordando que “Las funciones o requisitos del contrato son la prestación voluntaria de servicios por cuenta ajena mediante una retribución y dentro de la organización y

II. Trabajador

dirección del empresario. La ajenidad del trabajo, es decir, la atribución de los frutos del mismo a un tercero es indiscutida, como también es clara la retribución en especie del mismo, autorizada por el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores aunque no se haya respetado la proporción en el mismo establecida”.

Así, en el supuesto analizado considera el Tribunal que consta la prestación laboral, en actividad propia de la empresa, dentro de la organización y dirección del empresario, así como la ajenidad y la retribución, aun cuando fuera en especie (alojamiento, comida, vestido y cantidades para desplazamiento), en cumplimiento del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, considerando que una cuestión es la causa que anima a la empresa en el supuesto examinado, que nadie discute sea humanitaria, persiguiendo satisfacer necesidades perentorias de una familia extranjera desfavorecida, y otra muy distinta es, una vez adoptada la decisión, que un miembro de la familia, aun cuando sea para procurarle las cantidades necesarias para poder volver a su país de origen y regularizar la situación en España, desempeñe un trabajo para la persona que fue guiada por tales intenciones humanitarias.

Concluye así el Tribunal desestimando el recurso planteado por la empresa y confirmando la sentencia de instancia.

3. La sentencia del TSJ que se comenta establece que la ausencia de retribución dineraria y la existencia únicamente de retribución en especie no excluyen la existencia de relación laboral al reunirse además notas de laboralidad tales como la ajenidad en la prestación de los servicios por la atribución de los frutos a un tercero y la prestación de los servicios dentro del ámbito de organización y dirección empresarial.

Conclusión con la que debemos coincidir, pues es claro que, por un lado, existe una clara ajenidad en los frutos o resultado del trabajo así como ajenidad en los riesgos y en el mercado, puesto que el trabajador nunca obtuvo un beneficio directo en los resultados que generaba con su trabajo ni asumió riesgo alguno en la comercialización o no de éstos, así como, también, la existencia de una subordinación e inserción en el círculo rector u organizativo del empresario que orientaba y dirigía los trabajos realizados.

Y, por otro lado, es evidente la existencia de una retribución salarial, que a pesar de ser únicamente en especie, mediante la proporción de alojamiento, comida, vestido y gastos de desplazamiento, nos lleva a concluir que efectivamente se trata de un trabajo oneroso y productivo que el empleado desempeñaba con la finalidad de procurarse medios de vida y subsistencia, para él y su familia, obteniendo así una ganancia patrimonial consistente en el alojamiento y manutención, y considerando además que dichos medios se le facilitaban a cambio de las labores que desempeñaba para la empresa y no de forma benévola y de buena vecindad como pretendía hacer ver la empresa en su defensa.

– STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de enero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 353 (recurso de suplicación 4200/2007).

1. La presente sentencia resuelve el recurso de suplicación presentado por la empresa Sol Meliá SA frente a la resolución que desestimaba su demanda contra la Tesorería General

de la Seguridad Social y don I., por la formalización de oficio del alta de este último en el Régimen General de la Seguridad Social. Dicha formalización de alta se produjo como consecuencia de la existencia de una resolución de la Inspección de Trabajo, por la que se imponía una sanción a la demandante tras constatar que don I. prestaba servicios como masajista y encargado de mantenimiento de la sauna del Hotel Meliá Colón de Sevilla desde enero de 1992. La sentencia recurrida se fundaba en los siguientes hechos: que don Inocencio prestaba sus servicios como masajista en las instalaciones del Hotel Meliá Colón con sus medios, concertando con los clientes las sesiones bien directamente, bien a través del hotel y percibiendo el actor por sus servicios una retribución que se facturaba directamente o a través de la recepción del hotel. Don I. concertaba él mismo las citas a los clientes o bien le eran facilitadas desde la recepción del hotel cuando clientes del establecimiento preguntaban por el servicio de sauna y masajes. En tales supuestos, los clientes podían abonar el importe a través de la recepción. Asimismo, es probado que D. I. no tenía que solicitar sus vacaciones a la dirección del hotel, limitándose a comunicarlas a los efectos del conocimiento de los clientes. Tampoco estaba sometido a horario ni a control de la forma en que prestaba sus servicios.

2. Tras corregir en el uso de los términos que inducen a confusión el relato de hechos en los que se fundaba la sentencia de instancia, el TSJ resuelve la improcedencia de la inclusión de don I. en el Régimen General de la Seguridad Social al entender que la relación que vincula a las partes tiene un más adecuado encaje fuera del ámbito del contrato de trabajo. Se alcanza esta solución tras recordar el sistema indiciario que permite identificar los rasgos de dependencia y ajenidad en una prestación de servicios de naturaleza laboral. Se reconoce la concurrencia de algunos de estos indicios en el supuesto fáctico de que se parte. Ahora bien, se concede un peso mayor al hecho de que no existan horarios ni se den instrucciones a don I. por parte del personal del Hotel. Igualmente, la toma de vacaciones por el demandado sin más requisito que ponerlo en conocimiento de la dirección del hotel contribuye a alcanzar dicha conclusión y, de manera determinante, que se produjera la percepción íntegra de lo pagado por el cliente por parte de don I. Del mismo modo, que el demandado pueda atender a clientes ajenos al hotel, es decir, sin vinculación con la actividad del hotel, aun cuando se ejecute en las instalaciones de aquél, viene a reforzar la resolución.

3. Tal y como reconoce la sentencia que aquí se comenta, la configuración de las obligaciones propias de un contrato de arrendamiento de servicios que tiene su cauce de regulación en el Código Civil, no viene a resultar totalmente incompatible con la del contrato de trabajo, de modo que la línea que separa ambas relaciones es de materia sumamente porosa. Esta resolución es una muestra de lo que se afirma. En el supuesto confluyen indicios de dependencia y ajenidad. Sin embargo, la ausencia de pruebas que reforzaran estos indicios o que corrigieran la contundencia de los indicios destacados por el Tribunal han hecho inclinar la balanza hacia la declaración de la ausencia de laboralidad en la relación entre don I. y el Hotel Meliá Colón. A mi juicio, lo determinante –insisto, tal y como ha sido recogido en el relato fáctico– es que don I. cobrara la totalidad de sus servicios, con independencia de que usara las instalaciones del Hotel, lo que excluye la ajenidad. Nada

II. Trabajador

se señala sobre las condiciones en que el Hotel permite a don I. el uso de sus instalaciones para el ejercicio de su actividad.

– STS de 11 de mayo de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3704/2007).

1. La actora suscribió un contrato de arrendamiento de servicios en abril de 1996, comprometiéndose a realizar crónicas y reportajes en la zona de Majadahonda, Pozuelo, Las Rozas y Las Matas, mediante el abono de 2.000 pesetas cada crónica y 2.500 cada reportaje, emitiéndose y abonándose únicamente aquellos que la emisora juzgaba como interesantes. El 20 de junio de 2001 se firmó un nuevo contrato de arrendamiento de servicios –sin perjuicio de la continuidad del anterior– para realizar reportajes semanales para el programa “Emprendedores”, por cada uno de los cuales percibía 15.000 pesetas; cada reportaje tiene una duración aproximada de una hora, y para su confección utiliza la demandante los locales de RNE y los medios técnicos de ésta, aun cuando no está sujeta a otro horario. Esta actividad se ha desarrollado a lo largo de diez años con habitualidad, y la actora viene siendo identificada en los lugares en los que actúa como locutora de la demandada, ya que utiliza un micrófono con el logotipo de la emisora, y es usuaria de los fondos documentales sonoros y escritos de RNE, habiéndosele expedido carné de colaboradora. Toda la actividad para la que se precisan medios técnicos (equipos de grabación de sonido, micrófonos, cables de interconexión, buzón electrónico o buzón de noticias) la realiza valiéndose de los que la emisora pone a su disposición. Ha percibido durante el año 2001, 12.026,23 euros; durante 2002, 15.992,61 euros; durante 2003, 16.353,21 euros; durante 2004, 18.192,27 euros; durante 2005, 18.228,33 euros, y desde enero hasta mayo de 2006, 9.177,27 euros, siempre con el IVA desglosado.

2. La sentencia aprecia la existencia de contrato de trabajo. Expresa que los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones, la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

También señala que los indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, la adopción por parte del empresario –y no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender, el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo, y el cálculo de la retribución o de sus principales conceptos con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

Añade que es peculiaridad del objeto de la relación controvertida que las crónicas sobre la actualidad que se generan en una zona concreta de la provincia de Madrid –realizadas

por la actora—, es, al mismo tiempo, objeto del derecho de propiedad intelectual, a tenor del artículo 10.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, modificado por Ley 23/2006, de 7 de julio. Dicha relación de servicios puede ser configurada como una relación laboral, tal como resulta de la previsión contenida en el artículo 51 de la Ley, que expresa “la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral”, encontrándose ubicado dicho precepto bajo la rúbrica “transmisión de los derechos del autor asalariado”, lo que claramente evidencia que la creación y cesión de una obra de autor se puede llevar a cabo por medio de un contrato de trabajo, y con la consiguiente sujeción a la legislación laboral.

Concurren —añade el TS— todas las notas identificativas de la relación laboral. La nota de voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae*, toda vez que la demandante realiza personalmente las crónicas informativas, en unas ocasiones por encargo de la demandada, y, en otras, por decisión propia, procediendo con posterioridad RNE a determinar las que aceptaba y emitía, sin que en su realización pudiera ser sustituida aquella por otra persona. La ajenidad de los resultados la refleja el dato esencial de que la demandante no realiza todas las crónicas informativas o los reportajes por propia iniciativa, con la finalidad de ofrecerlas posteriormente para su adquisición por un tercero, sino que las efectúa precisamente para RNE, que fijaba su duración, lugar y hora, y RNE elegía los que eran de su interés, emitiendo aquellas crónicas que resultaban seleccionadas de entre todas las realizadas por la actora. No es decisivo para excluir la nota de ajenidad el hecho de que RNE no emitiera la totalidad de las crónicas realizadas por la actora, pues lo que resulta relevante es que le encargaba dichas crónicas y aceptaba la mayoría de ellas, emitiéndolas con posterioridad. Por otra parte, contribuye a la apreciación de la ajenidad, aunque no sea un factor decisivo, el dato de que para la realización de las citadas crónicas utilizara materiales de RNE, como grabadoras, micrófonos, etc. La dependencia también concurre en el supuesto enjuiciado, al constar que a la demandante se le transmiten órdenes, ya que RNE le señalaba la duración, lugar y hora de la emisión de cada crónica y de cada reportaje y RNE elegía el de su conveniencia. Asimismo la actora tenía limitada la zona geográfica en la que podía desarrollar su actividad (Majadahonda, Pozuelo, Las Rozas y Las Matas). Es irrelevante que la demandada no transmitiera instrucciones sobre el modo de realizar las crónicas, ya que el profesional de la información goza de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlas, trabajando habitualmente a considerable distancia del empresario en el lugar en el que se producen las noticias que va a comentar. Finalmente, por lo que se refiere a la retribución de los servicios, se efectuaba abonando una cantidad fija por crónica o por cada reportaje emitidos. Esta forma de retribución, por resultado, si bien no es la más habitual en el contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario recogido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores.

3. Se reitera en esta STS doctrina ya anticipada en otras de la misma Sala. No obstante, no son seguros algunos de los indicios que ofrece para acreditar ciertas de las notas del contrato de trabajo. Por ejemplo, que sean acreditativas de la ajenidad la ausencia de la participación en la selección de la clientela y en la indicación de las personas a atender;

II. Trabajador

porque ello, en su caso, lo que acredita es el modo de trabajo dependiente, subordinado a instrucciones y órdenes del empresario. Tampoco acredita bien la existencia de la ajenidad el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo, que es exigencia derivada de ser el contrato, precisamente de trabajo, por una actividad no ociosa sino productiva desde la perspectiva económica de quien lo presta. No puede estimarse que acredite la existencia de la ajenidad la utilización de material del empresario, pues eso lo que refleja es un modo de trabajo dependiente de las órdenes de éste, entre ellas, la de utilizar unos medios de trabajo u otros.

La voluntariedad en la prestación del trabajo, lo es en las condiciones legales que marque el empresario, lo que no se perjudica porque, en ocasiones, sea la decisión propia del trabajador la que motive la realización de crónicas informativas, no ya sólo porque no es vinculante su publicación y retribución para el empresario, sino porque esa iniciativa es meramente instrumental y responde a sometimiento a concretos criterios preexistentes dados al trabajador por el empresario.

Sorprende que una misma circunstancia, como la relativa a la facultad empresarial de elegir a su conveniencia, las crónicas o informes que publicaba o no, se afirme que sirve para acreditar tanto la ajenidad de los resultados como la dependencia.

Es irrefutable que la dependencia –como dice la STS– no tiene un sentido técnico, sino jurídico. Por eso, si el trabajador, como ocurre en el presente caso, tiene mejores conocimientos técnicos que el empresario, no tiene por qué recibir instrucciones técnicas acerca de la realización del trabajo, lo que no niega que exista dependencia.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

d) Deportistas profesionales

– STS de 2 de abril de 2009, Sala de lo social, I.L. J 308 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4391/2007).

1. Desde la temporada 2004-2005, el actor vino realizando una actividad deportiva por cuenta del Club Deportivo C., entrenando regularmente en dependencias de dicho Club y en horario de aproximadamente 20,00 a 22,30 horas durante tres o cuatro días a la semana, así como participación en los partidos de fútbol que semanalmente disputaba el citado Club, con arreglo al calendario federativo de la competición, siendo retribuido a razón de 210 o 250 euros mensuales “en concepto de honorarios”. El 29 de agosto de 2006, y a raíz de que el Club hizo saber al actor que el entrenador no contaba con él para la plantilla del equipo (por lo que dejó de convocársele a los entrenamientos), se suscribió un documento entre las partes en virtud del cual el Club demandado “se compromete a realizar la cesión del jugador a un equipo que milite en el Grupo VII de tercera división junto con el pago de la indemnización de 3.000 euros. Que el jugador, a su vez, se compromete a ser cedido a un equipo que milite en el Grupo VII de tercera división, con la obligación

de retornar al Club ... al finalizar la temporada 2006-7. Que, si no hubiera la posibilidad de la cesión, el jugador se compromete a entrenar con la plantilla del Club y a jugar en el filial, percibiendo los emolumentos acordados con anterioridad en la reunión celebrada en la primera quincena de junio de 2006 con el gerente de la entidad”.

El 20 de septiembre de 2006 el Club remitió burofax al actor comunicándole que, “después de la reunión mantenida con los abogados de la AFE con fecha 19 de septiembre de 2006 ... desde el día 29 de agosto ... no has asistido a ningún entrenamiento... manifestamos que desde la fecha 20 de septiembre de 2006 queda extinguido por parte del club el compromiso adquirido con Vd. el 29 de agosto de 2006).

Formulada demanda por despido, el Juzgado de lo Social de Madrid la estimó, declarándolo improcedente. Pero la Sala del Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de suplicación opuesto de contrario, declarando la incompetencia por razón de la materia del orden social. Formalizado contra ésta recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo, tras aceptar la contradicción con la sentencia invocada, lo estima y declara la naturaleza inequívocamente laboral del vínculo contractual concertado.

2. Afirma la Sala casacional que el único punto litigioso estriba en la calificación –como profesional o aficionado– que corresponde a quien sin soporte contractual por escrito lleva a cabo actividad de futbolista en un club de la categoría Regional Preferente, entrenando regularmente en sus instalaciones durante dos horas diarias y en tres o cuatro días a la semana, de 20 a 22,30 horas, participando en los partidos que disputaba el Club con arreglo al calendario federativo de competiciones y percibiendo bajo la denominación de “honorarios” una cantidad –media– de 230 euros mensuales (a veces 210 y otras 250). El panorama fáctico se completa con la sustancial referencia a que en 29 de agosto de 2006, el Club comunicó al indicado futbolista que el Entrenador del equipo ya no contaba con él, suscribiendo ambas partes un documento en el que la entidad demandada “se compromete a realizar la cesión del jugador a un equipo que milite en el Grupo VII de Tercera División junto con el pago de la indemnización de 3.000 euros” y que si no hubiese posibilidad de efectuar cesión, el jugador se compromete a entrenar con la plantilla del Club y a “jugar en el filial ... percibiendo los emolumentos acordados” en la reunión celebrada en junio de 2006 con el Gerente (emolumentos que no constan declarados probados).

La resolución dictada en suplicación, a favor de la incompetencia jurisdiccional, se basa en los siguientes argumentos: a) la “profesionalidad” que configura la relación especial que regula el RD 1006/1985, de 26 de junio, es requirente de una dedicación principal y habitual que presupone rendimientos de al menos el salario mínimo interprofesional, y b) abunda en la misma idea –de excluir la profesionalidad– el que las partes no hubiesen suscrito contrato de prestación de servicios como futbolista profesional y que tampoco se tramitase la correspondiente licencia profesional. Estos razonamientos no son casacionalmente compartidos, puesto que el artículo 2.1.d) ET considera relación laboral de carácter especial la de “los deportistas profesionales” y su ámbito se precisa en el artículo 1.2 del RD 1006/1985 definiendo a los deportistas profesionales como “quienes, en virtud

II. Trabajador

de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”.

Es destacable en esta definición que, a diferencia de las previsiones que al efecto contenía la primera regulación legal de la relación laboral especial de que tratamos (el RD 318/1981, de 5 de febrero), en la normativa actual no es preciso que el deportista se halle en posesión de la correspondiente licencia federativa, requerida por las disposiciones deportivas. Lo que es novedad del todo razonable, puesto que la existencia del contrato de trabajo deportivo profesional y el sometimiento a la disciplina a la específica normativa laboral, no pueden condicionarse a una licencia que opera en un ámbito normativo diverso y cuya ausencia no puede desvirtuar la naturaleza del contrato. A efectos propiamente definitivos, la única particularidad que la relación especial de los deportistas profesionales presenta frente a la relación laboral común es la especificidad del servicio prestado, porque, naturalmente, requiere la presencia de todos los presupuestos que caracterizan el vínculo ordinario de trabajo. En efecto, de la definición contenida en el artículo 1.2 RD 1006/1985 se desprende que los requisitos sustantivos del contrato de trabajo deportivo son:

- a) En primer lugar, la dedicación a la “práctica del deporte”, con lo que se excluye de la relación especial a quienes aun prestando servicios para las entidades deportivas, no lo hacen con “actividades deportivas” (personal de limpieza, servicios administrativos, de vigilancia, médicos, etc.).
- b) En segundo término, la voluntariedad, que es nota que expulsa del ámbito especial de la relación a las actividades deportivas normativamente impuestas en algunos contextos (deporte educativo, carcelario, militar, etc.).
- c) En tercer lugar, la habitualidad o regularidad, que resulta excluyente de las actividades deportivas ocasionales o marginales, e incluso de las “aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos”, llevadas a cabo por un deportista profesional (artículo 1.4 RD 1006/1985).
- d) En cuarto término, la ajenidad del servicio prestado y la dependencia, entendidas en forma idéntica a las que son propias de la relación laboral común (“por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección” de quien asume el papel de empresario), de manera que su exigencia elimina del ámbito de la relación especial a las actividades deportivas realizadas con carácter autónomo.
- e) Finalmente, la retribución, lo que es consecuencia del carácter bilateral de la relación y onerosidad de las respectivas prestaciones; requisito que precisamente diferencia al deportista profesional frente al aficionado.

Aplicando los anteriores presupuestos al caso de autos, se comprueba que en él no parece tan siquiera cuestionable la concurrencia de gran parte de las referidas exigencias, tales como la dedicación a la “práctica del deporte”, la voluntariedad, la ajenidad y la dependencia (desde luego no las niega el escrito de impugnación presentado por el Club

de Fútbol demandado). El problema se centra en el último requisito de entre los citados más arriba, el retributivo, en cuya clarificación formula la propia norma –artículo 1.2– el razonable mandato de excluir de su ámbito aplicativo –con toda lógica– a quienes concurriendo las restantes notas practiquen el deporte en la esfera de un club, pero “percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva”. En definitiva, la cuestión se reconduce a la no siempre fácil diferenciación entre la práctica del deporte con carácter profesional y en condición de *amateur*, entendiendo por este último el llevado a cabo por quienes “desarrollan la actividad deportiva sólo por afición o por utilidad física, es decir, sin afán de lucro o compensación aun cuando estén encuadrados en un club y sometidos a la disciplina del mismo”, en acertada definición del extinguido Tribunal Central de Trabajo. Y en orden a la indicada diferencia pueden seguirse las siguientes pautas:

a) Es irrelevante la calificación jurídica –como deportista profesional o aficionado– que al efecto pudieran haber hecho las partes, puesto que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, conforme al principio de primacía de la realidad.

b) Tampoco determina la existencia o no de la relación laboral especial la calificación federativa como deportista (profesional o aficionado), puesto que tal calificación no produce efectos en la esfera jurídico-laboral y por lo mismo no vincula a los órganos de esta jurisdicción; y con mayor motivo cuando la reglamentación federativa considera aficionados a jugadores de Tercera División. De esta manera, si se presta el servicio –deportivo– en las condiciones previstas en el artículo 1 RD 1006/1985 (parcial trasunto del artículo 1 ET), con sometimiento a la dirección y disciplina del Club, y percibiendo a cambio una contraprestación económica calificable de salario, cualquiera que sea su denominación, por fuerza estamos ante una relación laboral sometida al citado Real Decreto y el conocimiento de los litigios que en su ámbito se susciten corresponde a esta jurisdicción social, con absoluta independencia de la calificación –como aficionado o profesional– que al efecto pudiera haber hecho la correspondiente Federación Deportiva.

c) La laboralidad de una relación no requiere que la actividad prestada sea de absoluta dedicación y constituya el exclusivo o fundamental medio de vida, puesto que el deportista también puede desarrollar otros cometidos remunerados, sin ver por ello desvirtuada su profesionalidad (la exigencia que rechazamos no se explicita en precepto alguno del citado reglamento).

d) Lo que realmente determina la profesionalidad –aparte de las restantes notas, sobre las que ni tan siquiera media debate– es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados, pues la ausencia de salario determina la cualidad de deportista aficionado; en el bien entendido de que –muy contrariamente a lo que argumenta la sentencia recurrida– la exigencia legal no va referida a la percepción mínima del salario interprofesional (la norma se limita a exigir “una retribución”, sin precisar cuantía), lo que no deja de ser la elemental consecuencia de que la profesionalidad tampoco comporta –como antes se ha indicado– la exclusividad de medio de vida; exactamente igual

II. Trabajador

que si se tratase de una relación laboral común, donde es factible –y del todo frecuente– el trabajo a tiempo parcial.

Por lo demás, sobre la retribución ha de recordarse que la regulación legal elimina del ámbito de aplicación al “amateurismo compensado” (cuando se percibe del club “solamente la compensación de los gastos derivados” de la práctica del deporte). Pero la propia existencia de esta práctica deportiva “compensada” aumenta las posibilidades de enmascarar la retribución, por lo que no resulta infrecuente la presencia del llamado “amateurismo marrón”, producto de la manipulación contractual, lo que impone fijar criterios orientativos en orden a deslindar el deporte “compensado” del propiamente “retribuido”. Y muy particularmente tres reglas:

a) En aplicación de los principios que informan la carga de la prueba (artículo 217 LEC), al deportista le corresponde acreditar la existencia de la contraprestación económica, pero una vez probada ésta, las cantidades abonadas integran salario por virtud de las presunciones *iuris tantum* establecidas en los artículos 26.1 ET y 8.2 RD 1006/1985, de forma y manera que debe ser la entidad deportiva quien acredite que las referidas cantidades tienen carácter simplemente compensatorio, lo que únicamente tendrá lugar cuando pruebe que no exceden de los gastos que en la realidad tenga el deportista por la práctica de su actividad.

b) La naturaleza –compensatoria o retributiva– de las cantidades percibidas es por completo independiente del término que al efecto hubiesen empleado las partes (señalábamos antes que –lamentablemente– en la realidad cotidiana no es infrecuente el deliberado enmascaramiento contractual), porque nuevamente se impone el principio de la realidad.

c) La periodicidad en el devengo y la uniformidad de su importe son indicios de naturaleza retributiva, al ser tales notas características del salario, frente a la irregularidad y variabilidad que son propias de las verdaderas compensaciones de gastos.

Estas sucintas pautas nos llevan en el presente caso a afirmar que el criterio ajustado a Derecho es el mantenido por la sentencia de contraste, al excluir la exigencia de un mínimo retributivo como consustancial a la práctica del deporte profesional, y a revocar la sentencia recurrida. Y esto último porque en el caso objeto de debate se trata de un jugador de fútbol que percibía –por la prestación voluntaria de sus servicios deportivos en el ámbito directivo de la entidad demandada– una cantidad fija mensual (230 euros) en concepto de lo que ni siquiera se llega a calificar como “compensación de gastos”, sino como “honorarios” (recibos) y “emolumentos” (documento de cesión). De esta forma, no solamente no ha acreditado el Club que se tratase de una “compensación de gastos” (ni tan siquiera lo ha pretendido), sino que incluso viene a reconocer que estamos en presencia de una franca –aunque ciertamente limitada– contraprestación económica por la prestación de los servicios prestados; contraprestación que adjetivamos como “fija”, porque no se justifica su escasa fluctuación (unos meses 210 euros y otros 250), que se nos presenta orientada a excluir –precisamente– la referida regularidad. A mayor abundamiento, la cesión convenida –y frustrada– a otro equipo de Tercera División durante una temporada, pactando una “compensación” de 3.000 euros, y la previsión de que de ser imposible

aquella el jugador pasaría a jugar con el filial “percibiendo los emolumentos” pactados en reunión previa con el Gerente (no consta el importe de tales “emolumentos”) son realmente esclarecedoras de la naturaleza jurídica que ostenta la relación controvertida, pues tales previsiones convencionales resultan totalmente ajenas al pretendido carácter aficionado y nos sitúan con rotundidad en el estricto marco de las cesiones temporales que regula el artículo 11 del RD 1006/1985, que son inimaginables en la práctica deportiva aficionada, puesto que ésta se lleva a cabo “sólo por afición o por utilidad física, es decir, sin afán de lucro o compensación”.

3. Lo más difícil de este supuesto es comprender cómo un caso tan claro pudo ser calificado judicialmente de extralaboral a la altura de 2008. Ante esa claridad, la doctrina contenida en la sentencia casacional era la única posible una vez que se superó el trance estrictamente procesal de contar con una sentencia contradictoria dentro de las exigencias legales específicas, de innecesario recordatorio. Sin embargo, la sentencia que se comenta es muy importante doctrinalmente hablando porque no se limita a casar la resolución recurrida con los breves argumentos que habrían resultado suficientes en el caso concreto, sino que contiene una exposición tan detallada y cuidada como convincente, convirtiéndose en un modelo imprescindible hacia el futuro para la delimitación de las relaciones deportivas profesionales y aficionadas.

e) Artistas en espectáculos públicos

– STSJ de Valencia de 20 de enero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 484 (recurso de suplicación 3908/2008).

1. Se resuelve el recurso de suplicación planteado por la empresa Abac Studis SCV contra la sentencia de instancia que confirmaba la resolución de la Inspección de Trabajo, declarando la naturaleza laboral de la relación que vinculaba a la recurrente con un grupo de trabajadores. Entre los hechos probados sobre los que se apoya la resolución del recurso destacan: que la empresa recurrente tiene como actividad la de estudio de doblaje y sonorización de producciones, tanto de televisión como cinematográficas. Para llevar a cabo dicha actividad, recibe un encargo de la entidad que requiere sus servicios, procediendo, en primer término, a efectuar el doblaje o la traducción de los diálogos y a su ajuste y, posteriormente, elige al director de doblaje y a los actores directamente entre los que ya le son conocidos, en razón de sus valores artísticos, no a través de casting u otros procesos de selección. En el desarrollo de esta labor, no es necesaria la presencia simultánea de todos y cada uno de los actores que intervienen en la escena. Incluso es posible que cada uno de los personajes pueda ser doblado de forma separada; ahora bien, siempre bajo la supervisión del director de doblaje que tiene encomendada la dirección artística y técnica de tales labores. También queda probado que las intervenciones de los actores quedaban reflejadas en una plantilla de doblaje que era remitida a los organismos gestores de los derechos de autor para gestionar su cobro por los actores una vez realizado el trabajo. Los actores perciben sus emolumentos contra factura, en muchas ocasiones a través de sociedades mercantiles con objetos sociales amplios. Perciben una cantidad por

II. Trabajador

cada día de llamamiento de la realización de labores de doblaje así como una cantidad por cada una de las tomas en que está dividido el trabajo, con independencia del tiempo invertido en su realización. Esas cantidades son muy similares a las retribuciones pactadas en el Convenio Colectivo para Profesionales del Doblaje para los años 2002 y 2003, que también lo son por llamamiento y toma. Todos los actores de doblaje están dados de alta en el RETA. Ninguno de ellos está sometido a horarios más allá de la puesta de acuerdo con la empresa para llevar a cabo las funciones, de hecho, los ensayos se podían realizar fuera de las instalaciones de la empresa de doblaje, incluso en el domicilio del trabajador, para aprovechar las tomas e incrementar la productividad. Los actores pueden prestar sus servicios para distintas empresas del sector, determinando cuándo toman sus vacaciones. Por último, se recoge que los medios materiales utilizados para realizar sus tareas son propiedad de la empresa recurrente.

2. Ante el relato fáctico expuesto, el TSJ desestima el recurso planteado y confirma la sentencia de instancia señalando la existencia de una relación laboral de carácter especial de artistas de los actores de doblaje que prestaron sus servicios para la empresa demandada. El Tribunal se apoya en la doctrina judicial recogida en Resoluciones como la del TS de 22 de julio de 2008 sobre la naturaleza de los contratos y sobre la ratificación de que en el caso concurren determinados indicios que, pese a la especialidad de las relaciones jurídicas evaluadas, permiten confirmar la existencia de ajenidad y dependencia en ellas. Entre estos indicios se destaca que, pese a la libertad de horarios, la actuación de los actores en los estudios de doblaje titularidad de la empresa demandada se ha de realizar dentro del horario en que estos estudios permanecen abiertos. Además, sus respectivas agendas se deben ajustar a los requerimientos de la empresa de doblaje. Resulta fundamental el hecho de que el trabajo de los actores de doblaje se ajusta a las directrices del director de doblaje que impone el orden y la disciplina en el trabajo. La empresa es la que asume el riesgo empresarial respecto al resultado final del doblaje y su aceptación y retribución por la empresa que encargó el trabajo, sin que los actores hagan suyos los frutos de su trabajo, pues los transfieren a la empresa que les contrata. A cambio perciben unas cantidades muy similares a las contenidas en el Convenio aplicable a los profesionales del doblaje, con independencia del resultado económico que ofrezca el balance final del espectáculo.

3. Como bien se recoge en la resolución que se comenta, los datos fácticos que pueden hacer dudar de la concurrencia de dependencia y ajenidad en estas prestaciones de servicios, responden más a la peculiaridad con que se desarrollan por la específica actividad artística (RD 1435/1985, de 1 de agosto) a la que se dedican que a la ausencia de dichos rasgos o presupuestos de laboralidad. En efecto, cierta libertad horaria, la flexibilidad en cuanto al lugar de realización de la prestación, diluyen la dependencia, pero no la neutralizan frente a otros indicios de mayor calado como los destacados en los fundamentos de derecho. El hecho de que los actores decidan cuándo disfrutar de sus vacaciones, responde a la particularidad de que su prestación de servicios suele ajustarse a la realización de una obra o servicio determinado, de ahí también la falta de exclusividad en cuanto a sus empleadores. Del mismo modo, la pervivencia de los derechos de autor de estos actores se halla vinculada con el régimen legal de la propiedad intelectual y no supone la exclusión de la asunción del riesgo por parte del empleador, como se ha demostrado en el presente caso.

De hecho, la principal utilidad del trabajo de estos actores se transfiere a sus empleadores y no se traduce en tales derechos de autor.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

– STS de 30 abril de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 510 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1701/2008).

1. Los trabajadores habían prestado sus servicios a la demandada instalando los contenedores, vaciándolos, cambiándolos, manteniéndolos, reponiéndolos y retirándolos. Prestaron los servicios como trabajadores autónomos con vehículo propio en las zonas a cada uno asignadas, zonas que no podían alterar. No hicieron nunca tareas de captación de clientes. Acudían, cada dos días a la empresa, donde entregaban los partes de los trabajos realizados, se les daba nota de los trabajos a realizar y reponían los aparatos y productos a suministrar. El horario era distribuido a su conveniencia por los trabajadores, quienes en caso de ausencia por vacaciones u otra causa debían buscarse el sustituto y no cobraban, al ser retribuidos por unidad de servicio. Merece destacarse que, mensualmente, giraban factura por los trabajos realizados a la empresa que era quien fijaba los precios por servicio a los clientes y quien corría con el riesgo de los impagados.

2. El TS estima que existe contrato de trabajo entre las partes. Afirma la existencia de la nota de “ajenidad” porque los trabajadores cobran siempre el servicio, aunque no lo pague su receptora a la empleadora, quien además, facilita al operario los aparatos y productos a usar. La nota de “dependencia” también concurre porque es la recurrente quien organiza el trabajo de los actores, quienes actúan bajo su dirección, al ser ella quien les delimita la zona de trabajo, los clientes a visitar y las labores a realizar de forma periódica, así como las urgencias, averías y avisos que deben atender preferentemente, siendo obligatorio que el operario le facilite diariamente un parte de los trabajos realizados y un resumen mensual de éstos. Ese modo de operar muestra que el trabajador no es titular de una actividad empresarial propia y autónoma, sino dependiente de la demandada que es quien busca y capta los clientes a quienes presta los servicios contratados valiéndose del trabajo de los demandantes. El que los actores utilicen su propio vehículo en el trabajo no desvirtúa la naturaleza de la relación: la prestación de servicios por cuenta de otro que organiza el trabajo del empleado, lo dirige, facilita al empleado los aparatos, utensilios y productos necesarios y corre con el riesgo de la actividad, por cuanto, si su cliente no le paga, pierde los productos utilizados y lo pagado a su empleado. El que la retribución se fije en atención al número de servicios prestados y a su entidad tampoco desacredita lo argumentado hasta aquí, por cuanto la forma de retribuir el trabajo no hace que su remuneración pierda su naturaleza salarial, conforme al artículo 26.1 LET, norma que permite

II. Trabajador

que el trabajo se retribuya por horas o por unidad de obra. Cuestión distinta será que en cada caso se cubran los mínimos de derecho necesario, pero eso aquí no se discute.

3. La propia STS cita como antecedente –al que se acomoda– la STS de 22 de enero de 2008. Es de observar que la sentencia opta por una de las modalidades del entendimiento de la ajenidad, esto es, la ajenidad en los riesgos. Ni es la única, ni la más definitiva. Puede acompañar a alguna de las otras maneras de expresarla, pero es difícil aceptar que por sí sola valga para decidir que, si concurre esta expresión, se puede afirmar que se esté en presencia del contrato de trabajo. Ello, porque, en su sentido más riguroso, se limita a reiterar e insistir en la exigencia de que el trabajo sea retribuido, lo que viene a duplicar las exigencias, de modo no necesario.

En cuanto a la dependencia, no valora la sentencia que los trabajadores tuvieran el horario a su conveniencia. Si éste era flexible, como horario a la carta, en su modalidad de elegir cada día el tiempo de inicio y conclusión del trabajo, se puede decir que había desaparecido la obligación de sujeción a horario. No obstante, habrá que añadir que la sujeción a un horario no es esencial en el contrato de trabajo. Tan sólo es uno de los indicios que la jurisprudencia ha señalado para afirmar la existencia de la dependencia.

Alguna duda, respecto del derecho a vacaciones retribuidas, se ofrece si es el trabajador quien tiene que buscar al sustituto en estos casos y –esto es lo más importante– no cobraba salario durante ese tiempo. Se trata de una conclusión no debatida en la sentencia, aunque, obviamente, es contraria al artículo 38 LET.

Finalmente se ha de ratificar la afirmación de la sentencia, según la cual, es irrelevante que el trabajador utilice en su actividad vehículo propio. Pero no es menos cierto que a ello tiene que seguir, inexorablemente, la obligación del empresario de indemnizar los gastos causados por ese uso de vehículo particular del trabajador, porque los útiles de trabajo son a cargo del empleador, bien mediante entrega en especie, o bien con anticipo o posterior abono de los gastos que con ocasión del trabajo vaya a hacer o haya hecho el trabajador (artículo 26.2 LET).

ANA CID VELASCO (LOVELLS)

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA (LOVELLS)

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ (COORDINADORA)

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

LUIS GORDO GONZÁLEZ

III. EMPRESARIO

Sumario

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) La empresa es la unidad de cómputo a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido. B) Unidad de empresa.

3. Grupo de empresas. A) Responsabilidad solidaria: criterios para declarar su existencia.

4. Contratas. A) Extinción del contrato por obra o servicio determinados por finalización de la contrata: retraso en la comunicación al trabajador. B) Extinción del contrato por obra o servicio determinados: novación contractual y disminución de la actividad de la contrata. C) Subcontratación de actividad como causa de despido objetivo. D) Sucesión de contratas.

5. Empresas de Trabajo Temporal. A) Derecho a percibir las retribuciones previstas en un acuerdo suscrito entre el comité de empresa y la empresa usuaria. B) No se computan los servicios prestados como trabajador en misión a los efectos del cálculo de la antigüedad. C) Responsabilidad de la Empresa de Trabajo Temporal por contrata-

ción fraudulenta. **6. Cesión ilegal.** A) Efectos de la declaración de cesión ilegal en Administración Pública: trabajador indefinido no fijo. B) Ejercicio del derecho de opción en supuestos de cesión ilegal: readmisión o indemnización. C) Responsabilidad solidaria de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria por cesión ilegal. D) Cálculo de la indemnización por despido en supuestos de cesión ilegal mediante empresa de trabajo temporal.

7. Sucesión de empresas. A) Concepto de transmisión: La sucesión se produce aunque la parte cedida no mantenga autonomía organizativa si se mantiene el vínculo funcional de los factores de producción transmitidos. B) La imposibilidad de atribuir al trabajador un puesto de trabajo equivalente en la empresa cesionaria es causa de extinción contractual imputable al empresario. C) Sucesión de contratas: concepto de unidad económica. D) No existe sucesión de contratas cuando la entrante y la saliente poseen la misma identidad. E) Extinción de contrata por voluntad de la empresa auxiliar: aplicación del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad. F) La reversión de una concesión administrativa puede considerarse transmisión de empresa.

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 1 a 4 de 2009 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1 a 632) 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 del mismo, 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) La empresa es la unidad de cómputo a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido

El artículo 51.1 ET determina que las extinciones contractuales fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción serán consideradas colectivas cuando afecten a un determinado número de trabajadores de la empresa. En caso contrario, es decir, cuando la decisión extintiva afecte a un número inferior de trabajadores, el despido se podrá efectuar por la vía individualizada del despido objetivo por amortización de puesto de trabajo, conforme establece el artículo 52.c) ET. En el primer caso, el empresario debe consultar a los representantes de los trabajadores y solicitar autorización administrativa (artículo 51 ET); en el segundo de los supuestos, el procedimiento de extinción es de mayor simplicidad: basta con que el empresario notifique al trabajador la decisión resolutoria mediante la entrega de la correspondiente carta de despido e informe a los representantes de los trabajadores (artículo 53 ET). Es por ello que la interpretación de la regulación de los límites cuantitativos que determinan la aplicación de una u otra figura resulte del máximo interés para las partes. En esta ocasión, el litigio se centra en determinar si la unidad de cómputo del número de trabajadores, a estos efectos, es la totalidad de la empresa o únicamente el centro de trabajo afectado por la decisión extintiva. En una primera aproximación, la lectura del precepto estatutario deja escaso margen de interpretación, el legislador establece como unidad de cómputo el conjunto de la empresa de manera literal e inequívoca. Sin embargo, conviene también tener presente el contenido de la normativa comunitaria en la materia que es precisamente objeto de transposición por parte de la legislación española cuando regula los despidos colectivos; la Directiva 98/59. Esta última norma con similar claridad, utiliza el término “centro de trabajo”. Llegados a este punto, era previsible que la discusión interpretativa sobre este extremo haya

III. Empresario

finalizado ante el Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, se ha visto obligado a resolver la cuestión, planteada en los siguientes términos:

“La solución conforme a derecho de la cuestión controvertida, que es –como ya se ha dicho– cuál sea la unidad de cómputo del número de trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, es decir, si debe acudir al total de trabajadores que integran la empresa (unidad de cómputo a la que remite el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y criterio que mantiene la sentencia recurrida), o sólo a los del centro de trabajo afectado (unidad de cómputo utilizada por el artículo 1.1 de la Directiva Comunitaria 98/59, que es el criterio sostenido por la sentencia de contraste) es la que contiene la sentencia recurrida, por lo que el recurso debe ser desestimado”. STS de 18 de marzo de 2009, u.d., I.L. J 556.

Como argumento central, la Sentencia recuerda la función de norma de mínimos de la Directiva Comunitaria, que permite al legislador nacional establecer o mantener un régimen jurídico que despliegue mayores garantías frente al despido para los trabajadores. Desde esta perspectiva, la resolución del litigio pasa por determinar qué interpretación, la realizada en la sentencia de contraste o la realizada en la recurrida, protege mejor los intereses de los trabajadores afectados. Resolver esta cuestión sería más sencillo si la aplicación de alguna de las tesis interpretativas citadas determinase la reducción o la ampliación del ámbito de aplicación de la norma. En concreto, si la aplicación de la norma nacional determinase de forma directa la disminución del ámbito aplicativo de la norma comunitaria, podría argumentarse que el reforzamiento de las garantías a cambio de reducir el ámbito de la norma no constituye una mejora real del régimen jurídico aplicable y, por tanto, la aplicación literal del artículo 51 ET conduciría a una vulneración de la norma comunitaria. Sin embargo, dicha aproximación no permite alcanzar conclusiones generales, la modificación de la unidad de cómputo produce efectos contradictorios, esto es, en algunos casos amplía y en otros limita el ámbito de aplicación de la Directiva.

A pesar de ello, en opinión de la Sala, coincidiendo con la posición expresada por el Ministerio Fiscal, la legislación española “establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos estos que no establece la norma comunitaria)”. STS de 18 de marzo de 2009, u.d., I.L. J 556. No podemos coincidir en este punto con la tesis judicial pues, como también reconoce la Sentencia, en determinados supuestos la aplicación del criterio previsto en el artículo 51 ET impide la aplicación del sistema de garantías procedimentales previsto para los despidos colectivos que, sin embargo, vendrían impuestos por las reglas contempladas en la Directiva citada.

Quizá la resolución del litigio exige partir de un razonamiento diverso, ante la imposibilidad práctica de determinar qué normativa resulta más favorable en este punto. Al efecto, conviene tener en cuenta la Jurisprudencia comunitaria en la materia y, más concretamente, la vertida en la STJCE de 7 de diciembre de 1995, Asunto C 499/93, Rockfon v. SID, reconoce la existencia de un concepto comunitario de centro de trabajo, que no debe

interpretarse a partir de las normativas nacionales. A juicio del TJCE, el legislador comunitario, consciente de que empresa y centro de trabajo son conceptos distintos, optó en la redacción final por incluir el de centro de trabajo, entendido como unidad productiva de menores dimensiones integrada como una parcela o fragmento de la empresa. La aplicación de esta tesis interpretativa debiera haber conducido al Tribunal a aceptar la posición defendida en la sentencia de contraste.

B) Unidad de empresa

(Ver Grupo de empresas)

3. 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, sí es objeto de consideración por la jurisprudencia laboral en determinados supuestos. La constatación de que una pluralidad de empresas forman parte de un grupo de empresas no ha de producir necesariamente ciertos efectos en lo que afecta a la responsabilidad entre ellas sobre las relaciones laborales que se desarrollan en su seno; 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, por más que entre las empresas que componen el grupo puedan establecerse vínculos accionariales relevantes a otros efectos. Únicamente cuando a tales lazos económicos 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. Con carácter general, puede afirmarse que la carga de probar la existencia de estas circunstancias corresponde a quien pretenda la declaración de responsabilidad solidaria, habitualmente el trabajador; pero no es menos cierto que, puesto que el trabajador no tiene fácil acceso a las interioridades jurídicas, financieras y organizativas del grupo, los Tribunales suelen aceptar elementos indiciarios a través de los cuales quede evidenciado que existe una unidad empresarial que subyace a la pluralidad jurídica, y que esta estructura ha sido creada al objeto de eludir responsabilidades empresariales. En este sentido se pronuncia la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009**, I.L. J 386, que confirma la condena solidaria de todas las empresas integrantes de un grupo empresarial, tras advertir la existencia de unidad empresarial:

“En el presente caso, la constitución de empresas para administrarse unas a otras, siendo a la vez titulares de la mayoría del capital social de las empresas administradas, acredita la existencia de una confusión patrimonial y una administración unitaria, que justifica la

III. Empresario

actuación del grupo empresarial en el ámbito mercantil como una empresa única, lo que genera la responsabilidad solidaria entre las empresas integrantes del grupo empresarial demandado frente a los trabajadores de las distintas sociedades, por lo que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto” STSJ de Andalucía (Sevilla), de 13 de enero de 2009, I.L. J 386.

Por su parte, la STS de 21 de mayo de 2009, u.d., I.L. J 625, rechaza el recurso presentado por dos empresas condenadas solidariamente, pues a juicio del Tribunal no ha quedado acreditado suficientemente el presupuesto de contradicción exigible en este tipo de recursos, a pesar de que existe identidad entre las empresas recurrentes y que en la sentencia de referencia se declara la inexistencia de unidad empresarial. El fallo desestimatorio reconoce que ambos pronunciamientos coinciden en dar por acreditado que la totalidad del capital de una de las empresas pertenece a la otra y que existe unidad en la dirección de ambas; a pesar de lo cual, mantiene que existen elementos diferenciales con valor determinante que conducen a negar la existencia del requisito de contradicción exigido por el artículo 217 LPL, entre los que destaca:

“a) que en el caso de la sentencia recurrida consta la prestación de servicios de trabajadores de BB en BM; b) los préstamos a fondo perdido efectuados por BB a BM; y, c) la realización por BM de obras para BB, sin disponer de presupuesto previo; datos todos ellos que no constan en la sentencia de contraste, y que llevan a la convicción a la Sala de suplicación, en la sentencia recurrida, de que existe circulación de trabajadores entre ambas empresas y de que BM carece de autonomía económica alguna.” STS de 21 de mayo de 2009, u.d., I.L. J 625.

4. CONTRATAS

A) Extinción del contrato por obra o servicio determinados por finalización de la contrata: retraso en la comunicación al trabajador

El contrato de trabajo temporal para la realización de obra o servicio determinado [artículo 15.1.a) ET], tiene como objeto la realización de obras o la prestación de servicios determinados, que gozan de autonomía y sustantividad dentro de la actividad de la empresa, de duración temporalmente limitada e incierta. La obra o servicio constituye la causa de la contratación laboral, motivo por el cual la finalización de ésta o aquél debe determinar también la extinción de la relación laboral. De esta manera, la duración del contrato de trabajo puede limitarse al tiempo necesario para la realización de la obra o del servicio pactado por la empresa contratista. Por el contrario, la extinción del contrato de trabajo sin que haya quedado acreditada la terminación de la obra es considerada como un supuesto de despido improcedente del trabajador. El origen de la regulación de este tipo de contratos se encuentra en el sector de la construcción, en el que tradicionalmente se han venido aplicando normas sectoriales de distinta naturaleza, que han cobrado mayor relevancia con el expreso reconocimiento efectuado por la Ley de subcontratación en el sector de la construcción (Disposición Adicional Ter-

cera de la Ley 32/2006). En aplicación de dicho precepto, y con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo, los convenios estatales del sector de la construcción pueden adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinados prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación. Dicha previsión, limitada a los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, debe interpretarse junto a la remisión general realizada por ET, que encomienda a los convenios colectivos sin distinción de ámbito la facultad de identificar las actividades que reúnen las características exigidas para ser objeto de contratación mediante contratos de obra o servicio determinados [artículo 15.1.a)]. La aplicación de ambos preceptos en los distintos ámbitos de negociación está produciendo una diversidad normativa no exenta de problemas interpretativos.

La **STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2009**, I.L. J 346, aborda un supuesto de finalización de contrato de obra o servicio determinados por finalización de obra en el sector de la construcción, en el que junto a la normativa legal resulta de aplicación el convenio colectivo provincial de la construcción de Barcelona, cuyo artículo 29.2 establece: “el personal fijo de obras podrá prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo de una misma provincia durante un período máximo de tres años consecutivos sin perder dicha condición...” y añade: “El cambio de obra se entenderá siempre efectuado de común acuerdo entre empresa y trabajador, salvo oposición expresa de éste en el plazo de siete días. El cambio de obra requerirá un previo aviso verbal al trabajador en el término de 48 horas”. El trabajador demandante prestó servicios por cuenta de la empresa en distintas obras y recibió notificación de finalización de su contrato coincidiendo con el cumplimiento del plazo máximo de tres años previsto en el convenio colectivo. La empresa fundamenta su decisión en la finalización de la obra para la que fue contratado y en la imposibilidad de renovación del vínculo contractual. Tanto la obra en la que el trabajador inició su prestación laboral como la obra en que se encontraba trabajando cuando inició el período de incapacidad temporal fueron concluidas, a pesar de lo cual la empresa no dio por extinguido en su momento el contrato de trabajo del actor. En opinión del Tribunal:

“En el caso de autos, a la vista de lo señalado por el artículo 29.2 del Convenio y la falta de oposición del trabajador a los cambios de obra, entiende esta Sala que se ha actuado de acuerdo con lo permitido por la norma convencional y lo pactado por las partes en el contrato obrante en las actuaciones. La finalización de las obras lleva a entender que se está ante una terminación del contrato y no ante un despido, Una vez transcurrido el plazo máximo de tres años fijado en el contrato de trabajo según las prescripciones del convenio colectivo, y concluidas las dos obras en que el actor prestó servicios, resultando imposible su adscripción a una tercera obra debido a su situación de incapacidad temporal, la finalización del contrato decidida por la empresa se ajusta a lo pactado entre las partes y lo normado en el convenio colectivo de aplicación, procediendo por ello el rechazo del motivo y del recurso” **STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2009**, I.L. J 346.

III. Empresario

La Sentencia elude pronunciarse sobre las consecuencias derivadas de la continuidad del contrato tras la finalización de la segunda de las obras en las que participó el trabajador y no se interroga sobre la adscripción del trabajador durante el tiempo que media entre dicha fecha y la finalización del contrato. Por último, resulta discutible que la situación de incapacidad temporal del trabajador determine la imposibilidad de adscribir al trabajador a una nueva obra, de ser así el contrato debió extinguirse en el momento en que la segunda obra fue dada por finalizada.

La STSJ de La Rioja de 22 de enero de 2009, I.L. J 472, aborda un supuesto similar, en el que se entienden probados los siguientes hechos: la contratación del trabajador por obra o servicio para realizar las funciones propias de su categoría de Peón mientras sea preciso en una determinada obra; que dicho trabajador prestó sus servicios únicamente en dicha obra; que la extinción de su contrato de trabajo no le fue comunicada a la finalización de ésta sino en un momento posterior. Como en el supuesto anteriormente comentado, se da la circunstancia de que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal en el momento de la extinción del contrato, pero en esta ocasión el Tribunal sí se pronuncia expresamente sobre los efectos del retraso en la comunicación de la extinción contractual en los siguientes términos:

“En cuanto al retraso en comunicar al actor la extinción del contrato (25 de octubre de 2007) por terminación de la obra (14 de septiembre de 2007), como razona el Magistrado *a quo* en su fundamento jurídico tercero, la trascendencia que se pretende por la parte actora no puede acogerse porque, cuando finalizó la obra objeto del contrato el trabajador se encontraba de baja y por lo tanto no prestó servicios, y porque se trata de una clara irregularidad formal que únicamente puede perjudicar a la empresa ya que lo relevante es que el objeto del contrato se había cumplido. A lo que cabe añadir que, conforme a la previsión del párrafo tercero del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, antes transcrito, para que opere la prórroga tácita por tiempo indefinido del contrato para obra determinada no denunciado a su finalización, es necesario, por un parte, que se hubiera continuado prestando servicios, lo que no ocurre en el presente caso en que el trabajador se encontraba desde hacía meses (13 de abril de 2007) en situación de incapacidad temporal, y por otra, que no se acredite la naturaleza temporal de la prestación, la cual aparece aquí totalmente acreditada” STSJ de La Rioja de 22 de enero de 2009, I.L. J 472.

B) Extinción del contrato por obra o servicio determinados: novación contractual y disminución de la actividad de la contrata

El Tribunal Supremo ha intervenido en la resolución de un supuesto de contratación por obra o servicios determinados en el sector del *telemarketing* en el que concurren elementos de especial complejidad que, en nuestra opinión, ponen de manifiesto la insuficiente regulación laboral de la figura. De un lado, en el contrato de trabajo se suscribe una cláusula adicional en la que se prevé la extinción de la relación de trabajo en función de la disminución de la actividad. De otro lado, el Convenio Colectivo contiene una previsión expresa aplicable en supuestos de disminución del volumen de actividad; por último, transcurridos más de cuatro años de relación laboral, trabajador y empresa suscriben un anexo al con-

trato de trabajo modificando el servicio objeto del contrato. La sentencia de suplicación declaró la improcedencia del despido, tras interpretar que el contrato mercantil celebrado entre empresa principal y auxiliar tenía por objeto un servicio único, aunque dividido en cinco plataformas. A juicio del Tribunal la finalización de la actividad en alguna de ellas debiera conducir a la aplicación del artículo 17 de la norma convencional, aplicable en supuestos de disminución del volumen de actividad, pues únicamente la finalización del conjunto de las contratadas habilitaría al empresario para dar por terminado el contrato temporal objeto de litigio. Por su parte, la sentencia de contraste justifica su decisión contraria en que ha sido acreditado que la empresa principal ha suprimido los servicios contratados con la auxiliar en la plataforma en la que se incardinaba la prestación de servicios de la demandante. Es ésta la tesis sostenida también por la sentencia unificadora, que limita la aplicación del precepto convencional a los supuestos en que la reducción de la actividad se produzca en la obra o el servicio objeto del contrato de trabajo.

“Sin embargo, la diversificación en unidades diferentes de la prestación entre la principal y la contratista y su estricta correspondencia con el pacto entre trabajadora y empleador no dan lugar a la aplicación del artículo 17 del Convenio Colectivo, para la que únicamente existiría margen en el caso de reducción del volumen de la unidad afectada por la contrata y por la relación laboral” STS de 12 de mayo de 2009, u.d., I.L. J 619.

C) Subcontratación de actividad como causa de despido objetivo

El Tribunal Supremo resuelve un supuesto de despidos objetivos de dos trabajadoras que prestaban servicio en una empresa del sector sanitario como lavanderas, tras la externalización del servicio de lavandería. La sentencia de instancia declaró la procedencia de los despidos por entender acreditadas las causas organizativas alegadas; por el contrario, la sentencia de suplicación, no compartiendo los argumentos de la anterior, estimó el recurso presentado por las trabajadoras. La declaración de improcedencia se basa en la falta de justificación de la necesidad de amortizar puestos de trabajo, que la empresa había sustentado en dificultades técnicas para la realización de obras de acondicionamiento del servicio de lavandería. El Tribunal Supremo sostiene que la sentencia recurrida impone requisitos no previstos en la norma que regula la posibilidad de externalizar actividades empresariales y proceder al despido de los trabajadores anteriormente empleados en la ejecución de éstas:

“El control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para superar las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas (en nuestro caso, la decisión de subcontratación que ha originado la amortización del puesto de trabajo de la actora y la extinción de su contrato de trabajo) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del buen comerciante (...). En el supuesto presente las dificultades han sido evidentes: desde el año 2000 se sabía del indebido emplazamiento fuera de ordenación de la lavandería en un patio de manzana que aconse-

III. Empresario

jaba una solución, y sin que conste la posibilidad de ubicar el servicio en otro lugar de la propia Clínica. Ante este hecho, es solución idónea la descentralización del servicio, técnica de explotación empresarial cada vez más extendida y que encuentra su apoyo legal en los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores y 38 de la Constitución” STS de 2 de marzo de 2009, u.d., I.L. J 178.

D) Sucesión de contratas

(Ver Sucesión de empresas)

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Derecho a percibir las retribuciones previstas en el acuerdo suscrito entre la empresa usuaria y el comité de empresa

El Tribunal Supremo debe resolver, en unificación de doctrina, si la retribución que corresponde percibir a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal, mientras se encuentran cedidos en la empresa usuaria, es la prevista en el Convenio colectivo sectorial o si debe incluir también las previstas en el acuerdo de empresa suscrito entre la empresa usuaria y el comité de empresa. La cuestión central se sitúa en determinar si el mandato previsto en el artículo 11 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, que reconoce el derecho de los trabajadores en misión a percibir como mínimo la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria, incluye también las percepciones económicas previstas en otros instrumentos negociales o únicamente las establecidas en los convenios celebrados de conformidad con las previsiones contenidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Supremo reitera la doctrina extensiva vertida en anteriores pronunciamientos (SSTS de 25 de septiembre de 2002, recurso 70/2002 y de 7 de febrero de 2002, recurso 104/2005), doctrina que puede resumirse en los siguientes argumentos:

“1) La Exposición de Motivos de la Ley 29/1999, que ha dado nueva redacción al artículo 11 de la Ley 14/1994, ha expresado con claridad que la finalidad de esta reforma legal es lograr que el recurso a la mano de obra de las ETT sea efectivamente un medio para atender a necesidades temporales de la empresa usuaria y no, como venía sucediendo en la práctica laboral anterior a dicha Ley, un medio de reducir costes salariales.

2) En consecuencia, la mención del artículo 11 de la Ley 14/1994 al convenio aplicable a la empresa usuaria, no puede interpretarse en sentido estricto de convenio estatutario, sino en el amplio, que comprenda los distintos instrumentos de negociación colectiva, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia, siempre que tengan en la práctica una aplicación general en la empresa usuaria.

3) De no ser así, el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia

general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa” STS de 22 de enero de 2009, u.d., I.L. J 21.

B) No se computan los servicios prestados como trabajador en misión a los efectos del cálculo de la antigüedad

La STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2009, I.L. J 474, resuelve el recurso de suplicación presentado por una trabajadora de una entidad bancaria que pretende, a los efectos del cálculo de la antigüedad para la promoción a un puesto de categoría superior, le sean contabilizados los servicios prestados en su momento como trabajadora en misión por cuenta de una Empresa de Trabajo Temporal en la citada entidad bancaria. El Tribunal rechaza el recurso por inexistencia de norma legal que imponga dicha obligación:

“Claramente se deduce de la normativa legal que no se incluye entre las obligaciones de la empresa usuaria la de reconocer, al trabajador puesto a disposición por una empresa de trabajo temporal, ningún derecho relativo a la promoción profesional, ni cualquier otro que no sea el de formular reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral a través de los representantes de los trabajadores, utilizar el transporte e instalaciones colectivas de la empresa mientras dure el contrato de puesta a disposición, y recibir protección en materia de seguridad social e higiene” STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2009, I.L. J 474.

C) Responsabilidad de la Empresa de Trabajo Temporal por contratación fraudulenta

(Ver Cesión ilegal)

6. CESIÓN ILEGAL

A) Efectos de la declaración de cesión ilegal en Administración Pública: trabajador indefinido no fijo

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente permitida a las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. La naturaleza pública o privada de la empresa que percibe ilícitamente los servicios del trabajador cedido ilegalmente 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 en aplicación de lo previsto en el artículo 43.4 ET, pero no podrá ocupar su puesto de trabajo con carácter fijo; así lo ratifican las SSTS de 7 y 23 de abril y 5 de mayo de 2009, u.d., I.L. J 379, 528 y 565.

III. Empresario

Estas sentencias afectan a distintos supuestos de cesión ilegal mediante distintas empresas auxiliares, para la televisión autonómica gallega.

B) Ejercicio del derecho de opción en supuestos de cesión ilegal: readmisión o indemnización

El ET reconoce el derecho de los trabajadores sometidos a tráfico prohibido a elegir la empresa, cedente o cesionaria, en la que desean adquirir la condición de trabajadores fijos (artículo 43.3). De la lectura de dicho precepto no se desprende conexión alguna con lo dispuesto en el mismo texto legal en materia de despido (artículo 56). Siendo así, parece claro que en supuestos de despidos improcedentes de trabajadores sometidos a cesión ilegal, las reglas que permiten al empresario optar por la readmisión o la indemnización conforme a dicho precepto no quedan alteradas, es decir, corresponderá al empresario decidir en cada caso qué alternativa le parece más adecuada, salvo en los supuestos especiales en que el ejercicio de dicho derecho de opción corresponde al trabajador (artículo 56.4 ET o previsión convencional). Así lo interpreta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que determinó la existencia de cesión ilegal en dos supuestos de trabajadores contratados por empresas auxiliares para prestar servicios con carácter habitual en dependencias del Ayuntamiento de Marbella, habiendo estado sujetos en todo momento a las facultades organizativas y disciplinarias de los responsables de la Administración Local correspondiente. En ambos supuestos, y por aplicación de lo previsto en el Convenio colectivo, la voluntad de los trabajadores de permanecer en la plantilla del consistorio marbellí es satisfecha parcialmente, pues tratándose de una entidad sometida a los sistemas de contratación pública, los trabajadores adquieren la condición de indefinidos pero sus contratos de trabajo no podrán ser considerados fijos. Ambas sentencias hacen uso de similares argumentos:

“La doctrina correcta es la que mantiene la resolución judicial impugnada, como así lo pone de relieve nuestra reciente Sentencia de 21 de noviembre de 2008, dictada en el recurso 1554/2007. Y es que reconociéndose por norma convencional que así, expresamente, se lo atribuye, el derecho de opción en caso de despido improcedente al trabajador, tratándose de una Administración Pública el reintegro a la actividad laboral nunca se podrá hacer en concepto de fijo y sí, en cambio, de trabajador indefinido. Siendo éste, precisamente, el criterio que mantiene la sentencia recurrida, la conclusión no puede ser otra que la de desestimación del recurso con imposición de costas al Ayuntamiento recurrente” STSS de 24 de febrero y de 24 de marzo de 2009, u.d., I.L. J 129 y 237.

C) Responsabilidad solidaria de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria por cesión ilegal

El Tribunal Supremo resuelve un litigio que versa sobre la existencia de cesión ilegal en un supuesto de fraude en la contratación temporal, que tiene origen en la sucesiva contratación de un trabajador mediante contratos de puesta a disposición, siempre para las mismas y permanentes necesidades de determinada empresa usuaria. En opinión del Tribunal, el hecho de que el trabajador hubiese recibido prestación por desempleo durante un período de 27 días no es motivo suficiente para alterar el sentido de su pronunciamiento.

La sentencia viene a reiterar la doctrina ya consolidada en la materia, que afirma la posibilidad de incurrir en el ilícito previsto en el artículo 43 ET cuando la ETT no respeta las previsiones legales en materia de contratación, en concreto, cuando los contratos de puesta a disposición realizados no se atienen a los supuestos previstos en el artículo 6 de la LETT o cuando éstos incurren en alguna de las exclusiones contenidas en el artículo 8 de la misma norma, y siempre que la contratación se realice para cubrir necesidades permanentes de mano de obra. De manera más extensa, la sentencia razona:

“A manera de resumen cabe indicar que la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro Derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta. Y que resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en los términos que legalmente se establezcan; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del artículo 43 ET (para más detalles, la STS de 4 de julio de 2006, recurso para unificación de doctrina 1077/2005). Lo que significa que el CPD no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal. Y al efecto puede argumentarse: A) limitar las obligaciones de la ETT –en este aspecto– a que el CPD obedezca tan sólo formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad –por analogía– de las supervisiones del antiguo artículo 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las SSTS de 26 de noviembre de 1998, recurso 645/1998; 30 de junio de 1993, recurso 720/1992; 26 de enero de 1998, recurso 2365/1997; 21 de diciembre de 2000, recurso 4383/1999; 26 de septiembre de 2001, recurso 558/2001; 23 de enero de 2002, recurso 1759/2001, y 4 de abril de 2002, recurso 3045/2001); c) aún para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria –e infractora– respecto de las obligaciones de la ETT (artículo 12 LETT), y d) alguna otra garantía –también laboral– correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria (cual es el derecho a integrarse en la plantilla como trabajador fijo, inactuable tras extinguirse la cesión; SSTS de 11 de septiembre de 1986, 17 de enero de 1991, recurso 2858/1989 y 8 de julio de 2003, recurso 2885/2002), en manera alguna excluye la reclamación –de todo orden– que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora (...)

Así pues, si en el supuesto que es objeto del presente debate, el trabajador ha prestado servicios ininterrumpidos para ‘Endesa Distribución Eléctrica SL’ desde el 1 de julio de

III. Empresario

1999 y hasta el 20 de junio de 2006, realizando siempre las mismas o similares funciones y utilizándose al efecto sucesivos CPD, en coherencia con nuestras precedentes argumentaciones hemos de concluir que tal contratación es fraudulenta, por ir dirigida a atender necesidades permanentes de la empresa, y que la responsabilidad derivada de la calificación del cese –tras la externalización de aquellos cometidos– como despido improcedente, ha de atribuirse solidariamente a la citada ETT y a la empresa usuaria, en recta interpretación del artículo 16.3 LETT y con aplicación del artículo 43.2 ET, por imponerlo así el mandato del artículo 6.4 CC” STS de 19 de febrero de 2009, u.d., I.L. J 127.

D) Cálculo de la indemnización por despido en supuestos de cesión ilegal mediante empresa de trabajo temporal

La resolución judicial comentada en el apartado anterior se detiene también a dilucidar si la interrupción contractual, como ha quedado dicho de una duración de 27 días, interrumpe el cómputo de la antigüedad correspondiente a los trabajadores sometidos a tráfico prohibido. El Tribunal considera que el vicio de fraude en la contratación afecta desde el primero de los contratos temporales celebrados, pues la prestación de trabajo siempre tuvo por objeto la cobertura de necesidades permanentes; por consiguiente, si el trabajador debe considerarse vinculado por una relación indefinida desde tales fechas, las extinciones y subsiguientes contrataciones posteriores en nada pudieron afectar a la existencia de ese vínculo único que nunca fue válidamente roto. Todo ello permite afirmar que, a efectos de cálculo de la indemnización de despido, la antigüedad del trabajador debe computarse desde la fecha de inicio de la relación laboral, independientemente de que entre los sucesivos contratos temporales celebrados se hayan producido pequeñas interrupciones:

“Es cierto que en el caso de que la secuencia contractual tenga interrupción superior a los veinte días (plazo de caducidad para la acción de despido), la regla general es la de que sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad a la citada interrupción; pero de todas formas también cabe el examen de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las soluciones de continuidad entre contratos sucesivos, en aquellos supuestos en que se acredite una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral, de manera que en tales casos se computa la totalidad de los servicios para el cálculo de la indemnización por despido improcedente (así, entre las más recientes, las SSTS de 27 de febrero de 2007, recurso para unificación de doctrina 3473/2005; 8 de marzo de 2007, recurso para unificación de doctrina 175/2004, dictada en Sala General; 17 de diciembre de 2007, recurso para unificación de doctrina 199/2004; 26 de septiembre de 2008, recurso para unificación de doctrina 4975/2006; 3 de noviembre de 2008, recurso para unificación de doctrina 3883/2007, y 15 de enero de 2009, recurso para unificación de doctrina 2302/2007) porque ha de atenderse más al criterio realista de la subsistencia del vínculo que a la formal voluntad extintiva de las partes, que incluso puede estar viciada (SSTS de 10 de abril de 1995, recurso para unificación de doctrina 546/1994; 17 de enero de 1996, recurso para unificación de doctrina 1848/1995, y 8 de marzo de 2007, recurso para unificación de doctrina 175/2004) (...)

Y en esta línea se recuerda la STJCE de 4 de julio de 2006 en la que se declara que la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco (Europeo) sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales” STS de 19 de febrero de 2009, u.d., I.L. J 127.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión: La sucesión se produce aunque la parte cedida no mantenga autonomía organizativa si se mantiene el vínculo funcional de los factores de producción transmitidos

La mayoría de los problemas interpretativos relacionados con el fenómeno de la transmisión de empresas tienen su origen en la determinación del objeto que, en aplicación de la normativa estatal y comunitaria, puede ser una empresa, un centro de trabajo o una parte de éstos o de aquéllas. La discusión jurídica suele centrarse en torno al concepto de entidad económica y, más concretamente, cuando ésta mantiene o no su identidad económica, como conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio. El TJCE se pronuncia nuevamente sobre esta cuestión para señalar la aplicabilidad de la normativa sobre sucesión de empresas en los supuestos en que lo transmitido mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción, siempre que dicha vinculación permita al cesionario desarrollar una actividad económica idéntica o análoga a la que venía ejerciendo el cedente, sin perjuicio de que la parte de la empresa o del centro de actividad cedido haya perdido su autonomía organizativa. De esta manera, el empresario cedente puede realizar todo tipo de cambios organizativos en la entidad transmitida, integrando los recursos adquiridos en su empresa, sin perjudicar con ello la aplicación de la normativa laboral en materia de transmisión.

El litigio se inicia con la demanda interpuesta por un trabajador de una empresa dedicada al desarrollo y la fabricación de productos del sector de la automatización y medición para la industria siderúrgica. El actor desempeñaba las funciones de director de un determinado departamento hasta la fecha en que su empresa decide ceder los derechos sobre el software, las patentes, las solicitudes de patente, las invenciones, el hardware de desarrollo, los materiales de fabricación, la lista de proveedores y clientes de algunos de los productos desarrollados en dicho departamento. Con motivo de la celebración del contrato de cesión, algunos trabajadores del departamento dirigido por el trabajador demandante pasaron a formar parte de la empresa cesionaria, empresa que desarrolla, produce y comercializa otros productos en el sector de la tecnología de medición metalúrgica. Estos trabajadores fueron integrados en la estructura organizativa de la empresa cesionaria desarrollando funciones vinculadas con productos distintos a los que fueron objeto del contrato de cesión. Unos meses más tarde, la empresa cedente es

III. Empresario

objeto de un procedimiento concursal, circunstancia que indujo al trabajador demandante a solicitar que se declarase judicialmente el derecho a ingresar en la plantilla de la empresa cesionaria desde el momento en que se produjo la cesión. El órgano judicial de apelación, que es la institución que solicita el pronunciamiento del TJCE, considera que el departamento dirigido por el trabajador demandante constituye una parte de un centro de actividad que ha sido transmitido, en la medida en que la empresa cedente, directamente o a través de su sociedad matriz, adquirió los derechos sobre los principales productos y tecnologías, los medios de producción básicos, la lista de clientes y proveedores, y aceptó la contratación de una parte de los trabajadores que conocían suficientemente los procedimientos técnicos. A pesar de ello, el Tribunal duda sobre la posibilidad de aplicar la normativa comunitaria en materia de transmisión cuando, como en el caso objeto de litigio, el cesionario introduce cambios significativos en la organización del centro de actividad e incluso cuando éste se integra plenamente en el seno de una estructura organizativa de mayores dimensiones. A partir de aquí, corresponde al TJCE determinar si la Directiva 2001/2003/CE, cuando exige mantener la identidad de la entidad transmitida, supone que ésta debe permanecer como una parte diferenciada en la nueva organización empresarial. La Sentencia rechaza esta interpretación rigorista, recordando el objetivo garantista de la norma comunitaria y de sus sucesivas modificaciones, la obligación de interpretar restrictivamente los preceptos que limitan el ámbito de aplicación de la norma y la jurisprudencia previa en la materia. En opinión del Tribunal, el requisito objeto de litigio se supera también cuando se mantiene el vínculo funcional de los factores de producción y se continúa con una actividad económica idéntica o análoga a la que se venía desarrollando:

“40. Recuérdense, en primer lugar, como se desprende del octavo considerando de la Directiva 2001/23, que esta norma fue adoptada para aclarar el concepto de transmisión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las Sentencias de 7 de febrero de 1985, *Botsen y otros*, 186/83, Rec. p. 1119, apartado 11). Según esta jurisprudencia, la Directiva 2001/23 pretende garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una unidad económica, con independencia de un cambio de propietario y, de este modo, proteger a los trabajadores en caso de que se produzca dicho cambio.

41. De las disposiciones del artículo 1, apartado 1, letra a) de la Directiva 2001/23, en relación con las del mismo apartado 1, letra b), se desprende que, si la unidad económica transmitida no conserva su identidad, la aplicación de las disposiciones del mencionado artículo 1, apartado 1, letra b), relegan la disposición principal establecida en dicho apartado 1, letra a). De ello se deriva que el artículo 1, apartado 1, letra b), puede reducir el alcance de dicho apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23 y, por ende, el alcance de la protección concedida por la Directiva. Por consiguiente, esa disposición debe interpretarse restrictivamente.

42. La demanda en el litigio principal alega que la entidad económica definida en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, sólo conserva su identidad si se mantiene el vínculo organizativo que une al conjunto de las personas o elementos. Por el contrario, afirma que la unidad económica cedida no conserva su identidad cuando, a raíz de la cesión, pierda su autonomía organizativa, de modo que el cesionario integre los recursos adquiridos en una estructura completamente nueva.

43. Sin embargo, habida cuenta, especialmente, de que el objetivo perseguido por la Directiva 2001/23 es, como se desprende del apartado 40 de la presente sentencia, garantizar una protección efectiva de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión, no cabe aceptar la mencionada concepción de la identidad de la entidad económica, esgrimida por la demandada en el litigio principal, basada únicamente en el factor relativo a la autonomía organizativa. En efecto, dicha concepción implicará que no se aplicara la Directiva 2001/23 a la parte de la empresa o del centro de actividad por el mero hecho de que el cesionario decidiera disolver dicha parte de la empresa o del centro de actividad adquirido e integrarlo en su propia estructura, privando de ese modo a los trabajadores afectados de la protección concedida por esa Directiva.

44. En lo que respecta precisamente al factor relativo a la organización, si bien el Tribunal de Justicia declaró con anterioridad que éste contribuye a definir la identidad de una entidad económica (véanse, en este sentido, las Sentencias de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, Rec. p. I-1259, apartado 15; de 2 de diciembre de 1999, *Allen y otros*, C-234/98, Rec. p. I-8643, apartado 27; de 26 de septiembre de 2000, *Mayeur*, C-175/99, Rec. p. I-7755, apartado 53, y de 25 de enero de 2001, *Liikenne*, C-172/99, Rec. p. I-745, apartado 34), también ha estimado que una modificación de la estructura organizativa de la entidad cedida no puede impedir la aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse, en este sentido, las Sentencias de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253, apartados 20 y 21; *Mayeur*, antes citada, apartado 54, y de 13 de septiembre de 2007, *Jouini y otros*, C-458(05), Rec. p. I-7301, apartado 36).

45. Por otra parte, el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23 define por sí mismo la identidad económica refiriéndose a un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio, poniendo de relieve no sólo el elemento organizativo de la entidad transmitida, sino también la continuidad de su actividad económica.

46. A la vista de cuanto se ha expuesto, el requisito relativo al mantenimiento de la identidad de una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23 ha de interpretarse teniendo en cuenta los dos elementos previstos en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, que, considerando conjuntamente, constituyen esa identidad, y el objetivo de protección de los trabajadores perseguido por la mencionada Directiva.

47. Con arreglo a esas consideraciones y, para no privar a la Directiva 2001/23 de una parte de su eficacia, no procede interpretar el mencionado requisito en el sentido de que exige el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos, sino, como destacó el Abogado General en los puntos 42 y 44 de sus conclusiones, en el sentido de que supone el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores.

48. En efecto, el mantenimiento de dicho vínculo funcional entre los diversos factores transmitidos permite al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de abril de 1994, *Schmidt*, C-392/92, Rec. p. I-1311, apartado 17). (...)

III. Empresario

53. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta también se aplica a una situación en la que la parte de la empresa o del centro de actividad cedido no mantiene su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que este vínculo permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente” STJCE de 12 de febrero de 2009, I.L. J 80.

B) La imposibilidad de atribuir al trabajador un puesto de trabajo equivalente en la empresa cesionaria es causa de extinción contractual imputable al empresario

La resolución comentada en el apartado anterior resuelve, adicionalmente y con motivo de una alegación presentada por la empresa demandada en el litigio principal, sobre la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 2001/23, que considera imputable al empresario toda extinción contractual motivada en modificaciones substanciales de la relación de trabajo vinculadas al proceso de transmisión. En el supuesto resuelto, la cedente sostiene que una vez que la entidad económica cedida pierde su autonomía organizativa no puede garantizarse la continuidad de la relación de trabajo del demandante, ya que no existe en la nueva organización un puesto de trabajo equivalente al desarrollado por éste en la cesionaria. En opinión del Tribunal, la extinción del contrato por esta causa es imputable al cesionario:

“52. Recuérdese, a este respecto, que el Tribunal de Justicia ha declarado que la posible obligación de resolver los contratos de trabajo de Derecho privado en caso de transmisión de una actividad económica a una persona jurídica de Derecho público constituye, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, derivada directamente de la transmisión, de modo que, en tal caso, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario (sentencia Mayeur, antes citada, apartado 56). De modo análogo, procede considerar que, en caso de transmisión, si la eventual imposibilidad de atribuir a un trabajador, en la estructura organizativa impuesta por el cesionario, un puesto de trabajo equivalente al que dicho trabajador ocupaba al servicio del cedente provoca una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del interesado, tal imposibilidad podría asimilarse a la resolución de un contrato de trabajo imputable al empresario en el sentido de la mencionada disposición” STJCE de 12 de febrero de 2009, I.L. J 80.

C) Sucesión de contratas: concepto de unidad económica

El TSJ de Andalucía considera que ha existido sucesión de empresa en un supuesto de sucesión de contratas en el que ha quedado acreditada la existencia de una identidad entre las actividades efectuadas por la contrata entrante y saliente, y tras comprobar que esta última asume a la mayoría de los trabajadores que realizaban dicha actividad para la entrante.

“En este caso existe una verdadera transmisión patrimonial en la sucesión operada entre las empresas GE Health-care Bio-Sciences SA”, empresa que contrató en primer lugar a la actora, y que conforme al hecho probado 5º y en cumplimiento del pliego de prescripciones técnicas de la contrata estaba obligada a proporcionar el equipamiento necesario exigido para la correcta preparación, conservación, transporte y control de los mismos (...) instalando (...) a su costa el instrumental necesario y acondicionando las dependencias para la elaboración de los radiofármacos y la empresa IBA Molecular Spain SA, que había adquirido la concesión a la empresa “Shering España SA –real adjudicataria del servicio– mediante un contrato de compraventa de activos, y que se hizo cargo del equipo y el instrumental que había instalado GE Healthcare Bio-Sciences S.A. en los hospitales del Servicio Andaluz de Salud, asumiendo conforme al apartado 8.1.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso la obligación de abonar a GE Healthcare Bio-Sciencias SA la cantidad de 140.257,30 euros en concepto de amortización de los bienes muebles que como consecuencia de la ejecución del contrato había instalado ... ajustando las amortizaciones pendientes (hecho probado 9º), por lo que nos encontramos ante una verdadera transmisión de elementos patrimoniales que constituyen una unidad productiva autónoma, que no requería más que el elemento personal para continuar con la actividad encomendada por el Servicio Andaluz de Salud.

Este hecho además se demuestra por la circunstancia de que no ha existido interrupción en la prestación de servicios de los trabajadores en ambas empresas, la contratista de la actora GE Healthcare Bio-Sciences SA y la empleadora actual IBA Molecular Spain SA, pues la empresa Shering España SA nunca prestó servicios efectivos para el Servicio Andaluz de Salud, sin que sea necesario para apreciar la existencia de la transmisión patrimonial que también se transmitieran instalaciones, ya que nos encontramos ante un supuesto de externalización de una determinada actividad que debe prestarse necesariamente en los hospitales del Servicio Andaluz de Salud, por lo que las instalaciones son las propias de este organismo como contratista principal.

Tercero.– Pero además, también existiría una sucesión de empresas por un segundo motivo, la asunción de la plantilla, en aplicación de la doctrina comunitaria seguida por el Tribunal Supremo en la que considera que existe sucesión de empresas si reproduce la contratación de toda o la mayor parte de la plantilla de una empresa, como en este supuesto en el que se contrataron a 21 trabajadores de los 25 que constituían la plantilla del centro de trabajo” STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009, I.L. J 391.

Curiosa coincidencia temporal es la que se produce en este supuesto, en que la demanda presentada por otro trabajador de la empresa, cuya relación de trabajo ha sufrido similares consecuencias con motivo de la sucesión de contratas abordada en la resolución judicial anterior, ha sido resuelta por el Tribunal Supremo. Se da la circunstancia de que en esta ocasión, la demanda de suplicación fue resuelta por el TJSJ de Andalucía, en su sede de Málaga, considerando la inexistencia de sucesión empresarial por considerar que la actividad de suministro de radiofármacos y gestión de residuos radiactivos de hospitales del SAS no puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, dada la importancia de los medios materiales precisos, a los efectos de aplicar la jurisprudencia del TJCE en la materia (STJCE de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y

III. Empresario

C-247/96, Sánchez Hidalgo). Por su parte, el Tribunal Supremo finiquita la cuestión por entender que, si bien es cierto que la actividad objeto de análisis no puede entenderse intensiva en mano de obra, ha quedado acreditada la transmisión de elementos patrimoniales y, por consiguiente, se verifica la cesión de elementos materiales e inmateriales exigida para la aplicación del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23:

“En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, debe ponerse de relieve que la actividad a la que se dedica la empresa –suministro de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos– es una actividad que, aun teniendo en cuenta la enorme relevancia que en toda actividad reviste el elemento personal, no descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes, lo que determinaría que la mera asunción por la nueva adjudicataria de la concesión de un número relevante de trabajadores de la anterior, y la continuación de la actividad, no supondría por sí solo la existencia de sucesión empresarial. Ocurre, sin embargo, que además de estos dos elementos concurre un tercero de capital importancia, cual es la transmisión de elementos patrimoniales, consistentes, como ya se razonó en el fundamento anterior, en el local e instrumentos correspondientes para la prestación del servicio, que era propiedad del SAS, así como el stock de fármacos que por pago de amortización adquirió la nueva adjudicataria, lo que conduce a concluir que estamos ante el supuesto de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores” STS de 28 de abril de 2009, u.d., I.L. J 517.

Por su parte, las SSTS de 6 de mayo de 2009, u.d., I.L. J 580 y 541, resuelven dos recursos contra sendas sentencias que declaran la existencia de sucesión de empresa en dos supuestos de sucesión en el contrato de arrendamiento de servicios para una empresa principal consistente en la realización de operaciones de carga y descarga. El cambio de contratista supuso el despido de varios trabajadores que formularon demandas por despido contra ambas empresas de servicio y contra la comitente. Las sentencias de instancia consideraron la existencia de sucesión y las de suplicación confirmaron lo señalado en éstas en todos sus términos. Por su parte, el TS no entra a analizar el fondo del asunto por entender que no existe contradicción entre las sentencias recurridas y las de contraste.

D) No existe sucesión de contratas cuando la entrante y la saliente poseen la misma identidad

La STS de 28 de abril de 2009, u.d., I.L. J 511, rechaza la posibilidad de que la suscripción de una nueva contrata con el mismo objeto entre la empleadora y la empresa comitente sea causa válida para la extinción del contrato de obra o servicio determinado, pues si la propia empleadora continúa realizando la actividad no cabe afirmar que haya vencido el plazo pactado, pues la continuidad de la contrata supone la paralela continuidad de la necesidad que dio origen al contrato de trabajo, debiendo continuar mientras la causa que motivó la contratación temporal siga vigente. En tales supuestos no es aplicable la doctrina judicial en materia de sucesión, pues si existe identidad entre ambas contratas no cabe apreciar transmisión alguna, figura que exige la existencia de dos sujetos empresariales formalmente diferentes:

“Pero esta doctrina no es directamente aplicable al caso que nos ocupa, ya que, en el supuesto estudiado no ha existido una sucesión empresarial propiamente dicha, porque nadie ha sucedido a la demandada en su actividad, quien puede decirse, se ha sucedido a sí misma, al adjudicarse de nuevo la contrata. Por ello, no estamos ante el supuesto típico de sucesión en la contrata o de sucesión en la plantilla que se da cuando una empresa sucede a otra en determinada actividad y contrata a los trabajadores que empleaba en ella la anterior adjudicataria del servicio o concesión. Sin embargo, la doctrina examinada sobre la sucesión en la plantilla pone en evidencia la congruencia de la doctrina sobre la extinción del contrato para obra determinada cuando se extingue la contrata, aunque la misma se adjudique de nuevo a la empleadora que continúa dando ocupación a la mayor parte de los empleados que tenía. Porque, si cuando un tercero sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, se le obliga a contratar a todas las personas que estaban empleadas en ella, más razones a favor de la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad en la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista. Pero la subsistencia de los contratos de trabajo y de las obligaciones del empleador tiene razones más directas y fundadas que las examinadas (...) 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” STS de 28 de abril de 2009, u.d., I.L. J 511.

E) Extinción de contrata por voluntad de la empresa auxiliar: aplicación del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad

Ciertos convenios colectivos, yendo más allá del supuesto legalmente previsto de subrogación contractual (artículo 44 ET), establecen en ocasiones la subrogación del contratista entrante en los contratos de los trabajadores anteriormente empleados en la ejecución de la actividad objeto de contrata, en supuestos de sucesión de contratas. Inicialmente dichos convenios colectivos contemplan que dicha subrogación se produce cuando es el empresario principal quien decide cambiar de empresa contratista. El supuesto resuelto por la STS de 27 de enero de 2009, u.d., I.L. J 60, por el contrario, versa sobre la interpretación del artículo 14 del CC de Empresas de Seguridad, en relación con la eventual obligación de la empresa entrante de asumir a un trabajador de la empresa saliente, en un supuesto en que la contrata con el arrendatario del servicio se extinguió a instancia de la saliente. La sentencia declara la obligación de la empresa entrante de subrogarse en el contrato del trabajador demandante, al interpretar que la responsabilidad en la adopción de la decisión de dar por finalizado el contrato de arrendamiento de servicios en nada obstaculiza la aplicación del precepto convencional de referencia. En concreto el artículo 14 del CC prevé:

III. Empresario

“Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del servicio subrogado (...) no desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese o redujese el mismo, por un período no superior a doce meses, si la empresa cesante o los trabajadores, cuyos contratos de trabajo se hubiesen resuelto, o no, por motivo de esta suspensión o reducción, probasen, dentro de los treinta días siguientes a la terminación del plazo citado, que el servicio se hubiese reiniciado o ampliado por ésta o por otra empresa”.

Por su parte, el Tribunal Supremo razona que el precepto anterior establece una disposición de carácter general, que obliga al entrante a subrogarse en los contratos de la saliente, y una disposición especial, que tiene como objeto prevenir situaciones de fraude, pero no establece diferencias aplicativas en función de la autoría de la decisión extintiva:

“El problema de aplicación del precepto surge en este caso porque la resolución del contrato de servicios la llevó a cabo la propia empresa saliente Visor, como antes se dijo, con efectos del 7 de abril de 2006, y no el Ayuntamiento arrendatario de los servicios, razón por la que la sentencia de contraste entendió que no resultaba aplicable el precepto para obligar a la empresa entrante, porque en la norma se afirmaba literalmente que la subrogación se produciría en los casos de suspensión de servicio por el arrendatario por un período no superior a doce meses.

Sin embargo esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entiende que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia recurrida, tal y como, por otra parte, sostiene el Ministerio Fiscal en su informe. La norma, como se ha visto antes, contiene unas previsiones generales, hechas desde la perspectiva global de la estabilidad en el empleo de los trabajadores, en las que se establece la subrogación en todo caso de la empresa entrante en los contratos de los empleados cuando la saliente cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios. Y luego se le añaden una serie de disposiciones especiales que matizan esa obligación general en algunos casos. Uno de ellos, es el de la suspensión del servicio por el arrendatario, supuesto en el que se tiende a asegurar también que en esos casos, evitando posibles actuaciones fraudulentas, y durante un plazo de doce meses que como máximo podrá durar esa suspensión, se produzca la subrogación por parte de la empresa que se haga cargo de esa actividad suspendida. Pero la disposición no se refiere a la suspensión de la contrata como tal, por voluntad, como aquí ocurre, de la empresa saliente, sino a la suspensión del servicio en sentido estricto, actividad interruptiva que sólo tiene en su poder el arrendatario, en este caso el Ayuntamiento de Telde, que, efectivamente mantuvo interrumpido el servicio de vigilancia hasta la nueva contrata, que entró en funcionamiento el 1 de septiembre de 2006.

Como esa interrupción tuvo una duración inferior a los doce meses previstos en el Convenio, el mecanismo de subrogación por parte de la empresa entrante que hoy recurre debió producirse, tal y como se afirma en la sentencia recurrida” STS de 27 de enero de 2009, u.d., I.L. J 60.

F) La reversión de una concesión administrativa puede considerarse transmisión de empresa

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009, I.L. J 382, aborda un supuesto de rescate de una concesión administrativa, en cuya virtud un trabajador ha venido prestando servicios como camarero por cuenta de una empresa de servicios adjudicataria de la gestión de las instalaciones de Camping Municipal durante dos años. Tras denunciar una serie de irregularidades e incumplimientos imputables a la empresa concesionaria, el Ayuntamiento decide resolver el contrato y rescatar el servicio que, a partir de la fecha de la extinción de dicho contrato, continúa prestándose por personal del propio ente local. En las mismas fechas, el trabajador recibe notificación de finalización del contrato de obra o servicio determinado, quien decide presentar demanda por despido contra el Ayuntamiento, por entender que éste debió subrogarse en su contrato de trabajo tras decidir la resolución del contrato de concesión administrativa y asumir de forma directa la gestión de las instalaciones del Camping Municipal. El Tribunal entiende que ha existido transmisión, confirmando la sentencia de instancia, conclusión que alcanza tras dar por acreditado que la entidad municipal entregó a la empresa concesionaria unas instalaciones perfectamente dispuestas para ser explotadas y que en esta misma condición fueron entregadas, tras la resolución del contrato, al Ayuntamiento que en su condición de propietario continuó directamente la explotación de éstas; por consiguiente, debe entenderse que el objeto transmitido cumple los requisitos previstos legalmente para la transmisión de empresa (artículo 44 ET) y, por tanto, debió producirse también la subrogación del Ayuntamiento como empresario en el contrato del trabajador demandante.

“En el supuesto hoy enjuiciado, inalterados los hechos probados o incluso si se hubiesen admitido las revisiones propuestas, nos encontraríamos con que el Ayuntamiento que es propietario del Camping Municipal ‘El Pinar’, con todas las instalaciones completas y dispuestas para su uso, otorga concesión a la empresa Explotaciones Pie de Rey SL, el 29 de julio 2005, empresa que se hace cargo de las instalaciones y demás enseres para comenzar la explotación y lo hace con sus trabajadores, aunque, por determinadas irregularidades, acuerda el Ayuntamiento el rescate de la concesión que comunicado a la empresa para alegaciones, tiene como respuesta la entrega de llaves del Camping el 19 de octubre 2007, fecha en la que se hace cargo del Camping, igualmente con todo dispuesto para su explotación que continúa, el propio Ayuntamiento, con lo que en este caso, de ida y vuelta, tanto el Ayuntamiento en inicio le transmite a la cesionaria, una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, como la cesionaria, al final de la cesión, al Ayuntamiento,

III. Empresario

con lo que supuso una transmisión de las que recoge el artículo 44 ET y la sentencia que así lo entendió, no infringió precepto alguno, sino que los aplicó atinadamente, debiendo ser la misma confirmada” STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009, I.L. J 382.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Pacto de no concurrencia. B) Período de prueba. C) Acuerdo Marco de la CES, la UNIDE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. C) Contrato de relevo. **5. Contratos formativos. 6. Contrato de inserción. 7. Contratación en la Administración Pública.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en la presente crónica las sentencias correspondientes a los números 1 a 4 de 2009 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia*. De este período cabe destacar la STS de 16 de enero de 2009, I.L. J 82, sobre la interpretación del fraude de ley en el contrato en prácticas, así como un grupo de sentencias que aplican la figura del contrato indefinido pero no fijo a contrataciones temporales irregulares realizadas por la entidad TVE, SA, y la STS de 10 de febrero de 2009, I.L. J 118, en relación con la nulidad parcial del pacto de no concurrencia.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Pacto de no concurrencia

Dos resoluciones deben ser objeto de atención en el período analizado en relación con la firma por parte del trabajador de un pacto de no concurrencia. En primer lugar, la STS de 10 de febrero de 2009, I.L. J 118, que, en relación con un pacto nulo parcialmente por exceso de la duración máxima de seis meses prevista en el artículo 21.2 ET, considera que

los efectos a aplicar en relación con la nulidad no alcanzan más que al tiempo de superación de la duración máxima:

“(…) resulta claro que el establecimiento –en el caso debatido– de un pacto de no concurrencia por dos años resulta nulo en tal extensión temporal, pero válido en la que legalmente le correspondía de seis meses, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.2 ET y en razón a que el trabajador no ostentaba la cualidad de técnico (sobre este punto no se ha planteado cuestión). Pero esta nulidad parcial del pacto (en la duración que excedía de seis meses) plantea el problema relativo al destino que haya de corresponder a la total compensación económica percibida, para el supuesto de que el trabajador hubiese desatendido la inconcurrencia pactada en el plazo que legalmente correspondía (de seis meses). Supuesto que ha de resolverse en atención al apartado segundo del artículo 9.1 ET, que contiene una previsión cuya especialidad se impone a las consecuencias que genéricamente se establecen en el artículo 1303 CC y también a las reglas del artículo 1306 CC que el recurso pretende de aplicación directa; sin perjuicio de que las mismas puedan ser tenidas en cuenta, en los términos que la analogía consiente (artículo 4 CC), pero teniendo siempre presente la prioridad aplicativa del citado artículo 9.1 ET, conforme al cual ‘si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente (...) hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones’. O lo que es lo mismo, el Estatuto de los Trabajadores confiere a la discrecionalidad judicial fijar el destino de la prestación económica a percibir (o ya percibida, con igual motivo) por el trabajador; destino que –como acto continuo razonaremos– necesariamente ha de determinarse en atención a las concretas circunstancias del caso, sin perjuicio de que en su caso pueda hacerse con razonable aplicación analógica de las reglas contenidas en el artículo 1306 CC”.

En segundo lugar, la **STS de 9 de febrero de 2009**, I.L. J 130, aborda una concreta cuestión en relación con el acuerdo alcanzado en un pacto de no concurrencia poscontractual en el sentido de imponer al trabajador la obligación de devolución del doble de las percepciones económicas correspondientes en caso de incumplimiento; sin que quepa admitir que nos encontramos ante una renuncia de derechos:

“(…) porque en la firma de la citada cláusula no se advierte la renuncia anticipada de derechos indisponibles que apreció la sentencia recurrida. Los derechos protegidos por la prohibición establecida en el repetido artículo 3.5 ET son los reconocidos al trabajador ‘por disposiciones legales de derecho necesario’, así como los ‘reconocidos como indisponibles por convenio colectivo’; pero no los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo. El pacto de no competencia contractual crea sobre todo expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido –o en su caso a no abonar lo pactado– cuando el trabajador incumple esa prohibición de concurrencia. No existe por tanto renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles, y lo que podrá plantearse en determinados supuestos es la proporcionalidad de la indemnización prevista

IV. Modalidades de Contratación

(‘compensación económica adecuada’, a la que alude el artículo 21 del ET), sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de la buena fe (artículo 7.2 del Código Civil) (...)”.

B) Período de prueba

Destacan en esta materia también dos sentencias en las que se pone en relación precisamente esta institución con el derecho de buena fe contractual en sendos supuestos de pacto de no concurrencia poscontractual; considerando en ambos casos las SSTS de 6 de febrero de 2009, I.L. J 132, y de 14 de mayo de 2009, I.L. J 551, que no es una excepción al mismo el pacto de prueba y el ejercicio por parte del empresario de su derecho al desistimiento:

“(…) porque la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia poscontractual. Durante el período de prueba el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba, tanto más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato ‘cualquiera que sea su causa’. El pacto de no competencia poscontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla), expectativas que quedarían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del árbitro de cualquiera de las partes.(…) En definitiva, se trata de un pacto asumido libremente por los contratantes y que responde a la finalidad prevista en el artículo 21 del ET, sin que se haya puesto de relieve por ninguna de las partes que resulte abusivo o contrario a la buena fe”.

C) El Acuerdo Marco de la CES, la UNIDE y el CEEP de 18 de marzo de 1999 sobre contratos de duración determinada: interpretación del TJCE

Ha de centrarse la atención también en este epígrafe sobre cuestiones generales en la STJCE de 23 de abril de 2009, C-378/2007 a C-380/2007, I.L. J 299, que viene a interpretar el alcance de algunas de las cláusulas del acuerdo mencionado por lo que hace a la contratación temporal:

“(…) este Acuerdo establece los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada. Así, la cláusula 8, apartado 1, del Acuerdo marco autoriza expresamente a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en

dicho Acuerdo. De ello se desprende que la aplicación del Acuerdo marco no puede tener por resultado una reducción de la protección conferida anteriormente en el ordenamiento jurídico interno a los trabajadores con contratos de duración determinada a un nivel inferior al que determinan las disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados. Consiguientemente, en el caso específico de los trabajadores que hayan celebrado contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, la aplicación del Acuerdo marco debe ser conforme con las disposiciones de la cláusula 5 de dicho Acuerdo marco destinadas a prevenir los abusos como consecuencia de la utilización de estos contratos (...).”

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, pronunciándose a su vez sobre distintas cuestiones. Por una parte, en relación con las actividades que pueden entenderse incluidas en el concepto de obra o servicio, la **STS de 21 de enero de 2009**, I.L. J 23, se pronuncia en el sentido negativo en relación con actividades vinculadas a la ejecución de un programa público sujeto a subvención, dado que se trata de actividades de carácter permanente, concretamente fijas discontinuas, que, tratándose de la Administración, llevan a considerar el contrato como indefinido no fijo. En el mismo sentido, la **STS de 1 de abril de 2009**, I.L. J 519, por su parte, declara que no se ajusta a derecho la celebración de sucesivos contratos para obra o servicio en un supuesto en que el objeto del contrato es “la realización de servicios de asesoramiento y asistencia en materia de empleo” siendo la contraparte contractual la Fundación formación y empleo de Castilla y León, modificándose únicamente los períodos anuales en los que deberá prestar servicios el trabajador:

“(...) habida cuenta de que en una actividad habitual y permanente de la demanda como es el fomento del empleo y la formación de tipo empresarial, no se cuenta con una especificación individualizada de la obra o servicio objeto del contrato que recibe esa denominación. El relato de hechos probados revela que en cada contrato se señalaba como causa de su celebración la realización de los programas del ejercicio correspondiente. Resulta insuficiente esa designación por cuanto la sola mención del año a que corresponden no clarifica su contenido en orden a determinar las diferencias entre unos y otros, y el tipo de dedicación según sus requerimientos hasta el punto de que el conocimiento de dichos datos, cuyo *onus probandi* incumbe a la empresa, permitiría establecer una nítida separación entre las aplicaciones de cada subvención, siendo aquéllas y no ésta la que permite otorgar individualidad y sustantividad a cada unidad de obra, de suerte que válidamente pueda ser incardinada en la modalidad contractual de obra o servicio determinado”.

Por otra parte, en un supuesto de error en la elección del contrato –se trataba de sustitución por vacante– la **STS de 8 de abril de 2009**, I.L. J 526, concluye que no puede considerarse que el cese constituya despido:

IV. Modalidades de Contratación

“Es indiscutible, a la vista de los hechos declarados probados y que se han relacionado, que –como señala la sentencia recurrida– el Organismo demandado debió acudir al contrato de interinidad a que hace referencia el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, porque dicha figura contractual es la adecuada para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, y no la del contrato para obra o servicio determinado, prevista en el artículo 2 del mismo Real Decreto 2720/1998, que fue la elegida por el INE. Sin embargo, hay que tener en cuenta, de una parte, que en el contrato suscrito entre las partes se hizo constar como objeto del mismo la recogida de datos CATI prevista en el plazo de actuación del INE del año 2005 al no existir personal fijo suficiente para acometer la obra descrita y, de otra parte, hay que ponderar asimismo, que el cese de la demandante se produjo, precisamente, por haber sido cubierto el puesto que ocupaba por personal fijo que había superado el correspondiente proceso de consolidación de empleo temporal, por lo que no cabe entender que exista despido, sino que la extinción del contrato fue válida al producirse por la no superación, por parte de la demandante, del proceso de consolidación de empleo temporal creado, precisamente, con el objetivo de cubrir las plazas con personal fijo, conforme a los principios de igualdad mérito y capacidad (...).”

Considera lícito el recurso a esta modalidad contractual la **STS de 6 de marzo de 2009**, I.L. J 212, cuando se acreditan como obra o servicio diferentes “proyectos de investigación” siendo la contraparte contractual un organismo público de investigación –CSIC–:

“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 17 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.”

La STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2009, I.L. J 346, y las SSTTS de 12 de mayo de 2009, I.L. J 619, y de 20 de mayo de 2009, I.L. J 590, por su parte, resuelven sendos supuestos de la conocida situación de finalización del contrato de trabajo para obra o servicio vinculada a la finalización de la contrata que justifica su celebración.

En el supuesto contrario, esto es, en el que no ha habido sino renovación de la contrata que origina la contratación temporal, se pronuncia la STS de 28 de abril de 2009, I.L. J 511, que reitera la conocida doctrina sobre la imposibilidad de considerar válida la extinción del contrato para obra, dada la continuidad de la actividad:

“(…) estamos ante un contrato cuya duración depende de la ejecución de la ‘obra’ que lo motiva, lo que permite concluir que nos encontramos ante una obligación a plazo, de la que sólo se sabe que el hecho futuro del que depende su subsistencia se producirá necesariamente, lo que la distingue de una obligación condicional, en la que se ignora si la condición se cumplirá. (...) nos encontramos ante un contrato temporal cuya duración depende del cumplimiento de un plazo que normalmente es indeterminado, lo que supone que al tiempo de firmarse el contrato se sabe que es de duración determinada, pero se ignora cuándo se extinguirá, pues ello dependerá de la ejecución del encargo recibido de un tercero y de la voluntad de éste, de si decide mantener o renovar su encargo. (...) Por ello, cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no 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. Así pues, en la modalidad contractual estudiada cabe que se pacte un plazo resolutorio determinado o indeterminado, según las circunstancias de la obra o servicio a ejecutar o de la concesión obtenida, aunque la mayoría de las veces será difícil determinar la fecha exacta de la extinción. Pero lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. 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

Destaca en relación con esta modalidad contractual la STS de 6 de marzo de 2009, I.L. J 213, que en relación con la forma del contrato y la necesidad de concreción con claridad de la causa de eventualidad señaló que

“Las funciones de limpieza para las que fue contratada la actora constituían una de las actividades naturales y ordinarias de la empresa y, pese a ello, se limitó a hacer constar ese escueto y, al tiempo, genérico e inconcreto dato ‘de las numerosas comuniones y bodas

IV. Modalidades de Contratación

programadas para el año 2005' en el contrato de trabajo eventual, sin incluir ningún otra nota o detalle que pudiera identificar, con la claridad y precisión que exige el artículo 3.2.a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, la causa o circunstancia concreta legitimadora de esa contratación temporal”.

Por otra parte, la **STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2009**, I.L. J 351, entra en la cuestión de los efectos que en relación con la percepción de la prestación de desempleo tiene la celebración de reiterados contratos eventuales y de interinidad formalizados “sin especificar mínimamente la causa de la utilización de la modalidad contractual concreta”, utilizando, en relación con los eventuales, la genérica expresión “por incremento de actividad”:

“El régimen de contratación temporal se configura como una excepción en el régimen de relaciones laborales, presidido por el principio de estabilidad en el empleo, exigiéndose el cumplimiento de específicos requisitos para validar su utilización, y en concreto requisitos causales, esto es, una justificación precisa y clara de la causa que lo ampara, y cuya carencia puede acarrear la declaración de indefinición del contrato. De todo lo expuesto se concluye que la falta de acreditación de la concreta situación que ha supuesto un aumento de actividad en la empresa, –en relación con los contratos eventuales suscritos– o la causa de la sustitución que llevó a la celebración de los contratos de interinidad, unido al hecho incontestable de la sucesión y encadenación de contratos desde el año 2001 con la misma trabajadora, entre algunos de los cuales se venía percibiendo prestaciones por desempleo, constatan una utilización indebida de los recursos que sobre contratación temporal permiten las normas laborales anteriormente citadas, y así mismo, una ilegítima percepción de la prestación de desempleo, conclusión que impone el reintegro de ésta y de las cotizaciones, a la Entidad Gestora que las abonó.”

c) Interinidad

En punto al contrato de interinidad por sustitución cabe reseñar la **STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2009**, I.L. J 318, que aplica la doctrina según la cual este tipo de contratos concertados para una situación de incapacidad temporal se extinguen cuando esa situación acaba, aunque la trabajadora sustituida no se reincorpore al iniciar a continuación una suspensión de su contrato por maternidad.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Se refiere la **STS de 18 de febrero de 2009**, I.L. J 142, a la antigüedad de los trabajadores temporales a través de la aplicación de la teoría de la unidad esencial del vínculo cuando se trata de contratos temporales sucesivos, incluso aunque entre los dos últimos contratos haya transcurrido un período de más de veinte días:

“(…) una interrupción de treinta días entre contratos sucesivos no es significativa a efectos de romper la continuidad de la relación laboral, así como que la subsistencia del vínculo debe valorarse con criterio realista y no sólo atendiendo a las manifestaciones de las partes al respecto, pues la voluntad del trabajador puede estar viciada y condicionada por la oferta

de un nuevo contrato. Por ello se ha consolidado la doctrina que establece ‘que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente’ (...).”

b) Tratamiento de la extinción contractual

Respecto de la dimisión como fórmula de extinción del contrato, la **STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009**, I.L. J 402, se ha pronunciado sobre una concreta cuestión relativa a los efectos del incumplimiento del preaviso pactado en un convenio publicado tras la comunicación remitida por la trabajadora a la empresa:

“La aplicación de la nueva norma con efectos retroactivos encuentra serias dificultades jurídicas, aplicando los principios que rigen en nuestro ordenamiento sobre la aplicación de las normas en el tiempo. El principio general es el de la sucesión normativa recogido en el artículo 2.1 del Código Civil, según el cual las leyes entran en vigor a los veinte días de su promulgación si en ellas no se dispone otra cosa y con su entrada en vigor derogan aquello que expresamente dispongan y, en cualquier caso, todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por ello, los hechos se rigen por la norma que se hallaba en vigor en el momento de producirse, por lo que, en base a este criterio, si en la fecha en que se formuló por la demandante la petición de extinción del contrato de trabajo, el Convenio que se encontraba vigente era el antiguo, deben aplicarse las consecuencias previstas en éste, tal como resuelve la sentencia de instancia. Es cierto que el artículo 3.2 del Convenio fija que los efectos económicos se retrotraigan a la fecha que expresamente se señala, es decir, el 1 de enero de 2007, pero la Disposición Final Primera establece que ‘las condiciones económicas pactadas en el presente Convenio no afectarán a las relaciones laborales que se encuentren firmemente extinguidas antes de su entrada en vigor’. De la expresión firmemente deduce la parte recurrente que, cuando entró en vigor el nuevo convenio, la relación no se había extinguido, pero esta afirmación no es posible aceptarla, porque si la relación laboral se extinguió el 24 de octubre, en esa fecha, aún no había entrado en vigor el nuevo convenio, publicado en el BOE del 22 de octubre y con entrada en vigor a los veinte días de su publicación, fecha en la que ya se había extinguido el contrato de trabajo. Sin perjuicio de ello, en el presente caso, nos encontraríamos ante una obligación de hacer, cuyos efectos deben ser los derivados de la norma vigente en el momento de ejecutarla, no los que se derivan de una aplicación retroactiva del nuevo Convenio, cuyos efectos serían distintos.”

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con el contrato a tiempo parcial, o mejor, con las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, hay que mencionar la **STS de 10 de marzo de 2009**, I.L. J 183, que fija la base reguladora para una incapacidad permanente

IV. Modalidades de Contratación

absoluta, teniendo en cuenta las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajo a tiempo parcial y corrigiendo el criterio del pronunciamiento de suplicación que había aplicado las mínimas durante este período. En relación con el cálculo del período de carencia y el cómputo de las cotizaciones durante el trabajo a tiempo parcial, cabe reseñar la **STS de 23 de febrero de 2009**, I.L. J 148, que aplica lo previsto en la Disposición Adicional Séptima de la LGSS, desarrollada por el RD 1131/2002, reputándolas no discriminatorias.

La aplicación del principio de igualdad entre la contratación a tiempo completo y la contratación a tiempo parcial ha motivado algún pronunciamiento interesante, como la **STS de 23 de enero de 2009**, I.L. J 55, que declara la ilegalidad de la fórmula de pago a unos trabajadores a tiempo parcial, en el que no se les abonaba los períodos de descanso computables como de trabajo.

B) Contrato fijo discontinuo

En primer lugar, debe reseñarse la **STS de 21 de enero de 2009**, I.L. J 23, que reconoce el derecho a una relación indefinida, pero no fija, de carácter discontinua, de trabajadores que habían suscrito diversos contratos temporales con el Servicio de Empleo como monitores para la formación ocupacional de jóvenes, al entenderse que dicha necesidad era estructural y no quedaba afectada su naturaleza por su vinculación a programas o subvenciones temporales.

En relación con la declaración de que una contratación temporal sucesiva es fraudulenta y procede la declaración de la relación como fija discontinua, las **SSTS de 15 y 27 de enero y 11 de mayo de 2009**, I.L. J 34, 50 y 614, declaran que no ha lugar a la devolución de prestaciones de desempleo con cargo a la empresa porque no se causa perjuicio al Servicio Público de Empleo en estas situaciones, ya que el contrato fijo discontinuo que debió aplicarse también hubiera dado lugar a prestaciones de desempleo en los períodos de inactividad.

C) Contrato de relevo

En cuanto al requisito establecido en el artículo 12.7 del ET de que el jubilado parcialmente y el contrato de relevo se celebren para el mismo puesto de trabajo o uno similar, la **STSJ de Aragón de 28 de enero de 2009**, I.L. J 444, establece, en primer lugar, que no es impedimento el que los trabajadores tengan diferente nivel retributivo y el convenio prohiba la movilidad funcional entre estos niveles, siempre que los trabajadores pertenecen al mismo grupo. Tampoco, es obstáculo si se cumple este condicionante que el trabajador relevista no realice exactamente el mismo trabajo que el jubilado parcialmente (**STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2009**, I.L. J 406).

5. CONTRATOS FORMATIVOS

En esta materia, la **STS de 16 de enero de 2009**, I.L. J 82, resuelve un supuesto en que el trabajador en prácticas no realizó las funciones contratadas durante dos meses de los 24 que duró la relación. El Alto Tribunal estima que dicho período, al ser breve, no ostenta la gravedad suficiente para apreciar fraude de ley.

6. CONTRATO DE INSERCIÓN

Para este contrato cabe remarcar la STS de 19 de mayo de 2009, I.L. J 595, que unifica doctrina sobre si en este tipo de contratos es necesario que se especifique concretamente la actividad a desarrollar con autonomía y sustantividad propia dentro de las tareas de la empresa de duración incierta. A este respecto señala la sentencia que

“el interés general que predomina en el contrato de inserción que lleva a cabo la Administración de personas desocupadas para que adquieran experiencia laboral, en el marco de los correspondientes programas, sólo exige que en el contrato que se suscriba deba hacerse constar precisamente esa actividad de interés general adscrita al correspondiente programa (...) No era por tanto preciso que en el contrato figurase una obra o servicio determinados suficientemente especificados, pues el objeto del contrato ya se ha dicho que no era ése, ni por tanto la conclusión del contrato dependía de la finalización de esa obra o servicio, sino de la conclusión del programa subvencionado y su finalización”.

7. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En relación con un trabajador contratado temporalmente por TVE, SA, las SSTS de 27 de enero, 3 de abril y 4 de mayo de 2009, I.L. J 63, 305 y 564, unifican doctrina y estiman que la conversión de la relación laboral con el ente público, como sociedad estatal que pertenece al sector público, debe aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por consiguiente, aplica la figura del contrato indefinido pero no fijo de plantilla.

Reiterando jurisprudencia, las SSTS de 24 de febrero y 23 de abril de 2009, I.L. J 129 y 428, reconocen que en caso de cesión ilegal, el derecho de opción del trabajador a ser readmitido en su caso en una entidad pública, será con carácter indefinido, pero no fijo.

En fin, en este período se repite la jurisprudencia que considera discriminatoria la exclusión de los trabajadores indefinidos pero no fijos de determinados complementos relacionados con la antigüedad y la permanencia en la empresa previstos en un convenio para el personal fijo (SSTS de 29 de enero y 9 de marzo de 2009, I.L. J 49 y 216).

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) Pagas extraordinarias: abono íntegro a los trabajadores que hayan permanecido en IT. b) Complemento de productividad variable: denegación al personal laboral fijo y no estatutario. c) Retribución variable: procede el abono proporcional al tiempo trabajado. d) Compatibilidad entre la indemnización extintiva y las diferencias retributivas por modificación sustancial de condiciones de trabajo. e) Absorción y compensación: inexistencia entre el plus de penosidad y otros complementos ajenos al trabajo realizado. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla al amparo del artículo 52.c) ET. Despido objetivo no impugnado. Reclamación con fundamento en la existencia de sentencias firmes de condena en procedimientos de reclamación de cantidad frente a la empresa declarada insolvente. b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: no es necesaria una sentencia específica de despido. c) Responsabilidad directa. Alcance. Empresa que reconoce una mayor antigüedad por servicios prestados con anterioridad en otra empresa no constando la sucesión empresarial. **2. Jornada de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No tiene tal consideración la conducta de la empresa subrogada al respetar el sistema de descansos que el trabajador mantuvo con la empresa anterior durante años, aun cuando fueran distintos a los establecidos en su contrato de trabajo. B) Reducción de jornada por maternidad. Cálculo de la base de la prestación por desempleo. No atenta contra el artículo 14 de la CE que la base reguladora de la prestación por desempleo se fije en atención a lo efectivamente cotizado durante la reducción de jornada por maternidad por aplicación del principio de contributividad de nuestro sistema. C) Trabajo a tiempo parcial. Distinto sistema del cálculo de Plus de Asistencia para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. Quebranto del principio de proporcionalidad. **3. Pacto de no**

competencia. A) Cláusula de renuncia unilateral del empresario. Nulidad. B) Pacto de no competencia que supera el máximo legal. Incumplimiento del pacto. Devolución de la cantidad compensatoria percibida. Limitación de tal cantidad a los seis meses establecidos como máximo. C) Pacto de no concurrencia poscontractual y acuerdo de devolución del doble de lo percibido en caso de incumplimiento. No se considera renuncia de derechos. D) Obligación de abonar al trabajador la indemnización por pacto de no concurrencia poscontractual al extinguirse el contrato durante el período de prueba.

4. Clasificación profesional. A) Objeto de la demanda de clasificación profesional y acceso al recurso de suplicación. B) Categoría profesional, preservación ante sucesión de convenio extraestatutario a estatutario. C) Derecho a la constancia en recibo individual de salarios de la categoría profesional del trabajador. **5. Movilidad funcional.** A) Identidad de funciones entre categorías diferenciadas por la titulación exigible y derecho a las retribuciones superiores de quien ostenta la categoría inferior. B) Cambio ex convenio de puesto de trabajo –y consiguiente de funciones– dentro de una misma categoría.

C) Movilidad descendente, acciones del trabajador y compatibilidad. D) Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado y movilidad funcional del incapaz permanente total. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Alteración del sistema retributivo en su parte variable. B) Modificación colectiva sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Aprobación del nuevo organigrama empresarial. C) Conflicto Colectivo. Inexistencia de caducidad. Ofrecimiento del nuevo plan alternativo de mejoras voluntarias. No cabe apreciarse la caducidad de la acción de impugnación de modificación sustancial de las condiciones laborales porque no se ha tramitado conforme al artículo 41 ET. D) Conflicto Colectivo. Desestimación. Personal titulado fuera de Convenio. Se niega la existencia de condición de naturaleza “más beneficiosa”, por ser fruto de pacto bilateral. E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Impugnación. Desestimación. F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Improcedencia. Variación de descanso semanal. G) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Cese como jefe de equipo y no percepción del plus de jefe. Desestimación. Modificación accidental. No altera las bases de la relación laboral. El actor sigue desempeñando funciones propias de vigilante de seguridad. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria:

V. Dinámica de la Relación Laboral

Denegación de reingreso. Indemnización de daños y perjuicios. Dies a quo. B) Excedencia voluntaria. Denegación de reingreso. Acción procedente.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2009 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1 a 632).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Pagas extraordinarias: abono íntegro a los trabajadores que hayan permanecido en IT

STS de 18 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1657/2008), I.L. J 114.

1. El actor viene prestando servicios por cuenta de la empresa XXX con categoría profesional de Jefe de Equipo y un salario mensual bruto con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El actor ha permanecido de baja médica desde el 18 de mayo al 21 de junio de 2006. Cuando recibió la paga extraordinaria de verano le habían descontado los días de baja. Formulada demanda por el trabajador en reclamación de cantidad, en concepto de diferencias en la paga extraordinaria de verano de 2006, se desestima en la instancia. El TSJ de Madrid estima el recurso de suplicación presentado por el trabajador. Contra dicha sentencia la empresa presenta recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. La sentencia dictada en unificación de doctrina por el TS analiza si procede estimar la reclamación por las diferencias en el abono de la paga extraordinaria cuando el trabajador ha permanecido en situación de IT. Efectivamente, el importe de las pagas extraordinarias ha de minorarse en proporción al período de tiempo en que el trabajador haya permanecido en situación de IT, siendo esto así por dos razones. En primer lugar, porque durante la situación de IT la relación laboral permanece en suspenso con la consecuencia de quedar exonerados el trabajador y el empresario de sus obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. En segundo lugar, porque durante tal situación el trabajador percibe una prestación de Seguridad Social que compensa el salario dejado de percibir, en la que se incluye la parte proporcional de la paga extraordinaria. Ahora bien, esta minoración ha de producirse, salvo que por pacto individual o colectivo se establezca lo contrario. Y en este supuesto, el artículo 31 del Convenio Colectivo que resulta de aplicación considera el período de IT como tiempo de trabajo efectivo, a efectos del devengo de las pagas ex-

traordinarias. Así pues, no pueden establecerse diferencias entre un trabajador en activo y uno en situación de IT.

3. El TS desestima el recurso planteado por la empresa. Partiendo de la norma convencional en la que el período de IT es considerado como tiempo de trabajo efectivo, a efectos del devengo de las pagas extraordinarias, resulta claro que nos encontramos ante dos situaciones con regulaciones específicas cada una de ellas, así pues, la prestación de IT debe calcularse de acuerdo con las normas de Seguridad Social, mientras que la paga extraordinaria se rige por lo dispuesto en el Convenio Colectivo que resulta de aplicación.

b) Complemento de productividad variable: denegación al personal laboral fijo y no estatutario

STS de 16 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1472/2008), I.L. J 121.

1. El actor presta servicios como personal laboral fijo, Médico Psiquiatra, con antigüedad desde el 8 de octubre de 1975. En 1995 el actor y otros compañeros llegaron a un acuerdo con la Gerencia del Complejo Hospitalario, en virtud del cual, si alcanzaban unos determinados objetivos, se les abonaría un plus de productividad, lo mismo que al personal estatutario. Alcanzados los objetivos pactados en 1995 y 1996 se les abonó el complemento, haciéndolo constar en nómina como si se tratara de Guardias médicas. En 2001, el actor alcanzó los objetivos, recibiendo un comunicado del Director en el que se le indicaba que el complemento de productividad variable se le abonaría en la nómina. El actor ha tenido que reclamar judicialmente la productividad de los años 2001 y 2002. El recurso de suplicación confirmó el derecho del trabajador a percibir el plus de productividad. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina.

2. Se plantea en este recurso la cuestión de determinar si el personal laboral tiene derecho a cobrar el complemento de productividad variable, reconocido en la norma legal exclusivamente al personal estatutario, y ello en virtud de haberse pactado así con la Gerencia del Hospital. El TS estima que el personal laboral fijo no tiene derecho a cobrar el mencionado complemento y ello es así por las siguientes razones. Según la normativa que resulta de aplicación, al personal laboral se le aplicará la normativa pactada, ahora bien, el mencionado complemento no aparece en el Convenio Colectivo, y el Acuerdo alcanzado en 1995 no es una disposición laboral de carácter general, ni siquiera tiene naturaleza jurídica de pacto colectivo, ni tampoco de éste cabe concluir que exista una condición más beneficiosa, ya que la Gerencia no se encuentra autorizada para negociar colectivamente, ni tiene competencias para pactar condiciones económicas en la negociación colectiva. En consecuencia, el compromiso al que se llegó en 1995 con la Gerencia se encuentra fuera de las competencias del referido órgano, que únicamente tiene competencias para proponer los incentivos. Además, este complemento de productividad se recoge en el artículo 2.3.c) del RD 3/1987 exclusivamente para el personal estatutario, régimen al que voluntariamente no quiso acogerse el demandante.

V. Dinámica de la Relación Laboral

3. El TS aplica en esta sentencia su doctrina sobre la condición más beneficiosa. En la Sentencia de 29 de marzo de 2002 declaró el TS que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” y se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. En consecuencia, para que se incorpore al nexo contractual ese beneficio, es necesario que haya sido establecido por un órgano de la Administración pública que tenga competencia para ello, circunstancia esta que no concurre en este supuesto.

c) Retribución variable: procede el abono proporcional al tiempo trabajado

STS de 5 de mayo de 2009 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 1702/2008), I.L. J 565.

1. La actora ha venido prestando sus servicios laborales para la empresa demandada con una antigüedad de 9 de marzo de 2005 y actividad profesional de Jefa de Publicidad. Causó baja voluntaria el 5 de septiembre de 2006. La cláusula adicional única del contrato de trabajo formalizado entre las partes establece que se pacta una cantidad variable de 12.000 euros anuales que se satisfará en función del cumplimiento de los objetivos fijados por la empresa. A estos efectos, la empresa establecerá anualmente el objetivo a lograr y el sistema de liquidación de este importe en función del grado de consecución. La trabajadora reclama de la empresa 7.243 euros en concepto de retribución variable de los ocho primeros meses del año 2006. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pronunciamiento contra el que se interpuso recurso de suplicación que ha estimado la sentencia recurrida. Contra dicha sentencia la empresa interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina.

2. La cuestión planteada, consiste en determinar si la retribución variable requiere para su devengo el cumplimiento total de los objetivos estipulados o si es posible su devengo en proporción a los objetivos logrados. El TS considera que la cuestión ha sido resuelta correctamente por la sentencia recurrida. En este sentido, argumenta el TS que esta solución está avalada por una interpretación lógica y literal de la cláusula contractual interpretada. Dicha cláusula muestra que la intención de las partes fue establecer un complemento salarial de cuantía variable en función de los objetivos conseguidos, lo que supone su devengo en proporción marcada.

3. La interpretación realizada por el TS es acorde con lo dispuesto en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. En primer lugar, porque la propia denominación del complemento retributivo, bono o retribución variable, indica de salida que ese complemento tiene cuantía variable. En segundo lugar, porque cuando se dice que la retribución variable “se satisfará en función del cumplimiento de los objetivos”, se está indicando que la intención de las partes es que el logro total o parcial del objetivo o meta establecido determine la

cuantía del complemento variable que se establece en función del logro obtenido. En último lugar, porque el propio contrato, al disponer que en el primer año de servicio la cuantía del complemento variable se fijaría en proporción al tiempo trabajado, indica que la intención de las partes fue que el bono se devengara en proporción a los objetivos conseguidos.

d) Compatibilidad entre la indemnización extintiva y las diferencias retributivas por modificación sustancial de condiciones de trabajo

STS de 16 de enero de 2009 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 251/2008), I.L. J 2.

1. El actor ha estado realizando, por decisión de la empresa, funciones correspondientes a una categoría inferior, como consecuencia de lo cual percibió también las retribuciones en cuantía inferior, en el período que va desde el 11 de octubre de 2005 al 20 de junio de 2006, fecha en la que el trabajador dejó de prestar servicios al ser firme la sentencia de resolución del contrato. Siendo esto así, el actor interpone demanda en la que pide que se condene a la empresa a que le abone la cantidad de 44.000 euros. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la empresa al pago de 981 euros en concepto de diferencias de liquidación. Con anterioridad, el actor había formulado otra demanda instando la resolución del contrato, alegando la modificación impuesta por la empresa. Esta demanda fue estimada por el Juzgado de lo Social, dictándose sentencia en la que se declara extinguida la relación laboral y se condena a la empresa al pago de la indemnización. La sentencia de instancia razona su decisión parcialmente desestimatoria señalando que no es posible instar la resolución del contrato por la modificación de las condiciones de trabajo y, a la vez, reclamar las diferencias producidas por esa modificación. Interpuesto recurso de suplicación, se dicta sentencia revocando este pronunciamiento. Después de analizar la doctrina del TS sobre el problema de la compatibilidad entre la indemnización por extinción del contrato de trabajo y la indemnización del daño producido directamente por el incumplimiento empresarial determinante de la resolución, concluye que en este supuesto hay que excluir la incompatibilidad, y ello puesto que lo que se pide no es una indemnización por el incumplimiento empresarial, sino una retribución salarial. Contra dicha sentencia recurre la empresa en unificación para la doctrina.

2. En primer lugar, el TS rechaza el argumento de la empresa relativo a la infracción del artículo 41 LET. Aduce la empresa que el actor ante el incumplimiento empresarial optó por resolver el contrato al amparo del artículo 50.1.a), en lugar de impugnar la modificación empresarial por la vía prevista en el artículo 41.3.3. En consecuencia, no cabe exigir el cumplimiento de la obligación. El TS considera improcedente esta argumentación. Los motivos aducidos son dos. En primer lugar, la modificación realizada por la empresa en su momento no estaba amparada ni podía ampararse en el artículo 41, por lo que, de acuerdo con la doctrina del TS (Sentencia de 8 de noviembre de 2002) no es aplicable el precepto citado. En segundo lugar, aunque se tratara de una modificación individual incluida en el artículo 41 y notificada en la forma que prevé el párrafo 1º, núm. 3, no hay norma que impida el ejercicio, sucesivo o simultáneo de la acción resolutoria y de la acción para exigir

V. Dinámica de la Relación Laboral

el cumplimiento de la obligación empresarial. En este sentido, tanto el artículo 41.3.3 LET como el 138 LPL se limitan a autorizar la impugnación de la decisión modificativa del empresario, pero en ninguno de ellos se contiene limitación alguna en relación con la acción para exigir el cumplimiento de lo debido o la reparación del daño.

A continuación, tras dar cuenta de la doctrina del TS sobre la incompatibilidad de indemnizaciones, concluye que en este supuesto no es necesario entrar en una consideración hipotética de la compatibilidad entre las indemnizaciones. Y ello es así porque el examen de la demanda muestra que lo que se pide son diferencias salariales. Efectivamente, aunque materialmente lo pedido es una indemnización, formalmente es una diferencia salarial, puesto que el artículo 39.3 LET cuando establece que en los casos de movilidad descendente “se mantendrá la retribución de origen” está calificando esta obligación como salarial. En consecuencia, concluye el Tribunal, el supuesto es similar al del artículo 50.1.c), en el sentido de que la indemnización percibida por la resolución motivada por un impago del salario, no impedirá la reclamación del salario.

3. La doctrina jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las indemnizaciones se inicia con la Sentencia de 3 de abril de 1997 y continúa en la Sentencia del Pleno de la Sala de 11 de marzo de 2004. Todas estas sentencias coinciden en considerar que no puede un trabajador que ya obtuvo una indemnización por la resolución de su contrato solicitar una nueva indemnización del empresario fundada en los mismos hechos que motivaron aquella resolución. Esta doctrina se ha matizado en algunas resoluciones posteriores. Así la Sentencia del Pleno de la Sala de fecha 17 de mayo de 2006 ha señalado que el criterio de indemnización única ha de reconsiderarse cuanto está en juego la lesión de derechos fundamentales. En otra sentencia más reciente, de 20 de septiembre de 2007 se reitera este criterio y se afirma que en estos supuestos “el daño a resarcir no es uno solo, sino que son dos, de un lado, la pérdida del empleo que tiene una indemnización legalmente establecida, y de otro, el daño moral que ha de producir la conculcación del derecho fundamental. Aunque en este supuesto, el Tribunal concluye que no es necesario entrar en la compatibilidad entre las indemnizaciones, por las razones aducidas anteriormente, sí que podría plantearse en un futuro, hasta qué punto la doctrina que se inicia con la Sentencia de 17 de mayo de 2006 puede aplicarse a supuestos como el presente, en el que los dos daños –pérdida del empleo y reducción de salarios– están claramente delimitados.

e) Absorción y compensación: inexistencia entre el plus de penosidad y otros complementos ajenos al trabajo realizado

STS de 4 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2477/2007), I.L. J 91.

1. Los actores han venido prestando servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de fabricación de azulejos, siendo el nivel de ruido, en los puestos de trabajo de los actores, superior a 80 decibelios. La empresa no ha abonado a estos trabajadores el plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad previsto en el artículo 9 del Convenio Colectivo aplicable de Azulejos, Pavimentos y Baldosas de Cerámica de la provincia de Castellón. El artículo 14 del citado Convenio Colectivo prevé que los trabajadores que presten servicios

en régimen de tres o de dos turnos rotativos percibirán un plus, que será compensable y absorbible con las primas que viniera percibiendo el citado personal, apareciendo dicho plus reflejado en nómina como incentivos. La Comisión Mixta Paritaria del Convenio Colectivo, en interpretación del citado precepto, estableció la compensación y absorción de dicho plus, excepto con determinados complementos salariales, entre los que se encuentra el de penosidad, toxicidad y peligrosidad. Interpuesta demanda, la sentencia dictada entendió que el “plus de ruido”, no puede ser compensado, como pretende la empresa, con los complementos cobrados por los actores, que son incentivos y otros que no retribuyen la penosidad o peligrosidad. Contra la sentencia dictada en suplicación desestimando el recurso, se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina.

2. Aduce la empresa infracción del artículo 26.5 LET en relación con el artículo 14 del Convenio Colectivo que resulta aplicable. La sentencia dictada en casación para la unificación de doctrina desestima el recurso presentado. Los argumentos que conducen a esta decisión son varios. En primer lugar, que la institución de la compensación y absorción regulada en el artículo 26.5 LET tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta. En segundo lugar, que la finalidad perseguida de evitación de superposiciones implica que, en principio la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, al menos en el orden de la función retributiva. Concluye el Tribunal que en el supuesto de autos, no existe entre las retribuciones, la homogeneidad que exige la jurisprudencia para la viabilidad de la compensación.

3. Esta cuestión ha sido ya unificada por el TS en varias sentencias, entre otras la Sentencia de 21 de enero de 2008, a cuya doctrina se atiene el Tribunal por un principio elemental de seguridad jurídica, puesto que no se han producido hechos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial.

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria: procede. Extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla al amparo del artículo 52.c) ET. Despido objetivo no impugnado. Reclamación con fundamento en la existencia de sentencias firmes de condena en procedimientos de reclamación de cantidad frente a la empresa declarada insolvente

STS de 3 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2226/2008), I.L. J 125.

1. Los trabajadores fueron despedidos por causas económicas al amparo del artículo 52.c) ET, sin que la empresa pusiera a su disposición la indemnización legalmente procedente.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Los actores reclamaron del FOGASA el 40% de la indemnización establecida en el artículo 33.8 ET lo que les fue denegado por ocupar la empresa a más de 25 trabajadores. La empresa fue condenada a satisfacer el 40% y el 60% correspondiente a la indemnización por despido objetivo por sentencias judiciales firmes, siendo en ambos procedimientos declarada insolvente. En la demanda origen de autos los demandantes reclamaron el abono de las prestaciones de garantía derivadas de la insolvencia empresarial, siendo estimada su pretensión tanto por el Juzgado de instancia como por la Sala de suplicación que parte para ello de afirmar que no estamos en presencia de la obligación directa y principal del FOGASA prevista en el artículo 33.8 ET, sino en la que contempla el artículo 33.2 ET con fundamento en un procedimiento de cantidad frente a la empresa, previa reclamación del 40% y del 60% de la indemnización derivada de la extinción del contrato. La Sala de suplicación concluye que concurren los requisitos de la garantía en beneficio de los trabajadores, es decir, la extinción de sus contratos por decisión empresarial, el reconocimiento por sentencia judicial firme de sus créditos indemnizatorios y la insolvencia empresarial.

El FOGASA, disconforme con dicho pronunciamiento, formula recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 31 de octubre de 2006 (recurso 864/2006). La cuestión planteada queda constreñida a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en el pago del 60% de la indemnización legalmente establecida a favor de los trabajadores. En ambos casos, se trata de despidos que la empresa llevó a cabo bajo la forma de despidos objetivos del artículo 52.c) ET aun afectando a la totalidad de la plantilla y que no fueron impugnados por los trabajadores despedidos. Posteriormente, interpuestas frente a las empleadoras las correspondientes demandas por cantidad se concluye declarando la insolvencia empresarial y se solicita del FOGASA el abono de la correspondiente prestación.

2. El TS concluye que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia recurrida. Al respecto se señala, en síntesis, que no se está reclamando en estos casos el importe del 40% de la indemnización prevista en el artículo 33.8 ET sino que se está accionando con base en el artículo 33.2 ET, y con fundamento en la existencia de sentencias firmes de condena en procedimientos de reclamación de cantidad frente a la empresa, previa reclamación del 40% y del 60% de la indemnización derivada de la extinción contractual, en cuyos procesos ya fue oído el FOGASA, desestimándose su petición de exoneración de responsabilidad al no postularse frente a éste el abono del importe previsto en el artículo 33.8 ET, entrando en consecuencia en juego el efecto positivo de la cosa juzgada previsto en el artículo 222.4 LEC.

En la STS comentada se subraya, con cita de la STS de 31 de enero de 2008 (recurso 3863/2006), I.L. J 17, que “a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del FOGASA (no basta) con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esta indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado artículo 33.2 ET”, como se ha indicado en numerosas ocasiones, pero que es evidente que dicho título habilitante existe en el presente caso, pues la petición se fundamenta en sendos reconocimientos contenidos en sentencias firmes.

Finalmente, con cita de la STS de 22 de enero de 2007 (recurso 3011/2005) se recuerda 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”.

3. La conclusión a la que conduce la STS comentada se fundamenta en dos argumentos básicos. Por un lado, en la existencia del título habilitante legalmente exigido y, por otro lado, en la innecesaria interposición a estos efectos de la acción frente al despido.

En la STS de 31 de enero de 2008, I.L. J 17, citada, se cuestionó la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en el pago de la totalidad de la indemnización de veinte días por año de servicio que prescribe el artículo 53 ET, pero que no fue puesta a disposición de la trabajadora, en un caso de despido que la empresa llevó a cabo bajo la forma de despido objetivo del artículo 52.c) ET y que no fue impugnado por la trabajadora despedida. En esta STS concretamente se reitera que no se puede exigir del FOGASA el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria pretendida si se carece del título habilitante legalmente exigido por el artículo 33.2 ET, al referirse al supuesto en que el documento o título que sirve de base a la pretensión que se ejercita en la demanda es la comunicación escrita enviada por la empresa a la trabajadora.

b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Títulos habilitantes legalmente exigidos: no es necesaria una sentencia específica de despido

STS de 4 de mayo de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2062/2008), I.L. J 539.

1. Los trabajadores recibieron notificación escrita en la que se les comunicaba su despido “debido a que la empresa no puede facilitarle más trabajo”, a la vez que se les ofrecía la correspondiente liquidación por saldo y finiquito, en la que se contenía, entre otros, el concepto de “indemnización” correspondiente a tal despido que no fue abonada por la empresa, así como la parte proporcional de la paga extra de Navidad y los salarios de los días trabajados en el mes de septiembre de 2006. Dicha cantidad se reclama judicialmente y el Juzgado de lo Social estimó la demanda y condenó a la empresa al pago de las cantidades reclamadas, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de que la empresa resultara insolvente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 ET. El FOGASA recurrió en suplicación, por infracción de lo dispuesto en el mencionado artículo 33.2 ET, al entender que únicamente de una sentencia por despido podría derivarse la responsabilidad subsidiaria prevista en dicho precepto legal. La Sala de suplicación re-

V. Dinámica de la Relación Laboral

chaza esos argumentos y llega a la conclusión de que en el caso examinado el trabajador había obtenido un título judicial constituido por la sentencia dictada en el proceso de cantidad que resulta adecuado a los efectos pretendidos, puesto que declara judicialmente la existencia de un despido practicado por la empresa y que como consecuencia del mismo los trabajadores obtuvieron a su favor el señalamiento de una indemnización por la extinción de su relación laboral que comportó su despido, siendo indiferente a los efectos de responsabilidad subsidiaria del FOGASA que la sentencia hubiese recaído en proceso ordinario o en proceso por despido.

2. El TS entiende que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia recurrida. Se señala, en síntesis, que analizando el contenido del artículo 33.2 ET y la interpretación que de éste viene haciendo la doctrina de esta Sala de lo Social del TS se debe afirmar que en él no se exige que el título habilitante para que pueda aparecer legalmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA cuestionada haya de ser necesariamente una sentencia específica de despido, pues en el repetido precepto se dice que ese Organismo y en estos casos abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia. En el caso, se concreta, el título que sirve de base a la pretensión que se ejercita por los trabajadores viene constituido por una sentencia en la que se reconoce como no abonada la indemnización por despido y se condena a la empresa a su abono, sin perjuicio, se dice, de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

3. Se cita de nuevo la STS de 31 de enero de 2008 (recurso 3863/2006), I.L. J 17, antes mencionada, y la reiterada doctrina jurisprudencial referida a los títulos habilitantes que se concretan en el artículo 33.2 ET.

c) Responsabilidad directa. Alcance. Empresa que reconoce una mayor antigüedad por servicios prestados con anterioridad en otra empresa no constando la sucesión empresarial

STS de 3 de marzo de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 950/2008), I.L. J 206.

1. Se plantea en este caso el alcance de la responsabilidad del FOGASA en el abono del 40% de la indemnización que por despido corresponde a los trabajadores de una empresa que ha reconocido una mayor antigüedad por servicios prestados con anterioridad para otra, cuando no se ha alegado ni probado la existencia de sucesión empresarial.

Los demandantes fueron despedidos por causas económicas después de un período de suspensión de los contratos de trabajo llevada a cabo en el seno de un ERE, declarándose la nulidad de tales despidos y reconociéndose después, una vez cerrada la empresa, las indemnizaciones correspondientes a los servicios prestados con anterioridad para otra empresa, con lo que resultaban cantidades muy superiores a las derivadas de aplicar la antigüedad estricta en la sociedad que había practicado los despidos de los trabajadores. Reclamado del FOGASA el importe del 40% (empresa de menos de 25 trabajadores), se rechazó la antigüedad pretendida, reconociéndose únicamente la obtenida y acreditada en la última empresa que fue la que despidió a los trabajadores. Los trabajadores plantearon demanda frente al

FOGASA que fue desestimada por el Juzgado de instancia. Recurrída en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia.

2. El TS señala que las situaciones contempladas en la sentencia recurrida y en la sentencia de contraste tuvieron una dimensión totalmente distinta en lo que a hechos, fundamentos y pretensiones se refiere, motivo por el cual resulta manifiesto que entre ellas no se da la identidad sustancial de tales elementos que exige el artículo 217 LPL con lo que hubiese procedido en su momento la inadmisión del recurso por falta de contradicción, situación que en este trámite procesal ha de convertirse en desestimación del recurso.

No obstante, a ello se añade que a las anteriores razones desestimatorias cabe añadir la ausencia de contenido casacional del recurso dado que la sentencia recurrida resuelve la cuestión planteada de manera acertada, igual que lo hizo la sentencia de instancia, citando y siguiendo la doctrina unificada establecida en STS de 14 de abril de 2005 (recurso 1258/2004). Se señala que en dicha resolución, con cita de la STS de 12 de diciembre de 1992 (recurso 679/1992) se indica que “la responsabilidad establecida en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores es ... un porcentaje (el 40%) de la indemnización legal, no de la pactada” (...) “El acuerdo de asignar al trabajador una antigüedad superior a la legalmente determinada por el tiempo de prestación de servicios en la empresa a efectos indemnizatorios produce el efecto de una indemnización pactada superior a la legal, por lo que su tratamiento ha de ser el mismo, salvo que se hubiera acreditado que aquel acuerdo era debido a subrogación por sucesión empresarial, ya que en tal caso el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores impone el mantenimiento del mismo contrato de trabajo”.

3. La STS de 14 de abril de 2005 citada distingue la antigüedad, como concepto distinto y más genérico, y el tiempo de prestación de servicios, indicando que pueden no ser coincidentes si se producen interrupciones no computables para el cálculo de las indemnizaciones.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No tiene tal consideración la conducta de la empresa subrogada al respetar el sistema de descansos que el trabajador mantuvo con la empresa anterior durante años, aun cuando fueran distintos a los establecidos en su contrato de trabajo

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de enero de 2009 (recurso de suplicación 3304/2007), I.L. J 354.

1. La sentencia recurrida desestimó la demanda interpuesta por un trabajador en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la que exigía le fueran respetados por la empresa adjudicataria de una contrata de limpiezas el sistema de descansos que venían fijados en su contrato de trabajo.

V. Dinámica de la Relación Laboral

El actor contratado inicialmente en junio de 2001, pactó en su contrato de trabajo un sistema de descanso que incluía la madrugada del sábado al domingo; sin embargo, al menos desde el año 2003, ese sistema de descansos fue modificado entre ambas partes por otro distinto que fijaba el descanso semanal en la madrugada del viernes al sábado. Posteriormente, cuando el trabajador es subrogado en septiembre de 2006 por una nueva adjudicataria, exige frente a ésta que le respete el sistema de descansos fijados en el contrato de trabajo inicial, y no el que *de facto* venía disfrutando desde hacía 3 años.

La empresa adjudicataria se opuso a esta pretensión alegando que su obligación consistía en subrogar al trabajador en los mismos derechos y condiciones que mantenía con la empresa adjudicataria al momento de la subrogación; en consecuencia, siendo al momento de su subrogación el descanso semanal de la noche del viernes al sábado, entiende que éste es el descanso semanal que debe respetar con independencia del que venga reflejado en el contrato de trabajo suscrito en el año 2001.

2. El TSJ desestima la tesis del trabajador por aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en relación a lo previsto en el artículo 138 de la LPL.

Entiende el Tribunal que la pretensión del trabajador no tiene cabida en citados preceptos toda vez que no es la adjudicataria la que modifica el descanso semanal, sino que fue la empresa anterior quien tomó esa decisión modificativa, sin que el trabajador objetara nada a ésta. Ello, añadido que la modificación no impugnada tuvo lugar tres años antes de la subrogación, conlleva a la Sala de lo Social a desestimar la demanda que considera prescrita, aun aplicando el plazo de 1 año previsto para aquellas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo realizadas sin seguir los trámites formales previstos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (preaviso y comunicación escrita expresando la causa justificadora de la medida adoptada).

3. Aun cuando la Sala no lo dice expresamente, aprecia la existencia de prescripción en la acción entablada por el trabajador. Había transcurrido más de un año (tres en realidad), desde que la modificación de sus condiciones de trabajo había tenido lugar sin que él accionara frente a ellas.

Con este pronunciamiento se reitera la doctrina de casación del Tribunal Supremo sobre el procedimiento a seguir en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo no articuladas formalmente como tales, pudiendo citarse entre otras las siguientes: STS de 15 de marzo de 2005 recurso 990/2004 y STS de 10 de octubre de 2005, recurso 1470/2004.

B) Reducción de jornada por maternidad. Cálculo de la base de la prestación por desempleo. No atenta contra el artículo 14 de la CE que la base reguladora de la prestación por desempleo se fije en atención a lo efectivamente cotizado durante la reducción de jornada por maternidad por aplicación del principio de contributividad de nuestro sistema

ATC 39/2009, de 27 de enero (cuestión de inconstitucionalidad), I.L. J 15.

1. La Sala del TSJ de Cataluña planteó mediante Auto de fecha 14 de diciembre de 2006 cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 211.1 de la LGSS. La duda de incons-

titucionalidad se le presenta a la Sala ante la demanda presentada por una trabajadora que reclama la prestación por desempleo desde una situación de reducción de jornada en un 50% por razón de guarda legal de su hija menor de seis años. La demanda fue estimada en la instancia y recurrida por el Servicio Público de Empleo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La Sala entiende que la literalidad del artículo 211.1 de la LGSS conllevaría la desestimación de la demanda interpuesta por la trabajadora toda vez que aquél fija la base reguladora de la prestación solicitada tomando como referencia lo cotizado en los 180 días anteriores al cese, sin contemplar excepción alguna para los supuestos de reducción de jornada por maternidad.

La Sala eleva la cuestión de constitucionalidad al entender que la aplicación literal del precepto vulneraría el artículo 14 CE (en su dimensión de prohibición de discriminación por razón de sexo) en relación con el artículo 9.2 CE (promoción de la igualdad real y efectiva por los poderes públicos). Argumenta la Sala en defensa de su tesis que es un hecho notorio avalado por la estadística que son las mujeres quienes fundamentalmente se acogen al derecho de reducción de jornada contemplado por el artículo 37.5 LET, por lo que el desempleo afecta en mayor porcentaje a mujeres. Razona el Tribunal que, aun cuando el precepto presenta una redacción aparentemente neutra, esta neutralidad se pierde incurriendo en indiscriminación indirecta al no contemplar, en aras a la igualdad de oportunidades y a la protección de la mujer trabajadora, reglas específicas que corrijan la peor situación en la que acceden a la prestación por desempleo por razón de la reducción de jornada motivada por la guarda legal de un menor de ocho años.

2. El Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad de insuficiencia normativa al considerarla notoriamente infundada, estimando que no se vulnera el artículo 14 de la CE porque la reducción de jornada por razón del cuidado de un menor conlleve una disminución proporcional de salario y prestación por desempleo.

Razona la Sala que la consecuencia aplicativa del artículo 211.1 de la LGSS es respetuosa con el principio de contributividad de nuestro sistema, conforme el cual, resulta razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo. Y ello con independencia de que la causa de la reducción lo sea la maternidad de la trabajadora y de que estadísticamente sea la mujer la que más frecuentemente interesa la reducción de la jornada por esta causa.

Entiende el Tribunal que con esta doctrina no se desconoce, sino que se confirma, la previamente establecida en su STC 253 /2004. Allí concluyó la inconstitucionalidad del artículo 12.4 LET en relación al artículo 14 de la CE en la medida en que establecía que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, debían computarse exclusivamente las horas trabajadas, lo que conducía según el Alto Tribunal a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad al convertir en mucho más costoso el acceso a la prestación

V. Dinámica de la Relación Laboral

de los trabajadores con contratos a tiempo parcial que los que se hallaban vinculados con un contrato a tiempo completo.

Ambos pronunciamientos se fijan para aspectos distintos. La STC 253/2004 analizaba la incidencia de la reducción de jornada en el acceso a la prestación (carencia), mientras que la cuestión planteada en la actualidad afecta a la cuantía de la prestación (base reguladora).

En definitiva, se razona que ya el fundamento jurídico 8.º de la STC 253/2004 señalaba que “el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social, justifica que el legislador establezca (como lo hace en la norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa.

3. La doctrina fijada en esta Sentencia no tiene una aplicación práctica en la actualidad, ya que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (publicada en el BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, y en vigor desde el día siguiente), contiene una Disposición Adicional (Disposición Adicional Decimoctava. trece) por la que se añade al artículo 211 LGSS un nuevo apartado, el número 5, que da respuesta expresa al problema aquí examinado, al establecer lo siguiente:

“En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin reducción el trabajo a tiempo completo o parcial.

Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los apartados anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples, en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.”

C) Trabajo a tiempo parcial. Distinto sistema de cálculo del Plus de Asistencia para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. Quebranto del principio de proporcionalidad

STS de 23 de enero de 2009 (recurso de casación 1941/2008), I.L. J 55.

1. La representación legal de Iberia Líneas Aéreas de España SA interpuso recurso de casación frente a la STSJ del País Vasco de 8 de abril de 2008 anulando un precepto de su convenio colectivo (artículo 5.2ª parte). Citado precepto regulaba el Plus de Asistencia en forma distinta para los Trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo.

En concreto, para su cálculo atendía a las horas efectivamente trabajadas (sin computar los descansos, vacaciones, fiestas legales, ...) mientras que en el caso de los trabajadores fijos, estas ausencias retribuidas sí eran tenidas en cuenta.

La Sala consideró que citada regulación vulneraba el principio de proporcionalidad y procedió a declarar su nulidad.

Previamente, la misma Sala del TSJ del País Vasco en Sentencia de 12 de febrero de 2008 había analizado el mismo precepto en reclamación presentada por otro trabajador de la misma empresa, también a tiempo parcial. En aquel caso, la Sala concluyó que la retribución abonada por el Convenio era correcta y que respetaba el principio de proporcionalidad.

La contradicción entre las dos Sentencias ante hechos y fundamentos sustancialmente iguales da lugar a que la empresa interponga el pertinente recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. El Tribunal Supremo declara nulo el precepto del Convenio Colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España SA y su personal de Tierra (artículo 5 de la segunda parte).

Para ello, aplica el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores que reconoce los mismos derechos a los trabajadores a tiempo parcial que aquellos que prestan servicios a tiempo completo, y recuerda el contenido del artículo 85 del ET que impone la sumisión del convenio colectivo al ordenamiento jurídico vigente.

En consecuencia concluye que el precepto impugnado infringe ambos preceptos toda vez que en el abono de un mismo concepto retributivo (Plus de Asistencia) fija un distinto sistema retributivo para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial concluyendo que se vulnera el principio de proporcionalidad impuesto por el artículo 12 ET.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Cláusula de renuncia unilateral del empresario. Nulidad

STS de 15 de enero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3647/2007), I.L. J 1.

1. Los trabajadores recurrentes suscribieron en sus respectivos contratos de trabajo un pacto de no competencia por un período de dos años y mediante el abono de una indemnización del 20% del último salario bruto para cuando se extinguiese la relación laboral entre las partes. En dicho pacto de no competencia poscontractual la empresa se reservó la facultad de liberar de éste a los trabajadores y de no abonar, por tanto, la correspondiente

V. Dinámica de la Relación Laboral

indemnización, siempre que tal facultad se ejerciera antes o en el momento de extinción del contrato, salvo que esta última se produjera por cese voluntario del trabajador en cuyo caso dicho ejercicio podría postergarse hasta los quince días siguientes de haberse producido esa extinción voluntaria del vínculo laboral. Con posterioridad al despido de uno de los trabajadores demandantes (febrero de 2005) y a la baja voluntaria de los otros dos trabajadores (uno en abril de 2005 y otro en octubre de 2005), en octubre de 2005 la empresa comunica a los tres trabajadores que quedan liberados del cumplimiento del pacto de no competencia. Planteada demanda por los trabajadores, el Juzgado de lo Social estima en parte la pretensión y declara nula la cláusula en cuestión en el sentido de establecer la no validez de la liberación del pacto de no competencia poscontractual por decisión unilateral de la empresa. Recurrida en suplicación, el TSJ de Madrid estima el recurso, revoca la sentencia y desestima la demanda. Los demandantes recurren en casación para unificación de doctrina alegando como sentencia de contraste la STS de 5 de abril de 2004.

2. En primer lugar, el TS entiende que respecto de dos de los trabajadores recurrentes la empresa hizo ejercicio de la facultad de renuncia fuera de plazo pues dicha renuncia debiera haberse producido, atendiendo a lo establecido en la cláusula contractual de referencia, “antes o en el momento de la extinción contractual y sólo en el plazo ulterior de quince días en los supuestos de baja voluntaria en la empresa”. Por lo demás, el TS recuerda el razonamiento efectuado en su Sentencia de 24 de septiembre de 1990 en virtud del cual: “el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el artículo 35 CE y del que es reflejo el artículo 4.1 ET, recogido en el artículo 21.2 ET, y en el artículo 8.3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requieren para su validez y licitud, aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro, que se establezca una compensación económica; existe, por tanto, un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del artículo 1256 CC no puede quedar al arbitrio de sólo una de las dos partes”. En el supuesto de autos “la cláusula discutida ha dejado al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia, con lo que se observa que, con independencia de la claridad de la cláusula, su contenido resulta manifiestamente contrario a aquella prohibición legal, y es por ello por lo que debe considerarse nula en aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del mismo Código en relación con los actos contrarios a normas prohibitivas como la del precitado artículo 1256 CC”. De ahí que sea necesario resaltar, para anular y casar la sentencia recurrida, “que la cláusula contractual de renuncia unilateral a un pacto de no competencia poscontractual contraviene la disciplina jurídica de los negocios jurídicos bilaterales, generadores de derechos y obligaciones para ambas partes que lo conciertan”.

3. La extinción del pacto podría producirse sin problemas por mutuo disenso pero la posibilidad de un desistimiento unilateral o de una denuncia de la relación obligacional por una sola de las partes resulta cuestionable y, en opinión del TS, rechazable. Únicamente

podría ser admitida en dos casos; uno, cuando el legislador lo prevé expresamente o, dos, cuando las partes así lo recogen en el propio negocio jurídico. En tal caso, no se produciría una contradicción con lo establecido en el artículo 1256 CC en el que se recoge la prohibición general de que el cumplimiento de las obligaciones contractuales quede al arbitrio de una sola de las partes. Y eso es así porque, a diferencia de lo anterior, no se trataría tanto de que una de las partes decidiera unilateralmente si quiere o no cumplir la obligación sino que ambas partes decidirían *ex ante* y en virtud de su autonomía de la voluntad, tal y como señala NOGUEIRA GUASTAVINO, la posibilidad de que la eficacia del negocio se active o no a voluntad de una de ellas. Ahora bien, en ausencia de pacto expreso, como sucede en el supuesto que nos ocupa, la solución no puede ser otra que la adoptada por el Alto Tribunal. No existe argumento alguno para aceptar la extinción unilateral del pacto ni a favor del empleador, como se pretende en el caso de autos, ni a favor del trabajador. La razón principal, como apunta la sentencia, es la existencia de obligaciones recíprocas y en las que converge un doble interés, el del empleador para que el trabajador no compita ilícitamente contra él durante un período de tiempo una vez extinguido el contrato y el del trabajador de recibir una compensación económica concreta ante tal limitación de su derecho al trabajo. Cualquier decisión unilateral contraria a lo prescrito será nula por cuanto ni el empleador podrá decidir dejar de pagar su compensación extinguiendo el pacto ni el trabajador podrá optar por competir a cambio de devolver la compensación recibida por considerar asimismo concluida la obligación.

B) Pacto de no competencia que supera el máximo legal. Incumplimiento del pacto. Devolución de la cantidad compensatoria percibida. Limitación de tal cantidad a los seis meses establecidos como máximo

STS de 10 de febrero de 2009 (recurso de casación para unificación de doctrina 2973/2007), I.L. J 118.

1. El trabajador había sido contratado por la empresa como representante de material médico-quirúrgico, estableciéndose un compromiso de no concurrencia por dos años tras la finalización del vínculo laboral, para cuya compensación se fijó el percibo mensual de 240 euros, con la específica previsión de que el incumplimiento de la obligación daría lugar a que el trabajador devolviera la totalidad de las cantidades satisfechas por aquel concepto. La relación laboral se extingue en febrero de 2005, fecha en la que concluye por despido improcedente, con un total percibido de 5.576 euros como compensación por el pacto de no competencia. En marzo de 2005, el actor crea una sociedad cuyo objeto es el comercio al por mayor, entre otros, de instrumental médico y ortopédico. En el recurso de casación, provocado por una sentencia en instancia condenatoria del trabajador que debía abonar la cantidad precitada y de una sentencia dictada en suplicación por el TSJ de Cataluña confirmatoria de la anterior, el actor alega como contradictoria una Sentencia del TSJ de Madrid (de 30 de noviembre de 2004) en la que se aprecia nulidad parcial del pacto por entender que en éste el reintegro no puede exceder de los seis meses de compromiso que válidamente pueden pactarse como no concurrencia.

V. Dinámica de la Relación Laboral

2. El TS parte del razonamiento efectuado por la sentencia objeto de recurso. En virtud de ésta, si bien el plazo de no concurrencia no puede exceder de seis meses porque así lo prescribe el artículo 21.2 LET, la nulidad del pacto únicamente alcanza a este extremo (artículo 9.1 LET) y no se extiende a la obligación de devolver lo entregado como compensación en caso de incumplimiento de la obligación convenida, por haberse producido éste dentro del referido plazo legal y ser ello consecuencia de la obligada bilateralidad que deriva del concurso de una compensación económica adecuada. En cierto modo, esta argumentación se basa en el artículo 1303 CC atendiendo al cual “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses”. El TS, sin embargo, considera que la prevención contenida al efecto en el artículo 1303 CC no agota la regulación legal en la materia objeto de autos. En primer lugar, por entender que el artículo 9.1 LET dispone que “si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados”. Con ello viene a consagrarse “el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y su preceptiva sustitución por el contenido por las normas de Derecho necesario eludidas”. De ahí que el establecimiento, en el supuesto que nos ocupa, “de un pacto de no concurrencia por dos años resulte nulo en tal extensión temporal, pero válido en la que legalmente le correspondía de seis meses”. Aun admitiendo el recurso analógico a lo previsto en los artículos 1303 y 1306 CC, el TS aprecia la especialidad en la aplicación del artículo 9.1 LET, conforme al cual, “si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente (...) hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones”. Y no es posible acceder a la pretensión recurrente de aplicar directa y exclusivamente las previsiones del artículo 1.306 CC porque en modo alguno puede considerarse ilícita la causa del pacto de no concurrencia examinado sino que “la ilicitud únicamente alcanza al término previsto en lo que excede de la duración legal”. De esta forma, “desde el momento en que la previsión contractual era la de que el incumplimiento de la obligación de no concurrencia determinaba la devolución de todas las cantidades percibidas como compensación al pacto, el hecho de que éste fuese cuatro veces superior al que legalmente podía establecerse, razonablemente ha de llevar a concluir, aplicando analógicamente las reglas establecidas en el artículo 1306 CC, que la restitución tan sólo debe alcanzar la cuarta parte –1.393,5 euros– de las cantidades percibidas por aquel concepto”.

3. Opta el TS en este caso por una solución proporcional. No procede el reintegro de la totalidad de las cantidades percibidas como compensación al pacto de no competencia poscontractual pero tampoco procede absolver de éste al trabajador por cuanto, ciertamente, ha existido un incumplimiento del acuerdo bilateral fijado al inicio del contrato de trabajo. Por esta razón y atendiendo a que el pacto es lícito, existe causa y nada impide su validez parcial, la devolución de la compensación ha de ser proporcional a la que correspondería si el pacto, en lugar de fijarse por dos años, hubiera sido fijado por seis meses como preceptúa el artículo 21.2 LET. Sin embargo, cabría matizar la solución adoptada por el TS en dos aspectos. Uno, en la consideración de nulidad parcial efectuada que es la que propicia esta determinación proporcional de la cuantía. Otro, en el hecho de que el

trabajador haya sido objeto de un despido improcedente y los efectos que dicha forma de extinción deben tener en el pacto de no competencia poscontractual. En cuanto a lo primero, es cierto como se señala en la sentencia que se comenta, que el artículo 1303 CC establece que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato. También lo es que, de acuerdo con los artículos 1305 y 1306 CC, la obligación de restitución encuentra como excepciones las establecidas para los casos en que la causa o el objeto del contrato sean ilícitos o se trate de una causa torpe. De ahí que en el ámbito civil, la nulidad se admita como nulidad plena (el negocio jurídico no produce efectos *ab initio*) sin perjuicio de la posibilidad de atender a la anulabilidad (el negocio jurídico produce sus efectos hasta que se ejercita la acción correspondiente) o la rescisión (ineficacia sobrevenida del negocio jurídico). El TS opta por la especialización que implica lo preceptuado por el artículo 9.1 LET y recurre a la nulidad parcial del contrato de trabajo. Sin embargo, bien pudiera entenderse que en el supuesto que nos ocupa no existe tal nulidad parcial del contrato de trabajo sino la nulidad total de una de sus cláusulas que, al ser bilateral, provoca la ineficacia de los efectos previstos y, por tanto, la inexigibilidad de sus obligaciones. De ser así, y puesto que la cláusula es abusiva, el trabajador no debería devolver ninguna cantidad correspondiente a la compensación percibida puesto que el pacto establecido se reputa ilícito por abusivo. En cuanto al despido improcedente, la propia sentencia alude a la posibilidad que la empresa tiene de actuar de mala fe, activando un pago proporcional de la compensación mediante el recurso a un despido improcedente. De ahí que, en tal caso, no debería proceder la devolución de la compensación pues no cabe, como se ha señalado en el comentario de la sentencia anterior (I.L. J 1), la extinción unilateral del pacto. No obstante, en este caso concreto, el TS descarta tal argumento puesto que de los hechos se desprende cómo el actor constituye una sociedad mercantil para competir con su empleadora a escasos días de su despido lo que evidencia, en opinión del TS, la intención del trabajador de incumplir el pacto de no competencia.

C) Pacto de no concurrencia poscontractual y acuerdo de devolución del doble de lo percibido en caso de incumplimiento. No se considera renuncia de derechos

STS de 9 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1264/2008), I.L. J 130.

1. Trabajador y empresa formalizaron un pacto de no competencia en el que se estableció expresamente que “en caso de que el trabajador incumpla lo dispuesto en esta cláusula, deberá satisfacer a la sociedad, el doble de la cantidad que, de acuerdo con lo estipulado, haya percibido el trabajador en virtud de este pacto de no competencia, en concepto de indemnización por los perjuicios causados a la misma”. Frente al fallo de instancia, la sentencia dictada en suplicación (TSJ de Castilla y León, Valladolid) consideró que la cuantía de la indemnización exigida era superior a la compensación abonada, máxime si se tiene en cuenta que ninguna prueba se articuló sobre los perjuicios causados, de ahí

V. Dinámica de la Relación Laboral

que deba operar como límite el importe total de lo recibido durante el desarrollo de la relación laboral por este concepto. El recurso de casación se plantea tomando como contradictoria la STSJ de Aragón de 2 de abril de 2003 con un supuesto idéntico y con una solución contraria.

2. La empresa alega que no existe renuncia anticipada alguna de derechos por el hecho de haber sido suscrita una cláusula penal que implica para el trabajador la devolución de una indemnización mayor que la compensación recibida en virtud del pacto de no concurrencia. Y el TS considera que el recurso debe prosperar pues “en la firma de la citada cláusula no se advierte la renuncia anticipada de derechos indisponibles (...) Los derechos protegidos por la prohibición establecida en el repetido artículo 3.5 LET son los reconocidos al trabajador por disposiciones legales de derecho necesario, así como los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo; pero no los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo. El pacto de no competencia crea sobre todo expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido —o en su caso a no abonar lo pactado— cuando el trabajador incumple esa prohibición de no concurrencia. No existe por tanto renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles y lo que podrá plantearse en determinados supuestos es la proporcionalidad de la indemnización prevista (‘compensación económica adecuada’ a la que alude el artículo 21 ET), sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de buena fe (artículo 7.2 CC), lo que permite, en su caso, la nulidad parcial de la repetida cláusula”.

3. Si, cuando el período de duración del pacto resulta abusivo por exceder los límites previstos en el artículo 21 LET, el TS opta por una solución proporcional como ocurre en la sentencia anterior (I.L. J 118) y reduce la devolución de la compensación a lo que corresponde por tal período, no se entiende que en el caso de autos se admita el establecimiento de una indemnización muy superior a la compensación percibida por el pacto de no competencia. Y es que, si bien es cierto que en un supuesto como el que resuelve esta sentencia, el TS puede basar su argumentación sobre el artículo 3.5 LET alegado por las partes en el recurso, también lo es que puede tomar en consideración otros argumentos ya esgrimidos con anterioridad en torno a esta materia. No cabe duda que para el empleador la única forma de protegerse ante un posible incumplimiento del pacto de competencia poscontractual es a través de dos vías, la reclamación de los daños y perjuicios generados por éste ex artículo 1124 CC o la inclusión de una cláusula penal fijada contractualmente. Sin entrar a valorar los pros y contras que cada una de estas opciones plantea, lo cierto es que en el caso que nos ocupa las partes eligen establecer una cláusula penal que, a posteriori, se revela abusiva a juicio de una de las partes, en este caso el trabajador. Entiendo que, a diferencia de la consideración del TS, esta reacción del trabajador encuentra base legal toda vez que, en aplicación del artículo 1154 CC, es el órgano judicial competente el que debe intervenir y modificar, de acuerdo con el criterio de equidad, el contenido de la cláusula de suerte que se devuelva al pacto su función reparadora. Y no repara los daños sino que genera una carga más gravosa una cláusula fijada en las dimensiones que las contempladas en el supuesto de autos. De ahí que el

recurso al criterio de proporcionalidad utilizado en otros pronunciamientos dictados por el TS en fechas próximas, tal y como puede comprobarse en esta misma Crónica, deban ser considerados también cuando se trata de valorar el exceso provocado por la introducción de una cláusula penal.

D) Obligación de abonar al trabajador la indemnización por pacto de no concurrencia poscontractual al extinguirse el contrato durante el período de prueba

STS de 6 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 655/2008), I.L. J 132.

1. El trabajador había pactado con la empresa una cláusula de competencia poscontractual en la que se especificaba que durante el período de doce meses posteriores a la fecha de extinción no sería el actor contratado en competencia directa o indirecta con la compañía, reconociéndosele a cambio una indemnización del 60% de su retribución anual. El trabajador fue despedido alegando la empresa la no superación del período de prueba. El debate se centra en considerar si, extinguido el contrato antes de la superación del período de prueba, mantiene su vigencia el pacto de competencia poscontractual. En instancia no se reconoció la partida compensatoria solicitada por el trabajador. Por su parte, el TSJ de Madrid sí admite el derecho del trabajador a tal compensación por entender que el pacto de no competencia poscontractual constituye un negocio jurídico bilateral que, siempre que respete los presupuestos legales mínimos previstos en el artículo 21.2 LET, comporta recíprocos derechos y obligaciones para quienes lo firmaron, sin que para su validez influya que la resolución contractual se acuerde durante el período de prueba, que en este caso se prolongó más de cinco meses y medio. La sentencia es recurrida en casación aportando como pronunciamiento de contraste la STSJ de Valencia de 3 de diciembre de 2003.

2. Recordando su jurisprudencia sobre la restricción a la libertad en el trabajo que este pacto supone y advirtiendo que sólo será posible si se cumplen los dos requisitos legales, a saber, que exista un interés comercial o industrial por parte del empresario y que se establezca una compensación económica, el TS opta por considerar como válida la doctrina de la sentencia recurrida y no la contenida en la sentencia de contraste. En su opinión, “la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia poscontractual. Durante el período de prueba, el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prue-

V. Dinámica de la Relación Laboral

ba, tanto más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato cualquiera que sea su causa”. A juicio del TS, “el pacto de no competencia poscontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarlo del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla), expectativas que quedarían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del árbitro de cualquiera de las partes. Precisamente en nuestra Sentencia de 5 de abril de 2004 se declara nula la cláusula por la que el empresario queda autorizado a rescindir de forma unilateral el pacto de no competencia poscontractual, y el mismo resultado se produciría si admitiésemos el mismo efecto extintivo del pacto de no competencia por la libre resolución del contrato de trabajo por el empresario durante el período de prueba. En definitiva, se trata de un pacto asumido libremente por los contratantes y que responde a la finalidad prevista en el artículo 21 LET, sin que se haya puesto de relieve por ninguna de las partes que resulte abusivo o contrario a la buena fe”.

3. Sí resulta coherente la solución adoptada en este supuesto por el TS con los pronunciamientos que han sido objeto de comentario en esta misma Crónica, dentro de este apartado. Como bien señala el TS, el período de prueba supone la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato sin obligación de indemnizar pero no implica la facultad de no ejercitar cualquiera de los compromisos incorporados a la relación contractual, independientemente de su naturaleza. En este caso concreto se trata de un pacto para después de extinguido el contrato de trabajo y el hecho cierto es que el contrato se extingue. La causa de la extinción o sus efectos han de resultar indiferentes al cumplimiento de las obligaciones recíprocas derivadas del pacto de no competencia. Únicamente podría plantearse algún problema en torno a la concreción de las funciones que, dentro de la categoría y el puesto que el trabajador desempeñe, estén siendo objeto de prueba por parte del empleador y la posibilidad de que sobre éstas recaiga o no el contenido del pacto que prohíbe la competencia. Sin embargo, ni tal pretensión ha sido objeto de consideración en la sentencia que nos ocupa ni, probablemente, tal grado de especificidad pueda darse en la mayor parte de las relaciones contractuales que contienen pacto de no competencia sin advertencia expresa de ellas. Por todo ello, la solución aportada por el TS no puede ser otra toda vez que, como señala la doctrina, durante el período de prueba las obligaciones principales y accesorias de empleador y trabajador que constituyen el contenido típico de la relación de trabajo “no están por nacer sino que ya han surgido” (MARTÍN VALVERDE). No en vano, el artículo 14.2 LET establece que durante dicho período el trabajador tendrá los derechos y obligaciones “correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla”. Atendiendo a éste, la excepción que dicho precepto contempla en torno a los derechos “derivados de la resolución de la relación laboral” ha de considerarse referida a la posibilidad de que se produzca “a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso” y no así a los efectos de un pacto incluido en el contrato para cuando éste haya sido extinguido, como es el pacto de no competencia poscontractual.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Objeto de la demanda de clasificación profesional y acceso al recurso de suplicación

STS de 2 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 278/2002), I.L. J 92.

1. La STS de 2 de febrero de 2009 (recurso para la unificación de doctrina 278/2002), I.L. J 92, estima el recurso planteado para poder acceder al recurso de suplicación en un supuesto en el que dos trabajadores de la ETT Adecco son puestos en misión en la empresa Delphi Packard España –sometida al Convenio de la Industria Siderometalúrgica de Navarra– con la categoría de peón y consiguientes retribuciones. Reclaman los trabajadores las retribuciones superiores propias de la categoría de “movimiento de materiales” por entender que son sus funciones las que verdaderamente realizan. La Sentencia de instancia, fallada en proceso ordinario, reconoce la identidad de tareas pero desestima la pretensión en virtud de una interpretación conjunta del citado convenio colectivo del metal y del convenio de empresa, denominado “pacto de componentes”, según los cuales, para ostentar tal categoría de “movimiento de materiales” es preciso acreditar una experiencia de seis meses. Experiencia que no acreditan las actoras. El TSJ de Navarra declara de oficio la inadmisibilidad del recurso por entender la materia propia de una acción de clasificación profesional. Idéntica apreciación de oficio de la competencia funcional y consiguiente inadmisión del recurso de suplicación se da en el supuesto resuelto por la STS de 26 de enero de 2009, I.L. J 100 (recurso para la unificación de doctrina 219/2008) ante una reclamación planteada por un trabajador de la mercantil “Endesa, Operaciones y Servicios Ocmrciales SL” que afirma que las funciones que realiza son en realidad correspondientes a un encuadramiento profesional superior, reclamando la retribución propia de éste.

2. En el primero de los supuestos estima nuestro Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia sentada entre otras en su Sentencia de 3 de mayo de 2006 (recurso 1684/2005), que el proceso de clasificación profesional tiene un objeto limitado a decidir la categoría correspondiente a un trabajador que desempeña funciones propias de una categoría superior para lo cual lo importante es averiguar cuáles son realmente las funciones que desempeña y lo secundario encuadrarlas en las previsiones del Convenio. De ahí que esta modalidad ha de seguirse cuando se demanda el reconocimiento de una categoría superior en virtud del ejercicio de las funciones propias de ésta pero no si la clave de la decisión judicial radica en la interpretación de preceptos legales o convencionales. Pretensión de reconocimiento de categoría superior que no está presente en el supuesto actual en el que “la parte más sustancial de aquella demanda se contrae al principio de igualdad retributiva” partiendo del hecho de que no existe la categoría asignada como tal debiendo por consiguiente retribuirse sus funciones como aquélla con la cual la actividad resulta ser igual.

3. Recuerda el pronunciamiento del segundo supuesto similar jurisprudencia, en particular la Sentencia de 30 de mayo de 2006 (recurso 2207/2006), que establece el objeto de esta modalidad procesal destacando este pronunciamiento citado por señalar que “el acto

V. Dinámica de la Relación Laboral

determinante de la elección de la modalidad procesal idónea es el de presentación de la demanda, de suerte que la pretensión que en ella se ejercite condiciona el cauce procesal a seguir, independientemente de la procedencia o improcedencia de la cuestión de fondo y de la denominación que el actor le haya dado”. Trae a colación, por otro lado, la STS de 26 de enero de 2009 la jurisprudencia propia de los supuestos de cambio de convenio colectivo aplicable, desde uno de procedencia hacia otro de destino, rechazando su aplicabilidad al presente supuesto en que las diferencias se producen bajo el convenio de procedencia demandando el reconocimiento en el de destino del nivel que corresponde a las funciones que siempre ha llevado a cabo el trabajador. Acción propia de clasificación profesional y, en consecuencia, no recurrible en suplicación.

B) Categoría profesional, preservación ante sucesión de convenio extraestatutario a estatutario

STS de 25 de febrero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1880/2008), I.L. J 165.

1. La STS de 25 de febrero de 2009 (recurso para la unificación de doctrina 1880/2008), I.L. J 165 analiza si la categoría profesional reconocida en virtud de un convenio extraestatutario a un trabajador de FEVE puede dejarse sin efecto cuando entra en vigor un nuevo Convenio Colectivo, estatutario, en concreto el XVIII Convenio de FEVE.

2. La Sentencia de instancia estima la demanda del trabajador reconociendo su derecho a mantener la categoría. Sentencia ratificada en suplicación. Resuelve nuestro Tribunal Supremo manifestando que de la “naturaleza contractual del pacto extraestatutario no cabe obtener la conclusión que sostiene la parte recurrente sobre la limitación temporal de las condiciones establecidas en el mismo”. Y argumenta que en este supuesto no estamos en presencia de una sucesión de normas como ocurriría si se tratase de dos convenios estatutarios “sino ante una regulación contractual –la del convenio extraestatutario– sobre la que opera una nueva regulación normativa –la del nuevo convenio estatutario–”. Se trata de una concurrencia entre contrato y norma resuelta en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores a favor de la aplicación de las condiciones más favorables, lo que no debe confundirse con la ultraactividad. Es decir, se resuelve aplicando la doctrina de la condición más beneficiosa.

3. Recuerda además el Tribunal Supremo que, en virtud de su Sentencia de 1 de junio de 2007, la materia, clasificación profesional “por su afectación general no puede ser objeto de una regulación extraestatutaria”, por lo que podría cuestionarse la validez de tal pacto. Pero esta cuestión no se ha suscitado en el recurso como tampoco en el previo de suplicación por lo que la Sala no puede entrar ni entra en su examen.

C) Derecho a la constancia en recibo individual de salarios de la categoría profesional del trabajador

STSJ de Cataluña de 7 de enero (recurso de suplicación 6635/2007), I.L. J 334.

1. La STSJ de Cataluña 13/2009, de 7 de enero, I.L. J 334, conoce de la demanda formulada por varias trabajadoras de Mutua Terrassa, todas ellas con categoría profesional inicial

de “auxiliar administrativo primaria”, para que se plasme en sus nóminas su categoría actual de “oficial 2ª administrativo”. Esta categoría tiene su origen en el convenio colectivo del año 1997, cuya Disposición Adicional Tercera establecía que “los auxiliares administrativos con cinco años de servicio en la categoría –caso de las actoras– ascenderán a oficiales, y de no existir vacante continuarán como auxiliares, con la retribución de oficial”, un ulterior pacto colectivo prescindió de la existencia de vacante para reconocer la automaticidad del cambio de categoría. Automaticidad que ha desaparecido en la actualidad pero que la empresa reconoció en dicho ulterior pacto.

2. En consecuencia, estima la Sala que el reconocimiento de la categoría profesional superior se realizó en aquel pacto “dado el tenor indubitado del mismo”, de modo que la actual pretensión es calificada como estrictamente documental e imprescriptible, resultando de aplicación el artículo 8.4 ET que autoriza a cualquiera de las partes a exigir la formalización por escrito del contrato *durante la vigencia de la relación laboral*, es decir, no prescribe, previsión que según el número 5 de dicho artículo se aplica también “a los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la relación laboral”, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito, “elementos y condiciones entre los que el artículo 2.2.d) del RD 1659/1998, de 24 de julio, incluye “la categoría o el grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador”.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Identidad de funciones entre categorías diferenciadas por la titulación exigible y derecho a las retribuciones superiores de quien ostenta la categoría inferior

STS de 26 de enero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4148/2007), I.L. J 188.

1. La STS de 26 de enero de 2009 (recurso para la unificación de doctrina 4148/2007), I.L. J 188, conoce en última instancia de la reclamación de un trabajador que, realizando funciones descritas para su categoría –grupo III perito judicial no diplomado– e igualmente para otra superior –grupo II perito judicial diplomado–, cuya ostentación demanda la acreditación de titulación de la que carece el trabajador, pretende el reconocimiento de las consiguientes diferencias salariales. El Juzgado de lo Social estima tal pretensión y el TSJ de Andalucía en suplicación revoca la sentencia de instancia.

2. El TS estima que del “convenio colectivo aplicable resulta la identidad de funciones entre las dos categorías profesionales comparadas, diferenciadas exclusivamente por el título exigido para su desempeño, por lo que, por otra parte, la demandante no realiza funciones de categoría superior sino las propias de su categoría ostentada aunque las mismas sean coincidentes con las de la categoría superior”.

V. Dinámica de la Relación Laboral

3. Y aplicando su propia doctrina, con cita, entre otras, de la STS de 17 de junio de 1998 (recurso 3370/1997), rechaza el reconocimiento de las diferencias salariales porque “los trabajos contratados y realizados son los propios de la categoría asignada”. Considerando la doctrina constitucional y jurisprudencia ordinaria tampoco concurre vulneración alguna de los artículos 14 CE y 28 ET “al estar justificada de forma objetiva y razonable, la diferenciación retributiva por el distinto nivel de titulación, la que puede incidir objetivamente en la mayor calidad del trabajo desarrollado”.

B) Cambio ex convenio de puesto de trabajo —y consiguiente de funciones— dentro de una misma categoría

STSJ de Cataluña de 19 de enero (recurso 7258/2007), I.L. J 338.

1. La STSJ de Cataluña 359/2009, de 19 de enero (recurso 7258/2007), I.L. J 338, desestima la pretensión de un trabajador de la empresa “Roca Sanitario, SA”, de categoría profesional especialista, que por decisión empresarial pasó de un puesto de trabajo en la sección 15-03 a otro en la de mecanización, ambos dentro de una misma categoría profesional de especialista. Cambio que lleva como única modificación aparejada el no poder utilizar carretillas. Esta pretensión radicaba en mantener su anterior puesto de trabajo.

2. La decisión empresarial se produce con el informe del departamento médico de la empresa e igualmente del departamento técnico del servicio de prevención y del presidente del Comité de Seguridad y Salud de la empresa, todos ellos en el sentido de estimar la falta de idoneidad del trabajador para utilizar carretillas. Dicha modificación, que en absoluto es sustancial, se produce en virtud del artículo 38 del convenio colectivo de empresa que establece que “la movilidad funcional podrá obedecer a las siguientes causas: c) no reunir las condiciones idóneas requeridas para el puesto de trabajo que desempeña; la Dirección, oídos los oportunos informes del médico del Servicio de Prevención, Comités de Seguridad y Salud, representantes de los trabajadores, según los casos, procederá al traslado del trabajador interesado a otro puesto más acorde con sus facultades”. El actor considera que se han sustituido informes preceptivos de órganos colegiados como son los Comités de Seguridad y Salud por informes personales de personas individuales pero la Sala manifiesta que los hechos probados de la sentencia de instancia manifestaron la observancia de los requisitos formales de dicho artículo 38 y que el recurrente no ha solicitado revisión en forma de dicho relato fáctico. En consecuencia, desestima el recurso.

C) Movilidad descendente, acciones del trabajador y compatibilidad

STS de 16 de enero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 251/2008), I.L. J 2.

1. La STS de 16 de enero de 2009 (recurso para la unificación de doctrina 251/2008), I.L. J 2, conoce de un supuesto en el que básicamente se delinea la compatibilidad de distintas acciones vinculadas a una movilidad descendente en la que el actor ha venido percibiendo las retribuciones inferiores propias de sus funciones de destino, acciones de reclamación

de conceptos económicos y de extinción y consiguiente indemnización ex artículo 50 ET. El actor, trabajador de la sociedad OVELAR, SA, solicita, por una parte, la extinción contractual, demanda estimada con la consiguiente indemnización, y de otra parte, la satisfacción de una serie de cuantías correspondientes a distintos conceptos (mora, diferencias salariales y diferencias en la liquidación del contrato), sólo parcialmente estimadas en la instancia, en concreto en lo concerniente al último de los conceptos mentados. Esta última sentencia sustenta la desestimación del resto de peticiones económicas del actor sobre la base de su incompatibilidad con la indemnización por extinción contractual. Incompatibilidad rechazada en suplicación por considerar que los mismos carecen de naturaleza indemnizatoria y se refieren en realidad a una “restitución salarial”.

2. Frente a esta sentencia de suplicación interpone recurso frente al Alto Tribunal la sociedad demandada reiterando dicha incompatibilidad así como una inadecuación procedimental por no seguir de forma independiente o acumulada el procedimiento de impugnación de la modificación previsto en el artículo 42.3.3º ET. En cuanto a esta última alegación, manifiesta el TS, por una parte, que al no ampararse ni poder ampararse la modificación empresarial en el artículo 41 no es aplicable dicho precepto. Y, de otra parte, que aunque lo fuera “no hay ninguna norma que impida el ejercicio, sucesivo o simultáneo, de la acción resolutoria y de la acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones empresariales en el período en que se mantiene la vigencia del contrato” o la reparación del daño fruto del incumplimiento. No, desde luego, los artículos 41.3.3º ET o 138 LPL. Conclusión que sólo aparentemente podría derivarse del artículo 1124 CC pues el efecto extintivo de la resolución contractual pone fin a las obligaciones pero sólo desde el momento de efectos de aquélla. Los efectos de la presente extinción contractual se producen desde la sentencia que declara la extinción mientras que las cuantías reclamadas se corresponden a períodos previos en que el contrato está vivo.

En lo concerniente a la incompatibilidad de indemnizaciones, se desestima igualmente el recurso por cuanto los conceptos reclamados carecen de tal naturaleza sosteniendo –en lo que concretamente a las diferencias salariales concierne– que en la movilidad descendente y según el artículo 39.3 ET “se mantendrá la retribución de origen”, lo cual califica esta obligación como salarial.

D) Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado y movilidad funcional del incapaz permanente total

STSJ de Andalucía de 7 de enero (recurso de suplicación 3205/2007), I.L. J 260.

1. La STSJ de Andalucía 19/2009, de 7 de enero (recurso de suplicación 3205/2007), I.L. J 260, conoce de la pretensión de un trabajador, guarda vigilante, de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir al que se reconoce la incapacidad permanente total y pretende la reincorporación a la empresa en virtud del artículo 65 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado.

V. Dinámica de la Relación Laboral

2. Afirma la Sala en suplicación que el supuesto ya ha sido resuelto por esta Sala (Sentencias de 12 de julio de 2005 y 9 de junio de 2008), advirtiendo entonces y ahora la existencia de dos supuestos convencionales de movilidad funcional por motivos de salud laboral, uno de ellos precisamente por el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente total. Este reconocimiento puede conllevar tres situaciones distintas: en activo cuando el trabajador solicite la recolocación en el plazo de dos meses siguientes a la declaración de incapacidad; de extinción de la relación laboral transcurridos aquellos dos meses sin solicitar nuevo puesto de trabajo ni darse la situación prevista en el artículo 48.2 ET; de suspensión de la relación laboral en aquellos dos meses, cuando solicitada la recolocación en plazo no hubiera vacante adecuada o, en tercer lugar, concurra la situación del artículo 48.2 ET. En el caso de autos han transcurrido los dos meses sin solicitud de reincorporación y la situación del trabajador no va a ser objeto de revisión por mejoría por lo cual se encuentra en el segundo de los supuestos antedichos, de extinción de la relación laboral sin derecho a la reincorporación.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Alteración del sistema retributivo en su parte variable

STS de 26 de enero de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1183/2008), I.L. J 3.

1. Los trabajadores de la empresa venían percibiendo su retribución salarial cada mes con una parte fija y otra variable, en función, esta última, de los objetivos empresariales fijados para el ejercicio anual y de la que se abonaba, en todo caso, un 40% en concepto de anticipo, no sujeto a condición alguna, sin perjuicio de las ulteriores regularizaciones trimestrales, semestrales o anuales que, obviamente, habrían de efectuarse. No obstante, a pesar de no alcanzar el porcentaje la empresa no descontó el importe percibido por ese 40%. Para el demandante de autos el precitado 40% venía a suponer unos ingresos mensuales de 573,15 euros. A partir del mes de marzo de 2006, la empresa, de forma unilateral y sin someterse a procedimiento previo alguno, estableció que para el percibo de ese anticipo de la cantidad variable mensual, al que se viene haciendo alusión, el trabajador tendría que acreditar la venta, cuando menos, de 500 cajas del conjunto de marcas del Grupo durante el mes anterior. Ello fue entendido como una modificación sustancial por el trabajador.

2. La Sala revocando la sentencia del TSJ entiende que el artículo 41.1.d) ET considera como una de las modificaciones de las condiciones sustanciales de trabajo la relativa al sistema de remuneración. Y al trabajador le fue afectado el sistema de remuneración, no de una forma accidental, sino en su propia sustancialidad, pues, si bien, la modalidad retributiva en su propia doble configuración de salario fijo y salario variable no se ha visto modificada, sí, en cambio, la unilateral decisión empresarial afectó a un extremo de la modalidad retributiva pues contaba, sin condicionamiento alguno, con el 40% mensual fijo de la retribución variable, sin perjuicio de las ulteriores liquidaciones trimestrales, semestrales o anuales y que, además, no se le llegaba a descontar aun cuando no se consiguiera los objetivos empresariales previstos, siendo la cantidad de 573,15 euros al mes,

trascendente, lo que le permitía estructurar su economía personal y doméstica con unos márgenes de seguridad financiera de lo que se ha visto privado por la decisión adoptada unilateralmente por la empresa. Por ello, aun no habiéndose modificado el sistema retributivo establecido en la empresa, esta última, con su decisión unilateral de condicionar la percepción mensual de la retribución variable mensual a la previa consecución de un determinado número de ventas en el mes anterior, alteró de forma sustancial las condiciones del sistema retributivo establecido en perjuicio del trabajador demandante de autos y sin haber acudido para ello al procedimiento previsto en el propio artículo 41 ET.

3. La sentencia examinada destaca que, al margen de la no alteración del sistema retributivo –fijo variable–, la previsión del trabajador de percibir siempre una suma importante al margen de alcanzar los objetivos, la medida de la empresa de alterar el sistema y de no alcanzarse los rendimientos de venta conllevar la devolución del incentivo adelantado supone una modificación sustancial del sistema de remuneración y por tal debe acudirse a los trámites del artículo 41 ET.

B) Modificación colectiva sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Aprobación del nuevo organigrama empresarial

STS de 19 de enero de 2009 (recurso de casación 40/2008), I.L. J 47.

1. Por la empresa Entidad pública se procedió a llevar a cabo una reorganización de los servicios implantando un nuevo organigrama, denominado “optimización da estructura organizativa e protocolización das funcions a desenvolver e as responsabilidades que se deben asumir en cada posto o categoría profesional”, y así se prevé la creación de áreas distintas, desdoblamientos de departamentos..., se modifican retribuciones, se dan nuevas denominaciones a puestos de trabajo, todo lo cual fue rechazado por el Sindicato recurrente a través del procedimiento de conflicto colectivo de modificación sustancial de condiciones de trabajo lo que fue estimado por la Sala de lo Social del TSJ.

2. La Sala de lo Social entiende que no estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo sino ante una movilidad funcional del artículo 39 ET, pues no afecta a ninguna de las previsiones del artículo 41 ET (horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, funciones que excedan de la movilidad prevista en el artículo 39, entre otras). Así con relación al “sistema” de clasificación profesional del convenio colectivo aplicable, inciden en la estructura jerárquica de la empresa o en relación a la asignación de efectivos personales entre varios departamentos y/o unidades administrativas, pero no consta que excedan de los límites que, en materia de movilidad funcional (titulaciones académicas o profesionales, o pertenencia a un grupo profesional determinado), establece el artículo 39.1 del ET e incluso el artículo 6.1 del Convenio Colectivo. En lo que refiere a “amortización de puestos de trabajo” que el nuevo organigrama contempla no es más que una reasignación de efectivos personales para acoplarlos a la nueva organización. Tampoco lo es el cambio nominal de puestos de

V. Dinámica de la Relación Laboral

trabajo, ello al margen de que afecte un complemento a dos trabajadores y a otros dos empleados pero nada acredita una modificación del sistema de remuneración, y, en todo caso, no constituyen modificaciones sustanciales de carácter colectivo que deban someterse al procedimiento establecido en el artículo 41.4 del ET.

3. La Sala Social del TS examinando la competencia del Orden social, ello al margen de tratarse de la impugnación de un acuerdo que constituye un acto administrativo, pero al imputarse a la empresa una modificación colectiva de las condiciones de trabajo determinar que el conocimiento incumbe al Orden social. Respecto a la materia entiende que estamos ante unas facultades organizativas de la empresa que no encuentran su encaje en ningún aspecto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

C) Conflicto Colectivo. Inexistencia de caducidad. Ofrecimiento del nuevo plan alternativo de mejoras voluntarias. No cabe apreciarse la caducidad de la acción de impugnación de modificación sustancial de las condiciones laborales porque no se ha tramitado conforme al artículo 41 ET

STS de 27 de enero de 2009 (recurso de casación 108/2007), I.L. J 57.

1. La empresa hasta el año 1993 tenía un plan de beneficios voluntarios, y ésta en dicho año ofreció un plan alternativo para la suscripción de un plan de pensiones con modalidades, un plan de pensiones conforme a la Ley 8/1987 o un plan de ahorro individual, ofreciéndoselo a los trabajadores y quienes se acogían firmaban un documento de adhesión. El Sindicato CGT instó en el año 2006 Conflicto Colectivo a los efectos que se declarase la nulidad de la práctica empresarial consistente en la implantación de manera unilateral a la plantilla del plan alternativo. Conocido por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ésta estimó la excepción de prescripción.

2. La Sala de lo Social del TS reitera la doctrina jurisprudencial: “la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad” (SSTS de 18 de julio 1997, 7 de abril de 1998, 8 de abril de 1998 y 11 de mayo de 1999). Esta doctrina se corrobora, en lo que respecta a la prescripción de la acción de conflicto colectivo, en nuestra reciente Sentencia de 27 de junio de 2008 (recurso 107/2006), señalando: “a) Al ser la prescripción extintiva una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada con criterio estricto (SSTS de 2 de diciembre de 2002 –recurso para la unificación de doctrina 738/2002– y 7 de junio de 2006 –recurso 265/2005–). b) El artículo 59 ET –cuya infracción se denuncia en el recurso– contempla la decadencia de acciones individuales, y si bien en algún supuesto se ha admitido la aplicación analógica al ejercicio de acciones

colectivas, lo ha sido en supuestos singulares y con solución no extrapolable (SSTS de 26 de enero de 2005 –recurso 35/2003–, para actos lesivos de la libertad sindical; 10 de marzo de 2003 –recurso 33/2002– para la nulidad de un acuerdo ‘puente’), pues la regla general aplicable a las acciones de índole colectiva subordina el inicio de la prescripción a la vigencia de la disposición colectiva de cuya aplicación se trate”, siendo así –ha mantenido esta Sala– que “debe recordarse que estamos en presencia de una acción de conflicto colectivo (...) teniendo muy en cuenta que tales acuerdos están vigentes, han producido y producen los correspondientes efectos y que en modo alguno se trata de acciones individuales derivadas del contrato de trabajo, que sí tendrían encaje en el artículo 59.1 ET. Por el contrario, no es aplicable tal precepto a la pretensión encaminada a la interpretación de uno o varios preceptos de un convenio colectivo, que no tiene un específico plazo de prescripción cuando además se encuentra vigente el pacto de que se trata (STS de 26 de diciembre de 2006 –recurso 137/2004–)”. En su consecuencia ejercitada demanda de conflicto colectivo de modificación sustancial de condiciones de trabajo, es por lo que se revoca la sentencia al entender no prescrita ni caducada la acción.

3. Reitera en esta sentencia la jurisprudencia sobre la no aplicación del plazo de caducidad del artículo 138 LPL en los procedimientos donde no se reconoce por la empresa como modificación sustancial, ni tampoco el plazo de prescripción del artículo 59 ET pues se trata de una acción colectiva –procedimiento de conflicto colectivo–, y es que estamos ante una interpretación de norma colectiva que no tiene plazo específico como las acciones individuales.

D) Conflicto Colectivo. Desestimación. Personal titulado fuera de Convenio. Se niega la existencia de condición de naturaleza “más beneficiosa”, por ser fruto de pacto bilateral

STS de 28 de enero de 2009 (recurso de casación 60/2007), I.L. J 67.

1. Desde el año 1980, el personal titulado civil de la empresa “Santa Bárbara Sistemas SA” no se encuentra sujeto a Convenio Colectivo, dicho personal tiene ventajas sociales diferentes al del personal de Convenio Colectivo y reconociéndoseles derechos en el ámbito laboral derivados de la prestación de servicios de forma similar a los que les correspondería si se les aplicara el Convenio Colectivo. En el año 2005 la empresa remitió comunicación a estos trabajadores en la que les participaba que, conforme a la evaluación de la ejecutoria de cada empleado llevada a cabo entre el año 2004 y parte de 2005, a partir de ahora serían la valoración del desempeño y la de méritos los factores de valoración para determinar el incremento salarial futuro de dicho personal. Asimismo, se ofrecía a todos los que desearan una política genérica de incremento salarial, la posibilidad de incorporarse al ámbito del convenio colectivo, mediante manifestación al efecto. Interpuesto conflicto colectivo por el sindicato para la declaración de nulidad de la decisión adoptada y respetarse los acuerdos vigentes del año 1980, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la pretensión.

2. La sentencia de la Sala de lo Social del TS examina el núcleo del debate, cual es, “determinar si el personal titulado fuera de convenio tiene o no garantizado que el incremento

V. Dinámica de la Relación Laboral

retributivo sea, como mínimo, el previsto para el personal sometido al convenio colectivo”, y por tal analiza si nos encontramos ante una condición más beneficiosa, y después de analizar la jurisprudencia sobre tal figura –SSTS de 11 de marzo de 1998 (recurso 2616/1997), 20 de mayo de 2002 (recurso 1235/2001), o 28 de abril de 2005, todas ellas citadas en la de 13 de marzo de 2006 (recurso 1/2005) y la muy reciente de 12 de mayo de 2008 (recurso 111/2007)– llega a la conclusión de que no estamos en presencia de ninguna condición más beneficiosa que fuera producto de una concesión o de un reconocimiento empresarial, sino que la modalidad retributiva que nos ocupa tuvo su origen en un pacto bilateral, por cuya virtud se acordó que determinados trabajadores no quedarán sujetos al convenio y, a cambio de ello, se pactó que tuvieran un tratamiento salarial “similar” (pero no idéntico) al de los demás trabajadores, a cambio también de atribuirse al personal titulado civil determinadas ventajas, de las que no disfrutaban los sometidos al convenio colectivo. En lo que respecta a si se ha llevado a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo, efectivamente el sistema de remuneración es una de las materias de “modificación sustancial”, pero la decisión de la empresa no tiene el carácter de sustancialidad al no haberse producido modificación “en el sistema” de remuneración propiamente dicho, por cuanto desde el año 1980 a los titulados civiles no se les viene remunerando conforme al convenio, sino de una forma diferente, consistente en que “los incrementos retributivos del personal afectado [por el presente conflicto] se han venido realizando por el Jefe de Personal conforme a las directrices e instrucciones de la empresa, variando la cuantía de dicho incremento en cada anualidad y para cada empleado” y, por otro lado, no constan con carácter específico cuáles hayan sido los datos o elementos sobre los que hasta ahora se haya basado la empresa para fijar la retribución concreta de cada empleado, sino únicamente que “la actualización de las retribuciones en los años 1988 y 1990 fueron de diversas cuantías, teniendo en cuenta los incrementos de retribución de la anualidad anterior ...” de tal suerte que lo único que queda claro es que el colectivo que nos ocupa ha venido estando sometido, desde el año 1980, a un sistema retributivo diferente a aquel que afecta a los empleados sometidos al ámbito personal del convenio.

3. Por tanto, la Sala de lo Social analizando la figura de la condición más beneficiosa determina que no se da en el presente supuesto al tratarse de un sistema remuneratorio similar a las retribuciones de aquellos sometidos al Convenio Colectivo y paccionado, como tampoco se da el elemento de la sustancialidad en el nuevo sistema remuneratorio.

E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Impugnación. Desestimación

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de enero de 2009 (recurso de suplicación 1040/2008), I.L. J 348.

1. Los trabajadores demandantes, pertenecientes al grupo contraamaestre, venían desarrollando sus funciones de lunes a domingo en turno rotativo de 06:00 a 14:00 horas, 14:00 a 22:00 horas y 22:00 a 06:00 horas. El Jefe de RRLL notificó al personal la reorganización del servicio de almacén, por haberse jubilado un almacenero. Los contraamaestres atendían el servicio de noche y a partir de tal comunicación lo atienden en los fines de semana

en los turnos de mañana y tarde. Por ello éstos impugnaron la decisión entendiéndola una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

2. La Sala en su sentencia analiza dos facultades modificativas del empresario con amparo en los artículos 5.c), 20, y 39 a 41 ET: “a) Introducir modificaciones no esenciales *ex* artículos 1.1, 5.c), 8.1 y 20 ET en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, como una manifestación del *ius variandi* o potestad directiva empresarial ordinaria (STS de 13 de noviembre de 1996, RJ 8616). b) Acordar modificaciones sustanciales *ex* artículos 40 y 41.1 ET en las condiciones de trabajo, incluido el lugar de ejecución del mismo y el propio contenido de la prestación, en ejercicio extraordinario de su potestad de dirección para remediar las condiciones de necesidad o conveniencia probada”. El elemento decisivo no es la naturaleza de condición afectada sino el alcance y la importancia. Y la delimitación entre la sustancialidad o no supondrá, respecto a la no sustancial, la decisión libre del empresario sobre la modificación sin más límites que el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, a su dignidad y al principio de buena fe contractual y los que, en su caso, deriven de la regulación legal, o de los acuerdos individuales o colectivos. Mientras que las modificaciones sustanciales sólo pueden ser adoptadas en los supuestos previstos legalmente y por las causas y con los requisitos establecidos en el artículo 41 ET. Y el criterio para la determinación si es sustancial o no lo es el de su entidad ... la Sala concluye, “siendo contra maestre ... entre sus funciones se encuentra en el turno de noche atender las solicitudes de expedición de materiales, ... Por lo tanto las nuevas funciones que se le han asignado no son de categoría inferior sino que las viene haciendo como propias de su puesto de trabajo durante los turnos de noche, alterándose el que deberá realizarlas durante los fines de semana (...) Si sumamos la escasa repercusión en la carga de trabajo (...) nos da la poca entidad de la decisión, que no afecta el núcleo esencial del contrato y por tanto supone un cambio no sustancial. Tanto es así que esa tarea, que ya realizaba de noche, al realizarla los fines de semana le supondrá que la productividad o carga de trabajo del contra maestre pasa del 75% al 81%, inferior al 85% establecido como productividad óptima en cada puesto de trabajo”. Por tanto, no siendo funciones nuevas ni significativas estamos ante una modificación no sustancial.

3. La Sala efectúa, a la luz del conflicto, un análisis de las facultades empresariales en las modificaciones, diferenciando entre aquellas no sustanciales de las que son sustanciales, y analizando los aspectos de la decisión encomendada a los demandantes entiende que no se ha producido cambio de puesto de trabajo y las operadas respecto a las funciones de almacenero en los fines de semana no tienen trascendencia pues resulta proyección sobre las que venían realizando en el turno de noche.

F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Improcedencia. Variación de descanso semanal

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de enero 2009 (recurso de suplicación 3304/2007), I.L. J 354.

1. El trabajador presta servicios en la empresa de limpieza y descansa la madrugada de viernes a sábado, desde el año 2003, aunque en su contrato inicial figuraba el descanso en

V. Dinámica de la Relación Laboral

la madrugada del sábado al domingo, reclama que se establezca nuevamente esa jornada de descanso, con fundamento en su contrato de trabajo.

2. La Sala partiendo de que las condiciones iniciales pactadas han variado desde el año 2003, lo que fue consentido por el trabajador, es por lo que “no puede ahora, amparándose en aquel contrato suscrito, pedir la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, sin que exista cobertura legal o convencional para ello”.

3. Insiste la Sala, por un lado, en la validez del procedimiento ordinario, cuando no se han seguido los cauces legales del artículo 41 ET y, por otro lado, lo señalado, esto es, la aceptación voluntaria del demandante, no impugnada del cambio del día de descanso.

G) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Cese como jefe de equipo y no percepción del plus de jefe. Desestimación. Modificación accidental. No altera las bases de la relación laboral. El actor sigue desempeñando funciones propias de vigilante de seguridad

STSJ de Valencia de 20 de enero de 2009 (recurso de suplicación 3795/2008), I.L. J 476.

1. En el presente conflicto el trabajador vigilante de seguridad fue nombrado en el año 2000 jefe de equipo, percibiendo a tal efecto un plus de jefe de equipo por un importe mensual de 86,77 euros. La empresa en abril de 2008 notificó a éste que por reestructuración del servicio cesaría en las funciones de jefe de servicio con supresión del plus de jefe que venía siéndole abonado. El Juzgado de lo Social desestimó por entender la no sustancialidad de la modificación operada.

2. La Sala examinando el conflicto y recogiendo la doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre modificación sustancial y no, señala: a) La modificación para ser sustancial ha de producir perjuicios al trabajador (STS de 3 de abril de 1995) y b) Han de ser de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas *ad exemplum* en el artículo 41.2 ET, pasando a ser otras distintas de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial (STS de 11 de noviembre de 1997). En el presente supuesto como razonablemente establece la Sala, no cabe entender que la modificación operada tenga ese carácter de “sustancial” exigido por la jurisprudencia. “Y ello es así porque la medida empresarial enjuiciada no supone un exceso de la movilidad funcional prevista en el artículo 39 del ET, ya que el actor continúa ejerciendo las funciones propias de su categoría profesional, ni tampoco una alteración notoria del sistema de remuneración que tiene reconocido el trabajador, pues el plus de jefe de equipo, retribuye, según Convenio, la realización de, además de las tareas propias de su categoría, una labor de coordinación, distribuyendo el trabajo e indicando cómo realizarlo, confeccionando los partes, anomalías e incidencias, por lo que debe concluirse que la modificación operada por la empresa al suprimir al actor en las funciones de jefe de equipo, y el correspondiente plus, constituye una modi-

ficación de carácter accidental que desde luego no altera las bases sobre las que se sustenta la relación laboral entre las partes”.

3. El debate siempre creativo lo es la frontera entre la modificación sustancial (artículo 41 ET) y las facultades empresariales de la movilidad funcional (artículos 20 y 39 ET). Quizá la sentencia no hace un análisis del puesto de jefe de equipo en relación con las facultades empresariales en la movilidad de tal puesto, pero, en todo caso, la Sala parece optar porque tal puesto en nada altera el contenido de la categoría.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: Denegación de reingreso. Indemnización de daños y perjuicios. *Dies a quo*

STSJ de Navarra de 13 de enero de 2009 (recurso de suplicación 150/2008), I.L. J 287.

1. La STSJ de Navarra de 13 de enero de 2009, I.L. J 287, resuelve el litigio planteado por una trabajadora que solicitó excedencia voluntaria de dos años de duración y que solicitó el reingreso en tiempo y forma. La empresa le comunicó que no podía acceder al mismo al no disponer de vacante, pese a que se acredita que procedió a contratar un importante volumen de trabajadores eventuales (unos a jornada completa, otros a tiempo parcial) sin proceder a llamar a excedentes voluntarios.

2. La cuestión que se plantea en el procedimiento es estrictamente jurídica y consiste en determinar si la trabajadora demandante tiene derecho a percibir la indemnización de daños y perjuicios derivada de la mora empresarial a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de readmisión o desde la presentación de la papeleta de conciliación.

3. El Tribunal Supremo ha establecido en reiteradas ocasiones y recientemente en su Sentencia de 19 de junio de 2007 que, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, el que se encuentre en situación de excedencia voluntaria tiene derecho a la posterior readmisión, cuando existe plaza de igual o similar categoría a la suya o que hubiera o se produjera en la empresa, por lo que se ha estimado que una readmisión tardía por parte de la empresa da derecho al trabajador a reclamar por el concepto de daños y perjuicios los salarios devengados durante el tiempo del retraso, y otros superiores si llegaran a acreditarse, con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil; es doctrina consolidada que el día inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios por la mora empresarial, única cuestión del debate en esta fase del proceso, deberá contarse desde la fecha de la solicitud de readmisión tras la excedencia, si es que entonces existía

vacante apropiada para el reingreso, pues la situación de retraso es la prevista en el precepto de última cita.

B) Excedencia voluntaria. Denegación de reingreso. Acción procedente

STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009 (recurso de suplicación 7410/2008), I.L. J 267.

1. La STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009, I.L. J 267, analiza un supuesto en el que el demandante solicitó una excedencia voluntaria entre el 31 de diciembre de 2005 y el 1 de enero de 2008, solicitando el 9 de octubre de 2007 la reincorporación en la fecha de finalización de la excedencia. Ante tal solicitud, la empresa le comunicó que “a fecha de hoy no existen vacantes para su puesto de trabajo u otro equivalente, tras haber llevado a cabo un Expediente de Regulación de Empleo que ha afectado a ciento cincuenta trabajadores. Sin embargo, si se produjera algún cambio en la situación actual se lo comunicaremos de inmediato”.

2. Sobre dicha situación fáctica, el Tribunal reitera la ya tradicional doctrina sobre la procedencia o no del ejercicio de la acción de despido ante la negativa empresarial al reingreso, según la cual debe distinguirse entre aquellas situaciones en las que la empresa niega de forma rotunda e irrevocable el reingreso solicitado por el trabajador, lo que viene a suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con él y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente. Para el primer supuesto, la acción a ejercitar es la de despido, en tanto que para el segundo de los supuestos expuestos se considera que la acción a ejercitar es la del reconocimiento del derecho al reingreso.

La sentencia de instancia considera que la respuesta ofrecida por la empresa ante la intención de reingreso del trabajador es poco clara porque deniega el reingreso por inexistencia de vacante y se entiende que lo vincula al expediente de regulación de empleo que ha afectado a 150 trabajadores, por lo que considera que no es posible entender de forma clara e inequívoca si se trata de una denegación de reingreso momentánea o coyuntural por inexistencia de vacante en el momento en que se solicita o si, por el contrario, se ha producido una extinción del puesto de trabajo como consecuencia del expediente de regulación de empleo y no puede haber reingreso, concluyendo que atendiendo a las circunstancias de la negativa empresarial a la reincorporación del trabajador la acción que corresponde es la de despido.

Para la sentencia de la Sala, sin embargo, “En ningún momento se niega ni la existencia del vínculo laboral, como exige la jurisprudencia comentada, ni dicha voluntad puede deducirse del contenido de la comunicación escrita remitida al trabajador, en la que simplemente se le indica que, en la fecha en que tendría lugar la reincorporación, no existen vacantes para su puesto de trabajo u otro equivalente; la indicación en dicha comunicación a la existencia de un expediente de regulación de empleo que ha afectado a

un número considerable de trabajadores, no puede entenderse como una negación del vínculo laboral”.

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (COORDINADORA)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

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 y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 1 a 4 del año 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

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

impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales de éste y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009 (recurso 7637/2008), I.L. J 404, al desestimar la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, se hace eco de la Doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos generales que conforman la existencia de dimisión del contrato de trabajo por parte del trabajador:

La Sala al respecto señala:

“Esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador, de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. Así, se ha declarado que la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta con que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su posición por la ruptura o extinción de la relación laboral.”

En sentido análogo, la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2009 (recurso 7292/2008), I.L. J 40, y la STSJ de Valencia de 29 de enero de 2009 (recurso 3540/2008), I.L. J 479, desestiman la extinción contractual laboral por voluntad del trabajador ante dos supuestos similares. En el primer caso analizado, debido al incumplimiento empresarial del abono de la pensión por extinción de la relación laboral al haberse incumplido uno de los requisitos necesarios para el acceso a la pensión. En el segundo supuesto, por el incumplimiento empresarial de la obligación del abono de salarios.

Finalmente, la STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009 (recurso 7637/2008), I.L. J 404, razona cómo para que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo opere como causa de extinción del contrato es necesario que ésta cause perjuicios al trabajador, inexistiendo presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados.

Razona la Sala que

“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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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.”

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral:

Así, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de enero de 2009** (recurso 196/2009), I.L. J 381, al estimar la demanda de despido, falla que los períodos de beca no computan a efectos de antigüedad.

En sentido análogo, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009** (recurso 1157/2008), I.L. J 391, desestima la existencia de despido a un trabajador, en un supuesto de sucesión de empresas y subrogación empresarial con transmisión de unidad productiva y asunción de plantilla.

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2009** (recurso 7598/2008), I.L. J 409, desestima la existencia de despido ante un supuesto de acuerdo extintivo de la relación laboral.

Finalmente, la **STS de 19 de mayo de 2009**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 180/2008), I.L. J 554, determina la improcedencia del despido efectuado a un representante de los trabajadores acaecido al año siguiente a su cese en la empresa, determinando que el derecho de opción, en este supuesto, corresponde al trabajador.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de numerosos despidos disciplinarios.

Así, la **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009** (recurso 7793/2008), I.L. J 396, aprecia transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador cuyas actuaciones se traducen en ejercer presión sobre los trabajadores para negarse a trabajar, con graves perjuicios para la empresa.

Asimismo, la **STSJ de Murcia de 12 de enero de 2009** (recurso 1033/2008), I.L. J 460, enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual, al cometer numerosas faltas de asistencia y puntualidad al trabajo.

En sentido análogo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009 (recurso 1095/2008), I.L. J 390, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, 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.

Finalmente, la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009 (recurso 7371/2008), I.L. J 344, y la STSJ de Valencia de 21 de enero de 2009 (recurso 3703/2008), I.L. J 477, declaran la procedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, debido a transgresión de buena fe contractual, cuyas conductas, respectivamente, se basan en no entregar la recaudación diaria a la empresa.

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 Murcia de 12 de enero de 2009 (recurso 1037/2008), I.L. J 463, al estimar la improcedencia del cese, por causas objetivas, de un trabajador indefinido, mediante la suscripción de un contrato de fomento para la contratación indefinida, al mediar un supuesto de fraude de ley, determina una indemnización de 33 días de salario por año de servicio.

En sentido análogo, la STSJ de Valencia de 29 de enero de 2009 (recurso 3540/2008), I.L. J 479, desestima la extinción contractual por causas objetivas debido al incumplimiento empresarial de la obligación del abono de salarios, así como una puesta a disposición del trabajador de una indemnización insuficiente.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de numerosos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual.

Así, la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009 (recurso 7793/2008), I.L. J 396, aprecia transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en ejercer presión sobre los trabajadores para negarse a trabajar, con graves perjuicios para la empresa.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo,

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

Asimismo, la **STSJ de Murcia de 12 de enero de 2009** (recurso 1033/2008), I.L. J 460, enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual, al cometer numerosas faltas de asistencia y puntualidad al trabajo.

En sentido análogo, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009** (recurso 1095/2008), I.L. J 390, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, 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.

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009** (recurso 7371/2008), I.L. J 344, y la **STSJ de Valencia de 21 de enero de 2009** (recurso 3703/2008), I.L. J 477, declaran la procedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, debido a transgresión de buena fe contractual, cuyas conductas, respectivamente, se basan en no entregar la recaudación diaria a la empresa.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Las **SSTSJ de Cataluña de 15 y 19 de enero de 2009** (recursos 7241/2008 y 370/2009), I.L. J 405 y 345, respectivamente, determinan la improcedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores ante la falta de acreditación de los hechos imputados justificativos de los despidos.

Por el contrario, la **STS de 4 de mayo de 2009**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 849/2008), I.L. J 538, si bien estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, desestima el recurso de casación por no identificar el núcleo básico de la contradicción ni la infracción legal con la necesaria precisión.

En sentido análogo, la **STS de 6 de mayo de 2009**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2572/2008), I.L. J 541, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador en un supuesto de sucesión empresarial, ante la falta de contradicción.

Para ello, la Sala, en su FJ 2º, único, alega:

“El escrito de preparación no cumple con las exigencias formales del artículo 219.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Al respecto ha venido declarando esta Sala en el Auto de 13 de noviembre de 1992 y en otros muchos posteriores que, conforme a lo previsto en dicho precepto, el escrito de preparación del recurso ha de exponer el núcleo básico de la contradicción y citar la sentencia o sentencias con las que tal contradicción se produce. En dichas resoluciones se añade que si bien en el escrito de preparación no será necesario efectuar el análisis comparativo de las identidades que constituyen el ámbito propio de la relación precisa y circunstanciada del escrito de interposición, sí que deberá ser suficiente para identificar el ‘núcleo básico de la contradicción’, que la Sala ha definido como ‘la determinación del sentido y objeto de la divergencia entre las resoluciones comparadas’, (Sentencia de 28 de noviembre de 1997, recurso 1178/1997) como las sentencias concretas que se tienen por contradictorias; y que el incumplimiento de estos requisitos constituye defecto procesal insubsanable, porque no está prevista su subsanación en el artículo 207.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 193.3 de la misma Ley y se trata, además, ‘de una omisión injustificada imputable a quien prepara el recurso en un trámite que, a diferencia de lo que ocurre con la casación ordinaria y la suplicación, exige la intervención de Letrado, y esa omisión afecta a la regularidad del procedimiento, al retrasar, también de forma injustificada, la firmeza de la sentencia de suplicación con el consiguiente perjuicio para la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable’. En ese mismo sentido se viene pronunciando, sin fisuras, una copiosa jurisprudencia que recogen, entre las más recientes, las Sentencias de 22 de junio de 2001 (recurso 3006/2000), 26 de marzo de 2002 (recurso 2504/2001), 18 de diciembre de 2002 (recurso 203/2002), 30 de septiembre de 2003 (recurso 3140/2001) y las que en ellas se citan. Cabe significar, finalmente, que sobre tal interpretación se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional, habiendo declarado en Auto 260/1993, de 20 de julio, que este criterio no es contrario al artículo 24 de la Constitución.”

Finalmente, siguiendo la misma línea jurisprudencial, la **STS de 6 de mayo de 2009**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2582/2008), I.L. J 580, al fallar la improcedencia del despido efectuado a trabajador, desestima el recurso de casación por falta de fundamentación de infracción legal y falta de contradicción.

Para la Sala:

“El examen del escrito de interposición del recurso pone de relieve la existencia del defecto de no citar la infracción legal imputada a la sentencia recurrida, ni su fundamentación lo que obliga a la desestimación del recurso. El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo de infracción de ley [artículo 222 de la LPL, en relación con los apartados a), b), c) y e) del artículo 205 del mismo texto legal]. Por ello, resulta plenamente aplicable en este recurso el artículo 477.1 de la vigente LEC de aplicación supletoria, que prescribe que el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso,

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

mientras que el 481.1 impone que en el escrito de interposición del recurso se expondrán con la necesaria extensión sus fundamentos (Sentencias de 7 de julio de 1992, 12 de abril de 1995 y 24 de noviembre de 1999). La parte recurrente no expone ni fundamenta la infracción legal a través del correspondiente motivo de casación, incumpliendo, en consecuencia, lo preceptuado en el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 205 del mismo texto legal y con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues para fundamentar el recurso de casación para la unificación de doctrina no basta la mera discrepancia de sentencias, sino que es preciso que la impugnada sea contraria a Derecho, por lo que se hace necesario señalar el precepto infringido y el modo en el que ha sido quebrantado; el recurrente se limita a analizar la existencia de contradicción entre una y otra sentencia aludiendo al examinar la pretendida contradicción al RD 1438/1985, de 1 de agosto, pero sin denunciar a través de un motivo específico dicha infracción legal imputada a la sentencia recurrida, fundamentándolos, con los que incumple la exigencia antes expuesta.”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Numerosas sentencias analizan los supuestos de nulidad del despido de trabajadoras embarazadas con independencia del conocimiento o desconocimiento de tal hecho por el empresario.

Así, la **STS de 13 de abril de 2009**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2351/2008), I.L. J 427, determina la nulidad del segundo despido efectuado a una trabajadora embarazada, cuyo embarazo no es conocido por la empresa.

En sentido análogo, la **STS de 6 de mayo de 2009**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2063/2008), I.L. J 578 y la **STS de 30 de abril de 2009**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2428/2008), I.L. J 508, fallan la nulidad de los despidos efectuados a dos trabajadoras embarazadas, cuyo estado de gestación no era conocido por la empresa.

Finalmente, la **STC 124/2009, de 18 de mayo de 2009**, (recurso de amparo 11224/2006), I.L. J 503, determina la nulidad del despido efectuado a una trabajadora cuyo embarazo no era conocido por la empresa, por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Las Salas fundamentan los fallos en los siguientes términos: “La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa a la interpretación que deba darse al artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y en particular se trata de determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario. (...)”. Finalmente y como argumento de refuerzo, se alude a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos

no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento. Sentencias dictadas en Sala General de 19 de julio de 2006 (recursos 387/2005 y 1452/2005), reiteradas por la de 24 de julio de 2007 (recurso 2520/2006). Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en Sentencia de 17 de octubre de 2008 (recurso 1957/2007), en la cual se señala: “Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en Sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales que se haga por dicho Tribunal”.

De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 8 de enero de 2009** (recurso 5/2009), I.L. J 323, desestima la nulidad de un despido ante la falta de aportación de indicio razonable de existencia de lesión del derecho a la asociación sindical, así como la inexistencia de violación del derecho a la indemnidad, ante la falta de conocimiento de la empresa de las reivindicaciones denunciadas por el actor.

Asimismo, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de enero de 2009** (recurso 1185/2008), I.L. J 350, y la **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009** (recurso 7241/2008), I.L. J 405, revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos en un supuesto de inexistencia de vulneración del derecho a la indemnidad de los trabajadores:

– En el primero de los casos analizados, la Sala desestima la nulidad del despido efectuado ante la ausencia de indicios de móvil discriminatorio que indique una vulneración del derecho a la indemnidad del trabajador afectado, declarando el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual.

– En el segundo supuesto, desestima la existencia de vulneración del derecho a la indemnidad del trabajador debido a que la sanción y el despido posterior están referidos a hechos diferentes.

En definitiva, ambas Salas desestiman la nulidad del despido ante la falta de indicios que debieron aportar los demandantes, demostrativos de un trato discriminatorio.

Finalmente, numerosas sentencias 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 Castilla y León (Valladolid) de 7 de enero de 2009** (recurso 176/2008), I.L. J 360, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de enero de 2009** (recurso 1248/2008), I.L. J 381, 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) Tutela de derechos fundamentales. b) Carga de la prueba e indemnización por daños morales.

c) Las asociaciones de empresarios no son titulares del derecho de libertad sindical.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Delegado sindical, comité conjunto, comité de seguridad y salud y regulación convencional. b) Discriminación y pertenencia a sindicato. c) Despido. d) Retraso en la transferencia de las cuotas sindicales.

2. Representación unitaria. A) Órganos de representación. Preferencia del comité conjunto sobre el delegado de personal. B) Representante de los trabajadores. Derecho de opción. Se prolonga durante el año siguiente a su mandato con independencia de cual sea la causa del despido. **3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto. B) El proceso de conflicto colectivo: legitimación. C) El proceso de conflicto

colectivo: competencia. **4. Huelga.** A) Servicios mínimos en servicios esenciales. B) Huelga ilegal: objeto de la acción declarativa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2009 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Tutela de derechos fundamentales

La tutela de la libertad sindical va acompañada de la tutela de otros derechos constitucionalmente reconocidos. En numerosas ocasiones se plantea el problema de la legitimación

activa de los sindicatos y la vulneración de la tutela judicial efectiva. Tal es el caso que se presenta en la **STC de 9 de febrero de 2009**, I.L. J 81, en el cual el sindicato impugna en la vía jurisdiccional contenciosa las órdenes de la consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias que aprobaron la lista provisional de readjudicación de determinados puestos de trabajo por considerar que con esa actuación la Administración autonómica vulnera las bases de la convocatoria e impidió que más de 149 funcionarios, muchos de ellos afiliados al sindicato, pudieran participar en este proceso.

El TC aplica su doctrina constitucional para determinar si se ha vulnerado la tutela judicial efectiva del sindicato (artículo 24.1CE) cuando se le niega legitimación para recurrir por considerar que esta actuación es una manifestación de la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas ajenas al ámbito de la actividad sindical. El TC entiende que para estos supuestos debe existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto del debate, ponderable en cada caso. Además, debe plasmarse en la noción de interés profesional o económico que se define como la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada. En este caso se estima el recurso. La actuación de las Administraciones en este supuesto guardan relación y están vinculadas con el círculo de intereses del sindicato recurrente.

En otros supuestos se plantea la violación del derecho de libertad sindical reconocido al sindicato en su vertiente del derecho a la información. No hay que olvidar que el TC ha determinado en relación con el artículo 28.1 que, aunque de su tenor literal pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, no hay que olvidar que su numeración de derechos no constituye un *numerus clausus*, sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional. Pues bien, en este contexto, la **STS de 19 de febrero de 2009** I.L. J 141, desestima el recurso interpuesto por el Sindicato Independiente de cuadros de Renault cuando reclama la copia básica de los contratos celebrados en los años 2006 y 2007 y las retribuciones actualizadas. En su Fundamento Jurídico Sexto viene a establecer varias cuestiones. La primera, que la retribución o el salario no es un dato de carácter personal ni íntimo, por el contrario, se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo. La segunda, que la empresa, al facilitar la información de los salarios por categorías y departamentos está cumpliendo perfectamente con las exigencias de información.

b) Carga de la prueba e indemnización por daños morales

Para conocer el contenido y alcance del derecho a la libertad sindical es necesario también conocer cuáles son las exigencias necesarias para condenar al pago de una indemnización en los procesos de tutela de libertad sindical. En este sentido, en el caso que se presenta en la **STS de 11 de febrero de 2009**, I.L. J 117, y tras la declaración de la vulneración del derecho a la libertad sindical de una trabajadora con abono de una indemnización por daños morales, viene a aplicar su doctrina sobre la interpretación que se hace del artículo

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

180 LPL. Para ello se establece que la indemnización no tiene carácter automático cuando se vulnera tal derecho, sino que es necesario además la constancia de que el daño o perjuicio ha existido de tal forma que se pueda cuantificar tal indemnización. En este caso, el TS no estima el recurso y determina que la vulneración en este supuesto del derecho recogido en el artículo 28 CE produjo perjuicios no sólo materiales sino morales.

c) Las asociaciones de empresarios no son titulares del derecho de libertad sindical

El acto de constitución de una asociación de empresarios no compromete el derecho de libertad sindical de una confederación patronal ya existente de ámbito regional, por la contundente razón de que las organizaciones de esa naturaleza no son titulares del derecho que garantiza y regula el artículo 28.1 de la Constitución Española.

Éste es el contenido del asunto que trata la STS de 1 de junio de 2009, I.L. J 629, cuyo planteamiento de fondo se hace tras rechazarse de plano las modificaciones que la recurrente propone en el relato fáctico, bien por falta de precisión en los documentos que deben servir de base al relato alternativo que se pretende, bien por incorporar la redacción que se propone valoraciones de naturaleza jurídica o sencillamente por resultar su contenido intrascendente al signo del fallo.

Centrado el litigio, pues, en la infracción de los preceptos que dan cobertura al derecho cuestionado, comienza la Sala por situar el alcance del vocablo “todos” que principia la redacción del artículo 28.1 de la Norma Básica, limitando su titularidad a los trabajadores. Y ello porque en una interpretación sistemática, que se conecta con el contenido del párrafo segundo del mismo precepto en referencia al derecho de huelga, no cabe extender la titularidad del derecho a las organizaciones empresariales, y sí, por el contrario, sólo a los sindicatos.

No sólo concurre con carácter prioritario la consideración literal y sistemática expuesta. En cuanto al tratamiento jurídico de sindicatos y asociaciones de empresarios, también el propio artículo 7 de la Constitución consolida una simetría respecto de su libertad de creación y funcionamiento democrático, pero traza enérgicamente una diferencia sustantiva sobre el distinto papel que separadamente les corresponde en la *defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios*. Esta dualidad como “entes diferenciados” permite que el propio artículo 1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sólo atribuya a los trabajadores la titularidad de ese derecho fundamental; alcance restringido este que no sólo ha visto el respaldo del Tribunal Constitucional, especialmente en la STC 52/1992, sino que el propio Tribunal Supremo ha venido también aplicando de forma reiterada.

Pese a su asimilación con los sindicatos en múltiples aspectos y el marcado ámbito de inmunidad que las organizaciones de empresarios presentan frente a la actuación de los poderes públicos, es indiscutible que en la actualidad su naturaleza, meramente asociativa, impide que sean titulares del derecho de libertad sindical, hecho que igualmente determina su exclusión tanto de la reserva de ley orgánica como del recurso de amparo, que regulan los artículos 81 y 53.2 de Nuestra Norma Básica, respectivamente.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho**a) Delegado sindical, comité conjunto, comité de seguridad y salud y regulación convencional**

El artículo 10.1 de la LOLS, en conexión con lo dispuesto en el artículo 63 ET, establece que “en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las secciones sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo”. Se trata ésta de una norma que establece mínimos de Derecho necesario, como ha señalado la jurisprudencia (SSTS de 22 de junio de 1992, 13 de julio de 1994, 18 de enero de 1995, entre otras; además de la jurisprudencia constitucional –SSTC 188/1995, de 24 de enero o la 269/2000, de 13 de noviembre–) y que, por consiguiente, se relaciona con el convenio colectivo de forma suplementaria, esto es, el convenio colectivo puede mejorar tales mínimos.

Precisamente en torno a esta cuestión gira el asunto que resuelve la **STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2009**, I.L. J 337. Se trata de un supuesto en el que la sección sindical constituida para varios centros de trabajo ubicados en una misma provincia reclama estar representada en el comité conjunto a través de un delegado sindical. La negociación colectiva había rebajado a 100 trabajadores el número mínimo de trabajadores a que hacer referencia el transcrito artículo 10.1 LOLS para poder ejercer tal derecho.

La oposición patronal viene dada precisamente por considerar que la mejora señalada se refiere a un concreto ámbito, el de cada centro de trabajo, y no al de todos en su conjunto, por lo que la norma a aplicar sería directamente la LOLS.

Pues bien, sobre la base de la mencionada jurisprudencia, que además establece un concepto flexible del centro de trabajo, la Sala viene a declarar la vulneración del derecho a la libertad sindical por considerar que el convenio colectivo se refiere al conjunto de centros de trabajo por lo que, siempre que coincida el ámbito referencial para la designación de la delegada sindical de la LOLS con dicho ámbito electoral, será posible tal representación, por cuanto no existe impeditivo legal o convencional alguno.

Sobre representación en el comité de seguridad y salud y proporcionalidad en la composición hay que destacar la **STS de 31 de marzo de 2009**, I.L. J 274, en la que se viene a establecer que el comité de seguridad y salud queda dentro de las excepciones al principio de proporcionalidad y que lo único exigible es que esté compuesto por delegados de prevención y por el empresario y que los delegados sean elegidos entre los representantes de los trabajadores, extremo este que se cumple en esta sentencia, pese a que el sindicato recurrente demande su representación en dicho comité.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

b) Discriminación y pertenencia a sindicato

En esta ocasión las situaciones de discriminación se producen en torno a la vulneración del derecho de libertad sindical de los profesores de religión. En el primer supuesto, recogido en la **STS de 20 de febrero de 2009**, I.L. J 31, el trabajador no es contratado para el curso 2003-2004 demandando tal situación por entender que la causa de la no contratación es su participación en actividades sindicales y la defensa de profesores en el Juzgado de lo Social. El TS desestima el recurso interpuesto por el Obispado por entender que cuando el actor aporta una prueba verosímil reveladora de la existencia de un panorama discriminatorio es necesario que el demandado realice una explicación justificativa de su conducta. En este caso la parte demandada no realiza tal explicación contraviniendo así, además, la jurisprudencia constitucional para el caso de no renovación de una habilitación otorgado anteriormente y cuya revocación necesita de razones de índole religiosa o moral.

En sentido parecido vuelve a manifestarse el Tribunal Supremo en la **STS de 14 de enero de 2009**, I.L. J 109, en la que el profesor de religión no es propuesto para ser contratado para el siguiente curso. El actor aporta como indicios de la vulneración de su derecho a la libertad sindical y de la garantía de indemnidad su condición de miembro de la dirección de un sindicato de profesores de religión y su participación en huelgas reivindicativas. Una vez más el Obispado omite toda explicación justificativa de su conducta contraviniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Además en esta sentencia se trae a colación la doctrina asentada sobre contratación y renovación de profesores de religión.

c) Despido

Un claro ejemplo siempre de vulneración del derecho a la libertad sindical es cuando se produce un despido. Tal es el caso de la **STC de 12 de enero de 2009**, I.L. J 19, en el que el demandante acredita la existencia de un panorama indiciario del que surge la fundada sospecha de una conducta empresarial de represalia derivada del ejercicio por parte del trabajador de sus funciones sindicales (fue objeto de sucesivas sanciones, imposición arbitraria de vacaciones, y aislado del resto de sus compañeros). Pues bien, ante este indicio razonable, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales y que nada tienen que ver con la intención de lesionar el derecho fundamental. Ante las alegaciones realizadas por la empresa, carentes de justificación para desvirtuar la prueba indiciaria se otorga el amparo solicitado por el recurrente.

d) Retraso en la transferencia de las cuotas sindicales

Se plantea demanda de tutela del derecho fundamental a la libertad sindical cuando la empresa Bimbo SAU se retrasa en la transferencia de las cuotas sindicales detráidas de las nóminas de los trabajadores afiliados al sindicato. El sindicato recurre ante el Tribunal Supremo esta vulneración, pero la empresa alega error informático. En la **STS de 8 de abril de 2009**, I.L. J 253, se desestima el recurso estableciendo que un mero retraso en las transferencias mensuales de las cuotas sindicales a causa de un fallo informático no es causa de vulneración de este derecho cuando además la empresa adoptó la decisión de verificar de

forma manual la detracción de las cuotas sindicales y su transferencia al sindicato, lo que sin duda está lejos de la intención de vulnerar el derecho a la libertad sindical.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Órganos de representación. Preferencia del comité conjunto sobre el delegado de personal

En el caso enjuiciado por la STSJ de Murcia de 26 de enero de 2009, I.L. J 464, se presentó preaviso de elecciones sindicales para su celebración en uno de los centros de trabajo de una empresa de seguridad; concretamente, en el centro de trabajo del Aeropuerto de San Javier (Murcia) que daba ocupación a 44 trabajadores.

Es necesario advertir que, en la empresa de seguridad, ya existía un comité de empresa único, de ámbito regional, que representaba a los 115 trabajadores que prestaban servicios en la región de Murcia. Dicho comité estaba integrado por nueve miembros, cuyo mandato estaba en vigor en el momento en el que se presenta el preaviso de nuevas elecciones.

El sindicato UGT presentó demanda en materia de impugnación de preaviso de elecciones sindicales por entender que, dadas las concretas circunstancias del caso, el centro de trabajo del aeropuerto no constituía una unidad electoral. Dicha demanda fue estimada en la instancia y confirmada con posterioridad por el Tribunal Superior de Justicia. Teniendo en cuenta que, en la región de Murcia, la empresa da ocupación a más de 50 trabajadores y que en el aeropuerto sólo prestan servicios 44 de ellos, procede la aplicación de un comité de empresa conjunto que represente a la totalidad de los trabajadores de la empresa, de conformidad con el artículo 63.2 ET.

Dicho precepto establece de forma expresa: “En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto”. Y continúa en el siguiente párrafo: “Cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro”.

Por lo expuesto, se aprecia una preferencia del legislador por el comité de empresa conjunto frente a los delegados de personal y, al tiempo, una preferencia por el comité de empresa propio, sobre el conjunto. Lo que ocurre en el caso es que el umbral de trabajadores, aun próximo a los cincuenta, no alcanza el número mínimo fijado por el legislador, por lo que el supuesto enjuiciado encuentra su anclaje en el primer apartado del artículo 63.2 ET y, en consecuencia, el centro de trabajo no constituye unidad electoral, siendo nulo el preaviso de elecciones sindicales.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

B) Representante de los trabajadores. Derecho de opción. Se prolonga durante el año siguiente a su mandato con independencia de cual sea la causa del despido

De acuerdo a lo establecido en el artículo 56.4 ET, en el caso de que se despidiera a un representante de los trabajadores y de que el despido sea declarado improcedente, es el trabajador –y no el empresario– el que tiene derecho a optar entre la readmisión o la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo. Pues bien, ¿durante cuánto tiempo se prolonga esta garantía frente al despido? Nada dice el artículo 56.4 ET. Sin embargo, el artículo 68.c) ET reconoce a los delegados de personal y a los miembros del comité de empresa el derecho a no ser despedidos, ni sancionados, durante el ejercicio de sus funciones, ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, “siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación”. Del tenor literal del precepto se advierte que este plus de protección se condiciona a que el móvil de la medida empresarial se relacione con el desempeño de las funciones representativas. No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo, en su **STS de 19 de mayo de 2009**, I.L. J 554, ha realizado una interpretación finalista del artículo 56.4 ET, en relación con el 68.c) del mismo cuerpo legal, de acuerdo a la cual el derecho de opción se hace extensivo al año siguiente a la duración del mandato del representante, con independencia de cual haya sido la causa del despido.

En palabras del Tribunal Supremo: si el día siguiente al cese del representante en sus funciones de representación, pudiera la empresa extinguir el contrato de trabajo de forma unilateral, quedaría burlado el fin que persiguen los preceptos legales interpretados: garantizar que el empresario no pueda tomar represalias directas o indirectas contra quien tiene o ha tenido la representación de sus compañeros de trabajo.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto

El procedimiento de conflicto colectivo, según se establece en el artículo 151 de la LPL, sólo procede cuando se den ciertos requisitos relativos tanto a los sujetos afectados, que deben conformar un grupo genérico de trabajadores, como al objeto del proceso, que debe ser una cuestión controvertida de carácter jurídico, es decir, relativo a la aplicación o interpretación de una norma. Respecto del llamado requisito subjetivo se ha de matizar que no es preciso que el colectivo de trabajadores afectado sea indeterminado, sino que es suficiente que afecte de manera diferenciada a un grupo de trabajadores, aun cuando éstos sean perfectamente identificables.

Esta doctrina es precisamente la que se ha aplicado en la **STS de 28 de enero de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 73, en la que la cuestión litigiosa se constituye en torno a la determinación de las cantidades adeudadas a los trabajadores afectados por el Expediente de Regulación de Empleo autorizado a la empresa “Babcok Power España”, y que resuelve el recurso planteado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que había rechazado la demanda por entender que al afectar el conflicto únicamente a los trabajadores despedidos no reunía los requisitos para ser tramitada conforme a este procedimiento especial. Frente a esta interpretación, el

TS afirma que el hecho “de que puedan identificarse, individualmente, cada uno de los trabajadores afectados, no desvirtúa ni su condición de integrante del grupo ni el carácter homogéneo de éste”; lo relevante es que la controversia afecta de manera indiferenciada a todo ese grupo al versar ésta sobre la interpretación de una única decisión de la empresa, consistente en aplicar a todos los trabajadores por el ERE un mismo y único sistema de cálculo y en consecuencia devuelve las actuaciones a la Audiencia.

Esta concepción del grupo de trabajadores como algo homogéneo permite distinguir aquellas situaciones en las que, como la recién explicada, existe una afectación general de los trabajadores integrantes de aquél de aquellas otras en las que habiendo nacido el problema de un acto colectivo la controversia surge de una disconformidad individual o plural, pero que carece de la homogeneidad necesaria para que pueda tener naturaleza colectiva. Éste es el razonamiento seguido para rechazar el carácter colectivo de la demanda interpuesta por ENDESA, SA y ENDESA GENERACIÓN, SA con el objeto de impugnar una serie de pleitos iniciados por algunos trabajadores contra los despidos realizados en ejecución de un ERE aprobado conjuntamente por las empresas señaladas y la representación de los trabajadores en la **STS de 7 de abril de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 380.

En esta misma lógica, debe destacarse que la afectación a un grupo heterogéneo no ha de entenderse necesariamente como una aplicación de la decisión empresarial a todos y a cada uno de sus integrantes, sino que es suficiente para alcanzar este requisito con que la afectación sea potencial. Así en la **STS de 19 de enero de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 47, se rechaza la pretensión de inadecuación del procedimiento para impugnar el nuevo organigrama de Portos de Galicia con el argumento de que la reestructuración que suponía sólo tendría efectos sobre algunos trabajadores.

La misma resolución permite resaltar algunos de los aspectos del requisito objetivo de esta clase de procesos, pues en ella se expone con claridad la necesidad no sólo de que la controversia planteada tenga carácter jurídico, sino como paso previo que exista una verdadera controversia. No puede aceptarse que se entablen demandas por esta vía cuando la empresa y representantes de los trabajadores están plenamente de acuerdo en la regulación aplicable y en su interpretación, como es el caso. Lo relevante es el aspecto social o agregado del conflicto, que debe por tanto referirse al conjunto de trabajadores entendido como grupo, y no precisamente a quienes discrepan individualmente de los acuerdos alcanzados globalmente, que es precisamente el hecho de la Sentencia referida, toda vez que los trabajadores impugnaron la decisión de la empresa que ejecutaba el acuerdo aceptado entonces y ahora por los representantes sindicales en las dos empresas.

En relación al objeto del proceso, por otra parte, no debe confundirse el carácter jurídico de la controversia con la suerte que deba correr la pretensión alegada. Esto implica que aun cuando los argumentos jurídicos planteados por el demandante deban ser desestimados, la pretensión será enjuiciable por el procedimiento del artículo 151 LPL siempre que se base en una norma legal o convencional. Precisamente es ésta la situación que se analiza en la STS de 19 de enero de 2009 antes referida, en la que se casa la Sentencia que

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

dio la razón a la Federación Nacional de Transportes, Comunicaciones y Mar de la Unión General de Trabajadores (UGT) contra el acuerdo adoptado por el ente público Puertos de Galicia y las organizaciones sindicales Comisiones Obreras de Galicia y Confederación Intersindical Gallega, al aceptar el TS que la mera aprobación del organigrama no supone per se una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

B) El proceso de conflicto colectivo: legitimación

El procedimiento de conflicto colectivo, por su naturaleza, no busca la tutela de intereses jurídicos que afecten a sujetos particularmente concebidos, por lo que la legitimación activa y pasiva se debe interpretar precisamente desde la perspectiva de globalidad, sin que pueda por tanto entenderse que existe indefensión para cada uno de los afectados por la Sentencia dictada por el hecho de no haber sido llamados al proceso o aun por haberse denegado su personación en él. Precisamente por eso sólo podrán personarse como parte en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, las organizaciones empresariales representativas y los órganos de representación legal o sindical, lo que excluiría la intervención directa del trabajador que se sienta perjudicado por la resolución dictada, cuyo derecho constitucional a la tutela judicial efectiva quedará incólume. Así lo declaró la **STC 12/2009, de 12 de enero**, I.L. J 16, resolviendo un recurso de amparo en el que el recurrente alega la vulneración de este derecho por su falta de emplazamiento efectivo, directo y personal en el proceso, pese a verse afectado por él: en el procedimiento de referencia lo que se dirimía era una cuestión de alcance general, que afectaba a todo el colectivo de trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, por lo que el Auto de la Sala de lo Social del TSJ de 29 de marzo de 2007 impugnado es acorde a derecho.

De hecho, como bien concluye el TC, “si la pretensión formulada hubiera excedido del ámbito material del procedimiento la consecuencia no podría ser nunca la de imponer una ampliación de la legitimación pasiva contraria al objeto y naturaleza del procedimiento de referencia, sino la de declarar, en su caso, la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, cuestión esta no suscitada en la demanda de amparo y sobre la que, en consecuencia, no podemos pronunciarnos”. En todo caso, que la sentencia firme de conflicto colectivo produzca efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución (artículo 158.3 LPL) no supone una limitación para que en un potencial proceso ordinario se resuelvan pretensiones individuales.

La misma naturaleza del proceso permite, por otra parte, que la legitimación para éste no pueda confundirse con la capacidad exigida para llevar a cabo otros actos de eficacia jurídica y, particularmente, los relativos a la negociación de convenios colectivos de ámbito supraempresarial. Ello supone que las organizaciones sindicales, en atención al papel que se les reconoce en el artículo 7 CE, podrán actuar en esta clase de procesos siempre que actúen en defensa de los intereses de sus representados. No se trata por tanto de una concepción del sindicato como defensor abstracto de la legalidad, por lo que es preciso que se dé una cierta conexión de éste con el conflicto (en este caso jurídico) de que se trate, sin que pueda confundirse esta conexión con la implantación exigida para ser considerado como “más representativo” a los efectos de los artículos 87 y 88 ET. Es precisamente éste el de-

bate jurídico que se trata en la **STS de 12 de mayo de 2009**, Sala de lo Social, I.L.J 626, en el que se plantea la legitimación activa de un sindicato, la USTEA, con una implantación del 5,08% en afiliación entre el personal laboral de la Junta de Andalucía y sin representación en el Comité del Convenio, para interponer una demanda de conflicto colectivo basada precisamente en disposiciones del Convenio colectivo, relativas a las obligaciones formativas de la Administración Andaluza en su condición de empresario. La Sentencia, con referencia a múltiples resoluciones de la propia Sala y del Tribunal Constitucional, y basándose en la función del sindicato como representante de intereses colectivos de los trabajadores, sostiene la capacidad de estas organizaciones para defender, incluso en el ámbito procesal, cualquier derecho de sus representados. Por ello, al tratarse la USTEA de un sindicato con efectiva implantación en el sector en cuestión, no puede negarse su legitimación para iniciar procesos en defensa de los intereses de sus representados.

C) El proceso de conflicto colectivo: competencia

La competencia funcional determina qué órganos de distinto grado o instancia deben conocer del asunto litigioso, si bien el artículo 5.1 LPL prevé que “si los órganos jurisdiccionales se estimaren incompetentes para conocer de la demanda por razón de la materia o de la función, acto seguido de su presentación dictarán auto declarándolo así y previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho”. Por la aplicación de este precepto, se dictó un auto por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el que se declaró “funcionalmente incompetente” para sustanciar y resolver un conflicto surgido por la aplicación que la empresa Air Nostrum hace de un artículo del convenio colectivo en relación al tiempo de trabajo, concretamente si había de computarse en la jornada de trabajo el tiempo invertido por los trabajadores pilotos en atravesar el recinto aeroportuario en el aeropuerto Madrid-Barajas. Frente a la anterior sentencia, la organización sindical SEPLA interpone un recurso de casación ordinario que resuelve la **STS de 6 de febrero de 2009**, Sala de lo Social. El Alto Tribunal desestima el recurso planteado por el sindicato accionante y confirma que los términos del conflicto no desbordan el ámbito de una Comunidad Autónoma pues la cuestión litigiosa sólo afecta a los pilotos cuya residencia y centro de trabajo se encuentra en Madrid. Consecuentemente, el órgano competente para conocer el presente procedimiento será el Juzgado de lo Social de Madrid –artículo 7 LPL– pues, como es doctrina reiterada del TS, la distribución de competencia de instancia para conocer de las demandas de conflicto colectivo no deriva del alcance de la norma que se trata de interpretar o aplicar sino del área o alcance a la que se contrae el conflicto.

4. HUELGA

A) Servicios mínimos en servicios esenciales

La limitación del derecho de huelga justificada en la necesidad de garantizar los servicios mínimos ha sido objeto de tratamiento sistemático por el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 193/2006, de 19 de junio)–, recordando que “siendo el derecho de huelga un

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

derecho relativo, limitado por otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, la consideración de un servicio como esencial no puede representar la supresión total de un derecho, sino sólo su limitación relativa, siempre de modo justificado y adecuadamente proporcionado”. En la adopción de medidas que garanticen el mantenimiento de estos servicios, la autoridad gubernativa debe ponderar, en primer lugar, el ámbito territorial de la huelga, en segundo lugar, su previsible duración, así como las concretas necesidades del servicio sobre el que repercute la huelga. En el supuesto enjuiciado en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) 7 de enero de 2009**, I.L. J 255, se confirma la procedencia del despido de un trabajador que incumplió los servicios mínimos acordados para la huelga convocada por el Secretario General del Sindicato Comisiones Obreras del sector de transporte de enfermos y accidentados de ambulancias en los centros de la Comunidad Autónoma de Canarias. Frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda interpuesta por un trabajador de “Aeroméfrica Canaria, SL”, declarando improcedente el despido, ambas partes se alzan en suplicación: la demandante pretende la declaración de nulidad del despido y la empresa demandada aduce un único motivo de censura judicial, solicitando la revocación de la sentencia con desestimación de la demanda calificando el despido como procedente. Como es sabido, en aquellos procesos en los que se alega vulneración del derecho a la libertad sindical entra en juego la institución de “la inversión de la carga de la prueba” que exige al demandante probar uno o varios indicios (hechos indiciarios) de los que pueda deducirse la probabilidad de la violación. En el supuesto enjuiciado, no existen indicios de una conducta empresarial contraria al derecho de libertad sindical del actor puesto que éste fue sancionado en virtud de concretas y puntuales conductas entre las que se detallaron diversos incumplimientos de los servicios mínimos. La gravedad de la conducta del trabajador, sostiene el TSJ, debe dar lugar a la confirmación del despido y, en consecuencia, supone la revocación de la sentencia impugnada declarando procedente el despido del trabajador con las consecuencias prevenidas del artículo 55.7 ET.

La correcta determinación de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa ha de estar adecuadamente motivada y debe ponderar ambos derechos, el de los huelguistas de conocer las razones por las que se limita el ejercicio del derecho fundamental y el de la empresa de poder garantizar la prestación de servicios mínimos. En este sentido, la **STS de 10 de marzo de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 316, analiza la legalidad de la orden del Gobierno Vasco que fijó los servicios mínimos para una huelga en un centro geriátrico. En particular, la empresa impugnante alega que éstos son inferiores a los niveles de personal mínimo establecidos por la normativa vigente para esta clase de centros. Frente a ello, entiende el TS, apoyándose en la jurisprudencia constitucional, que no cabe equiparar la exigencia de cobertura mínima de los servicios esenciales para la comunidad con las necesidades de funcionamiento normal de la empresa, aun cuando vengan impuestas normativamente. Un segundo motivo de controversia se refiere al cómputo, dentro de los trabajadores que han de prestar los servicios mínimos, de aquellos pertenecientes a otras empresas con las que la recurrente había subcontratado ciertos servicios (antes de la convocatoria de huelga). En relación a éstos, entiende el Tribunal que, dado que la función de los servicios mínimos es garantizar la prestación de los servicios esenciales, es irrelevante la relación jurídica que mantenga el sujeto con la empresa que sufre la huelga, y por tanto sí debe incluirse para determinar el número de trabajadores que deben prestar servicios durante aquélla. En sentido idéntico se pronuncia la **STS de 14**

de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 317, que analiza la orden del Gobierno de Aragón que declara que son servicios mínimos, por afectar al Derecho a la educación, los relativos a vigilancia de comedores escolares. Ello obliga al Tribunal a recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a los servicios esenciales, que lo son no tanto por la naturaleza de la actividad como por los efectos que despliegan: el servicio será esencial si esenciales son los intereses satisfechos por él. Por ello es conforme a Derecho otorgar esta calificación a la actividad de los huelguistas, dado que el servicio es en determinados casos esencial para que pueda satisfacerse el Derecho a la Educación. Por otra parte, la fijación de los servicios mínimos no puede ser tal que cubra normalmente el servicio, pues quedaría sin efecto el derecho de huelga, que es igualmente fundamental, por lo que el deber de motivación de toda decisión administrativa restrictiva de derechos aparece en este caso especialmente reforzado. En consecuencia, y ante la falta de motivación suficiente en la decisión de exigir una cobertura del 100% en determinados centros, el Tribunal Supremo declara anulada la orden de fijación de servicios mínimos.

B) Huelga ilegal: objeto de la acción declarativa

La desconvocatoria de una huelga no deja sin objeto la acción iniciada por una empresa para que los Tribunales declaren la ilegalidad de la medida de conflicto anunciada. La STS de 14 de mayo de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 610, sostiene que debe diferenciarse la acción para detener una huelga en curso de la meramente declarativa de su ilegalidad, que no queda sin objeto por el hecho de no haber llegado a tener lugar, pues existe un interés legítimo en que la convocatoria en sí misma sea calificada. Éste se concreta en el interés de deshacer la incertidumbre jurídica sobre la licitud de las medidas de conflicto, lo que condicionará, según el Alto Tribunal, las acciones futuras de empresa y sindicatos. En esta sentencia se dirime el recurso de RENFE OPERADORA frente a la SAN que declaró finalizado el procedimiento por haber quedado satisfecho extraprocesalmente el interés de la demandante, por ser éste la declaración de ilegalidad de la huelga convocada por el sindicato CGT y haberse alcanzado posteriormente un acuerdo que llevó a la desconvocatoria de la medida de conflicto. El TS sostiene que un acuerdo de desconvocatoria, por otra parte, no puede suponer un reconocimiento de ilicitud de la convocatoria por parte del sindicato, por lo que no puede entenderse que con éste quede satisfecho el interés de la demandante. Ello conlleva la devolución de actuaciones a la Audiencia Nacional para que se pronuncie sobre la cuestión de fondo controvertida.

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. Contenido normativo del convenio colectivo.** A) Límites. En relación con la retribución de las horas extraordinarias. **2. Ámbito de aplicación.** A) Exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada. **3. Determinación del convenio colectivo aplicable.** **4. Duración del convenio colectivo.** A) Alcance de la retroactividad. B) “Ultraactividad”. **5. Sucesión de convenios colectivos.** A) Del nuevo convenio colectivo sectorial y provincial en vigor por otro estatal de empresa concluido durante la ultraactividad del anterior sectorial. B) Del convenio “extraestatutario” por uno estatutario. **6. Convenios colectivos “extraestatutarios”.** A) Consecuencias de su naturaleza contractual. **7. Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales Laborales.

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 1 a 4, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2009, de Lex Nova. Resultan particularmente interesantes las SSTs de 12 de diciembre de 2008 y 25 de febrero y 20 de marzo de 2009, las tres en unificación de doctrina, sobre la sucesión del convenio “extraestatutario” por el estatutario, cuyos términos coinciden con la de 23 de diciembre de 2008, ya reseñada en el número 39 de esta misma Revista.

1. CONTENIDO NORMATIVO DEL CONVENIO COLECTIVO**A) Límites. En relación con la retribución de las horas extraordinarias**

El criterio a seguir es el de que la regulación de esta materia por parte del convenio colectivo debe respetar la regla del artículo 35.1 del ET, según la cual, el valor de cada hora extraordinaria no podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Dicha regla constituye un mínimo de derecho necesario relativo mejorable por convenio colectivo. Además, no deja de regir respecto a aquellas horas extraordinarias comprendidas entre la jornada máxi-

ma convencional inferior a la máxima legal y esta última. Todas las horas que realicen los trabajadores incluidos en un convenio colectivo que fije una duración máxima de la jornada inferior a la máxima legal serán extraordinarias si superan esta última. “No existen unas horas extraordinarias convencionales distintas de las legales, susceptibles de ser remuneradas de una manera distinta [de la prevista en el artículo 35.1 del ET] en virtud de la mejora introducida en la jornada por la norma pactada, porque el legislador del ET quiere que las horas extraordinarias legales sean, precisamente, las convencionales. Todas son extraordinarias y a todas les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 35 del ET” (SAN de 24 de febrero de 2009, I.L. J 192, con cita y transcripción parcial de la STS de 21 de febrero de 2007, reseñada en el número 32 de esta misma Revista).

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) Exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada

Requiere que aparezca fundada en causa objetiva y suficiente. No sirve a los efectos de amparar la exclusión la cláusula del convenio que dispone que aquélla alcanza al “personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de convenio”. Tal cláusula “no es admisible en su tautológica generalidad (se excluyen del convenio los trabajadores que sean contratados como excluidos del convenio)”; su admisión se encuentra condicionada “a una elemental exigencia de legalidad (siempre que la exclusión se ajuste a Derecho), de forma que en manera alguna puede interpretarse en el sentido de que” la empresa (en el caso de autos, la Administración pública) “esté facultada para situar extramuros del ámbito del convenio —por su exclusiva voluntad— a los colectivos temporales, con la minoración de derechos que ello comporta”. Una facultad como la indicada, además de ser contraria al “artículo 1256 CC”, vulneraría “flagrantemente el artículo 15.6 ET” y desconocería “la doctrina constitucional y jurisprudencial sentada sobre el tema en cuestión”, de la que forma parte, por lo que se refiere a la primera, la STC 136/1987, de 22 de julio, según la cual “el principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, ésa es la mejor vía para la defensa de sus intereses. Pero a esa exclusión, que, generalmente, tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse la de aquellos que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente. En este último supuesto, la exclusión puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer

VIII. Negociación Colectiva

injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados” (STS de 5 de mayo de 2009, I.L. J 569, en casación para la unificación de doctrina).

3. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Debe estarse a la actividad real y principal o preponderante de las desarrolladas por la empresa, no a la que pueda aparecer en el objeto social que figure en los estatutos de ésta. Teniendo en cuenta tal criterio, el convenio a aplicar será, a falta de uno propio, si aparece que la referida actividad es la de realización y dirección de proyectos de obras, el estatal de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos y no el general del sector de la construcción. El hecho de que también se lleven a cabo tareas de control de calidad de tales obras, comprendidas en el ámbito funcional de este último convenio, no conlleva su aplicación cuando aquéllas no pasan de ser una actividad complementaria de la principal ya citada. Así, STS de 20 de enero de 2009, I.L. J 52, en casación para la unificación de doctrina y con cita de otras anteriores aplicando el criterio señalado:

La solución del caso exige “determinar cuál es la actividad principal de entre las dos desarrolladas por la empresa en sus distintos centros de trabajo (...), a saber, la dirección de proyectos y ejecución [quiere decirse, sin duda, dirección] de obras, por una parte, y control de calidad, por otra”.

De los datos arrojados por las auditorías practicadas “resulta, atendida la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa, exteriorizada en el número de empleados en cada actividad, en la facturación y en la rentabilidad, que la actividad real preponderante es la de ingeniería, consistente en la redacción de proyectos y dirección de obra, por lo que resulta de aplicación el convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, en cuyo artículo 1 –XIV convenio– fija su ámbito funcional disponiendo que el mismo es de obligada observancia en todas las empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos cuya actividad es de asistencia técnica, estudios y proyectos de ingeniería civil, agraria, medioambiental, estando también comprendida (...) ‘la inspección, supervisión y control técnicos y de calidad en la ejecución de tales proyectos y estudios’”.

4. DURACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Alcance de la retroactividad

La retroactividad de la regulación de las condiciones de trabajo que pueda prever el convenio posterior no puede entenderse en términos absolutos y ha de atemperarse a las circunstancias del caso, así como a los principios que rigen la aplicación de las normas en el tiempo. Tratándose de obligaciones de hacer (en el caso de autos, la obligación del trabajador de preavisar de su dimisión), ha de estarse a los términos con que se configuren

en el convenio vigente en el momento de su cumplimiento. Así, STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009, I.L. J 402:

“La alegación de la empresa recurrente de que debe ser aplicable el convenio colectivo publicado tras la comunicación remitida por la trabajadora de dar por extinguido el contrato de trabajo no puede ser aceptada (...).

La aplicación de la nueva norma con efectos retroactivos encuentra serias dificultades jurídicas aplicando los principios que rigen en nuestro ordenamiento sobre la aplicación de las normas en el tiempo. El principio general es el de la sucesión normativa recogido en el artículo 2.1 del Código Civil, según el cual las leyes entran en vigor a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispone otra cosa y con su entrada en vigor derogan aquello que expresamente dispongan y, en cualquier caso, todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por ello, los hechos se rigen por la norma que se hallaba en vigor en el momento de producirse, por lo que, en (sic) base a este criterio, si en la fecha en que se formuló por la demandante la petición de extinción del contrato de trabajo, el convenio que se encontraba vigente era el antiguo, deben aplicarse las consecuencias previstas en éste (...).

En el presente caso, nos encontraríamos ante una obligación de hacer, cuyos efectos deben ser los derivados de la norma vigente en el momento de ejecutarla, no los que derivan de una aplicación retroactiva del nuevo convenio, cuyos efectos serían distintos.”

B) “Ultraactividad”

No es predicable respecto a los convenios colectivos “extraestatutarios”. El mantenimiento de ciertas condiciones establecidas en ellos no se produce en virtud de su “ultraactividad”, de la que carecen, sino en la medida en que constituyan condiciones más beneficiosas (SSTS de 12 de diciembre de 2008 y 25 de febrero y 20 de marzo de 2009, las tres en casación para la unificación de doctrina, I.L. J 506, 165 y 241, respectivamente).

5. SUCESIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

A) Del nuevo convenio colectivo sectorial y provincial en vigor por otro estatal de empresa concluido durante la ultraactividad del anterior sectorial

Tal sucesión impide pretender que se siga abonando cierto concepto salarial (una “paga de fidelidad”) que prevé el primer convenio y que no contempla el segundo, de empresa. La cuestión ha de resolverse “mediante la aplicación de los principios legales de sucesión de convenios y modernidad, contenidos en los artículos 82.4 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores”. La solución indicada no resulta alterada por el hecho de que la empresa y la representación de los trabajadores hubiesen hecho mención al aludido concepto sa-

VIII. Negociación Colectiva

larial con anterioridad a la conclusión del convenio de empresa cuando aparece que esa mención estaba unida a la hipótesis de que no tuviese lugar la suscripción del convenio de empresa y, por lo tanto, hubiera que seguir estando al de sector. Semejante mención no equivale a un pacto de mantenimiento del expresado concepto salarial; asimismo, tampoco cabe sostener que tal mantenimiento debe producirse a título de condición más beneficiosa. Así, **STS de 20 de abril de 2009**, I.L. J 490:

“El sindicato demandante sostiene el solapamiento o compatibilidad de la aplicación de tal nuevo convenio [de empresa] y la referida paga, alegándose, en esencia, que se trata de una condición más beneficiosa, o de un pacto introducido en el calendario laboral para el año 2006.

Pero realmente no puede acogerse la legalidad de ninguna de las dos vías por las que parece encauzarse la pretensión. Por un lado, no estamos en presencia de una condición más beneficiosa, pues la simple aplicación del convenio del comercio de Gerona y de la paga de fidelidad que contenía no era sino una consecuencia de la vigencia de esa norma pactada, que quedó sin efecto por la aplicación de otra norma pactada posterior, el convenio de empresa, de forma que la pervivencia de determinadas condiciones anteriores no vigentes cuando éstas estaban contenidas en el artículo 34 del convenio anterior (el sectorial y provincial en ultraactividad), nunca podría ser viable puesto que el convenio anterior dejó de aplicarse en su integridad.

Por otra parte, tampoco existió realmente un pacto en la empresa para que continuase abonándose para 2006 la paga de fidelidad, desde el momento en que (...) la introducción en el calendario laboral para el año 2006 (...) de las previsiones necesarias para la aplicación del artículo 34 del convenio provincial (en ultraactividad) fue un acto de prevención o cautela para permitir que se devengase el derecho en una situación en la que el convenio que contenía el mismo había terminado su vigencia y se estaba negociando el siguiente. Pero esa previsión quedó sin contenido real cuando el convenio en el que se apoyaba nunca llegó a entrar en vigor en la empresa ni resultó de aplicación, por tanto, a los trabajadores afectados.”

B) Del convenio “extraestatutario” por uno estatutario

Semejante sucesión no se rige por las reglas de los artículos 82.4 y 86.4 del ET. No se está ante una sucesión de normas, sino ante la sucesión de una regulación de naturaleza contractual por otra de naturaleza normativa (la del convenio estatutario) a resolver, pues, de acuerdo con la regla del artículo 3.1.c) del ET. El eventual mantenimiento de ciertas condiciones establecidas en el convenio colectivo “extraestatutario” no se produce en virtud de su ultraactividad, de la que carece, sino en virtud de que éstas se consideren constitutivas de condiciones más beneficiosas. Confirma la solución expuesta, en casación para la unificación de doctrina, 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, con cita de otras de igual Tribunal y Sala y con términos iguales a los de la de 23 de diciembre de 2008, también en casación para la unificación de doctrina, reseñada en el número 39 de esta misma Revista.

Para más detalle, véase apartado siguiente.

6. 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 86.4 del ET. “En el caso de las condiciones de trabajo establecidas por un convenio extraestatutario no estamos ante una sucesión de normas, como ocurre en el supuesto de la sucesión de convenios estatutarios, sino ante una regulación contractual –la del convenio extraestatutario– sobre la que opera una nueva regulación normativa –la del nuevo convenio estatutario–. La situación es, por tanto, la misma que regía antes de la aparición del nuevo convenio estatutario”. Se produce, en el caso que se examina, una concurrencia entre éste y el convenio extraestatutario “que resuelve el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de la preferencia aplicativa de las condiciones más favorables” que aparezcan en el segundo. Tal preferencia y, a la postre, subsistencia de condiciones “no debe confundirse (...) con la ultraactividad que para el convenio estatutario establece el artículo 86.3.2º del Estatuto de los Trabajadores. El convenio extraestatutario carece de ultraactividad”. “El término de su vigencia no impide la conservación de las condiciones adquiridas en atención a una regulación de origen contractual, de acuerdo con la doctrina de la condición más beneficiosa. La condición se ha incorporado al vínculo contractual y no queda eliminada por la entrada en vigor de una regulación procedente de otro orden normativo, aunque (...) tenga que adaptarse a él” (SSTS de 12 de diciembre de 2008 y 25 de febrero y 20 de marzo de 2009, las tres en casación para la unificación de doctrina, I.L. J 506,165 y 241, respectivamente. Véase STS de 23 de diciembre de 2008, también en casación para la unificación de doctrina, reseñada en el número 39 de esta misma Revista).

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Con carácter general, las facultades de las comisiones paritarias son de administración del convenio colectivo. La asunción, a mayores, de facultades de regulación o normativas precisan de previsión en éste, han de desarrollarse en los términos en él establecidos y deben respetar las reglas sobre legitimación para negociar, adopción de acuerdos y publicidad contenidas en el ET. Sus resultados no pueden ser contrarios a los aludidos términos. No concurriendo las expresadas condiciones, deviene nulo el correspondiente acuerdo. Tiene ocasión de recordar y aplicar el criterio señalado la STS de 20 de mayo de 2009, I.L. J 617:

“La comisión paritaria es en nuestro ordenamiento jurídico un órgano de administración del convenio, entendiendo por tal la resolución de las cuestiones que puedan dar lugar a

VIII. Negociación Colectiva

la interpretación y aplicación de las normas de aquél (...) y la gestión o ejecución de sus mandatos. No es, por tanto, un órgano con competencias normativas, ni un órgano de negociación permanente y la Sala ha señalado, con reiteración, que 1º) entre las atribuciones de la comisión paritaria no figura ni puede figurar la modificación de lo pactado en convenio colectivo (Sentencias 15 de diciembre de 1994, 4 de junio de 1996, 31 de octubre de 2005); 2º) la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponde en exclusiva al legislador y excede, por tanto, de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de la comisión de aplicación (Sentencia de 30 de mayo de 2007), y 3º) que cualquier acto emanado de las comisiones paritarias que modifique el contenido del convenio habrá de ser declarado nulo (Sentencia de 30 de mayo de 2007).

Es cierto que la doctrina constitucional y la de esta Sala, al distinguir entre ‘comisiones de mera administración’ y ‘comisiones negociadoras’, ha venido admitiendo en la práctica la asunción de ciertas funciones reguladoras por parte de estas comisiones. Pero se trata de una competencia limitada por tres exigencias: 1º) debe tratarse de una mera labor de ejecución y desarrollo de las previsiones ya contenidas en el convenio colectivo y no de una facultad alternativa o autónoma de regulación, ni mucho menos de una facultad de modificación del convenio; 2º) es preciso que estas comisiones queden abiertas en los términos de legitimación negocial previstos en el Estatuto de los Trabajadores, y 3º) deben cumplirse las exigencias formales de publicidad de las normas.”

B) Por los Tribunales Laborales

No cabe acoger la interpretación literal que contradiga la intención de los negociadores. Aquella interpretación, que “es la primera norma hermenéutica” que establece el artículo 1281 del Código Civil, “sólo se aplica cuando el tenor literal de la cláusula a interpretar coincide con la intención de las partes [del convenio], pues, en otro caso, la intención evidente de las partes prevalece sobre el tenor literal de lo acordado” (STS de 14 de enero de 2009, I.L. J 13).

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario

- 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.**
6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
A) Concepto de accidente. B) Recargo de prestaciones. C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil. D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria.
9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales.
14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.

1. FUENTES

Según la STJCE de 4 de junio de 2009, I.L. J 632, no puede ser considerada prestación de asistencia social, en el sentido del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38, las prestaciones económicas que están destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo. El artículo 12 CE no se opone a una normativa nacional que excluye a los nacionales de los Estados miembros del acceso a prestaciones de asistencia social mientras lo concede a los nacionales de Estados terceros.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

Alcance de responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones de la Seguridad Social por incumplimiento de la obligación de cotizar. Principio de proporcionalidad en la delimitación de la responsabilidad de la empleadora: atención al criterio de que el incumplimiento incida o no negativamente en la acción protectora, ya sea en relación al período de carencia o bien en la determinación de su cuantía. El Tribunal Supremo —en la **STS de 10 de marzo de 2009**, I.L. J 242— vuelve a tratar en unificación de doctrina el tema tan litigioso como casuístico del alcance de la responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones de la Seguridad Social. En el supuesto planteado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó parcialmente el recurso de suplicación planteado por la actora declarándola en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común. Según los hechos probados, la actora, de profesión docente, había reunido 5.462 días cotizados mientras que el período de carencia exigido era de 5.475 días. Se da la circunstancia de que durante el período de 11 de junio de 1993 a 1 de mayo de 1997 el Ministerio de Educación y Cultura no cotizó a la Seguridad Social. El Tribunal Superior de Justicia calculó la base reguladora de los ocho años anteriores al hecho causante según las cuantías que hubiesen correspondido de haber cotizado el Ministerio de Educación y Cultura y condenó al INSS a pagar la pensión de incapacidad permanente absoluta por contingencias comunes mientras que eximió al Ministerio de Educación y Ciencia de responsabilidad en el pago de la prestación. El argumento empleado por el TSJ para determinar la exención consistió en que los trece días de carencia que le faltaban a la actora para lucrar a la pensión constituían una diferencia “tan mínima e irrelevante” que no podían desplegar el desproporcionado efecto de imputar al Ministerio de Educación y Cultura una responsabilidad en el pago de la prestación.

El INSS recurre esta doctrina ante el Tribunal Supremo y aporta como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 10 de marzo de 2006 (recurso 954/2005). En dicha sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró a la empresa, que había incumplido la obligación de cotizar por el trabajador durante diez meses, responsable de la diferencia de cuantía existente entre la pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común calculada inicialmente computando las ba-

IX. Seguridad Social

ses mínimas de cotización referidas al período de infracotización y la que le correspondía finalmente computándose la cotización debida y no realizada por la empresa. Según la doctrina de esta sentencia la empresa era responsable en el pago de las prestaciones por incumplimiento de la obligación de cotizar no sólo cuando afectase al período de carencia de la pensión de jubilación sino cuando tal incumplimiento tuviese trascendencia en el importe de la pensión.

El Tribunal Supremo entiende que esta es la doctrina válida pues ha sido defendida en numerosas ocasiones precedentes por el Tribunal Supremo de manera que se trata ya de una doctrina consolidada [entre otras, por las SSTs de 1 de junio de 1998 (recurso 223/1997), de 3 de abril de 2001 (recurso 4499/2001), de 22 de julio de 2002 (recurso 4499/2001), de 19 de marzo de 2004 (recurso 2287/2003) y de 2 de junio de 2004 (recurso 1268/2003)].

La sentencia reproduce los argumentos de la STS de 25 de septiembre de 2008 (recurso 2914/2007). En dicha sentencia el Tribunal Supremo alegó que a la hora de ponderar la responsabilidad del empresario conforme al criterio de proporcionalidad no era tan relevante la gravedad del incumplimiento, como se pone de manifiesto en el largo período de descubierto de las cotizaciones realizado por la empresa, como su incidencia en la acción protectora. Acotó en este sentido el alcance de la responsabilidad al perjuicio sufrido por el trabajador que en este caso afectaba a la determinación del porcentaje aplicable a la pensión de jubilación.

En aplicación de esta doctrina el Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento del Ministerio de Educación y Cultura resulta relevante para determinar el cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente y, en definitiva, para concretar la cuantía de la pensión y corrige la sentencia recurrida declarando responsable a la empleadora por las diferencias existentes en el cálculo de la base reguladora derivadas de la falta de cotización.

7. RECAUDACIÓN

Pueden destacarse un conjunto de pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo reitera su doctrina en materia de reintegro de la prestación y las cotizaciones por desempleo a cargo de la empresa, en aquellos casos en los que se ha producido una contratación temporal abusiva y fraudulenta. En estos supuestos no procede el reintegro puesto que, de haberse realizado el contrato precedente, también hubiera dado lugar a la mencionada prestación y, por tanto, no cabe concluir la inexistencia de perjuicio al Servicio Público de Empleo. Sólo en los casos en los que dicho perjuicio se hubiese ocasionado, por cuanto hubiera obligado a abonar una prestación que, de otro modo, no hubiera tenido lugar, procederá el reintegro (STS de 15 de febrero de 2009, I.L. J 34; STS de 27 de enero de 2009, I.L. J 103; STS de 26 de febrero de 2009, I.L. J 169; STS de 18 de mayo de 2009, I.L. J 604; STS de 8 de mayo de 2009, I.L. J 544).

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009, I.L. J 329, estima el recurso de la empresa, y afirma la ruptura del nexo causal del accidente de trabajo, debido a la acción de terceros. En el supuesto analizado, los trabajadores sufrieron un accidente debido a la colisión de dos vehículos, mientras ellos se encontraban señalizando la calzada, siendo ésta la causa eficiente y determinante del accidente de trabajo.

Resulta interesante la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009, I.L. J 397, por cuanto considera accidente de trabajo *in itinere* el del trabajador que no se desplazaba a su domicilio, al acudir el padre a ver a su hija, que vivía con su expareja, y durante el régimen de visitas. En estos casos, la sentencia considera que hay que ampliar el concepto de domicilio, para incluir la cobertura en este tipo de supuestos.

Según la STSJ de Aragón de 28 de enero de 2009, I.L. J 442, no se da un caso de accidente en misión, ya que el trabajador murió, por causas desconocidas, cuando se encontraba por la noche descansando en la habitación de un hotel, después de terminar su trabajo en la localidad a la que le había desplazado a trabajar la empresa. Al no acreditarse circunstancias que puedan indicar una influencia del trabajo realizado o el desplazamiento, se considera que se rompe la causalidad necesaria para aplicar la presunción del artículo 115 LGSS.

B) Recargo de prestaciones

En la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009, I.L. J 330, se atribuye la responsabilidad por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, sin que la prueba testimonial que se cita a efectos revisorios sea medio hábil al respecto. El nivel de vigilancia que imponen a los empresarios los artículos 14 y 15 LPRL ha de valorarse con criterio de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria. Por ello, al no haberse acreditado la existencia de un punto de anclaje seguro, que evitara la precipitación del trabajador desde la plataforma, procede el recargo de prestaciones. En la misma línea se pronuncia la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009, I.L. J 343, en el caso de una máquina de cepillado, no sometida a evaluación de riesgos, apreciándose conducta omisiva del empresario causante del accidente. También puede citarse la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2009, I.L. J 394, en la que el empresario había hecho caso omiso a las medidas propuestas por el propio trabajador para la mejora de la seguridad en el trabajo, como la vigilancia por parte del encargado sobre el corte de la madera, así como la fijación y recordatorio de las medidas de protección en lugares bien visibles. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2009, I.L. J 410, exime de responsabilidad al promotor de una obra, ya que estima que no es responsable solidario.

C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil

La STS de 3 de febrero de 2009, I.L. J 93, recuerda la doctrina de la Sala Cuarta en relación a la indemnización por daños y perjuicios. La cuestión debatida se ciñe a determinar si procede o no detracer de la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total, reconocida a consecuencia de dicha contingencia. El Tribunal Supremo concluye que las diversas indemnizaciones son compatibles pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se ha cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. En este caso, no procede detracer de la indemnización de daños y perjuicios fijada –aplicando los parámetros de la Ley sobre responsabilidad civil y seguridad en la circulación de vehículos a motor– el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total, pues las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante. Por su parte, la STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2009, I.L. J 264, señala que del importe total de la indemnización debe deducirse la cantidad correspondiente a la mejora de Seguridad Social prevista en el convenio colectivo aplicable.

La STSJ de Andalucía de 13 de enero de 2009, I.L. J 261, analiza un supuesto de una indemnización contenida en un convenio colectivo. Para la sentencia, dado que el hecho causante se produce con anterioridad a la suscripción de la póliza, no será aplicable, ya que carece de efectos retroactivos.

D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 14 de enero de 2009, I.L. J 256, desestima el recargo de prestaciones por imprudencia del trabajador, pues el trabajador tenía prohibido acceder al cuadro eléctrico y la descarga le provocó la muerte. Según la sentencia, puesto que el trabajador ocupaba una destacada responsabilidad en la empresa –como jefe de mantenimiento– debía conocer los riesgos derivados de su acción. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009, I.L. J 265, estima que no concurre la imprudencia temeraria, puesto que ninguno de los rasgos identificativos de la conducta temeraria concurren en este caso, en el que la máquina carecía de resguardo que impidiera el acceso o detuviera la maniobra ante el riesgo de atrapamiento existente. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2009, I.L. J 296.

En la STSJ de Andalucía de 13 de enero de 2009, I.L. J 388, se analiza un supuesto de imprudencia profesional, pero no temeraria, y, por tanto, no rompe el nexo de causalidad entre la lesión y el trabajo, y que es consecuencia del ejercicio de éste, debido a la confianza que éste inspira por la repetición de unos mismos actos.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

En STS de 10 de marzo de 2009, I.L. J 238, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se acoge la doctrina de la sentencia de contraste, en virtud de la cual la renovación de una prótesis ortopédica para la corrección de defecto que residualmente le quedó en su pierna izquierda tras accidente de trabajo que precisa de renovación, corresponde al INSS pese a haberse transferido a la Comunidad Autónoma competencias en materia de prestaciones sanitarias, farmacéuticas y reparadoras.

Supone un supuesto de urgencia vital, y procede el reintegro de gastos sanitarios por la colocación en clínica privada de prótesis esofágica en paciente con carcinoma esofágico por considerarse que no existe abandono caprichoso por parte del beneficiario de la medicina pública, ya que sólo cuando se descartó la colocación de dicha prótesis por la medicina pública, es cuando acude a la medicina privada para su colocación, sin que conste que se le ofreciera por la medicina pública ninguna respuesta ante la imposibilidad de instalación de la prótesis, ni la indicación de su colocación en una fecha posterior, para evitar el bloqueo del esófago y con ello el riesgo de aspiración de saliva con aparición de neumonía siendo éste un supuesto de “urgencia vital” (STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2009, I.L. J 335).

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

Conforme a la STS de 22 de enero de 2009, I.L. J 59, cuando se trata de contingencias comunes, si el trabajador no está de alta, la responsabilidad en el pago del subsidio por incapacidad temporal es exclusivamente de la empresa, sin que el INSS ni la Mutua aseguradora, en su caso, deban anticipar la prestación, ni responder subsidiariamente a su pago. Pero si el trabajador está de alta y la responsabilidad empresarial deriva de una falta de cotización, la entidad que asegure las contingencias comunes (INSS o MATEP) viene obligada a anticipar el pago de la prestación sin perjuicio de su derecho a repetir contra la empresa lo pagado. Sin embargo, en estos casos el INSS, aunque responde subsidiariamente en caso de insolvencia de la MUTUA aseguradora, no responde subsidiariamente ante la MUTUA en caso de insolvencia de la empresa.

En la STS de 23 de enero de 2009, I.L. J 61, dictada en casación para la unificación de doctrina, se recuerda que el abono de las prestaciones económicas por incapacidad temporal representa una obligación que vincula a la entidad gestora, de una parte, y al beneficiario, de otra. Al empresario no le impone la ley otra obligación que la de anticipar el

IX. Seguridad Social

pago por cuenta de la entidad gestora, una vez que recibe el parte de baja o de confirmación. La ley tampoco ha previsto que sea el empresario el que, en caso de que el trabajador no reúna los requisitos necesarios y a pesar de ello perciba prestaciones, deba reclamar el reintegro de prestaciones así percibidas, pues ésta es una competencia que le corresponde exclusivamente a la entidad gestora de la Seguridad Social, por lo que tampoco deberá reintegrar lo percibido por otro.

En supuesto de incapacidad temporal y falta de alta en la Seguridad Social a la fecha del hecho causante por error de la empresa inducido por las entidades gestoras, se determina que no responde la empresa sino el INSS, por no responder aquel incumplimiento de la empresa a una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino a un error propiciado por las propias entidades gestoras (STS de 27 de enero de 2009, I.L. J 110).

12. MATERNIDAD

Para la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2009, I.L. J 483, el artículo 133 bis de la LGSS en relación con el artículo 48.4 ET han de ser interpretados en el sentido de entender que tras el disfrute del descanso por maternidad de la madre biológica, sin optar por el disfrute compartido con la pareja, el cónyuge no tiene derecho a las prestaciones por adopción.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

El Tribunal Supremo, en la STS de 24 de febrero de 2009, I.L. J 162, examina una situación semejante a la que dio lugar a la STS de 25 de enero de 2007, I.L. J 30: se pronuncia acerca de 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, que en suma venían 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 éste se halla una cláusula de cierre que recoge “cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente” lo que permite decla-

rar subsistente la situación específica para el RETA prevista en el RD 2530/1970. En esta ocasión, sin embargo, la trabajadora pretendió el percibo del subsidio por maternidad cuando entre la baja del RETA y el hecho causante habían transcurrido más de 90 días, lo que impidió considerar la mencionada situación de asimilación al alta.

La **STS de 3 de marzo de 2009**, I.L. J 180, formalmente tiene poca transcendencia, ya que en el fallo se rechaza el recurso por no ser sustancialmente iguales los hechos comparados en las sentencias analizadas al verificarse el requisito de contradicción que exige el artículo 217 LPL, sin embargo es interesante constatar cómo se examina la situación controvertida. Se trata de una mujer afiliada al RETA que, tras haberse separado matrimonialmente, atiende a su padre hasta que fallece, tras lo cual solicita una prestación en favor de familiares de las previstas en el artículo 176 LGSS. El elemento diferencial al que el Tribunal Supremo presta atención, y que le sirve para justificar que se hayan producido resoluciones de cariz distinto, es que en un primer caso que se alega como contradictorio, la separación se consumó voluntariamente, dejando constancia de ella en un acta notarial, y sin previsión de pensión alimentaria alguna; en el caso examinado la separación tuvo el respaldo judicial, ya que aunque la sentencia de separación fue posterior al fallecimiento del causante, con anterioridad la actora había realizado la conducta jurídicamente exigible para obtener la separación, y aunque tampoco percibió estipendio alguno de su exesposo fue porque éste había abandonado el hogar conyugal dejando a la actora en difícil situación para el mantenimiento de sus dos hijos si no hubiera sido por la ayuda facilitada por el padre de la actora ahora fallecido.

La **STS de 2 de diciembre de 2008**, I.L. J 285, examina la situación de quien era deudor de la Seguridad Social por varios conceptos de regímenes distintos, y por los cuales se hallaba apremiado, deudor que al tiempo de jubilarse la TGSS le invitó a satisfacer las cuotas del RETA; ingresado el importe de tales cuotas del RETA atrasadas la Tesorería imputó tal ingreso a otros conceptos distintos, siguiendo la prelación marcada en el artículo 29 LGSS, denegándole la pensión de jubilación solicitada a pesar de que el actor había cumplido estrictamente con la invitación al pago formulada por la TGSS. El Tribunal Supremo rechaza el comportamiento de la Tesorería, ya que el artículo 29 LGSS se refiere a procedimientos en los que se realiza un embargo o una garantía, y en este caso se trataba de un pago voluntariamente aplicado en el sentido del artículo 1172 del Código Civil que prevé el supuesto del deudor que mantenga varias deudas de la misma especie con un acreedor, señalando asimismo que no se trata de un pago unilateralmente afectado por parte del deudor, sino de una invitación formulada por la TGSS que al ser aceptada por el deudor crea una obligación que no puede ser ignorada por quien formuló la invitación. En resumen, la existencia de otras deudas no puede impedir que el pago realizado por invitación haga surgir los efectos previstos en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 y, más actualmente, en la Disposición Adicional Trigésima Novena de la Ley General de la Seguridad Social.

Durante muchos años ha sido doctrina constante del Tribunal Supremo que para causar un subsidio por incapacidad temporal los afiliados al RETA, u otros regímenes especiales en donde se encuadran trabajadores autónomos, debían los afiliados hallarse al corriente de

pago de sus cotizaciones sin que pudiera subsanarse la situación de descubierto mediante el pago tardío realizado tras acaecer la contingencia, ya que el mecanismo de la invitación al pago de las cotizaciones atrasadas se hallaba prevista únicamente para las situaciones de incapacidad permanente u otras pensiones. En la **STS de 10 de febrero de 2009**, I.L. J 420, se recuerda esta reiterada jurisprudencia con cita de varias de tales sentencias. Sin embargo, seguidamente se hace notar por el Tribunal que en este caso nos hallamos ante un hecho causante situado tras la aprobación de la Ley 52/2003 que dio nueva redacción a la Disposición Adicional Trigésima Novena de la LGSS en virtud de la que establece la posibilidad de la invitación al pago para todos los regímenes en los que los trabajadores sean ellos mismos los responsables de ingresar sus cotizaciones, y para todas las prestaciones. En desarrollo de tal precepto el RD 1273/2003 reguló el mecanismo de invitación al pago también para el supuesto de causarse un subsidio por incapacidad temporal. Reconocida esta posibilidad de pago tardío, el Tribunal afirma sin titubeo, pero sin mayor argumentación, que el pago válido puede ser el realizado tras una explícita invitación al pago pero que también surte idénticos efectos el pago efectuado tras un apremio por deudas. La **STS de 22 de abril de 2009**, I.L. J 494, ante unos hechos muy parecidos realiza similar argumentación, con la precisión de que en este último caso el pago se realizó voluntariamente antes de solicitar la prestación, sin que mediara ni invitación ni apremio: el Tribunal también considera equiparable este pago al realizado tras invitación.

La **STS de 21 de abril de 2009**, I.L. J 534, reitera la doctrina ya comentada en relación a la STS de 5 de diciembre de 2008, I.L. J 1749, acerca de si en el RETA es posible percibir la prestación por maternidad causada con posterioridad a la baja en dicho régimen especial, 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. Las sentencias de instancia y de suplicación se vieron confirmadas por el Tribunal Supremo en base a que la Disposición Adicional Undécima bis.1 de la LGSS remite a la regulación prevista para el Régimen General la amplitud con la que los trabajadores por cuenta propia gozarán de las prestaciones por maternidad. El Real Decreto 1251/2001 que reglamenta las pensiones por maternidad y riesgo durante el embarazo no recoge explícitamente la situación asimilada al alta que se pretende aplicar, por lo que pudiera pensarse que se había derogado tácitamente la establecida en el artículo 29 del RD 2530/1970. El Tribunal recuerda que en el artículo 5 que reglamenta las situaciones asimiladas al alta, 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, e incluso recientemente se ha incorporado al artículo 36.1.15 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. La misma doctrina es reiterada posteriormente en la **STS de 12 de mayo de 2009**, I.L. J 548.

Régimen Especial Agrario

La **STS de 13 de abril de 2009**, I.L. J 536, reitera la doctrina del Tribunal en relación al requisito de actividad que se formula en el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social Agraria; tal doctrina se ha formulado, normalmente referida a trabajadores fijos discontinuos

que solicitaban causar una prestación por incapacidad temporal en períodos de inactividad, y puede verse entre otras en la STS de 3 de octubre de 2005, I.L. J 1810, o en la STS de 6 de junio de 2007, I.L. J 1957. En esencia se exige que para causar la incapacidad temporal el trabajador debe hallarse en una situación de efectiva prestación de servicios –“prestando servicios por cuenta ajena” dice textualmente la Ley– puesto que la finalidad de tal prestación es la sustitución de las rentas de trabajo que la contingencia sanitaria impide percibir; ello es incompatible con causar la prestación por IT cuando simplemente se halla vigente un contrato de trabajo, pero se halla en estado latente por cualquier causa como los períodos de inactividad de los fijos discontinuos, o los períodos de suspensión de un contrato de trabajo ex artículo 45 ET.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La STSJ de Cantabria de 9 de enero de 2009, I.L. J 293, estudia un enrevesado caso en el que se discute el porcentaje aplicable a la base reguladora para causar una pensión de jubilación en el Régimen Especial del Mar. La dificultad no reside en el debate doctrinal sino en el cúmulo de certificaciones contradictorias que se intentaron aportar a los autos en relación a los períodos trabajados y tareas realizadas, documentos que podrían servir tanto para alterar el porcentaje inicialmente fijado por la entidad gestora, como para establecer la responsabilidad empresarial por falta de la adecuada alta y cotización. Para un correcto entendimiento de la sentencia es conveniente tener en cuenta que el fallo del TSJ ha sido omitido por error en la publicación en I.L., y es del tenor siguiente: “Se estima el recurso de suplicación formulado por LOS REGINAS SA, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL e INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Santander de fecha 7 de abril de 2008, en atención a la demanda formulada por D. Fermín frente a los citados recurrente, CIONI SEGUNDO, HERMANOS EZQUIAGA, ASTURCÓN, HERMANOS LAMADRIZ y ZERUCO ARTZAIN, en materia de Seguridad Social, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y confirmamos la resolución administrativa de fecha 8 de marzo de 2006, por la que se reconoce al actor una pensión de jubilación del 88% de la base reguladora mensual de 1.928,80 euros, con las mejoras y revalorizaciones que correspondan”. Con independencia de la trascendencia en el ámbito de los temas procesales de las reglas de valoración de los documentos contradictorios señalados, debe indicarse que el debate en materia de Seguridad Social puede resumirse en que para poderse beneficiar de los coeficientes reductores de la edad de jubilación en este régimen especial, es preciso que los períodos que se acrediten con tal fin correspondan a un trabajo efectivo en el mar, y no a la mera posibilidad de tal trabajo, en base a la existencia de unas autorizaciones administrativas. En el caso de autos, en el período disputado el actor cotizó y se hallaba en alta con la categoría de administrativo, y no acreditándose las afirmaciones de que a la vez trabajó embarcado, el Tribunal confirma los cálculos de la entidad gestora y absuelve a las empresas presuntamente infractoras de las obligaciones de encuadramiento y cotización.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Recurso de suplicación: procedencia

Según la STS de 6 de abril de 2009, I.L. J 521, procede el recurso de suplicación a la hora de aplicar el baremo en el caso de una lesión no invalidante. Estamos ante una prestación económica de la Seguridad Social, y, por tanto, es considerada a efectos de recurso de suplicación, aunque se haya concedido por la Seguridad Social una indemnización con distinto número de baremo. En definitiva, podrá accederse a este tipo de recurso aunque se tenga reconocida una indemnización por un concreto apartado del baremo, si lo que se pide es otra indemnización con fundamento en apartado distinto del baremo, por constituir, en definitiva, un proceso que versa sobre el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social con independencia de la cuantía indemnizatoria.

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

subsídios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsídios vinculados a

responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los

trabajadores eventuales del campo. d') Otros Subsídios 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 per-

manente 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 prestacio-

nes. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez perma-

nente (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.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 1 a 4 de 2009 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1 a 632).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

a) Sujetos beneficiarios

Por STS de 21 de abril de 2009, I.L. J 303, se resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INEM relacionado con el tratamiento que ha de dispensarse, a efectos de lucrar prestaciones por desempleo, al apoderado de una sociedad mercantil con amplias facultades decisorias.

Según el Tribunal Supremo, la doctrina correcta es entender que el trabajador, como administrador societario, está excluido de la prestación por desempleo, en virtud del artículo 97 LGSS, en relación con el artículo 7.1.a) de la misma ley, por su calidad de administrador solidario de la sociedad, con amplísimos poderes que implicaban, entre otras, funciones de dirección y gerencia de ésta.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

El cálculo de la base reguladora en los supuestos de reducción de jornada es una cuestión que se ha planteado en numerosas ocasiones ante los tribunales.

En este caso, la STS de 21 de febrero de 2009, I.L. J 233, entiende en unificación de doctrina que en el caso de reducción de jornada por guarda legal, la base reguladora se determina por el promedio de las bases por las que se haya cotizado a la contingencia de desempleo durante los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, en virtud del artículo 211.1 LGSS. Si bien es cierto que existen sentencias en sentido contrario, como la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2001, en la que se llegó a la conclusión de que la reducción de jornada se trata de una situación provisional que no debe influir en el cálculo de la base reguladora de una prestación de desempleo total.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que la adecuada aplicación del artículo 211.1 LGSS conlleva entender que no puede darse el mismo trato a un beneficiario que ha disfrutado en los últimos 180 días de una reducción de jornada que a otro que no ha estado en tal situación. Esto no supone trato discriminatorio alguno pues no existe identidad entre quien trabaja a tiempo completo y quien lo hace con jornada reducida. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de marzo de 2009, I.L. J 415, aunque dejando claro que al margen de las alegaciones de las partes, la regulación actual de esta cuestión puede

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro más completo de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, pero la superación de estas posibles insuficiencias, con la asunción del coste financiero que ello implica, corresponde al legislador y no a los órganos judiciales. También mantiene esta doctrina la **STS de 2 de diciembre de 2009**, I.L. J 565, aunque ésta cuenta con un voto particular en sentido opuesto, basado en la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar y en el perjuicio que para ella conlleva la aplicación de esta doctrina.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

Como sabemos, uno de los requisitos exigidos por la ley para acceder al subsidio por desempleo es el de la inscripción como demandante de empleo desde la situación legal de desempleo. Esta cuestión ha sido objeto de atención por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones y, de nuevo, vuelve a resolver un recurso en este sentido en la **STS de 14 de febrero de 2009**, I.L. J 138.

El problema fundamental se centra en la divergencia existente entre el artículo 215 de la LGSS que, en relación con la inscripción como demandante de empleo, sólo exige que tal inscripción se mantenga durante un mes sin rechazar oferta de empleo adecuada, y el artículo 7.3.b) del RD 625/1985, a tenor del cual tal inscripción ha de mantenerse de forma ininterrumpida desde la situación legal de desempleo.

Según el Tribunal Supremo, desde una interpretación finalista del artículo 215.1.1.3 LGSS, hay que entender que dicho precepto está contemplando la situación de quien accede al subsidio para mayores de 52 años inmediatamente después de extinguida la prestación contributiva y por ello no exige más requisitos que los generales del artículo 215.1.1.1 de la LGSS.

Sin embargo, las situaciones en las que existe una gran separación entre una y otra prestación, como el caso que se plantea en este recurso, no encajan directamente en las previsiones del legislador, por lo que para una correcta solución del caso hay que distinguir entre los solicitantes que durante un gran período de tiempo se apartaron del mundo del trabajo y sólo se dan de alta para cobrar el subsidio, en cuyo caso no se considerarán en situación real de desempleo, porque la inscripción con sólo un mes de antelación no es suficiente para acreditar su voluntad de trabajar, de aquellos otros que aun cuando hayan permanecido al margen de la oficina de empleo, sin embargo han acreditado su interés por trabajar inscribiéndose varios meses antes como demandantes de empleo en la oficina correspondiente.

Según este criterio interpretativo, el Tribunal Supremo entiende que el actor tiene derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, pues ha acreditado su voluntad de trabajo, primero, trabajando durante un corto período de tiempo y, luego, permaneciendo como demandante de empleo durante un tiempo suficiente para dar ocasión a que se le ofreciera un nuevo trabajo.

La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina, **STS de 17 de enero de 2009**, I.L. J 242, consiste en determinar si las cotizaciones efectuadas al INEM durante el subsidio asistencial por desempleo de los mayores de 52 años, son computables a efectos de carencia para causar derecho a la pensión de jubilación, cuando el hecho causante se produce con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Es doctrina consolidada y uniforme que en materia de prestaciones de Seguridad Social la legislación aplicable es la vigente en el momento de producirse el hecho causante de la prestación.

La fecha del hecho causante en este caso es el 17 de enero de 1999, por tanto, ya era de aplicación la Disposición Adicional Vigésima Octava de la Ley 50/1998, según la cual “Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 218 de esta ley, tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta ley, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 de la LGSS ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años”.

En el caso planteado, las únicas cotizaciones a la Seguridad Social española que justifica la actora son las efectuadas en su nombre por el INEM durante un período de 6 años y 5 meses aproximadamente en que aquélla fue perceptora del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, y éstas carecen por imperio de la mencionada Disposición Adicional de validez y eficacia jurídica para acreditar tanto la carencia genérica de 15 años de cotización, como la específica de 2 años dentro de los 15 inmediatamente anteriores al hecho causante.

Por tanto, teniendo en cuenta que en la fecha en que el INEM efectuó las cotizaciones que se cuestionan no existía ninguna norma legal que las concediera validez a los efectos de carencia que aquí se discuten, y que las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio de desempleo no podían servir para completar una carencia que era necesario acreditar antes de comenzar a percibirlo, procede estimar el recurso de casación de doctrina planteado por el INEM.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa y objetivos de política de empleo

Sobre si es o no contraria a derecho la jubilación forzosa de un trabajador se pronuncia la **STS de 12 de mayo de 2009**, u.d., I.L. J 605, en relación con la cláusula de jubilación forzosa contenida en el III Convenio Colectivo de AENA y la Disposición Adicional Décima del ET en

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la redacción dada por la Ley 14/2005. El tema fundamental se centra en el requisito del objetivo de política de empleo para justificar el cese forzoso por edad en el convenio colectivo. Al respecto, la Sentencia establece que la expresión legal deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo y no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de “mantenimiento o mejora del empleo”, que realmente se concreta en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo (conversión de los contratos temporales en indefinidos); b) sostenimiento del empleo (contratación de nuevos trabajadores), y c) incremento en la calidad del empleo (fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de nuevas tecnologías, etc., que repercutan en bondad del empleo).

Sobre el “cómo han de concretarse los objetivos coherentes con la política de empleo”, la Sala considera que para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera, ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una “concreta especificación” no retórica. En base a la doctrina del Tribunal Constitucional y la propia Exposición de Motivos de la Ley 14/2005, la Sala sostiene que “entre el sacrificio (individual) que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida (colectiva) de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo”. Además, las medidas de política de empleo –contrapartida del cese forzoso– han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo, y no cabe una justificación *ad extra* de ellas.

Por último, la Sala considera que los sujetos públicos no quedan excluidos de que se les aplique la Disposición Adicional Primera del ET en los términos indicados, aunque en determinados supuestos no resulte fuera de lugar una cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo, habida cuenta de la limitación que en cierto orden de previsiones pudiera comportar la sujeción a la Ley de Presupuestos Generales del Estado y a la Oferta de Empleo Público. Esta conclusión se impone, pese a todo, porque en cuanto parte de las relaciones laborales privadas, las Administraciones Públicas están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores. Si el legislador hubiese querido eximir a las Administraciones Públicas de las exigencias establecidas en la Disposición Adicional Décima y proporcionarles un trato singular en la materia, hubiese podido hacerlo. Pero lo que no cabe es eximirla judicialmente de una contrapartida que normativamente se impone a todos los sujetos empresariales; y menos aun, cuando en época de crisis económica nunca es descartable –siquiera tampoco deseable– que en el sector público se produzca una política de empleo restrictiva.

– Período de carencia en el trabajo a tiempo parcial y cómputo recíproco de cotizaciones

En relación al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación respecto a los trabajadores a tiempo parcial, se pronuncia la STS de 20 de enero de 2009, I.L. J 111. La cuestión jurídica planteada aquí se refiere a determinar si tiene derecho a acogerse a la modalidad de la pensión de jubilación con mantenimiento de empleo a tiempo parcial una persona que ha desarrollado la porción más larga de su carrera de seguro en el RETA, pero que también ha cotizado, en menor cuantía, un cierto tiempo de su vida profesional, que es el más próximo al hecho causante, en el Régimen General, pero sin cubrir, en este último, el período mínimo

de carencia exigido por la legislación de la Seguridad Social para el reconocimiento de la prestación de jubilación por tal Régimen.

La Sentencia recurrida desestima la pretensión de reconocimiento de la pensión de jubilación parcial en base a que, dado que el beneficiario tiene mayores cotizaciones en el RETA, es éste Régimen el que debe regular el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial, lo que aún no se ha producido al faltar la regulación reglamentaria a la que se remite el artículo 166 de la LGSS.

Pese al criterio ya sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones, en el caso concreto el Tribunal Supremo considera que de la literalidad de los preceptos aplicables (artículo 166.2 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 24/2001 y el RD 1131/2002) se deduce que éstos no contienen referencia alguna al Régimen que debe reconocer la pensión, ni a las normas que regulan, al efecto, el cómputo de cotizaciones a la Seguridad Social—competencia orgánica y funcional del Instituto y de la Tesorería General de la Seguridad Social— sino que lo relevante es, de una parte, que el trabajador—aparte de los otros requisitos concurrentes y exigibles, como son tener 60 años, disminuir la jornada entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 85% y celebrar simultáneamente un contrato de relevo— reúna los requisitos para causar derecho a la prestación contributiva de seguridad social, y, de otra, que es su situación última de actividad laboral, la que debe definir si nos encontramos ante un trabajador por cuenta propia o un trabajador por cuenta ajena. La misma conclusión se alcanza con una interpretación sociológica y finalística. Por tanto, el Tribunal Supremo concluye que el condicionamiento del acceso a la prestación se hace depender de la existencia de un período mínimo de cotización de 30 años, abstracción hecha, por tanto, del Régimen de la Seguridad Social que debe reconocer y satisfacer la pretensión.

Por el contrario, como se señalará más adelante, la **STS de 21 de enero de 2009**, u.d., I.L. J 112, en un supuesto similar de trabajador en alta en el Régimen General que reúne la cotización necesaria con la suma de las cotizaciones de todos los regímenes, y cuya mayor cotización es en el RETA, deniega el derecho a la jubilación anticipada al no estar prevista en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, aplicable al tener en él el mayor número de cotizaciones.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

En relación con la base reguladora, la **STSJ de Cantabria de 9 de enero de 2009**, I.L. J 293, establece que los coeficientes reductores establecidos en el RD 2394/2004, en relación con el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, sólo se refiere a los períodos de vida laboral que impliquen un “trabajo efectivo”, por lo que no se aplican en el caso concreto en el que no se acredita alta y cotizaciones en trabajo en embarcación, habiendo sido probado sólo afiliación, alta y cotización como administrativo de la cofradía y siendo evidente la incompatibilidad de un tiempo embarcado, como patrón, y en el mismo tiempo trabajador como administrativo a tiempo completo.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Por otro lado, la **STSJ de Valencia de 21 de enero de 2009**, I.L. J 475, aplicando lo señalado por el Tribunal Constitucional, declara que, en supuestos en que el INSS no tiene constancia de las cotizaciones reales del actor (derivadas en este caso de la relación laboral del esposo de la actora para la ONCE), no se puede hacer recaer la prueba, en este caso, de la cuantía de la base de cotización en el demandante sino en la Entidad Pública, a la que corresponde, pues lo contrario implica exigir a la parte actora un comportamiento imposible que es incompatible con la prestación de la tutela judicial efectiva a la que la parte actora tiene derecho por virtud del artículo 24.1 de la CE.

Por último, en relación con el cálculo de la base reguladora de trabajadores migrantes, la **STS de 25 de marzo de 2009**, I.L. J 278, vuelve de nuevo sobre una cuestión siempre litigiosa, consistente, en este caso, en determinar si para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación del actor han de tenerse en cuenta, como ha hecho el Instituto Social de la Marina (ISM), las bases de cotización actualizadas correspondientes a los nueve años anteriores a la última cotización en España; o si, de otro modo, el cálculo ha de realizarse con referencia a las bases correspondientes al último período trabajado en Suecia y computar las bases medias españolas establecidas en dicho período de los nueve años inmediatamente anteriores al hecho causante, para un trabajador de su categoría. Teniendo en cuenta, por otro lado, que el recurrente solicitó la pensión de jubilación al amparo del convenio hispano-sueco. Examinada la cuestión a la luz de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo mantiene que, puesto que no se ha acreditado que el Convenio Hispano-Sueco contenga una norma más beneficiosa en el cálculo de las bases de cotización, ha de aplicarse el criterio general, que lleva a la aplicación de las bases de cotización del asegurado en los años inmediatamente anteriores a la interrupción de cotización a la Seguridad Social, debidamente actualizadas. Similar cuestión se plantea en la **STS de 27 de enero de 2009**, u.d., I.L. J 45, si bien se declara la falta de contradicción necesaria para la admisión del recurso de casación unificadora.

d) Derecho transitorio

– Pensión SOVI: Aplicación de la Disposición Adicional 44ª de la LGSS

La cuestión de si la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la LGSS es aplicable al régimen SOVI se plantea en la **STSJ de La Rioja de 15 de enero de 2009**, I.L. J 469. La citada Disposición, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tiene la evidente finalidad de que la mujer trabajadora, en prosecución de la efectiva igualdad y no discriminación por razón de sexo, no resulte perjudicada en la pensión de incapacidad permanente o jubilación por la situación de maternidad en que haya estado, de manera que se le otorga el beneficio o la prerrogativa de considerarse cotizado el tiempo que, por cada parto, el precepto establece cuando no ha habido efectiva cotización (112 días completos por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuese múltiple). Esta cuestión es resuelta por esta Sentencia (conforme a lo ya establecido por la misma Sala en anteriores Sentencias) en el sentido de que la finalidad de la norma señalada de dar efectividad al principio de igualdad constitucionalmente establecido hace que haya de incluirse bajo el ámbito del precepto también a la mujer trabajadora que cotizó en el ámbito del SOVI, pues no hay razón alguna para excluirla de dicha prerrogativa, al darse en ella, y con mayor intensidad al referirse a tiempos

pasados, la dificultad de compaginar la actividad laboral con la maternidad que la norma trata de paliar en sus efectos. Además, de la norma no se puede deducir que cuando se refiere a “cualquier régimen de la Seguridad Social” se esté excluyendo al SOVI, aunque éste sea un régimen residual y no pertenezca al sistema de la Seguridad Social actualmente existente. Si bien el Tribunal Supremo ha reiterado que las normas del actual sistema de Seguridad Social no resultan, en principio, de aplicación a la pensión SOVI, ello no obsta para que el legislador sí pueda introducir normas que trasciendan ese sistema y afecten al SOVI como así se estima que ha efectuado con la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta LGSS examinada, cuya aplicación al SOVI, aunque no esté expresamente determinada, resulta de las previsiones que establece la misma Ley Orgánica 3/2007 que la introduce, al tener por objeto el “hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres” mediante la eliminación de la discriminación de la mujer por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad. La obligada interpretación de la norma de un modo favorable a la efectividad del principio de igualdad de trato (de modo que la maternidad no perjudique a la mujer frente al hombre para la obtención de la pensión), obliga a su aplicación al régimen del SOVI.

e) Jubilaciones anticipadas

– Coeficiente reductor aplicable y fraude de ley

La cuestión de la aplicación o no a una prestación de jubilación anticipada de coeficientes reductores y su cuantía dependiendo del carácter voluntario o no del cese en el trabajo vuelve a plantearse en la **STS de 21 de mayo de 2009**, u.d., I.L. J 507. Al considerarse que no existe contradicción no se admite el recurso, y se mantiene, conforme se declaró en la sentencia de instancia, que existe una situación de cese no voluntario, sin que se haya acreditado fraude alguno, por lo que se aplica el porcentaje del 70% sobre la base reguladora reconocida.

Asimismo apreciando la falta de contradicción, en la **STS de 2 de marzo de 2009**, u.d., I.L. J 205, el recurso planteado se centra en la calificación concreta de una conducta en orden a la apreciación o no de una intencionalidad fraudulenta de la segunda contratación –el demandante tras el cese en Telefónica comienza a prestar servicios mediante contrato eventual a tiempo parcial en otra empresa–, y ello no tanto en el sentido de que esa contratación no se haya traducido en una efectiva prestación de servicios retribuidos, sino atendiendo a que su verdadera finalidad no ha sido propiamente el intercambio de servicios por retribución, sino el configurar un supuesto de trabajo con posterior cese en un tiempo y con una dedicación limitados para crear así las condiciones que permiten la aplicación de una reducción más limitada de la pensión.

La misma cuestión se plantea en la **STS de 12 de mayo de 2009**, u.d., I.L. J 585, en la que, apreciada la existencia de contradicción, se entra en el fondo del asunto, en relación con un trabajador prejubilado que, tras el cese en su originaria empresa y haber suscrito Convenio Especial con la TGSS, con anterioridad a la solicitud de la prestación de jubilación contributiva anticipada al cumplir la edad de 60 años, había trabajado para terceras empresas con contratos de trabajo de duración determinada a tiempo parcial durante un período de unos

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cinco meses. Se plantea, al respecto, si existe fraude de ley a los efectos de lograr un cese no imputable al trabajador con el fin de obtener la aplicación de un menor coeficiente reductor de la base reguladora de la prestación. Examinados el fraude de ley y las presunciones judiciales, la Sentencia declara que faltando datos fácticos no puede aceptarse la calificación de la conducta del prejubilado como fraudulenta por el único hecho constatado de haber trabajado el demandado en un determinado período tras su prejubilación y antes de solicitar las prestaciones de jubilación anticipada. Establece la Sentencia que la posterior contratación temporal del prejubilado por unos cinco meses con indiscutido trabajo efectivo, no puede razonablemente por sí solo considerarse indicio de querer burlar los efectos de un cese involuntario (minoración de la futura pensión de jubilación por aplicación de un superior coeficiente reductor) sino que ha de considerarse el ejercicio de un legítimo derecho al trabajo.

– **Aplicación de los coeficientes reductores de edad al personal de vuelo que se dedica al transporte de personas y mercancías**

Otra cuestión diferente es la que se plantea en la **STS de 27 de enero de 2009**, u.d., I.L. J 51: si al personal de vuelo que se dedica al transporte de personas y mercancías les son de aplicación los coeficientes reductores de edad para la pensión de jubilación, que vienen establecidos en el RD 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajo aéreo. La Sentencia aplica la doctrina ya sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1999, conforme a la cual, las previsiones del citado RD sobre reducción de la edad para la pensión de jubilación no sólo son aplicables “a los tripulantes de vuelo incluidos en la Ordenanza Laboral para el personal de las Compañías de Trabajo Aéreo”, como expresamente establece el artículo 1 del repetido RD 1559/1986, sino también al personal de vuelo que se dedica al transporte aéreo de personas y mercancías. Pese a que la Sala de suplicación niega que en el sector de transporte de personas y mercancías concurren las condiciones de penosidad y peligrosidad que la norma aplicable reconoce en el sector de trabajo aéreo, sobre la base de que se trata de dos modalidades distintas del pilotaje de aviones y de los correspondientes trabajos auxiliares, la Sala del Tribunal Supremo mantiene, como ya hizo en la citada Sentencia de 14 de diciembre de 1999, que las razones que el preámbulo del RD 1556/1986 señala como determinantes de la reducción de la edad de jubilación, son perfectamente aplicables al personal de vuelo que se dedica al transporte de personas y mercancías. Es incuestionable que en el sector de trabajos aéreos determinadas actividades, como la de extinción de incendios y similares, comportan un indudable peligro. Pero tampoco cabe duda de que en el transporte aéreo comercial y en el transporte de personas se producen situaciones peligrosas, debido a circunstancias meteorológicas adversas o a dificultades técnicas y requerimientos ergonómicos y psicofísicos del personal de vuelo en ambos sectores de actividad, lo que conlleva la aplicación de las previsiones del RD 1559/1986.

– **Cómputo recíproco de cotizaciones: cotizaciones en el Régimen General y en el RETA**

La **STS de 21 de enero de 2009**, u.d., I.L. J 112, deniega el derecho a la jubilación anticipada por no estar prevista en el RETA en un supuesto de cómputo recíproco de cotizaciones. La cuestión controvertida se centra, en efecto, en determinar si el trabajador tiene derecho a la jubilación anticipada teniendo en cuenta que tiene 61 años de edad, que no ha tenido la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967, que acredita cotizaciones en el Régimen General, en el RETA y en el Régimen Especial Agrario por cuenta ajena, y cuya

mayor cotización es en el RETA. En el momento de solicitar el derecho a la jubilación anticipada, el trabajador se encuentra de alta en el Régimen General. La cuestión planteada ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, que señalan que la solución se encuentra en el artículo 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que en el apartado c) de su número 2 prevé que, cuando el trabajador no hubiera reunido en ninguno de los regímenes por separado los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, se sumarán a tal efecto las cotizaciones correspondientes a todos y la pensión se otorgará por el régimen que tenga acreditado mayor número de cotizaciones. Partiendo de ello, el régimen aquí aplicable es el Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, de acuerdo con el cual (artículo 43 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto) no está prevista la jubilación anticipada. No puede obviarse que la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, que dicta reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales, establece una única excepción, al permitir que, a partir del 1 de abril de 1998, el trabajador que haya cotizado a varios regímenes del Sistema de Seguridad Social, aun cuando no acredite en ninguno de ellos todos los requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada, pueda obtenerla en aquel régimen donde acredite un mayor número de cotizaciones, y ello aunque dicho régimen no permita la jubilación anticipada —como sucede en el RETA—, siempre que el interesado tuviera la condición de mutualista a primero de enero de 1967, requisito que no reúne el actor en este caso concreto.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

Sobre el requisito de carencia de rentas se pronuncian dos Sentencias del Tribunal Supremo. La primera es la **STS de 6 de abril de 2009**, u.d., I.L. J 498, que señala que respecto del requisito de carencia de rentas, el artículo 3.1 del RD 5/1997 reproduce en lo esencial el artículo 215.1 de la LGSS de 1995 en cuanto que ambos hacen referencia a “rentas de cualquier naturaleza”; por lo que la interpretación de esta expresión efectuada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias —aunque referidas a otro supuesto próximo relativo a la no consideración como renta de la plusvalía obtenida por la venta de la vivienda habitual— deviene también aplicable a este supuesto, donde se discute si ha de ser computada o no como ingreso una subvención oficial para la adquisición de una vivienda de protección oficial. La Sentencia concluye que dicha subvención no puede computarse como renta al efecto de determinar el nivel de ingresos, ya que una interpretación diferente conduciría a conclusiones ilógicas e injustas, pues se primaría a quien dispone en propiedad de una vivienda sobre el que carece de ella y obtiene una subvención para conseguirla, subvención que ha de invertirse necesariamente en el inmueble para su ocupación como vivienda habitual y que por ello debe seguir el mismo régimen que ésta a los efectos que el propio precepto establece: su exclusión como rendimiento computable para entender cumplido el requisito de carencia de rentas.

En segundo lugar, la **STS de 30 de abril de 2009**, u.d., I.L. J 562, resuelve la cuestión de si el percibo de una indemnización por accidente de trabajo se computa como renta, teniendo como consecuencia que la demandante deje de reunir el requisito de carencia

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de rentas o ingresos exigido para tener derecho a la pensión de jubilación no contributiva. La cuestión radica en la interpretación que se realice del alcance de lo establecido en el artículo 144.5 LGSS y de la naturaleza jurídica que se atribuya a la indemnización percibida. Al respecto, declara la Sentencia que la indemnización percibida como víctima de un accidente de tráfico no tiene encaje en los conceptos señalados en el citado artículo 144.5 LGSS, ya que en ningún caso puede considerarse como una renta, y si bien se trata de un ingreso, no es derivado del trabajo ni del capital, como tampoco tiene naturaleza prestacional sino indemnizatoria. En definitiva, no estando incluida expresamente dicha indemnización entre los conceptos computables que señala el precepto, tampoco es posible su inclusión por vía interpretativa, dada su distinta naturaleza jurídica.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

En la STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2009, I.L. J 400, se resuelve la procedencia o no de un “premio de jubilación” previsto en Convenio Colectivo para los supuestos de “jubilación voluntaria”. La Sentencia resuelve acerca de si procede o no aplicar dicho “premio” (mejora voluntaria pactada en el convenio colectivo) en el supuesto de jubilación parcial. Al respecto, la sentencia argumentó que en los supuestos en los que está previsto en el convenio el “premio de jubilación” no se contempla la jubilación parcial. Y ello en base a los siguientes argumentos: los premios para la jubilación voluntaria adquieren pleno sentido cuando la jubilación es total, pues al tiempo que incentivan la jubilación anticipada, vienen de alguna manera a compensar económicamente al trabajador que, cesando en el trabajo, experimenta una reducción en la cuantía de su pensión como consecuencia de la anticipación de la edad ordinaria de jubilación; mientras que en el caso de la jubilación parcial, el trabajador sólo deja de prestar servicios en la empresa en una parte de la jornada y en el momento de procederse al cálculo de la pensión no hay una reducción en su cuantía, estando en mejor situación el jubilado parcial respecto del jubilado anticipadamente de forma total. Por otra parte, la interpretación del convenio en la regulación de las llamadas “Mejoras Sociales” lleva a la conclusión de que la jubilación parcial no está comprendida dentro del supuesto de jubilación anticipada “voluntaria”, para la que la norma convencional establece el “premio de jubilación”.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

El sistema de calificación de la IP tiene carácter profesional, lo que remite a una estimación aproximada “en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual. Ésta, a su vez,

no se define ni en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba (...), ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional (...), sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional”. Este criterio profesional “no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que en función del estado del trabajador puedan haberse adoptado en la relación de empleo”, pues el sistema de la calificación de la IP en nuestra Seguridad Social es independiente “de las incidencias que puedan producirse en esa relación”. En las normas reguladoras de la IP no se contempla “ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo”. Por ello, con independencia del pase a la segunda actividad –caso de la policía– pueda ser un dato a tener en cuenta a efectos de ponderar la situación del solicitante, “lo cierto es que la calificación es un acto que se realiza por los órganos competentes, valorando, de una parte, las lesiones del trabajador y, de otra, el marco funcional de su profesión, lo que lleva necesariamente a dar un especial relieve a la proyección funcional de las lesiones en la capacidad de trabajo, pero sin que de ello se derive ningún tipo de determinación de las decisiones de calificación por las incidencias de la relación de empleo”. En consecuencia, a efectos de establecer la incidencia de las lesiones en la reducción de la capacidad del trabajador, el ámbito funcional a tener en cuenta a efectos de la calificación es el de “todas las funciones que integran objetivamente la “profesión” (STS de 25 de marzo de 2009, u.d., I.L. J 276).

En el ámbito de la evaluación y declaración de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total), o dificultada en su realización en el 33% o más de su rendimiento (incapacidad permanente parcial), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral (STSJ de La Rioja de 22 de enero de 2009, I.L. J 471).

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

La STS de 17 de febrero de 2009, u.d., I.L. J 146, y la STS de 19 de enero de 2009, I.L. J 11, resuelven la cuestión relativa a la determinación de la fecha de efectos de una declaración de IPT cuando esta declaración no va inmediatamente precedida de una situación de incapacidad temporal o inactividad, sino de una prestación real de servicios. A tal efecto, distinguen entre la fecha del hecho causante y la de efectos económicos de la prestación. La primera es la correspondiente a la fecha de emisión del dictámen-propuesta del EVI y la segunda será aquella en la que se produzca el cese en el trabajo. Así pues, “el percibo de la prestación es incompatible con el desempeño de la profesión ejercida al tiempo del hecho causante de la misma, lo que impone el que aquélla se reconozca cuando se deja de trabajar y de cobrar el salario” (ex artículos 141 de la LGSS, 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 y 18.4 Orden de 18 de enero de 1996).

b') Base reguladora de las prestaciones

Cuando se trata de deportistas profesionales, a efectos de cuantificación de la base reguladora de una IPT derivada de accidente de trabajo, no computan las retribuciones “por derechos de imagen”, dado que carecen de naturaleza salarial. La **STS de 20 de abril de 2009**, u.d., I.L. J 493, considera que se trata de “un supuesto de explotación de la imagen del equipo y de sus integrantes fuera del espacio y del tiempo a los que se circunscriben los eventos deportivos, aunque sigue tratándose de explotación de la imagen captada durante el desarrollo de la actividad profesional”. Para el TS “la retribución pactada por tal concepto no obedece ni responde a la prestación de los servicios profesionales (...) sino que se retribuye únicamente la cesión que el deportista hace de su imagen” al equipo para que éste pueda explotarla. En consecuencia, no puede integrar la base de cotización, pues en ésta se incluyen los ingresos que el trabajador obtenga “por razón del trabajo que realice por cuenta ajena” (artículo 23 RD 2064/1992, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

En cuanto al cálculo de la base reguladora, el TS reitera su doctrina para las situaciones en las que existe un período en situación de IT con el contrato de trabajo extinguido sin obligación de cotizar. La cuestión consiste en si para la determinación de la base reguladora de la prestación por IP deben computarse las bases mínimas de cotización (en aplicación de las previsiones generales contenidas en el artículo 140.4 LGSS), o por el contrario las bases sobre las que el INEM hubiera debido cotizar por desempleo, por el período en que el trabajador estuvo percibiendo prestaciones por IT-Desempleo durante el período posterior a la extinción del contrato de trabajo producido cuando el trabajador se hallaba en situación de IT, con prestación de pago directo a cargo del INSS (aplicando analógicamente la previsión del artículo 222.1 LGSS). La Sala estima que el artículo 221.1 LGSS “sólo ha contemplado en su totalidad la situación de quien desde la IT pasa posteriormente a causar derecho a prestaciones por desempleo, dejando sin expresa regulación –salvo para decir que la prestación de IT se percibirá en la cuantía del desempleo– la situación de quien desde su situación de IT pasa a Invalidez Permanente”. Considera que, de acuerdo con la intención del legislador de la Ley 24/2001, que introduce la nueva redacción del artículo 221.1 LGSS, “permite concluir que lo que se pretendió fue reducir los costes que en materia de prestaciones y cotizaciones relacionadas con la prestación por desempleo recaían sobre todo el sistema de la Seguridad Social, y que, por tanto, lo que se quiso establecer (...) es que quien percibiera prestaciones por IT en pago directo por no existir empresa obligada a cotizar, salvo en el caso en que después pasara a percibir prestaciones por desempleo, las percibiera como si fueran prestaciones de desempleo pero sin cotización. A partir de dicha regulación, la consecuencia natural es que para el cálculo de la base reguladora de una invalidez subsiguiente a aquella IT-Desempleo se computen las bases mínimas conforme al artículo 140.4 LGSS en tanto en cuanto no sería aplicable a esa situación la doctrina del paréntesis (...) ni podrían computarse cotizaciones inexistentes”. Según el TS, las previsiones del artículo 222.1 LGSS se aplican a la situación de quien desde la IT –por haber sido dado de alta médica– pasa posteriormente a causar derecho a prestaciones por desempleo, pero no a quienes desde la IT pasan a IP de modo directo. Pues “en el primero de los supuestos se trata de una incapacidad nacida como temporal pero que se prolonga en incapacidad permanente y por lo tanto afecta a un trabajador a

quien en ningún momento se le exigió que acreditara reunir las condiciones para percibir prestaciones por desempleo –artículo 207 LGSS– y de quien el legislador presume que nunca estuvo en condiciones de pasar a tal situación en cuanto que esta última requiere como elemento sustancial que el interesado se halla en condiciones de trabajar” (STS de 25 de febrero de 2009, u.d., I.L. J 144).

En cuanto a la determinación de la base reguladora en el contrato a tiempo parcial, el TS mantiene su doctrina por la que se clarifica que no existe una verdadera situación de laguna de cotización, sino que se verifica una auténtica cotización, aunque acomodada a la índole y a la naturaleza del trabajo desarrollado por la demandante en el período computable, de ahí que no quepa la integración de la base reguladora con las bases mínimas para el periodo en que no hubo obligación de cotizar (STS de 10 de marzo de 2009, u.d., I.L. J 183).

Por lo que respecta al cálculo de la base reguladora en una IPA derivada de enfermedad profesional, los artículos 60.2 y 63, párrafo 2, del Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 22 de junio de 1966, en el que se establece que, dentro de los conceptos económicos que se han de tener en cuenta en la determinación de la base reguladora, ha de incluirse el salario percibido en el momento del accidente laboral multiplicado por trescientos sesenta y cinco días que corresponde a un año y, por lo que hace al cómputo de las pagas extraordinarias, se tendrá en cuenta “su importe anual”. En base a estos preceptos, el TS considera que lo que debe tenerse en cuenta “han de ser los importes anuales tanto de la retribución salarial ordinaria como los correspondientes a las pagas extraordinarias, las que, además y como es sabido, se integran en la retribución diaria percibida por el trabajador”; de manera que si “el legislador hubiera querido limitar el cómputo de las pagas extraordinarias a la parte proporcional de lo percibido hasta el momento de la baja por enfermedad determinante, luego, de la invalidez permanente, lo hubiera dicho expresamente y no, en cambio, hubiera utilizado una expresión tan clara e indiscutible como resulta ‘el importe anual de las pagas extraordinarias’” (STS de 5 de mayo de 2009, u.d., I.L. J 540).

La STS de 24 de febrero de 2009, u.d., I.L. J 145, resuelve la cuestión del cálculo de la base reguladora para una IP derivada de enfermedad profesional declarada cuando el trabajador está jubilado. El criterio que aplica, cuando la empresa subsiste y continúa con su actividad, y tiene su propio convenio colectivo, es estar a las retribuciones que establece éste para la categoría profesional del inválido, y en el caso de que existan complementos salariales variables, ligados a la mayor o menor productividad y a la mayor o menor asistencia al trabajo, “lo mejor es acudir al promedio de lo cobrado el año anterior por los trabajadores de la misma categoría en la misma empresa, ya que el resultado de esa media será el que se aproxime más al salario real que habría cobrado el inválido de continuar en activo, que es el objetivo perseguido por la norma y por nuestra doctrina”.

Cuando se produce una revisión de la base reguladora, con el incremento de su cuantía, sus efectos se retrotraen a la fecha de reconocimiento de la prestación con el límite de cinco años, que opera como plazo de prescripción (artículo 43 LGSS), STS de 10 de febrero de 2009, u.d., I.L. J 85. Téngase presente que en esta resolución se aplica la nor-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

ma antes de la modificación introducida por la Disposición Final Tercera. Uno de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, que añade un nuevo párrafo al artículo 43 LGSS, fijando los efectos de la nueva cuantía de una pensión revisada a los tres meses anteriores, como máximo, de la solicitud de revisión, salvo que se trate de “supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, ni cuando de la revisión se derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas...”.

d) Dinámica de la protección

En materia de revisión es de interés la doctrina de la **STS de 24 de marzo de 2009**, u.d., I.L. J 240, en un supuesto donde se solicita la revisión de grado, pero se estima el grado superior por enfermedad común (contingencia no pedida) y no por contingencia profesional como había sido calificada la incapacidad originaria. El punto central de la sentencia consiste en determinar si este modo de resolver es o no contrario al principio de congruencia. Para el TS, el órgano judicial no incurren en incongruencia por diversos motivos: considera que ambos procedimientos, el de declaración y el de revisión, atienden a una misma finalidad, que es la valoración de las capacidades residuales de trabajo de una persona en donde se discute necesariamente la contingencia o razón determinante y, en su caso, su naturaleza y origen; en el momento de iniciación del expediente el beneficiario desconoce si el resultado de la evaluación de su capacidad laboral va a ser la revisión de la invalidez por secuelas ya apreciadas o por secuelas de contingencia distinta; los artículos 1.1.a) y 6.1 del RD 1300/1995, de 21 de julio, incluyen la competencia del INSS para determinar las contingencias causantes en los procedimientos de revisión de los grados de invalidez.

En caso de revisión por agravación, debe tenerse presente la doctrina de la **STS de 4 de marzo de 2009**, u.d., I.L. J 209, y la **STS de 8 de abril de 2009**, u.d., I.L. J 248, según las cuales, de los artículos 21.a) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y 40.a) de la Orden de 15 de abril de 1969 se desprende que si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le diera derecho a pensión se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que le dé derecho a una pensión de cuantía diferente, pasará a percibir la nueva pensión a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en que así se haya declarado. A tales efectos, “la fecha a tener en cuenta, en orden a la determinación de la de efectos de la revisión del grado de invalidez, es aquella en que se pronunció la resolución del INSS que puso fin al expediente administrativo (...) y no, por el contrario, la del reconocimiento o emisión de su dictamen por la EVI”.

La realización de un trabajo por un pensionista de GI/IPA justifica que el INSS inicie expediente de revisión, en tanto que razonable indicio de que el estado incapacitante ha mejorado, pero en forma alguna comporta que el grado de IP reconocido haya de ser dejado sin efecto, pues esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata la “mejoría” que justifique tal declaración, y ésta exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva a cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias, sino –sobre todo– que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modifica-

ción del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada (STS de 23 de abril de 2009, u.d., I.L. J 529).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La cuestión debatida en la STS de 29 de abril de 2009, I.L. J 563, en unificación de doctrina, es la de si procede el reconocimiento de pensión de viudedad al actor por fallecimiento de su pareja del mismo sexo con la que convivía *more uxorio*, acaecido antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que reconoció el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo. La tesis correcta, según el Tribunal, es la de denegar tal posibilidad, por lo siguiente: la citada Ley, que añadió un segundo párrafo al artículo 44, no contempló ninguna norma transitoria, que pueda permitir la aplicación de sus efectos a las uniones de hecho anteriores a dicha reforma y con fallecimiento del causante también anterior. Abunda en ello, que de la Disposición Adicional Primera de dicha norma, cuando dispone que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes, no puede deducirse la retroactividad a estos supuestos, pues con ello lo único que el legislador pretende es trasladar el nuevo modelo de matrimonio a todos los textos legales que lo contemplan, sin otro tipo de alcance.

Añade la sentencia aquí comentada, que pretender aplicar la Ley 13/2005, a situaciones anteriores producidas antes de su entrada en vigor, también sería contrario al artículo 3.2 del Código Civil, que dispone la irretroactividad de la Ley, salvo que se dispusiere lo contrario y no lo hace dicha Ley, excepto lo previsto y acreditando las exigencias concretas, por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Tampoco es posible, dice el juzgador, aplicar por analogía lo previsto en la Disposición Adicional Décima.2ª de la Ley 30/1981, de 1 de julio, que reguló los procedimientos a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio. Para este Tribunal, el artículo 4.1 del Código Civil dispone la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante, entre los que se aprecie identidad de razón, y éste no es el caso, según afirma el Tribunal: alega que la citada Disposición Adicional de la reforma de 1981 era la imposibilidad legal de disolver el primer vínculo y contraer un nuevo matrimonio, no siendo ésta la razón de ser que motivó la regulación introducida en la reforma de 2005. Es nuestra opinión, que en este extremo el juzgador no ha estado acertado o no lo ha argumentado con suficiente precisión.

Por último, concluye el Tribunal, tampoco puede sostenerse que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad por parejas homosexuales convivientes *more uxorio* existente con

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

anterioridad a la promulgación de la Ley 13/2005 constituyera una desigualdad de trato contraria al artículo 14 de la Constitución: recuérdese lo que ya se ha comentado en estas páginas, en diversa jurisprudencia y en relación con la STC 222/1994, de 11 de julio, y en sentencias anteriores, “que la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (artículo 32.1)”. En definitiva, concluye el Tribunal, que lo que ha hecho la nueva Ley no es eliminar una discriminación preexistente, sino instaurar algo nuevo –y esta afirmación es la más discutible de todas–, eliminando una concepción que estimó anticuada acerca de la naturaleza de las relaciones de convivencia entre parejas de un mismo sexo, y construyendo con ello un nuevo marco de derechos y deberes que antes no tenían las parejas homosexuales, todo ello, reitera, con un “carácter constitutivo y novedoso”. Ciertamente se puede concluir, pero no es por la propia naturaleza de la materia objeto de reforma, como dice el Tribunal, que la reforma sólo tiene efectos *ex nunc*, es decir, carácter prospectivo y no retroactivo, sin perjuicio de ponerse de manifiesto que el legislador podía haber regulado –con condiciones– sus efectos retroactivos y económicos.

A esta sentencia se realiza voto particular por el magistrado don Fernando Salinas Molina –al que se adhieren otros cuatro magistrados–; el voto se presenta con los siguientes argumentos –todos acertados, pero que entendemos no relevantes a lo aquí discutido–: El nuevo artículo 44 del Código Civil “pretende y proclama la igualdad real, efectiva y plena de requisitos y efectos del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes”, para lograr esta equiparación plena, la Ley 13/2005 no modifica todas las leyes de muy diversos ámbitos que contienen referencia al matrimonio, utilizando para realizar la modificación a la Disposición Adicional Primera, en la que se establece expresamente que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan referencia al matrimonio, se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes; añade que lo que ha hecho la nueva Ley es eliminar una discriminación preexistente y no instaurar algo nuevo (se niega con ello la creación *ex nunc* de un nuevo derecho). Al final, el voto particular utiliza tres argumentos para efectuar una aplicación de la referida Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 –aunque entendemos que es una aplicación forzada–: a) aplicación del principio de plenitud e igualdad de derechos y obligaciones del matrimonio cualquiera que sea su composición; b) el que la referida equiparación plena abarque, incluso expresamente, los efectos referidos a derechos y prestaciones sociales –en la Exposición de Motivos–; c) el contenido de la Disposición Adicional Primera permite interpretar que si el legislador pretende la equiparación plena de efectos del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes y éste es el principio que debe girar a los intérpretes de la norma, debe llegarse a una solución similar a la contenida en la Disposición Adicional Décima de la Ley de Divorcio –30/1981–, al supuesto de las personas del mismo sexo que no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la entrada de la reforma operada por la Ley 13/2005.

c) Prestaciones a favor de familiares

El artículo 176.2 de la LGSS dispone que se reconocerá derecho a la pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quie-

nes se den, en los términos que se establezcan en los reglamentos generales, las siguientes circunstancias: a) Haber convivido con el causante y a su cargo. b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos. c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante. d) Carecer de medios propios de vida. Deviene por tanto aplicable por remisión expresa del propio precepto legal, sin que ello entrañe contradicción alguna entre sus respectivas regulaciones lo dispuesto en la Orden de 13 de febrero de 1967, que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social; este reglamento dispone en su artículo 22.1 –al que se remite el artículo 25 de la misma Orden–, en su apartado c), completando lo establecido legalmente, que para tener derecho a la prestación, será necesario acreditar que se carecen de medios de subsistencia, y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos –añade que, según la legislación civil–.

De esta normativa vigente resulta que sólo da derecho a la pensión a favor de hijos y familiares, cuando el demandante carece de rentas propias superiores al salario mínimo interprofesional y además carece de familiares con obligación de prestarle alimentos a los que tiene carecen de ingresos que le permitan desprenderse de lo necesario para garantizarle a quien reclama la pensión, una cantidad mensual equiparable al salario mínimo interprofesional (STS de 7 de febrero de 2008). Por tanto, tal y como resumen la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009**, I.L. J 387, a partir de la normativa arriba citada, la jurisprudencia ha precisado que esta última exigencia, a falta de una decisión del orden civil sobre la cuestión, tiene que ponerse en relación con dos determinaciones: por una parte, debe de haber una persona obligada a prestar alimentos que tenga, en el concreto momento del hecho causante, ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional; por otra parte, el obligado a prestar alimentos tiene que tener una capacidad de pago que permita asignar al beneficiario una cantidad que garantice a éste un nivel de subsistencia que no sea inferior al salario mínimo interprofesional. Por tanto, para que juegue la exclusión del artículo 40.1.e) del Decreto 3158/1966, es preciso que se den ambas determinaciones.

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. Actas de liquidación. 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. a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales. b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales. c) Infracciones en materia de Seguridad Social.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica está dirigida a destacar los principales pronunciamientos judiciales relacionados con el Derecho Administrativo Laboral que aparecen publicados en los números 1 a 4 de 2009 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. Al mismo tiempo también se da cuenta de algunas otras sentencias que en relación a la misma materia han dictado los Tribunales Superiores de Justicia durante los meses de marzo y abril de 2009.

El principal valor del material judicial analizado es el de recordar criterios ya consolidados en la jurisprudencia, así como contribuir a perfilar el alcance de determinados tipos infractores mediante la ejemplificación de conductas que pueden quedar encuadradas dentro de su contenido. Seguramente, de entre los pronunciamientos examinados cabe destacar la **STSJ de Extremadura de 2 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1249/2006), relativa a descubiertos de cotización por cantidades abonadas en concepto de “dieta” y en la que, como se irá viendo, se abordan distintos aspectos de interés tanto de fondo como de carácter procedimental.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

En este terreno, tan sólo cabe hacer mención a la **STS de 21 de enero de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 14, que, aun referida realmente a una reclamación de deuda, insiste en un criterio sobradamente conocido de común aplicación a las actas

de liquidación. En concreto, el Tribunal Supremo reitera su doctrina de que, a efectos de la determinación de la *summa gravaminis* para el acceso a la casación en asuntos relativos a cotizaciones a la Seguridad Social, la cantidad a tener en cuenta es la correspondiente a las cuotas mensuales, puesto que éstas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes. Por ello, en el caso enjuiciado, la Sentencia desestima el recurso de casación presentado, dado que, pese a que la cantidad total reclamada sí supera el mínimo exigido por el artículo 86.2.b) LJCA –veinticinco millones de pesetas–, lo determinante es que ninguna de las liquidaciones mensuales objeto de la reclamación alcanza dicha cifra. Reiterando también doctrina propia, la Sentencia añade que “la viabilidad del recurso por razón de la cuantía es la misma respecto del responsable principal como del solidario o subsidiario”, criterio que aplica al supuesto analizado, en que el recurso se había interpuesto por una empresa declarada como responsable solidaria en virtud de una sucesión de empresa.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

En este ámbito, merece la pena comentar dos pronunciamientos, que más que referirse al desarrollo estricto del expediente administrativo, se centran respectivamente en realizar algunas precisiones tanto en relación al posible recurso a interponer frente a la resolución, como sobre los efectos que el inicio del procedimiento sancionador puede ejercer sobre otras actuaciones administrativas basadas en los mismos hechos.

El primero de estos aspectos es abordado por la STSJ de Extremadura de 2 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1249/2006). En concreto, con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo, esta Sentencia se encarga de destacar que, a diferencia de lo establecido para los casos en que la resolución del procedimiento administrativo se dicta de forma extemporánea (artículo 20.3 RD 928/1998), la falta de resolución del recurso de alzada en el plazo previsto de tres meses no conlleva la anulación de la liquidación y sanción impuestas en el expediente previo, sino que el único efecto regulado es la consideración de que el recurso ha de entenderse desestimado, sin perjuicio de la obligación que pesa sobre la Administración de resolver de forma expresa (artículos 42.1 y 115.2 Ley 30/1992).

“La parte recurrente expone que existe caducidad pero no en relación al plazo anterior sino en atención a que interpuso recurso de alzada que no fue resuelto dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 115.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada por la Ley 4/1999. La tesis de la parte actora no puede prosperar puesto que nos encontramos dentro de una fase procedimental distinta a la tramitación del procedimiento en la primera instancia administrativa y resulta que la no resolución del recurso de alzada dentro de plazo no conlleva efectos anulatorios del acto administrativo impugnado, puesto que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo disponga la naturaleza del término o plazo (artículo 63.3). En el presente supuesto, el único efecto del transcurso de

XI. Administración Laboral

los tres meses consistía en que el recurrente podía entender desestimado su recurso de alzada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 30/1992, y presentar recurso contencioso-administrativo, como así hizo la parte actora; todo ello, sin perjuicio –como finalmente aconteció– de la obligación de resolver de forma expresa que recae sobre las Administraciones Públicas, ya que, sabido es que el vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones Públicas de la obligación de resolver (artículo 42.1).”

En el segundo terreno comentado actúa la **STSJ de La Rioja de 3 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 282/2008). En ella se pone de relieve cómo nuestro ordenamiento permite que la Tesorería pueda dar de alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social, sin necesidad de esperar a la finalización del procedimiento administrativo sancionador y del proceso de oficio *ex* artículo 149.1 LPL abierto, para determinar la laboralidad o no de la relación. Obviamente, como precisa el Tribunal, dicha posibilidad se entiende sin perjuicio de que, si después la jurisdicción social declara el carácter no laboral de la relación, “proceda la anulación de las altas y, en su caso, la devolución de los ingresos indebidos”.

“No existe previsión legal alguna de suspensión de las altas practicadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, en tanto se resuelven los expedientes administrativos sancionador y de liquidación de cuotas tramitados por la autoridad laboral, o se dicte sentencia firme por la Jurisdicción Social en procedimiento de oficio. Y aun cuando pudiera parecer oportuno, *prima facie*, que la Tesorería General de la Seguridad Social pospusiera el alta de oficio de los trabajadores hasta tanto declarase la Jurisdicción Social la naturaleza laboral de la relación jurídica entre éstos y la empresa, sin embargo, ello iría en contra de los principios inspiradores de nuestro sistema de Seguridad Social, en consonancia con lo proclamado en el artículo 41 de la Constitución de que ‘los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad’.”

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

Son muchas las sentencias que, tanto en la jurisdicción social como en la contencioso-administrativa, se ocupan de analizar la presunción de veracidad atribuida normativamente a las actas inspectoras, no sólo para subrayar su fundamento y carácter *iuris tantum* –v.gr. **STSJ de Extremadura de 2 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1249/2006)–, sino, en especial, para poner de manifiesto tanto su virtualidad como sus límites (artículo 53.2 LISOS).

En el primer sentido, cabe hacer mención a la **STSJ de Madrid de 7 de abril de 2009**, Sala de lo Social (recurso 5766/2008), en la que la eficacia probatoria del relato fáctico contenido en las actas se considera fundamento suficiente para que el órgano judicial admita la incorporación de un nuevo hecho probado en el proceso laboral.

En la segunda dirección, diversos pronunciamientos se encargan de aplicar la conocida jurisprudencia que limita la presunción de certeza a los hechos plasmados en el acta que hayan sido percibidos de forma directa por el órgano inspector o que resulten deducibles

inmediatamente de aquéllos, sin que tal eficacia pueda recaer ni en hechos no apreciados directamente ni en meras consideraciones jurídicas incluidas en el documento: así, por ejemplo, en relación a esta última idea, la **STSJ de La Rioja de 3 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 282/2008), señala que la fuerza probatoria de las actas no alcanza a la calificación jurídica realizada por el Inspector respecto al carácter laboral de la relación cuestionada.

Obviamente, esa extensión de la presunción de certeza a los hechos y no a las consideraciones de Derecho no es óbice para que, en atención a las circunstancias del caso, el órgano judicial pueda llegar finalmente a la misma valoración jurídica que el órgano inspector: así se pone de relieve en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de abril de 2009**, Sala de lo Social (recurso 375/2009), respecto a la atribución de responsabilidad a una determinada empresa en materia de indemnización por accidente de trabajo. No obstante, es evidente que cabe también la opción contraria: por ejemplo, es lo que sucede en la **STSJ de Madrid de 7 de abril de 2009**, Sala de lo Social (recurso 5766/2008), en la que se resalta que, pese a que el acta de la Inspección de Trabajo había limitado la responsabilidad sobre el recargo de prestaciones a la empresa a la que pertenecía el trabajador, es perfectamente admisible que tanto el INSS como el órgano judicial extraigan su propia conclusión jurídica y, como ocurre en este caso, extiendan dicha responsabilidad a otras empresas implicadas.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales

El único pronunciamiento a comentar en este campo es la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 438/2008), relativa a la infracción consistente en ceder temporalmente trabajadores de forma ilícita (artículo 8.2 LISOS). Como principal aportación, la Sentencia señala que, a efectos de fijar la sanción correspondiente a esta conducta, no cabe apreciar la agravante de negligencia o intencionalidad en el mero hecho de que la cesión ilegal se haya prolongado en el tiempo.

b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

En este campo, cabe hacer mención a tres pronunciamientos judiciales, todos ellos relativos a infracciones graves encuadradas en algunos de los tipos infractores descritos en el artículo 12 LISOS.

Una de estas resoluciones es la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 45/2009), en la que se confirma la existencia de la infracción tipificada en el artículo 12.1.b) LISOS, por falta de actualización y revisión de las evaluaciones de riesgos y por no haber existido una planifi-

XI. Administración Laboral

cación completa y adecuada de las medidas preventivas: en concreto, la principal conducta infractora imputada a la empresa hotelera sancionada consistía en no haber incluido en el plan de prevención un estudio ergonómico y de riesgo psicosocial del departamento de pisos –obligación esta que había sido impuesta por el Acta de la Comisión Sectorial de Seguridad y Salud (BOP de 22 de febrero de 2006) y cuyo incumplimiento resulta sancionable por constituir una exigencia derivada de la interpretación de un convenio colectivo–. La Sentencia, sin embargo, discrepa de las circunstancias de graduación de la sanción valoradas por la Administración, no considerando aplicable ni la agravante prevista en el artículo 39.3.f) LISOS –por cuanto la empresa había subsanado la irregularidad tras el requerimiento remitido por la Inspección de Trabajo una vez efectuada la visita–, ni tampoco la contemplada en el artículo 39.3.g) LISOS –referida a la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, delegados de prevención o comité de seguridad y salud en orden a la corrección de las deficiencias–, pues en este caso entiende el Tribunal que este criterio de graduación “se encuentra embebido en el tipo del artículo 12.1.b) de la citada Ley”.

En relación a otros ilícitos calificados también como graves en el artículo 12 LISOS, la **STSJ de Murcia de 20 de marzo de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1058/2004), declara la correcta tipificación y sanción de las siguientes conductas empresariales cometidas en la obra de conservación y explotación de tramos de diversas carreteras y autovías. De un lado, se considera punible no haber incluido en el Plan de Seguridad y Salud el trabajo de pintura de barandillas de carretera en un paso elevado y con utilización de plataforma móvil elevadora de personas, con la consecuencia derivada de no haber determinado ni los riesgos ni las medidas de prevención a adoptar: así pues, en tanto no se respetan las exigencias del Plan de Seguridad y Salud (artículo 7 RD 1627/1997), la conducta empresarial se entiende encuadrada en el tipo previsto en el artículo 12.6 LISOS, por el que se sanciona el incumplimiento de la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos. De otro lado, y considerando que constituyen dos infracciones autónomas por responder a la inobservancia de dos obligaciones diferenciadas, la Sentencia también confirma la sanción impuesta por los siguientes incumplimientos tipificados en el artículo 12.8 LISOS: en primer lugar, por la falta de información a los trabajadores afectados sobre los riesgos y medidas preventivas a adoptar en la realización del trabajo en altura sobre plataforma aérea autopropulsada, dado que no se había puesto a su disposición el manual de seguridad [artículo 18.1 LPRL y artículo 5.2.a) RD 1215/1997]; además, como infracción distinta, se sanciona la falta de formación adecuada y específica a los trabajadores sobre estos mismos riesgos y medidas preventivas (artículo 19.1 LPRL y artículo 5.1 RD 1215/1997).

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 683/2004), gira en torno a la infracción grave tipificada en el artículo 12.16.b) LISOS, relativa al incumplimiento de la normativa de prevención en materia de diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos: en concreto, en este caso los hechos punibles y que se encuadran en este tipo infractor derivaban del accidente sufrido por un trabajador al llevar a cabo el vertido de la escoria de un horno en un cobertizo. En el supuesto enjuiciado se discute si debe declararse la responsabilidad solidaria de una empresa que la

sociedad titular del centro de trabajo donde acontece el accidente había contratado para el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones, dada su especialización industrial –fundición metálica de aluminio–. Pues bien, en virtud de los artículos 24.3 LPRL y 42.3 LISOS, la Sentencia confirma dicha responsabilidad solidaria en la medida en que las circunstancias descritas sobre la realización del procedimiento de vertido demuestran que dicha empresa contratada no había cumplido con la obligación asumida.

c) Infracciones en materia de Seguridad Social

En relación a este tipo de ilícitos encontramos la **STSJ de Extremadura de 2 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1249/2006)–, por la que se confirma la liquidación y sanción impuestas por descubiertos de cotización en uno de los habituales supuestos en que la empresa ha abonado a los trabajadores determinadas cantidades en concepto de dietas y, en cambio, la Administración considera que no merecen tal calificación y que en realidad estamos ante percepciones salariales (artículo 22.3 LISOS). Esta ratificación de la resolución administrativa se sustenta básicamente sobre los siguientes argumentos.

En primer término, la Sentencia remarca que el concepto de “dieta” lleva implícito el de desplazamiento temporal del lugar habitual de trabajo a otro distinto, premisa que no concurre en el supuesto enjuiciado, dado que estando vinculados los trabajadores afectados por un contrato para obra o servicio determinado, ha de entenderse que su centro de trabajo habitual es el correspondiente a la obra u obras para las que han sido contratados, de modo que el desplazamiento desde su domicilio o de una a otra de estas obras no genera la percepción de dietas.

“Para que podamos hablar de dieta excluida de cotización es necesario que el trabajador se desplace desde su centro de trabajo habitual a un municipio distinto del lugar habitual de trabajo. En los contratos de obra o servicio la prestación laboral se efectúa desde su inicio, en una determinada localidad, sin que los trabajadores procedan de otro centro de trabajo de la empresa que pueda ser tenido como centro o lugar habitual de trabajo. A lo que podemos añadir que los trabajadores que por terminación de los trabajos de su oficio y categoría optan por trasladarse a otra obra de la misma empresa sin perder la condición de fijos de obra no tienen derecho a dietas dado que no existe, en estos casos, un desplazamiento temporal del lugar de trabajo habitual a otro distinto, puesto que el referido centro habitual de trabajo es precisamente la obra para la que inicialmente fue contratado el trabajador o aquellas obras a las que posteriormente se traslada por decisión empresarial.

Es por ello que, en estos casos, no estamos ante un supuesto en que el trabajador es contratado para un centro de trabajo habitual y desde allí tiene que desplazarse temporalmente a otro centro de trabajo sino que, desde el inicio de la relación laboral, se acepta que el centro de trabajo habitual del empleado va a ser la obra u obras determinadas para las que ha sido contratado. (...) El desplazamiento que pueda existir en estos casos no origina derecho a dietas al no tratarse de un desplazamiento temporal del centro de trabajo habitual a otro distinto sino que los empleados son contratados desde el inicio para ejecutar sus

XI. Administración Laboral

trabajos en una obra o centro determinado o varios pero sin que exista un centro de trabajo habitual o permanente. Debemos insistir, en coincidencia con lo expuesto en las Actas de Liquidación e Infracción, en que en este caso la relación laboral se presta en una obra determinada y aunque existan traslados de una obra a otra o del domicilio del trabajador a la obra, en ningún momento existe desplazamiento desde un centro de trabajo que fuera el habitual a otros de forma temporal. Lo habitual en las prestaciones comprobadas por la Seguridad Social es realizar trabajos en distintos centros de trabajo, teniendo, todos ellos, la condición de habituales desde el primer momento, por lo que no existe desplazamiento de uno a otros que origine el derecho a la percepción de dietas.”

Asimismo, en relación a la cuestión objeto de discusión, la Sentencia añade que no cabe apreciar vulneración del principio de igualdad por el hecho de que los órganos administrativos de otras provincias hayan seguido criterios distintos a los aplicados en este caso. En este sentido, la Sentencia subraya que la resolución aquí enjuiciada aplica la solución acorde con el ordenamiento, siendo necesario recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, “la equiparación en la igualdad ha de efectuarse dentro de la legalidad ..., pero nunca fuera de la legalidad”.

A su vez, a efectos de respetar uno de los principios rectores del Derecho Administrativo Sancionador –el principio de culpabilidad–, la Sentencia subraya que, en el caso enjuiciado, la falta de cotización por las cantidades comentadas constituye una conducta culpable de la empresa y no un error invencible de Derecho, en la medida en que la entidad mercantil debía conocer el ordenamiento jurídico aplicado:

“Se trata, por tanto, de unos hechos que prueban la existencia de una conducta culpable por parte de la demandante, existiendo al menos un elemento subjetivo en cuanto a la culpabilidad se refiere en grado de negligencia, grado de imputación suficiente, por lo que no existe vulneración del principio de culpabilidad. (...) ...lo que la parte pretende acreditar es que no existió culpa en la conducta que se le imputa y que sufrió un error invencible de Derecho, aspectos que la Sala considera que no han quedado probados. La prueba sobre la existencia del error debe juzgarse en cada caso, analizando las circunstancias concurrentes, de modo que se entenderá excluyente de la responsabilidad cuando pueda reputarse invencible, por no ser exigible al sujeto infractor una conducta distinta de la observada. En el presente caso, los hechos comprobados por la Administración acreditan la realización de una conducta contraria a la norma que regula el régimen de cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo la parte demandante refugiarse en que existió una interpretación razonable de la norma para eludir su responsabilidad. La infracción cometida resulta imputable a la entidad mercantil recurrente puesto que la misma debía conocer el ordenamiento jurídico que aplicaba. Dicho con otras palabras, la persona jurídica tenía capacidad para evitar su incumplimiento, es decir, capacidad para obrar conforme a Derecho, siendo únicamente a ella achacables las causas por las que no cotizó por estas cantidades salariales. Existe, por tanto, un incumplimiento de la normativa tributaria imputable a la parte actora que origina la existencia de responsabilidad.”

Finalmente, el último aspecto a comentar en relación a la STSJ de Extremadura de 2 de abril de 2009 gira en torno a la graduación de la sanción, cuestión en la que el Tribunal admite el criterio seguido por la resolución administrativa, al considerar que el hecho de

que la conducta infractora afecte a un número de hasta siete trabajadores tiene la suficiente relevancia como para que la sanción se imponga en su grado medio.

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) Administración autonómica. Reclamación de complementos de puesto de trabajo. B) Retención de IRPF. Práctica empresarial. C) Recargo de prestaciones. Caducidad. D) Relación laboral. Existencia. a) Actores de doblaje. b) Futbolistas profesionales. c) Extranjeros en situación irregular. Demanda de oficio. d) Odontólogos. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Expediente de regulación de empleo. Vulneración de la libertad sindical. B) Impugnación de acuerdo de la Función Pública. C) Relación extinguida con la Administración. Calificación. D) Médico estatutario. E) Concurso de acreedores. Competencia de los Juzgados de lo Mercantil. F) Bolsas de trabajo en la Administración Pública. G) Reclamación de prestaciones. Mutuas vs. empresa directamente responsable. **4. Actos de comunicación procesal. Notificación por edictos. 5. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de acción. D) Falta de legitimación activa. E) Prescripción. F) Litispendencia. **6. Práctica de la prueba.** A) Denegación. B) Carga de la prueba. **7. Sentencia.** A) Motivación. B) Incongruencia. a) Inexistencia. b) Existencia. **8. Despido. Salarios de tramitación.** A) Exención. B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. **9. Recurso de suplicación.** A) Contra Autos. B) Modificación de hechos probados. No son idóneas las fotocopias de documentos. C) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Acciones declarativas. **10. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) No es viable para revisión de hechos y valoración de la prueba. B) Falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción. **11. Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta. 12. Recurso de amparo. Agotamiento previo de la vía judicial. 13. Ejecución de sentencia.** A) Intereses. B) Cálculo de indemnización. Incidencia propia de la ejecución.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 1 al 4 (ambos inclusive) del año 2009 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Administración autonómica. Reclamación de complementos de puesto de trabajo

Las SSTS de 15 de enero, 18 y 19 de febrero y 7, 16 y 21 de abril de 2009, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 108, 157, 151, 377, 520 y 491, declaran la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las reclamaciones contra una Comunidad Autónoma, relativas a diversos complementos ligados a puestos de trabajo; razona el TS que en este caso la Administración tiene condición de empleadora.

B) Retención de IRPF. Práctica empresarial

La STS de 16 de marzo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 225, establece que es el orden jurisdiccional social y no el contencioso-administrativo el competente para conocer la demanda de conflicto colectivo interpuesta contra la decisión empresarial de corregir los errores cometidos en la exacción del tributo. Fundamenta el TS su decisión en el hecho de que el litigio no versa sobre la procedencia o cuantificación de dicha carga tributaria, sino sobre la concreta práctica empresarial.

C) Recargo de prestaciones. Caducidad

El orden jurisdiccional social, y no el contencioso-administrativo, es el competente para conocer de la caducidad en un procedimiento de revisión de oficio de la responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones. Así lo ha entendido la STS de 23 de febrero de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 173, al declarar que sólo los actos de liquidación del capital coste-coste renta son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero únicamente por motivos de determinación de su cuantía, y siempre que tal acto de liquidación no se dicte en ejecución de una sentencia del orden jurisdiccional social sobre el reconocimiento de la pensión y/o sobre la imputación de responsabilidad del pago de ésta.

D) Relación laboral. Existencia

a) Actores de doblaje

La STSJ de Valencia de 20 de enero de 2009, I.L. J 484, tras examinar las circunstancias concurrentes en la relación, considera que los actores de doblaje demandantes mantienen una relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos con el estudio que utilizaba sus servicios. Aunque el requisito de dependencia esté atenuado en este caso, por no disponer los actores de un horario fijo y tener cierta libertad para distribuir su tiempo

XII. El Proceso Laboral

de trabajo, no cabe pasar por alto que para este tipo de actividades no se exige la nota de habitualidad o regularidad en el desarrollo del servicio.

b) Futbolistas profesionales

La STS de 2 de abril de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 308, declara la competencia del orden social para conocer de la reclamación por despido interpuesta por un futbolista que, sin soporte contractual, jugaba en un club de la categoría de Regional Preferente. El TS considera que la relación del deportista con el club tenía naturaleza laboral, ya que percibía una contraprestación económica fija que debe considerarse salario, aunque su importe fuera inferior al SMI, ya que el club no acreditó que se tratara de una mera compensación de gastos.

c) Extranjeros en situación irregular. Demanda de oficio

Declara la STSJ de Extremadura de 8 de enero de 2009, I.L. J 325, la competencia del orden social para conocer la demanda de oficio interpuesta por la Inspección de Trabajo. En dicho procedimiento se estima laboral la relación existente entre la empresa titular de un negocio de llevanza de ganado, que acogió a un trabajador rumano y a su esposa embarazada, ambos en situación irregular. En este sentido, la sentencia considera que el hecho de que el trabajador ayudara al titular de la explotación según las instrucciones de éste y bajo sus órdenes, a cambio de techo, comida y gastos de desplazamiento, indica la existencia de una relación laboral.

d) Odontólogos

La STS de 18 de marzo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 199, recuerda que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad de su contenido y que prevalece sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente le otorguen las partes. Y bajo tal fundamento, el TS considera que concurren las notas de laboralidad en la relación mantenida entre unos odontólogos y una clínica privada, al concurrir las notas características de una relación laboral y no mercantil. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Navarra de 7 de enero de 2009, I.L. J 289.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Expediente de regulación de empleo. Vulneración de la libertad sindical

La STS de 3 de febrero de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 78, entiende que cuando la violación de un derecho fundamental (como el de la libertad sindical) se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo, cuyo control jurisdiccional está atribuido al orden contencioso-administrativo, la tutela judicial de dicho derecho fundamental incumbe al referido orden jurisdiccional.

B) Impugnación de acuerdo de la Función Pública

La competencia para impugnar un acuerdo relativo a la Función Pública corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aunque tenga efectos tanto sobre los funcionarios como sobre el personal laboral. Así lo declara la **STS de 10 de febrero de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 131, al entender que no cabe ampararse en la doctrina del contenido separable del acuerdo, debiendo considerarse éste en su conjunto.

C) Relación extinguida con la Administración. Calificación

La **STS de 6 de abril de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 302, contempla un supuesto en el que la parte actora pretendía que se calificara como laboral la relación que mantuvo con la Junta de Galicia, y ello con la finalidad de obtener mejor puntuación para acceder a determinados puestos de trabajo de la administración autonómica. El TS declara que la jurisdicción laboral resulta incompetente, puesto que la demanda se presentó cuando los servicios ya habían concluido, por lo que el conflicto planteado no se materializaba entre un empresario y un trabajador. En el mismo sentido se han pronunciado las **SSTS de 31 de marzo, 2 y 21 de abril de 2009**, todas ellas de la Sala Cuarta, I.L. J 371, 487 y 495.

D) Médico estatutario

La **STS de 2 de abril de 2009**, Sala Cuarta I.L. J 307, siguiendo su jurisprudencia consolidada en esta materia, considera competente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer una reclamación de cantidad interpuesta por un médico con nombramiento estatutario, esto es, tras la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

E) Concurso de acreedores. Competencia de los Juzgados de lo Mercantil

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de enero de 2009**, I.L. J 352, declara competente al Juez de lo Mercantil, para determinar la naturaleza de la relación de un agente comercial con la empresa concursada, al tratarse de una cuestión prejudicial que debe resolverse por dicha jurisdicción.

F) Bolsas de trabajo en la Administración Pública

Con cita de la doctrina unificada en esta materia, la **STS de 16 de abril de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 428, atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones relativas a los trabajadores incluidos en las bolsas de trabajo de la Administración, ya que en estos supuestos no se examinan verdaderos derechos adquiridos, sino

XII. El Proceso Laboral

meras expectativas que no pueden fundar su existencia en un precontrato que, de existir, sí quedaría comprendido en el ámbito del orden social.

G) Reclamación de prestaciones. Mutua vs. empresa directamente responsable

La STSJ de Murcia de 12 de enero de 2009, I.L. J 467, considera que la reclamación de la Mutua que anticipó el pago de la prestación a la empresa directamente responsable de éste, debe hacerse instando la ejecución de la resolución firme del INSS que determina la responsabilidad de la empresa, siguiendo la vía de apremio correspondiente. A juicio del Tribunal, la Mutua no tiene que instar un nuevo procedimiento para que se declare la responsabilidad del empresario.

4. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. NOTIFICACIÓN POR EDICTOS

La STC 93/2009, de 20 de abril (recurso de amparo 4077/2006), I.L. J 505, declara la existencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en un supuesto en el que el juzgador realizó el emplazamiento edictal sin desplegar una actividad previa indagatoria suficiente. Entiende el TC que no cabe imputar al demandante de amparo una actitud consciente y deliberada dirigida a impedir su localización, ni un conocimiento extraprocesal del mismo.

5. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La STS de 27 de enero de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 57, declara que no resulta de aplicación el plazo de caducidad de 20 días, en aquellos casos en los que la modificación sustancial llevada a cabo no ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 41 ET. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 20 de abril de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 489.

B) Cosa juzgada

La STS de 22 de enero de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 68, se dicta en el marco de un procedimiento de modificación sustancial. El TS entiende que no cabe apreciar la excepción de cosa juzgada respecto a una anterior modificación sustancial llevada a cabo en la misma empresa, ya que ni los actores, el número de trabajadores afectados, ni tampoco el objeto del proceso, son los mismos. Por otro lado, en un conflicto colectivo sobre impugnación de convenio, la SAN de 24 de febrero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 192, estima la excepción de cosa juzgada en relación con un conflicto colectivo previamente interpuesto y resuelto mediante sentencia firme. La Sala razona que, aunque el anterior conflicto

interpuesto versara sobre un convenio colectivo distinto, esta circunstancia no permite alterar dicha conclusión, por cuanto la pretensión esgrimida “no se funda en un hecho nuevo distinto que dé contenido al derecho ejercitado”. En el mismo sentido, la STS de 3 de marzo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 208, aprecia la excepción de cosa juzgada en un supuesto en el que, pese a no coincidir los períodos reclamados respecto a un complemento de jubilación, sí existe identidad de objeto y partes. Por último, la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2009, I.L. J 342, entiende que no cabe apreciar cosa juzgada en el procedimiento de ejecución definitiva seguido en el marco de un despido respecto al Auto que resolvió sobre la ejecución provisional. La decisión se fundamenta en el hecho de que el procedimiento de ejecución definitiva da cumplimiento a una sentencia firme y “trata de resolver sobre datos o hechos diferentes en cuanto momentos procesales correlativamente diversos”.

C) Falta de acción

La STS de 30 de marzo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 271, aprecia la excepción de la falta de acción en un proceso en el que, extinguida la relación laboral, años después se pretende acreditar mediante una sentencia un mérito laboral que permita obtener determinada puntuación en un concurso administrativo. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 30 de marzo de 2009 –cuatro–, 31 de marzo de 2009 –cinco–, 2 y 13 de abril –tres– de 2009, 21 de abril de 2009 –dos–, 28 de abril de 2009, 6 y 7 de mayo de 2009 y I.L. J 369, 421, 422, 423, 367, 368, 424, 365, 366, 524, 430, 431, 429, 488, 533, 557, 573 y 543.

D) Falta de legitimación activa

La STC 33/2009, de 9 de febrero (recurso de amparo 5799/2005), I.L. J 81, declara que tiene legitimación activa un sindicato, en un proceso en el que se impugnan listados de readjudicación de determinados puestos de trabajo en la Administración autonómica, entendiéndose que existe un interés profesional o económico que lo justifica vinculado al “(...) círculo de intereses legítimos del sindicato (...)”.

E) Prescripción

La STS de 20 de enero de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 56, establece que la tramitación de un proceso de conflicto colectivo no sólo interrumpe la prescripción de las acciones individuales, sino también de aquellas pendientes de ejercitar. En la misma materia, las SSTS de 11 de marzo de 2009 –dos–, 12 de marzo de 2009 –dos–, 16 de marzo de 2009 –tres– y 17 de marzo de 2009 –dos–, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 227, 230, 222, 231, 221, 223, 224, 220 y 270, entiende que la interposición de un conflicto colectivo no impide reclamar conceptos distintos a los que son el objeto de éste. La STS de 9 de febrero de

XII. El Proceso Laboral

2009, Sala Cuarta, I.L. J 154, entiende que, en el caso analizado, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la sanción impuesta a un trabajador es el de la firmeza de la sentencia que fija los hechos en la jurisdicción penal. En la **STS de 24 de febrero de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 171, se declara que siendo la prescripción una excepción propia de carácter material, no cabe su apreciación de oficio por el juzgador de instancia. La **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009**, I.L. J 344, desestima la excepción de prescripción alegada con base en la reiterada jurisprudencia del TS: no es hasta el momento en que la empresa tiene un “conocimiento cabal” de los hechos, cuando puede iniciarse el cómputo del plazo para sancionar. Por último, la **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009**, I.L. J 400, establece que la interposición de la papeleta de conciliación interrumpe la prescripción hasta que finalice sin éxito el intento de conciliación. Una vez superado dicho trámite, se inicia “un nuevo y entero” plazo de prescripción.

F) Litispendencia

La **STS de 12 de marzo de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 226, desestima la excepción de litispendencia por no desarrollarse los procedimientos judiciales analizados en el mismo orden jurisdiccional. Se argumenta que dicha situación excluye el efecto de cosa juzgada de lo resuelto en un procedimiento respecto del otro y, por tanto, concurre la razón que puede justificar la excepción alegada.

6. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Denegación

En un proceso de reconocimiento de incapacidad permanente total, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de enero de 2009**, I.L. J 359, desestima la nulidad de actuaciones solicitada con fundamento en la denegación de la práctica de una prueba durante el acto de la vista. Dicha prueba consistía en la toma de declaración del facultativo que emitió el Informe de Valoración Médica. Entre otras razones, fundamenta el TSJ su decisión en que la ratificación o no de dicho informe no impide ni limita la posibilidad de contradicción y refutación de éste mediante la aportación de cualquier otro medio de prueba conducente a desvirtuar su contenido.

B) Carga de la prueba

El demandante que denuncia la vulneración de derechos fundamentales y, por ende, la regla de inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar una actividad alegatoria suficiente y concreta de la existencia de indicios de dicha vulneración –en este caso del derecho de libertad sindical–. En este sentido razona la **STSJ de Extremadura de 8 de enero de 2009**, I.L. J 323 y, con cita de sentencias tanto del TS como del TC, declara que dichos indicios no pueden equipararse con una mera sospecha sino que por indicios de-

ben entenderse “(...) señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto (...)”. En el caso de autos, la parte actora pretendía justificar la nulidad del despido en el hecho de estar afiliada a un sindicato y haber informado a la empresa de su intención de promover elecciones, siendo tales datos insuficientes a juicio del Tribunal para invertir la carga de la prueba, por cuanto la extinción del contrato de la actora se produce transcurridos 3 meses después.

7. SENTENCIA

A) Motivación

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de enero de 2009, I.L. J 259, estima la petición de nulidad de la sentencia de instancia –dictada en un proceso de reconocimiento de invalidez– por falta de motivación y una incompleta e insuficiente declaración de hechos probados. Con cita de la doctrina del TC y del TS, la sentencia señala que, si bien se ha aceptado de forma excepcional que en los fundamentos de derecho de la sentencia figuren afirmaciones fácticas (aun cuando éstas deberían relacionarse en los hechos probados) “(...) esta irregularidad se aceptó siempre y cuando la afirmación fáctica fuera acompañada de la correspondiente motivación (...) no es aceptable (...) el que en una sentencia aparezcan afirmaciones fácticas sin la correspondiente motivación, pues no cabe olvidar que esta exigencia formal parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (...)”. En sentido contrario se pronuncia la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009, I.L. J 344, en un procedimiento de despido. En trámite de recurso la parte actora alega que la sentencia de instancia debió hacer una mayor referencia a toda la prueba practicada y que sustenta hechos diferentes a los que se dan por acreditados. Se concluye por el TSJ que tanto el relato de hechos probados como los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia son adecuados y suficientes para que la Sala de Suplicación pueda conocer las razones del debate y la fundamentación de la decisión.

B) Incongruencia

a) Inexistencia

La STS de 27 de enero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 105, desestima la alegación de incongruencia omisiva de la sentencia dictada por el TSJ en instancia. La sentencia recurrida desestimó la demanda de un sindicato en un procedimiento de vulneración del derecho de libertad sindical, en el que se debatía la redistribución entre sindicatos de los correspondientes liberados sindicales, según los resultados obtenidos en las elecciones. Se cita en esta sentencia prácticamente todas las dictadas en la materia por el TC, así como varias sentencias de la propia Sala de lo Social. Razona la sentencia que, para comprobar si existe este vicio en la resolución que se impugna, no sólo hay que tener en cuenta la pretensión del

XII. El Proceso Laboral

demandante, “(...) sino también las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, entre las que se encuentran las excepciones y motivos de oposición que pudiera haber esgrimido la demandada al contestar a la demanda o al formular oportunamente otras alegaciones en el acto de juicio (...)”. Además, el TS indica que el sindicato demandante no acreditó ni siquiera indiciariamente la vulneración del derecho de libertad sindical y el trato discriminatorio alegado. En la misma línea, la **STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2009**, I.L. J 298, declara que no existe incongruencia de la sentencia de instancia recaída en un procedimiento en el que se debatió el derecho a disfrutar de vacaciones. El actor solicitaba el derecho a disfrutar de unos días de vacaciones que no pudo disfrutar en el año anterior y la sentencia condena a la demandada a compensar económicamente al actor por los días de vacaciones no disfrutados. En el acto de juicio la empresa manifestó esa posibilidad, lo que a juicio del TSJ constituye una pretensión subsidiaria respecto a la del demandante y conlleva que el fallo de la sentencia sea congruente con la oposición a la demanda. En la **STS de 24 de marzo de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 240, se debate si se vulnera el principio de congruencia al conceder un grado más de incapacidad (la total) pero derivada de enfermedad común, y no a causa de accidente de trabajo, tal y como se pedía por la parte actora. En concreto, en el supuesto de hecho el actor ya tenía reconocida una incapacidad permanente parcial derivada de accidente profesional y solicita más tarde, por agravación, que se revise dicha situación y se le reconozca una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, sin que siquiera subsidiariamente pidiera esa revisión a causa de enfermedad común. La sentencia recuerda que Sala de lo Social ya ha resuelto esta concreta cuestión en STS de 28 de octubre de 2002 y concluye que no existe incongruencia al declararse que la contingencia de la revisión a un grado superior de invalidez sea la enfermedad común, aun cuando esto no haya sido pedido por la actora, ya que no se trata en este supuesto de la declaración inicial de invalidez, sino de la agravación del grado invalidante. Por último, también se desestima la pretensión de incongruencia (en este caso omisiva) por la **STS de 26 de mayo de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 608. En este supuesto, alega la parte recurrente (y actora en las actuaciones) que en el acto de la vista la defensa de la demandada formuló la falta de litisconsorcio pasivo necesario que no fue resuelta por la sentencia. Razona el TS que no consta referencia alguna a tal excepción en el acta de juicio, que la demandada niega haber formulado tal excepción (que a mayor abundamiento no fue contestada por el sindicato recurrente), que la relación jurídico-procesal estaba bien constituida y que, en todo caso, habría de entenderse una desestimación tácita del alegato que en este caso sería jurídicamente aceptable al inexistir indefensión.

b) Existencia

En un procedimiento de reconocimiento de jubilación parcial, la sentencia de instancia estimó la demanda pero concedió el derecho de conformidad con una base reguladora y una fecha de efectos que no se habían concretado en la demanda. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009**, I.L. J 384, si bien entiende que en la instancia se incurrió en incongruencia *extra petitum*, declara que la consecuencia de este defecto no puede ser la nulidad de actuaciones sino la supresión del fallo de la sentencia de los términos en los que no se interesó la demanda, limitándolo a los que se hicieron constar en su suplico. La **STS de 8 de abril de 2009**, Sala Cuarta, I.L. J 501, analiza si es incongruente una sen-

tencia que, ante la pretensión de improcedencia de un despido verbal, declara su nulidad por entender que se trataba de un despido por causas objetivas adoptado sin seguir los requisitos formales correspondientes. Como quiera que el TS entiende que los hechos en los que se fundamentó el despido no autorizaban a calificarlo como objetivo (modalidad extintiva distinta de la voluntariamente querida por la empresa), se concluye que el juzgador de instancia cambió a su exclusiva voluntad el objeto del proceso y concedió algo distinto de lo pedido. Es por ello que la sentencia declara la existencia de incongruencia *extra petita* en la instancia.

8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Exención

La STS de 25 de marzo de 2009, Sala Cuarta, I.L. J 233, reiterando el criterio de su Sentencia de 6 de marzo de 2008, declara que el pago mediante cheque bancario de la indemnización por despido, una vez reconocida la improcedencia del despido, exonera a la empresa de abonar salarios de tramitación. A juicio del TS, este pago directo, que supone que lo percibido pase al patrimonio del trabajador, es una fórmula alternativa al depósito judicial establecido en la norma, al cumplir la misma finalidad que éste.

B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

La STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009, I.L. J 398, con cita de varias sentencias de la Sala de lo Social del TS dictadas en la materia, declara la existencia de error excusable en la cuantía de la indemnización ofrecida y consignada a efectos de evitar el devengo de salarios de tramitación. En este supuesto dicha desviación era de una cuantía muy escasa (10,94 euros), lo que a juicio del TSJ no constituye por sí mismo un indicio de irregularidad querido de forma voluntaria.

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Contra Autos

La STS de 16 de enero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 106, ratifica su criterio sobre el alcance del recurso de suplicación respecto de autos dictados en ejecución de sentencia. De acuerdo con el artículo 189.3 LPL, tales autos, una vez agotada sin éxito la vía de reposición ante el propio juzgado de lo social, son recurribles “(...) cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado (...)”. En este caso, el TS considera que sí debe ser recurrible el auto

XII. El Proceso Laboral

en cuestión, pues el contenido de la pretensión debía considerarse sustancial, al tratarse de determinar si “(...) la cuantía de los salarios de tramitación –fijada genéricamente en el fallo de una sentencia de despido nulo– puede ser impugnada por la empresa en fase de ejecución, con base en que el trabajador no prestó servicios todos los días laborables de trámite del proceso, habida cuenta de su condición de trabajador fijo-discontinuo (...)”. De otro lado, la **STSJ de Murcia de 26 de enero de 2009**, I.L. J 465, determina que no hay acceso al recurso de suplicación respecto de las decisiones sobre medidas precautorias adoptadas por Auto por el juez de instancia, como es el caso del embargo preventivo, al no haber previsión al respecto en el artículo 189 LPL.

B) Modificación de hechos probados. No son idóneas las fotocopias de documentos

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2009**, I.L. J 383, resuelve el recurso planteado por infracción del artículo 326 LEC en el que se establece que “(...) los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen (...)”. En el presente caso, la Sala entiende que el denominado “certificado de aportaciones” en el que se fundamenta la pretensión, no es un documento privado sino una mera fotocopia que, no habiendo sido averada a través de cualquier medio de prueba de los admitidos en derecho, carece de valor probatorio como ha señalado el TS en su Sentencia de 6 de abril de 1988.

C) Acceso al recurso

a) Afectación general

La **STS de 28 de enero de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 71, declara la nulidad de actuaciones desde la sentencia de instancia por entender que ésta no era susceptible de suplicación. En el supuesto analizado, el juez de instancia entendió que su sentencia era recurrible en suplicación por ser un supuesto de afectación general, y la Sala del TSJ aceptó la declaración de afectación ateniéndose a lo señalado por el juez *a quo*. El TS pone de manifiesto que la determinación de la afectación general es una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala *ad quem*, por lo que el TSJ podría haber desestimado la existencia de afectación general, al no quedar limitado por las consideraciones de la sentencia de instancia. Por su parte, la interesante **STS de 6 de mayo de 2009**, Sala de lo Social, I.L. J 572, recuerda de forma detallada los requisitos de la doctrina jurisprudencial para admitir la afectación general: a) situación real de litigio; b) actividad probatoria a instancia de parte; c) práctica de la prueba en instancia; d) la conformidad de las partes sobre la afectación general puede ser rechazada por el juez; e) la notoriedad debe ser alegada y no puede apreciarse de oficio; f) los medios para probar, en cuestiones de Seguridad Social, pueden ser certificaciones de los organismos afectados o la confesión de éstos vía informe, y g) la competencia funcional debe ser examinada de oficio –como señala la STS de 28 de enero de 2009 anteriormente mencionada–.

b) Acciones declarativas

La STS de 6 de mayo de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 572, reitera las reglas de acceso a la suplicación en las pretensiones meramente declarativas o las de condena no dineraria. Partiendo de la laguna legal del artículo 189 LPL, recuerda que la Sala ya ha precisado (entre otras, en las SSTs de 20 de mayo de 2008, 29 de mayo de 2009, 11 de junio de 2008 y 9 de diciembre de 2008) que “(...) cuando se trata de acciones declarativas o de acciones de condena que no tienen un contenido dinerario directo, para determinar la procedencia o no del recurso hay que estimar el valor económico del litigio a efectos de la aplicación del límite cuantitativo del artículo 189 (...)”, y para ello “(...) habrá que estar a los efectos económicos normales del agente generador; o dicho de otra manera, a los efectos económicos que pueden alcanzar el cumplimiento de la declaración, recurriendo cuando fuera preciso a la técnica de la ‘anualización’ de ese importe que es también la que continúa rigiendo en materia de Seguridad Social (...)”.

10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA**A) No es viable para revisión de hechos y valoración de prueba**

La STS de 23 de febrero de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 136, desestima el recurso planteado por falta de contenido casacional. Las sentencias comparadas sí contemplaban supuestos sustancialmente idénticos, siendo su discrepancia la valoración de la prueba practicada, pues le dieron valor probatorio distinto a los mismos documentos. Reitera el Alto Tribunal su doctrina al respecto de que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que debe desestimarse el recurso, ya que su fundamento es la unificación de doctrinas contradictorias y no la revisión de la valoración de la prueba que hayan efectuado los tribunales inferiores con base en las diferentes circunstancias concurrentes. En esta misma línea, la STS de 1 de abril de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 310, considera también que no hay contradicción entre los supuestos, evidentemente muy similares, de las sentencias aportadas: en una se apreciaba fraude de ley en la conducta del trabajador, no apreciándose en la otra, siendo la diferencia entre ellas la valoración que de las conductas de los actores hizo cada juzgador. Ello no implica una doctrina contradictoria, bien al contrario, la doctrina sostenida es la misma. Recuerda nuevamente la Sala que la función del recurso es unificar doctrina y no las variables o circunstancias de cada supuesto individualizado.

B) Falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción

En la STS de 3 de marzo de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 179, se desestima el recurso interpuesto por entender que el recurrente pretende que “(...) sea la Sala la que compruebe la evidencia de identidad de los hechos y las pretensiones, y la diversidad en las decisiones

XII. El Proceso Laboral

judiciales respectivamente adoptadas (...)”. En el recurso se resumían muy someramente las diferencias entre los procedimientos comparados, limitándose el recurrente a afirmar la facilidad con que podían observarse. La Sala rechaza esta argumentación genérica, recordando la exigencia de que sea el recurrente el que realice el esfuerzo de exégesis legalmente requerido. En todo caso, la STS hace ese esfuerzo adicional, aunque no le es obligado, y en todo caso entiende que, de cualquier modo, no existía dicha contradicción.

11. RECURSO DE REVISIÓN. MAQUINACIÓN FRAUDULENTA

La STS de 3 de abril de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 435, estima el recurso de revisión interpuesto por la empresa empleadora condenada por despido improcedente, en un procedimiento en el que no pudo personarse por desconocimiento. En efecto, la trabajadora señaló el domicilio social que la empresa tenía cuando se formalizó su contrato de trabajo, lugar en el que ya no figuraba y en el que tampoco se encontraba su centro de trabajo. Requerida expresamente por el Juzgado para que señalara otro domicilio, la actora omitió respuesta y cualquier referencia al centro de trabajo en el que había prestado servicios. En estas circunstancias, el TS declara que, si se hubiese producido una sola omisión, aún cabría imputarla a olvido o descuido, pero sí debe calificarse como maquinación fraudulenta la posterior conducta de la actora, por cuanto continuó ocultando el lugar de prestación de servicios y que en todo caso debía haber figurado en su demanda, tal como prevé el artículo 104.a) LPL.

12. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA JUDICIAL

La STC 124/2009, de 18 de mayo (recurso de amparo 11224/2006), I.L. J 503, rechaza la denunciada falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial. En este supuesto, la demandante obtuvo sentencia favorable a sus intereses en trámite de suplicación; contra dicha sentencia se alzó la empresa demandada interponiendo recurso de casación para la unificación de la doctrina, recurso en el que no se personó la demandante. Razona el TC, que habiéndose obtenido esa sentencia favorable en sede de suplicación, la personación de la demandante de amparo en el subsiguiente recurso ante el TS era una facultad y no una obligación, “(...) y esa naturaleza potestativa impide que la inactividad pueda volverse en su contra más allá de su propio ámbito en el proceso donde se produce (...)”.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Intereses

El *dies ad quem* para el cálculo de intereses procesales de una indemnización por despido consignada en el juzgado, es la fecha desde que la cantidad estuvo a disposición de ese juzgado para serle abonada al trabajador, y no la fecha en que se le hace efectivo el pago. Así lo ha entendido la STS de 11 de marzo de 2009, Sala de lo Social, I.L. J 195.

B) Cálculo de indemnización. Incidencia propia de la ejecución

En materia de accidente de trabajo, condena el Juzgado de instancia al pago de una indemnización de 24 mensualidades de la base reguladora; la indemnización es calculada por la mutua y abonada al trabajador. Éste insta la ejecución de la sentencia por no estar de acuerdo con el modo de cálculo de dicha indemnización, denegándose por el Juzgado la ejecución que le remite a iniciar un nuevo procedimiento declarativo ordinario. Recurre el trabajador esta decisión y la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de enero de 2009**, I.L. J 280, admite su recurso afirmando que la sentencia debe ejecutarse en su integridad y a la ejecución corresponde cualquier incidencia que pueda surgir para dar pleno efecto a lo ordenado en el fallo.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

ANA ALÓS RAMOS

ANA HIGUERA GARRIDO

VERÓNICA OLLÉ SESÉ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario

Consideración preliminar. 1. Recargo de prestaciones. A) Imprudencia del trabajador. B) Falta de medidas de seguridad: Relación de causalidad. C) Falta de medidas de seguridad: Falta de información. D) Falta de medidas de seguridad: Falta de vigilancia. **2. Contratas y subcontratas.** A) Ausencia de responsabilidad solidaria: promotor. **3. Expediente administrativo del recargo.** A) Caducidad. B) Comienzo vía judicial.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 1 a 4 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1 a 632), correspondientes a los meses de junio, julio (dos) y agosto de 2009, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

Destaca el tema relativo a la responsabilidad del empresario ante el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo y el estudio de la concurrencia de los elementos configuradores del recargo de prestaciones que son cuestiones ya habituales en la aplicación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. También se repiten las decisiones judiciales que tratan de buscar al empresario infractor en supuestos de contratas y subcontratas.

1. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Imprudencia del trabajador

El artículo 115.4.b) LGSS niega la consideración de accidente de trabajo a los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado, distinguiéndose en ese precepto el dolo, la imprudencia temeraria y la imprudencia profesional que deriva del ejercicio habitual de un trabajo por la confianza que éste inspira lo que permite excluir la calificación de tal accidente de trabajo.

En la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009, I.L. J 265, se estudia un supuesto de participación del trabajador en el accidente cuando se hallaba a cargo de una máquina bobinadora de papel en la que se había enredado el retal de papel, abrió la protección

perimetral, con una cuchilla intentó cortar el retal de papel y en ese momento la manga de la camisa se enganchó quedándose atrapada su mano y aplastada. La máquina carecía de resguardo que impidiera el acceso o detuviera la maniobra ante el riesgo de atrapamiento existente, según establece el artículo 3.1 RD 1215/1997. La citada sentencia se centra, por tanto, en el estudio del concepto de imprudencia temeraria, distinto en su significado que el que tiene en el ámbito penal y que ha de configurarse en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, de apreciación inicial por el juzgador en cada caso concreto y sirven para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad y de ahí que no sean posibles las declaraciones con vocación de generalidad.

Para que se dé la imprudencia temeraria se pueden identificar algunos de sus rasgos específicos y que son los siguientes:

“debe presuponer una conducta en la que su autor asume riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos al usual comportamiento de las personas, o dicho de otra manera, puede concebirse como el patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible y ya definida en la Sentencia de esta Sala de 16 de julio de 1985 (RJ 2007/3787) o como aquella conducta del trabajador en que excediéndose del comportamiento normal de una persona, se corra un riesgo innecesario que ponga en peligro la vida o los bienes conscientemente según declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8446)”.

En este sentido declara la Sentencia comentada que

“ninguno de los rasgos identificativos de la conducta temeraria de referencia puede ser otorgado al comportamiento del trabajador demandado para que, y en la más amplia de las consideraciones, pudiera ser reconocida su conducta o acción como un supuesto de imprudencia profesional”.

Por el contrario, la **STSJ de Canarias de 14 de enero de 2009**, I.L. J 256, sí entiende que ha habido imprudencia temeraria por parte del trabajador en la concurrencia del accidente que posteriormente le causó la muerte. En ese supuesto, el trabajador era Jefe de equipo de mantenimiento y se encontraba en la sala de máquinas realizando una instalación eléctrica para la conexión de los motores de los nuevos equipos de agua y aire acondicionado, cuando al inspeccionar el armario por el que pretendía introducir el tendido a través de una abertura practicada en la parte superior del cuadro sufrió una descarga eléctrica al tocar una de las barras en tensión. El trabajador tenía prohibido acceder al cuadro eléctrico y la descarga le provocó la muerte.

Finaliza la Sentencia diciendo que

“ello implica por un lado que el trabajador ostentaba una destacada responsabilidad en la empresa, pues era el Jefe de mantenimiento, luego debía conocer los riesgos derivados de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

su acción; por otro lado, tenía prohibido acceder al cuadro eléctrico, luego en función de aquella responsabilidad no debió inspeccionar la sala de máquinas donde se hallaba dicho cuadro, ni mucho menos tocar aquella barra en tensión; ha de concluirse que fue la misma imprudencia del trabajador la causante de tal fatal desenlace”.

En este orden de cosas, la **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009**, I.L. J 329, analiza un supuesto en donde la relación de causalidad se rompe por la acción de terceros. En efecto, se da por hecho que la infracción de la empresa lo ha sido al RD 1627/1997 en relación con el artículo 17.1 LPRL pero sin indicación alguna de qué medidas legales hubieran sido las adecuadas y proporcionadas para evitar hechos como los que produjeron el accidente.

Se conviene en la referida sentencia que los trabajadores eran portadores de los materiales suficientes para la delimitación del campo de actuación de la obra a realizar e hicieron uso de ellos en forma adecuada. Un vehículo ajeno se saltó un semáforo y fue alcanzado por otro; como consecuencia de ello el vehículo infractor se desplazó lateralmente y tras arrollar a los trabajadores impactó con la furgoneta de éstos.

“Cuáles fueran las medidas legales o reglamentarias o aun las que una elemental diligencia impusiera para prevenir y evitar sucesos tan concretos como el determinante del accidente se escapan a una previsión normal, que siempre es exigible para atribuir culpa y responsabilidad, por mucho que se extreme la consideración de esta última como cuasi-objetiva”.

De aquí que

“la responsabilidad será exigible cuando exista una clara y definida infracción normativa y que tal infracción sea determinante del accidente, pues si se rompe el nexo causal tampoco la mera infracción es suficiente para la aplicación del recargo”.

En el supuesto examinado por esta Sentencia, aun cuando puedan entenderse incumplidas normas generales de prevención,

“se dio una interferencia por la acción de terceros que rompió el nexo causal entre aquella y el resultado lesivo siendo ésta la causa eficiente y determinante del mismo”.

B) Falta de medidas de seguridad: Relación de causalidad

La **STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2009**, I.L. J 320, estudia la aplicación del alcance del artículo 123 LGSS partiendo de que ha habido infracción de la empresa de una norma de seguridad y nexo causal entre la conducta de la empleadora y el siniestro, llegando fácilmente a la conclusión de que

“los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la causación del daño que, quizá, no se hubiera producido de haber cumplido las condiciones mínimas de seguridad”.

Doctrina esta de la relación de causalidad que ya introdujera la STS de 2 de octubre de 2000 y que exige como requisitos determinantes los siguientes: a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siempre es posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando que se violen normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empresario; b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al 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.

Así lo recuerda la **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2009**, I.L. J 343, en un caso en que la empresa había efectuado la evaluación de riesgos parcialmente ya que no lo hizo en la operación de cepillado ni se tenía prevista medida correctora, lo que produjo el accidente, sin que la conducta negligente del trabajador haya tenido nada que ver. Recuerda también esta decisión judicial otra de la misma Sala de 8 de octubre de 2001 (recurso 4403/2000) en la que se aplica la doctrina del artículo 14 LPRL proclamada por el Tribunal Supremo, en base a la cual “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, en relación con el artículo 17.1 LPRL que establece la obligación empresarial de adoptar las medidas oportunas a fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse de forma que se garantice la seguridad y salud de los trabajadores.

Por otro lado, se cita en la misma decisión judicial el artículo 15.4 LPRL por el cual el empresario, incluso, debe prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador, convirtiéndose el deber de protección del empresario en incondicionado y prácticamente ilimitado.

A la vista de esta fundamentación jurídica, concluye la Sentencia comentada que

“deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esa protección se dispensa aun en supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere decir ello que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.

C) Falta de medidas de seguridad: Falta de información

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Valencia de 20 de enero de 2009**, I.L. J 480, en un caso en el que el accidente se produjo el mismo día en que el trabajador comenzó a prestar servicios en la empresa, sin haber recibido información sobre los riesgos de su

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

puesto de trabajo, cuando estaba cambiando las varillas de una máquina de inyección y se cerraron indebidamente los pistones que arrastran los moldes de los tacones, atrapándole ambas manos y ello debido a que el mecanismo de seguridad que bloquea el cortamoldes y que impide que estando la máquina abierta se pudieran cerrar los moldes atrapando las manos del trabajador falló, por falta de mantenimiento periódico.

Debiendo concluirse que

“las lesiones sufridas por el trabajador en las manos se debieron al fallo del sistema de seguridad de la máquina, la cual no consta hubiese pasado la necesaria comprobación periódica de su funcionamiento, como reza el manual de instrucciones, lo que implica la responsabilidad de la empresa que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo”.

D) Falta de medidas de seguridad: Falta de vigilancia

Finalmente, las SSTSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009, I.L. J 330, y de 26 de enero de 2009, I.L. J 394, estudian la responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad, concretamente por faltar al deber de vigilancia, impuesto este deber a los empleadores por los artículos 14 y 15 LPRL, y que ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial en relación al artículo 15 del Convenio 155 OIT.

En la primera de las citadas Sentencias, la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2009, I.L. J 330, el jefe de taller supervisó el montaje de la plataforma sobre una carretilla automática sin que quedara plenamente garantizada la sujeción de aquélla a ésta, así como la maniobra de la operación que se disponía a realizar el trabajador; no se utilizaba arnés con punto de sujeción fijo y seguro; que el jefe de taller fue quien ordenó el desplazamiento del armario eléctrico con un puente guía, siendo previsible que la viga de éste pudiera golpear la plataforma, precipitando al suelo a ésta y al trabajador que se hallaba encima. A partir de estos hechos, considera la decisión judicial citada que la empresa faltó al deber de vigilancia.

En la segunda de las decisiones judiciales referidas, la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2009, I.L. J 394, se trata de una falta del empresario del deber de vigilancia de utilización de los medios de protección fijados en el RD 1215/1997. Es deber del empresario dentro de ese deber de vigilancia comprobar que el trabajador está utilizando los medios de protección adecuados de acuerdo a los artículos 14.2 y 15.1.i) LPRL, no siendo suficiente su puesta a disposición de dichos medios sino la vigilancia en su utilización.

Concluye la citada Sentencia que dicha obligación empresarial

“no ha de considerarse exagerada o excesiva toda vez que el artículo 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que el trabajo se realiza bajo la dirección del empresa-

rio o persona en quien delegue, de manera que si corresponde al empresario vigilar cuestiones tales como la puntualidad del trabajador o su rendimiento, también le corresponde la vigilancia en la ejecución de su trabajo incluidas las medidas de prevención de riesgos laborales, teniendo como contrapartida la posibilidad de sancionar al trabajador por su incumplimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.b) del propio Estatuto de los Trabajadores”.

2. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

A) Ausencia de responsabilidad solidaria: promotor

La STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2009, I.L. J 410, estudia un supuesto de participación de un promotor y un constructor en una obra de edificación. Analiza los conceptos de ambos tipos subjetivos a tenor de lo dispuesto en la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación y argumenta que

“aunque insertas en el mismo sector de la edificación las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas”.

Mientras que el promotor desarrolla acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación de carácter básicamente administrativo y comercial, la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva.

Así, se concluye que

“se trata de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en ese sentido la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria” (...) “la dependencia recíproca entre ambas actividades no implica unidad de actividad”.

3. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DEL RECARGO

A) Caducidad

La Entidad Gestora dispone del plazo de 135 días para resolver el expediente administrativo de reconocimiento del recargo de prestaciones en cumplimiento del artículo 14.3 de la OM de 18 de enero de 1996 de desarrollo del RD 1300/1995. Si en este plazo no se dictase resolución alguna –continúa el párrafo primero del citado precepto– se entenderá la desestimación de la solicitud, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

que le confiere el artículo 71 TRLPL. Pero, como así entiende la **STSJ de Andalucía de 13 de enero de 2009**, I.L. J 388, de este tenor literal no se desprende que el efecto de la no resolución en ese plazo sea la caducidad del expediente.

La razón es que

“la relación jurídica del recargo de prestaciones establecida en el artículo 123 LGSS es una relación triangular en la que, de una parte, se halla la Entidad Gestora de la Seguridad Social como Administración y, de otra, el empresario afectado, opuesto al trabajador beneficiario del importe del recargo, y la inactividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador que ninguna intervención tuvo en el expediente”.

B) Comienzo vía judicial

El transcurso del plazo de 135 días referido no significa que el efecto de la no resolución en ese plazo sea la caducidad del expediente sino que tiene por objeto dejar expedita la vía judicial, y así lo declara la misma **STSJ de Andalucía de 13 de enero de 2009**, I.L. J 388. Ese plazo es el aplicable por la remisión del artículo 42 de la Ley 30/1992 y es superado en un proceso iniciado no por particulares sino de oficio, por ello desde su transcurso queda expedita la vía judicial.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

AA.VV. (Coord.: Montserrat de Hoyos Sancho)

Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, septiembre 2009, 846 páginas]

LEX NOVA

Esta obra colectiva realiza un balance de los últimos años de trabajo y del esfuerzo de todos los operadores jurídicos por disminuir las cifras de víctimas de la violencia de género, para dotarles de un mayor y mejor nivel de protección en todos los ámbitos. La tutela jurisdiccional, aunque abarque todos sus órdenes y vertientes funcionales, no es la panacea que va a venir a resolver –ni mucho menos a prevenir– todas las tragedias que padecen y que acechan a las víctimas de la violencia de género. Como se ha repetido una y otra vez desde los ámbitos de conocimiento más diversos, si la sociedad actual no alcanza mayores cotas de educación –en el respeto a la igualdad y en la formación de la mujer– y si no es capaz de ofrecer un sistema de asistencia social efectiva a aquellas que necesitan poner fin a su situación personal de dominación y maltrato físico y/o psicológico, no disminuirán las cifras delictivas –las que constan y las que no– y las víctimas, potenciales y reales, no podrán estar en condiciones de hacer frente a las situaciones que las amenazan y atentan.

Ahora bien, es mucho lo que se puede hacer y se está haciendo desde todos los campos del Derecho para ofrecer a la víctima de la violencia de género la tutela normativa y ju-

risdiccional que puede requerir. En este volumen hemos procurado recopilar aquellos aspectos que, desde diversas vertientes jurídicas –constitucional, penal, civil, procesal, laboral, cooperación judicial y Unión Europea– nos resultaban más necesarios y relevantes en este momento.

Redacción Laboral

Código Laboral y de Seguridad Social

[Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, septiembre 2009, 1056 páginas]

LEX NOVA

Lex Nova pone a su disposición la nueva edición de su colección de normas fundamentales. Se trata de una recopilación de las principales normas del ordenamiento jurídico laboral anotadas y concordadas, con un práctico índice analítico y una cuidada encuadernación.

En la edición 2009/2010 se han ampliado las disposiciones contenidas, concretamente en materia de Seguridad Social.

AA.VV.

Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 14ª ed., Valladolid, septiembre 2009, 474 páginas]

LEX NOVA

La formación en materia de seguridad es, indudablemente, una tarea esencial para mejorar la gestión de los riesgos laborales dentro de la empresa y lograr una reducción sostenida de esas altas cifras de siniestralidad.

Este libro está especialmente indicado para aquellas personas que, después de seguir la parte obligatoria y común del curso superior de Prevención de Riesgos Laborales, quieren continuar sus estudios con esta especialidad. Los autores, de forma clara y minuciosa, con una exposición de fácil entendimiento para cualquier estudiante o profesional de la materia, hacen un análisis de los posibles y más habituales riesgos de distintas actividades laborales. Se ha tratado de adaptar la metodología a la gran variedad de actividades analizadas: unos temas recogen una evaluación completa de los riesgos de una empresa, mientras que en otros se presentan los documentos legales y técnicos necesarios para realizarla.

La decimocuarta edición –actualizada con las últimas reformas formativas– resalta las principales ideas para guiar la argumentación y añade resúmenes en cada tema. Incluye cuestionarios de autoevaluación en un CD-ROM, con la normativa y documentación complementaria.

En definitiva, sirviéndose de esta obra, el lector hallará respuestas y soluciones a los múltiples problemas y conflictos que cotidianamente surgen en relación con la seguridad de los trabajadores durante el desempeño de sus funciones.

J. LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y psicología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 14ª ed., Valladolid, octubre 2009, 582 páginas]

LEX NOVA

La decimocuarta edición de este manual para la formación de especialistas es aun más didáctica, incluye test de autoevaluación y un CD-ROM con normativa y documentación. De esta forma, el libro se convierte en un excelente instrumento para cursar esta especialidad, con arreglo al anexo VI del Reglamento de los Servicios de Prevención.

Su contenido se estructura en nueve grandes apartados que van desde el origen de la ergonomía hasta conceptos tan recientes como el *mobbing*, el síndrome del “quemado” u otras patologías de índole psicosocial (adicción al trabajo, acoso sexual y violencia en el lugar del trabajo).

Se trata de un libro básico para quienes realicen los estudios conducentes al título de prevenciónistas de nivel superior en esta especialidad, y también para quienes sientan un especial interés por la Ergonomía y la Psicología y puedan comprender el potencial de dominio y utilidad de una disciplina que estudia la actividad humana y en particular la actividad laboral.

VV.AA. (director: J.R. Mercader Uguina)

Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, octubre 2009, 450 páginas]

LEX NOVA

La gestión de la edad en las empresas debe constituir un elemento básico de las nuevas estrategias empresariales, dado que aquella constituye un factor clave en el desarrollo de las fases fundamentales del ciclo de la relación laboral (selección, organización y gestión de trabajo, ergonomía, formación, conciliación de la vida laboral y familiar, etc.) Por ello resulta clave analizar, desde múltiples ópticas, los problemas que plantea la figura del trabajador maduro.

Este libro es el resultado de un enorme esfuerzo multidisciplinar, ya que aborda la temática de los trabajadores maduros desde una triple perspectiva: jurídica, sociológica y comparada, lo que ha exigido la incorporación al grupo de investigadores de sociólogos, economistas y juristas con el objetivo

de dotar de una estructura propia a una materia tan singular como poco estudiada.

La presente obra continúa la línea de investigación en relación con las situaciones de discriminación de determinados colectivos laborales especialmente sensibles en el marco del Grupo de investigación “Derecho del Trabajo, Cambios Económicos y Nueva Sociedad” de la Universidad Carlos III de Madrid.

ción complementaria. De esta forma, el libro se convierte en un excelente instrumento para cursar esta especialidad, con arreglo al anexo VI del Reglamento de los Servicios de Prevención.

Merece destacarse el estupendo modelo expositivo que ha seguido el autor en el desarrollo de la obra, ya que sus coherentes explicaciones van siempre acompañadas de esquemas, gráficos y fórmulas que facilitan, aún más, el entendimiento y la comprensión de los supuestos contenidos en el libro.

F. MENÉNDEZ DÍEZ

Higiene industrial. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 11ª ed., Valladolid, septiembre 2009, 634 páginas]

LEX NOVA

La undécima edición de este manual para la formación de especialistas es aun más didáctica, incluye cuestionarios de autoevaluación y un CD-ROM con normativa y documenta-

Este manual aborda cuestiones tan importantes como la toxicología laboral, la evaluación de la exposición a los diversos agentes de riesgo, la higiene analítica y la selección y utilización tanto de los equipos de protección individual como de las protecciones colectivas. Sin duda, esta obra contribuirá al alcance de una visión más profunda y crítica de los distintos agentes (ruido, vibraciones, iluminación, radiaciones) o de los procesos específicos en el manejo de plaguicidas y en trabajos de soldadura.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Laboral* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Laboral*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación externa.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación Externo, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

