

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] **Jurisprudencia Constitucional y planes y fondos de pensiones: a propósito de la resolución de dos interesantes cuestiones de inconstitucionalidad (las SSTC 88 y 90/2009)**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA

- [11] **Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos**

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

- [59] **La solvencia del empresario-contratista de la Administración como cauce para la tutela de los derechos laborales**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

- [93] **Las fuentes normativas de Derecho comparado aparentemente inspiradoras del régimen legal de nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes**

ALBERTO ARUFE VARELA

- [103] **El Estatuto del Trabajo Autónomo, y en concreto la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente: el Real Decreto 197/2009 un desarrollo reglamentario insuficiente**

IGNACIO CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[337] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y PLANES Y FONDOS DE PENSIONES: A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE DOS INTERESANTES CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD (LAS SSTC 88 Y 90/2009)

El modelo público de Seguridad Social no se define de forma solipsista, pues él puede coexistir con otros sistemas complementarios de carácter libre, si bien éstos no pueden ser considerados equivalentes a aquél. Lo subraya la STC 208/1988, al señalar que “del artículo 41 CE se deriva una separación necesaria entre régimen público de Seguridad Social y prestaciones complementarias libres que se basan en la lógica contractual privada, son financiadas con fondos privados y a cargo de los beneficiarios”. Como se ocupó de precisar nuestro Tribunal Constitucional, la noción de Seguridad Social, tomado en consideración el marco normativo “interno e internacional, donde hoy se mueve la institución”, “no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad”. Cuando la voluntad privada dispone de capacidad de decidir sobre los beneficiarios, extensión e intensidad de la protección y fórmulas de articularla –afirma la jurisprudencia constitucional– “sin salir del ámbito genérico de la “protección social”, sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social”. En suma, materialmente, los sistemas autónomos y voluntarios de protección social (mutualismo de previsión social, planes de pensiones, mejoras voluntarias de seguridad social externalizadas a través de contratos de seguro), aun complementarios del sistema público e imperativo de Seguridad Social –la llamada “Seguridad Social complementaria”–, no son, propiamente, Seguridad Social (STC 206/1997).

La jurisprudencia constitucional ha intervenido, no obstante, en diversas ocasiones para evaluar y garantizar la aplicación del principio de igualdad en este ámbito. Así ha considerado que la habilitación legal para efectuar aportaciones a un sistema complementario de pensiones no vulnera el principio de igualdad ni los principios de legalidad, anualidad y universalidad presupuestaria consagrados en el artículo 134.2 CE al retrotraerse su eficacia al momento de su promulgación (STC 139/2005). Por el contrario, sí ha considerado contrario al artículo 14 CE la desigualdad de tratamiento que dispensa el Reglamento de un Plan de pensiones a los trabajadores contratados mediante contratos de duración determinada respecto a los trabajadores con contratos de duración indefinida, pues entiende el Tribunal Constitucional que se utiliza como criterio de diferenciación una circunstancia

que por sí sola no puede justificar tal disparidad, si no viene complementada por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia (STC 104/2004).

La solución de dos cuestiones de inconstitucionalidad en las SSTC 88 y 90/2009 pone de nuevo sobre la mesa la vidriosa y compleja cuestión de los Planes y Fondos de Pensiones.

La primera de las cuestiones señaladas ha sido resuelta por la STC 88/2009. Ésta da respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid respecto al artículo 8.8.3º de la Ley 8/1987, de planes y fondos de pensiones, en la redacción dada por la Ley 30/1995 y la Ley 66/1997, por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117.3 CE. La citada disposición cuestionada establece que “Los derechos consolidados no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración”.

Señala el citado pronunciamiento que, de acuerdo con su doctrina, “la ley, por las más variadas razones de interés público o social, excluye determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su acción sobre los mismos, que podrían ser objeto de la actividad ejecutiva de no mediar la prohibición ... Comprobada así la justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a ejecutar Sentencias firmes, corresponde ahora examinar si la establecida en la norma legal cuestionada cumple la regla de proporcionalidad de los sacrificios, de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental ... De producirse tal sacrificio desproporcionado es indudable que el precepto legal cuestionado será inconstitucional en cuanto limita un derecho fundamental más allá de toda justificación constitucional” (STC 113/1989).

La aplicación de esta doctrina conduce, a juicio del Tribunal, a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado. La inembargabilidad de los derechos consolidados de los planes de pensiones se sustenta, primero, en la naturaleza propia o configuración legislativa singular de los derechos consolidados dentro del régimen jurídico sistemático y coherente de los planes y fondos de pensiones. En efecto, la indisponibilidad de los recursos de los partícipes en los planes de pensiones –las llamadas restricciones a la movilización de los derechos consolidados– está legalmente definida por el artículo 8.7 de la Ley 8/1987 y los artículos 10.3 y 20.1 del Reglamento de planes y fondos de pensiones.

En consecuencia, entiende el Tribunal, no puede acogerse la tesis del Auto de planteamiento de la presente cuestión, según la cual “los derechos consolidados constituyen un activo patrimonial ... y como tal susceptible de embargo”, pues, “aunque es indudable que el derecho consolidado de un partícipe en un plan de pensiones puede valorarse en dinero, el partícipe no puede a voluntad ni enajenar ni gravar ni rescatar tal derecho por-

que la Ley lo prohíbe”. Adicionalmente, sigue diciendo el Tribunal, “la inembargabilidad de los derechos consolidados de los planes de pensiones se sustenta en la doble función económica y social que desempeñan: la de complementar el nivel obligatorio y público de protección social y la de favorecer la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros”.

Por todo ello, concluye el Tribunal, “la finalidad de los planes y fondos de pensiones consiste en establecer un instrumento de ahorro que puede cumplir una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social. Asimismo los fondos de pensiones cumplen una importante función en la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros. Precisamente la consecución de estos fines es la razón que ha llevado al legislador a establecer la indisponibilidad de los derechos consolidados y, consecuentemente, su inembargabilidad. Esta medida resulta idónea y necesaria para asegurar la viabilidad y estabilidad de los planes y fondos de pensiones. Y, como señala el Abogado del Estado, respeta el canon de la proporcionalidad, ya que el sacrificio de los acreedores es muy inferior a la amenaza que para la viabilidad y estabilidad financiera de los planes y fondos de pensiones representaría la embargabilidad de los derechos consolidados”.

Por su parte, la STC 90/2009, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de Primera Instancia núm. 1 de Elche en relación con la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley 40/1998, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, por entender que infringe los artículos 9.3 y 31.1 CE. La disposición cuestionada precisaba que “[los partícipes de planes de pensiones que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, hubieran seguido haciendo aportaciones a los mismos con posterioridad al cese de su actividad laboral, podrán optar entre: Mantener los derechos consolidados correspondientes a dichas aportaciones para cubrir la contingencia de fallecimiento (o recuperarlos) en forma de capital, dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, tributando como rendimientos del trabajo en la forma establecida en la sección 1ª del capítulo I de esta Ley, y, en concreto, aplicando la reducción prevista en el artículo 17.2.b)] de la misma”.

El Tribunal una vez concretado el marco normativo aplicable, y antes de entrar en el análisis de la cuestión planteada por el órgano judicial, procede a precisar que la disposición transitoria objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad acoge dos previsiones normativas radicalmente diferentes: de un lado, establece un derecho de opción para los partícipes jubilados durante el plazo de un año; de otro, regula las consecuencias tributarias del ejercicio del anterior derecho de opción. Pues bien, lo que está en juego en el proceso a quo no es el tratamiento fiscal de las aportaciones a un plan de pensiones, ni tampoco el de las prestaciones que de él puedan obtenerse, ni tan siquiera el de un eventual rescate de los derechos económicos consolidados; el tema que en él se plantea es la posibilidad de rescatar esos derechos consolidados fuera del plazo previsto por la disposición transitoria cuestionada.

Para proceder al enjuiciamiento de la cuestión planteada el Tribunal afronta, en primer lugar, la duda de constitucionalidad que propone el órgano judicial al indicar que la dis-

posición transitoria cuestionada puede vulnerar el artículo 9.3 CE, en la medida en que es (en su opinión) una norma que establece una regularización fiscal de efectos retroactivos que colisiona con el principio de seguridad jurídica, fundamentalmente por ser de difícil conocimiento para los ciudadanos sin el concurso de las entidades gestoras.

Entiende el Tribunal que esta argumentación no resulta atendible, pues no puede apreciarse que la norma cuestionada contenga previsión retroactiva alguna que contraría el principio de seguridad jurídica consagrado constitucionalmente en el artículo 9.3 CE: “resulta evidente que la norma cuestionada no genera confusión o duda alguna acerca de la conducta exigible para su cumplimiento (o se opta por rescatar en el plazo de un año los derechos económicos consolidados o se dejan para cubrir la contingencia del fallecimiento), ni tampoco genera incertidumbre alguna sobre sus efectos (pues si no se opta por el rescate los derechos consolidados quedan para la cobertura de la contingencia del fallecimiento del partícipe, y si se opta por rescatar las aportaciones están regulados detalladamente los efectos fiscales que el ejercicio de dicha opción genera)”.

A lo anterior debe añadirse también que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 CE concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales. En el presente supuesto tampoco con esta perspectiva existe quiebra alguna de la confianza de los ciudadanos, pues no sólo nos encontramos ante una disposición normativa que concreta un determinado régimen jurídico pro futuro y en modo alguno de forma retroactiva, sino que, además, permite a los ciudadanos adaptar su conducta a la “nueva” previsión durante un plazo sobradamente razonable, por lo dilatado en el tiempo en el que pueden reaccionar al efecto (un año desde la entrada en vigor de la norma cuestionada). Es más, no hay que olvidar que, a diferencia de lo que sucede con la integración de los trabajadores en la Seguridad Social, cuya acción protectora garantizada tiene un diseño legal imperativo “de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos” (STC 206/1997), el origen de los planes de pensiones, la extensión de la acción tutelar que dispensan y la participación en ellos (como instrumentos, no sólo al servicio de la previsión individual, sino del ahorro) descansan en la autonomía de la voluntad de los partícipes, por lo que difícilmente puede considerarse arbitraria una norma legal cuyas consecuencias aplicativas dependen enteramente de las libres opciones de los partícipes, esto es, “donde prima la voluntariedad de los sujetos intervinientes”, al ser el plan de pensiones “un contrato (cuyo origen voluntario se destaca en el artículo 1.2 de la Ley), con un contenido mínimo fijado en ella (artículo 6), con la finalidad de garantizar unas prestaciones (artículo 8.5), de carácter privado (artículo 1) cuando se produzcan determinadas contingencias” (STC 206/1997).

Tampoco se puede efectuar ningún reproche a la disposición cuestionada, entiende el Tribunal, por el hecho de que no haya previsto expresamente la obligación para las entidades gestoras de comunicar a los partícipes el límite temporal para ejercitar su derecho

de opción. Y no se le puede hacer ningún reproche porque esta disposición, como es común requisito de toda norma legal, ha sido objeto de publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, habiéndose respetado, entonces, el principio de publicidad que consagra el artículo 9.3 CE.

Por los mismos motivos expuestos en el fundamento anterior el órgano judicial proponente de la cuestión llega a la conclusión de que la disposición cuestionada resulta también arbitraria y, por tanto, vulnera el artículo 9.3 CE.

El Tribunal considera que, en primer lugar, que no se aprecia que la norma cuestionada establezca discriminación de ningún tipo. En efecto, pese a que el órgano judicial considere que existe una antinomia irreductible entre la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley 40/1998, aquí cuestionada (que fija como plazo del derecho de opción el de un año desde la entrada en vigor de la Ley) y la Disposición Transitoria Única del RD 1589/1999, de modificación del Reglamento de planes y fondos de pensiones (que prevé el plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma reglamentaria para adaptar los planes de pensiones a esta nueva disposición reglamentaria), lo cierto es que dichas normas contienen previsiones que, aun cuando sean diferentes, no dan lugar a discriminación alguna entre los partícipes que puedan resultar afectados por ellas, en la medida en que, si la primera establece un derecho de opción para los partícipes de un plan de pensiones, la segunda impone la obligación de las gestoras de adaptar los planes de pensiones a las nuevas exigencias reglamentarias. Y además, en segundo lugar, tampoco la disposición cuestionada “carece de toda explicación racional”, como incluso parece reconocer el órgano judicial cuando califica la finalidad perseguida como constitucionalmente lícita.

Señalado lo anterior, debe añadirse, a renglón seguido, que es también doctrina de este Tribunal la de que en la búsqueda de las razones que puedan abonar la legitimidad constitucional de las disposiciones legales adoptadas resulta necesario acudir tanto a la propia Exposición de Motivos de la norma impugnada como a su tramitación parlamentaria, a efectos de concretar la verdadera voluntad del legislador, pues, conforme hemos reiteradamente afirmado, los preámbulos y los debates parlamentarios “constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas”. No existe referencia alguna a la disposición cuestionada en la Exposición de Motivos de la Ley 40/1998, pero sí se encuentra una reveladora referencia a su finalidad en la tramitación parlamentaria de la Ley y, concretamente, como señala el órgano judicial, en la justificación de la enmienda que introdujo en su texto la norma ahora cuestionada: “Algunos partícipes de planes de pensiones que han cesado totalmente de trabajar, bien por haberse jubilado, bien por haber sido declarados en situación de invalidez y no realizar otro trabajo, han seguido realizando aportaciones en la creencia de que la normativa vigente no impedía tal actuación. Una vez aclarada esta cuestión, en el sentido de que no cabe efectuar aportaciones a planes de pensiones para cubrir contingencias que ya se hayan producido, esta norma transitoria pretende dar una salida a aquellos partícipes que en el pasado actuaron de manera distinta, permitiendo que recuperen las cantidades que en su día aportaron con la finalidad de cubrir contingencias ya acaecidas con anterioridad” [BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 1998, núm. 100 (d), enmienda núm. 288 (Grupo Parlamentario Popular en el Senado), pág. 161].

Existe, por consiguiente, una explicación racional que justifica sobradamente la norma cuestionada, en cuanto se manifiesta particularmente adecuada a la legítima finalidad tanto de evitar el uso de los planes de pensiones para fines distintos de los que estaban previstos como de permitir la recuperación, durante el período temporal dado, de los derechos consolidados en los planes de pensiones a quienes no opten por mantenerlos para cubrir la contingencia de fallecimiento.

Interesantes pronunciamientos ambos que contribuyen a dibujar con mejores y más precisos contornos la compleja naturaleza constitucional de la previsión social complementaria.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos¹

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

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

Resumen

CONTROLES EMPRESARIALES: GEOLOCALIZACIÓN, CORREO ELECTRÓNICO, INTERNET, VIDEOVIGILANCIA Y CONTROLES BIOMÉTRICOS

La utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral con fines de control de la actividad laboral pone en cuestión distintos derechos fundamentales de la persona del trabajador, sin que exista normativa específica alguna que contemple algunas garantías o limitaciones al ejercicio legítimo de control empresarial. El juicio de legitimidad se asienta sobre el único canon del respeto a la intimidad y el principio de proporcionalidad, lo que se revela insuficiente para delimitar jurídicamente el poder de control empresarial. En este trabajo se aboga por incorporar los principios de protección de datos, atendiendo al hecho

de que la utilización de las nuevas tecnologías (GPS, cámaras de vídeo, Internet, datos biométricos, etc.), con independencia de afectar al derecho a la intimidad, implica tratamiento de datos personales del trabajador, por cuanto permite el acceso a cualquier dato personal, así como la elaboración de perfiles individuales de los sujetos observados y, lo que es peor, la reutilización de toda esa información con fines distintos al interés legítimo declarado, de forma que el trabajador no sólo cede espacios de intimidad, sino que se sumerge en un estado de pérdida de control de sus propios datos personales.

Abstract

MANAGERIAL CONTROL: GEOLOCALIZATION, E MAIL, INTERNET, VIDEOVIGILANCE AND BIOMETRICAL CONTROLS

The use of the new technologies in the labour environment in order to control the labour activity questions different fundamental rights

of the worker's person, without exists specific normative that contemplates some guarantees or limitations to the legitimate exercise

(1) El presente trabajo tiene su origen en la Ponencia presentada por el autor en el Seminario "Empresa y protección de datos: un reto estratégico", organizado por la Agencia Española de Protección de Datos y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, el día 7 de octubre de 2008 en el Palau de Pineda, Valencia.

of managerial control. The trial of legitimacy settles on the only canon of the respect to the intimacy and the principle of proportionality, what is revealed insufficient to define legally the power of managerial control. In this work is pleaded for to incorporate the principles of protection of data, assisting to the fact that the use of the new technologies (GPS, video-tape cameras, Internet, biometrical data, etc.), with independence of affecting to the right to

privacy, it implies the worker's personal data handling, whereas it allows the access to any personal data, as well as the elaboration of individual curricula of the observed fellows and, what is worse, the reuse of that whole information with different purposes to the declared legitimate interest, so that the worker not only transfers spaces of intimacy, but rather he dives in a state of loss of control of its own personal data.

Sumario

I. La aplicación de las nuevas tecnologías al control de los trabajadores. A) El mutismo del legislador. B) La evolución de la doctrina de los Tribunales. C) Su engarce constitucional con el derecho de protección de datos. **II. El control del trabajador a través de los sistemas de geolocalización.** **III. El control empresarial del uso de los medios informáticos por el trabajador.** A) La divergente doctrina judicial de suplicación y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 de unificación de doctrina. B) El acceso al correo electrónico del trabajador. C) El control sobre los archivos de navegación de Internet. **IV. La videovigilancia en el lugar de trabajo: principios de la normativa de protección de datos.** **V. El uso de los datos biométricos (huella digital, forma de la mano, iris, etc.) para el control de presencia de los trabajadores.**

I. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AL CONTROL DE LOS TRABAJADORES

El empleo de las nuevas tecnologías, y en particular de la tecnología informática, por la empresa para el control de los trabajadores constituye hoy una realidad insoslayable, que viene justificada, tanto por la imparable incorporación y generalización en el proceso productivo de las nuevas tecnologías, como por las múltiples aplicaciones y ventajas que comporta, sea por su impacto disuasivo para la prevención de los ilícitos contractuales laborales, sea porque permite un control diferido de la actividad laboral, o porque constituye un medio de prueba para acreditar los comportamientos irregulares.

Controles empresariales

Intentando una sistematización de la pluralidad de actividades de control tecnológico posibles, cabe identificar al menos tres tipos. En primer lugar, el control directo o “intencional” del trabajador, que tiene como objetivo recabar información directa del comportamiento laboral del trabajador, es decir, el que se dirige principalmente al control de presencia, desplazamientos y cumplimiento de la prestación de trabajo por el trabajador. En segundo lugar, el control indirecto o difuso, el destinado a satisfacer cualquier exigencia técnico-organizativa o de seguridad en el trabajo, diversa de la mera vigilancia del trabajador, pero que, aun persiguiendo tales fines, permite controlar la actividad del trabajador. Y, en tercer lugar, el control defensivo, el que tiene por objeto directo el verificar la comisión por el trabajador o por cualquier otro ciudadano de algún ataque o atentado contra las personas o bienes, o bien la creación de una situación de peligro. En realidad, este último constituye un supuesto más de control difuso, porque, aunque su propósito es la seguridad, permite igualmente la obtención de información de la actividad del trabajador, como un subproducto no querido, por lo que el esquema bien podría quedar reducido a los dos supuestos referidos en primer lugar.

La vigilancia directa o intencional es legítima en la medida en que es funcionalmente necesaria para valorar la ejecución normal de la prestación del trabajador o para comprobar el comportamiento contractual del trabajador. El trabajador no puede eludir esta vigilancia porque está sujeto al poder de dirección y de control del empresario, quien para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales puede adoptar, conforme a lo previsto en el artículo 20.3 ET, las medidas que estime más oportunas de vigilancia.

Ello plantea, no obstante, problemas importantes derivados de su confrontación con las libertades y los derechos fundamentales, con la inviolabilidad de la persona y la facultad de exclusión de injerencias de otros (*ius excludendi*) del trabajador. El que ha acaparado mayor atención es el correspondiente a la utilización de los instrumentos de grabación y captación de sonido e imágenes, porque la videovigilancia comporta peligros, dado el carácter totalizador y la compulsión psicológica que supone, y por lo que entraña de pérdida de cualquier reducto de intimidad y, más aun, de posible manipulación y uso indebido de la información personal recabada a través de las cámaras, ante la posibilidad de una producción continua de perfiles individuales de las personas observadas.

**EL CONTROL DIRECTO
O INTENCIONAL PLANTEA
PROBLEMAS POR SU
CONFRONTACIÓN CON LAS
LIBERTADES Y DERECHOS
FUNDAMENTALES**

En los casos de control directo la cuestión planteada es si el empresario puede recurrir cuando y como quiera a los nuevos medios técnicos de control; es decir, si hemos de rendirnos ante el carácter inevitable de las tecnologías de la videovigilancia u otras de parecido impacto; si –como observara RODOTÁ²– “todo lo tecnológicamente posible es al mismo tiempo éticamente admisible, socialmente aceptable y jurídicamente legítimo”; o, si por el contrario, está sujeto a limitaciones y garantías, y en tal caso, ¿cuál es el espacio legítimo de control empresarial?

Por su parte, el tipo de control indirecto, que ha asumido particular relevancia con la irrupción de las nuevas tecnologías informáticas, y que se presenta como un “subproducto no querido, una consecuencia meramente accidental de la utilización de aparatos” productivos³, bien porque en muchos casos se revela inescindible del registro de la información técnica, productiva o de seguridad, o bien porque es la única manera de comprobar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales (v. gr., en los casos de uso de medios electrónicos de comunicación: Internet, correo electrónico), remite a otro tipo de problemas. El asunto controvertido en estos casos no es tanto la recogida de información personal del trabajador, cuanto el tratamiento y posible uso de la información así obtenida, por cuanto existe la posibilidad de almacenar datos, de cruzarlos y tratarlos, obteniendo un determinado perfil del trabajador. El problema estriba, sobre todo, en determinar hasta qué punto es posible reelaborar y utilizar esa información para atender otras finalidades distintas a las que justificaron su obtención. Más en concreto, si el tratamiento de datos del trabajador, tomados circunstancialmente, puede servir para verificar diversos aspectos de aquél, como su conducta o la comisión de un ilícito, y si puede ser utilizado como medio de prueba de los incumplimientos del trabajador.

A) El mutismo del legislador

El conflicto jurídico suscitado por las nuevas tecnologías se encuentra huérfano de tratamiento específico en nuestro ordenamiento jurídico laboral, puesto que no se ha adoptado, hasta la fecha, normativa alguna que contemple específicamente los problemas derivados de la utilización de los medios técnicos como medios de control en el lugar de trabajo. A pesar de las múltiples reformas laborales, el legislador estatal no ha considerado oportuno introducir regulación específica alguna, mostrando un absoluto desinterés por el tema.

Esta situación contrasta con el tratamiento dispensado al asunto por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más próximo, donde, o bien se establece la prohibición absoluta de utilización con una finalidad de control a distancia de los trabajadores –como

(2) RODOTÁ, S.: “Democracia y protección de datos” (Traducido por J.L. PIÑAR), disponible en el sitio web de la Agencia Española de Protección de Datos www.agpd.es.

(3) GARILLI, A. y BELLAVISTA, A.: “Innovaciones tecnológicas y Estatuto de los Trabajadores: los límites a los poderes del empresario entre la tutela individual y colectiva” (artículos 4, 9 y 13), en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores italiano. Veinte años después*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 213.

Controles empresariales

ocurre en Italia con el *Statuto dei lavoratori*—, o bien se exige la observancia de una serie de requisitos o garantías procedimentales como la transparencia, proporcionalidad y consulta previa a los representantes de los trabajadores, como es el caso de Francia, o bien se somete la instalación de los aparatos audiovisuales a autorización por la Comisión Nacional de Protección de Datos como sucede en Portugal.

En nuestro caso sólo contamos con el parvo instrumental jurídico que proporciona el artículo 20.3 ET, que permite al empresario adoptar medidas de control que considere más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, sin más límite que el genérico respeto a la dignidad del trabajador.

Este precepto estatutario, huérfano de toda referencia a los sistemas técnicos de control, ha dado pie a una discrecionalidad casi absoluta, a un uso indiscriminado por parte empresarial, señaladamente en el caso de los sistemas de videovigilancia, porque la decisión de la adopción de los sistemas técnicos de control y de su utilización se abandona por entero al empresario.

Por otra parte, el límite establecido en el artículo 20.3 ET del “respeto a la dignidad e intimidad” se ha revelado totalmente insuficiente para evitar extralimitaciones o arbitrariedades, pues adolece de una gran indeterminación. Durante mucho tiempo, se ha visto minusvalorado con el argumento de que el lugar de trabajo no constituye por definición un espacio privado, sino que cobra una dimensión pública, llegándose, en consecuencia, a legitimar plenamente la instalación de las nuevas técnicas de control en las empresas, a excepción de los lugares reservados al descanso o aseo personal.

La consecuencia directa de todo ello es que el trabajador se ve resignado no sólo a aceptar la discrecionalidad del empresario en la adopción de los dispositivos de control, sean del tipo que sean, sino a someterse a la incertidumbre de desconocer qué aspectos de su vida privada son conocidos, grabados y conservados o cedidos y tratados por aquél.

B) La evolución de la doctrina de los Tribunales

A falta de unos principios específicos garantizados por el ordenamiento laboral, el debate sobre la individualización de los límites del poder de control empresarial a través de estos medios se ha sustanciado en sede judicial, aplicando el referido artículo 20.3 ET.

Durante mucho tiempo, los Tribunales han considerado con extraordinaria laxitud las facultades empresariales de adopción de los instrumentos de control en el lugar de trabajo, admitiendo sin dudas y con muy pocas reservas que los empresarios pueden utilizar cualquier sistema de identificación o medio de captación de sonido o imágenes para el control de la actividad laboral de los trabajadores, y ello sobre la base argumental de que el centro de trabajo es un lugar público en el que no juega la intimidad.

La consideración del respeto a la dignidad humana del trabajador como límite impuesto al empleo de medidas de vigilancia por el empresario señalando en el propio artículo

20.3 ET apenas ha supuesto un papel modulador del poder de control del empresario. Sólo ha servido para excluir del poder de vigilancia mediante cámaras, los espacios reservados al uso privado de los trabajadores como los lugares de descanso, esparcimiento, vestuarios, servicios, comedores, etc.

La protección de la intimidad en el lugar de trabajo ha estado delimitado, así, con arreglo a un criterio espacial; se venía considerando que lo protegido por el derecho a la intimidad era el espacio que cada empresario mantiene reservado para sus trabajadores.

Esta consolidada doctrina de los tribunales ordinarios va a quedar, sin embargo, desautorizada por el Tribunal Constitucional en dos importantes sentencias: SSTC 98/2000 y 186/2000.

A) En la primera, se analiza la constitucionalidad de la instalación, en dos zonas concretas del Casino de La Toja (la ruleta francesa y la caja), de un sistema de control microfónico, junto a otro sistema existente de videovigilancia, con el fin de registrar las conversaciones entre clientes y los trabajadores.

El Tribunal Constitucional comienza haciendo un reconocimiento general del derecho a la intimidad del trabajador en el lugar de trabajo y rechazando con rotundidad que el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores quede limitado “a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñen los cometidos propios de la actividad profesional”. Por el contrario, acepta que pueda producirse lesión del referido derecho incluso en el ámbito del desempeño de las tareas profesionales, desechando el concepto espacial de la intimidad.

En esa línea, considera que la facultad de instalar los medios audiovisuales no es un poder omnímodo, sino condicionado por el derecho a la intimidad, de tal manera que la adopción de la medida de videovigilancia queda sujeta al estricto margen que impone el parámetro de lo estrictamente indispensable para satisfacer el interés empresarial merecedor de tutela.

Concluye declarando que la instalación de micrófonos en las referidas zonas del Casino constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, y ello por considerar que el uso de los micrófonos permitía la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones tanto entre los propios trabajadores como con los clientes, y porque no quedó acreditado que esa medida resultase indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del Casino.

B) En el segundo pronunciamiento, se juzga la corrección constitucional de la instalación en un economato y ante las sospechas de comportamiento irregular de las trabajadoras de un circuito de televisión para controlar una zona concreta, las cajas registradoras y el mostrador de paso de las mercancías, donde las trabajadoras prestaban su actividad laboral. En la línea de la doctrina anterior, el TC analiza la medida de videovigilancia a la luz

Controles empresariales

del principio de proporcionalidad, sometiéndola a un triple juicio –de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto⁴–.

A diferencia del caso anterior, se desestima el amparo dando la razón a la empresa porque se considera que la medida de circuito cerrado de TV era una medida legítima, ya que no resultaba arbitraria, ni caprichosa, al tratarse de “verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes; era además necesaria “ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades”, y equilibrada pues “la grabación de imágenes se limitó a la zona de caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada”.

Estas sentencias marcan hoy la doctrina constitucional de referencia en lo que respecta a la extensión de los poderes de vigilancia y control por el empresario en el contexto laboral. Incluso más, dicha doctrina se ha convertido en el canon prevalentemente utilizado en la práctica constitucional de las medidas empresariales restrictivas de derechos fundamentales, del trabajador; es decir, que un empresario para saber si puede adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales como lo son en general las nuevas técnicas de control, debe comprobar si supera el triple test o juicio de idoneidad, estricta necesidad y de proporcionalidad.

Dicho criterio está siendo aplicado por los jueces y tribunales ordinarios pero con resultados no siempre satisfactorios, porque lo que se está poniendo de manifiesto es que en no pocas ocasiones la aplicación es un tanto superflua y, a la postre, más formal que real del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad está sufriendo en la práctica judicial un proceso de erosión importante, porque los tribunales vienen adoptando un sentido muy laxo del término “idoneidad”, independiente del juicio previo sobre la legitimidad del interés empresarial de control, dando por válida la instalación ante la concurrencia de cualquier interés más o menos legítimo.

Por citar sólo algunos ejemplos relacionados con el uso del ordenador: se ha aceptado la monitorización y control absoluto

**EL CONTROL
EMPRESARIAL SERÁ
VÁLIDO SI SUPERA EL
TRIPLE TEST: IDONEIDAD,
ESTRICTA NECESIDAD
Y PROPORCIONALIDAD**

(4) Esto es: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria (juicio de indispensabilidad o de estricta necesidad) y si ésta es ponderada o equilibrada (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

del ordenador, mediante la instalación clandestina de programas que permiten registrar todo cuanto realiza el trabajador, para verificar simplemente si el trabajador se dedicaba en tiempo de trabajo a jugar a las cartas en el ordenador, utilizando un programa instalado en el propio ordenador, y se ha entendido que la obtención de listados a través de dicha aplicación informática no constituye violación del derecho a la intimidad al ser una medida justificada, idónea y necesaria y equilibrada según el juicio de proporcionalidad, pese a tratarse de un programa fácilmente eliminable (SSTSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2000 y de 29 de junio de 2001). Son también numerosas las sentencias que han considerado ajustada a la doctrina constitucional la actuación de la empleadora de encargar a una empresa especializada la instalación de un programa espía, al objeto de registrar, mediante copia del disco duro, las entradas efectuadas por el trabajador en Internet y las páginas visitadas, haciendo un seguimiento de la terminal usada por el trabajador sin su conocimiento (entre otras, STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 8 de noviembre de 2004, núm. 2006/2004).

No es nada despreciable tampoco el número de resoluciones en donde el requisito de la imprescindibilidad se examina bajo la única consideración del interés que a efectos probatorios presenta la medida adoptada, sin valorar si la medida es realmente necesaria y, en fin, sin comprobar la posibilidad de recursos alternativos para alcanzar el interés empresarial.

Varios pronunciamientos se encargan de poner de manifiesto esta orientación. Así, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2004 (AS 2004/1476) que considera legítima la instalación secreta de una cámara de vídeo para comprobar si un encargado se duerme en su despacho, o la STSJ de Extremadura de 14 de abril de 2004 (recurso de suplicación núm. 154/2004), que da validez a la prueba videográfica (al parecer clandestinamente tomada) aportada por la empresa para justificar el despido del trabajador, representante sindical, por determinados incumplimientos contractuales (entre otros y especialmente, no utilizar la máscara de protección), pese a la escasa entidad de los ilícitos sospechados, y la no acreditada imprescindibilidad de la medida para descubrir la conducta ilícita sospechada del trabajador. Lo anterior se corrobora también en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2004 (AS 2004/3821), que acepta la legalidad de la medida empresarial de requerir los servicios de la agencia de detectives a fin de instalar una cámara oculta en la consulta de odontología para comprobar el horario laboral de la trabajadora y tiempo efectivo de trabajo.

Aparte no se ha de perder de vista que en todo esto adquiere una importancia decisiva la valoración del juez, lo que depara a veces resultados contradictorios con efectos nada positivos para la seguridad jurídica. Sirva como botón de muestra dos sentencias dictadas por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sendos casos de vigilantes de seguridad nocturnos del Museo provincial de Lugo despedidos al ser sorprendidos mediante cámaras de vídeo instaladas ocultamente por una agencia de detectives privados, cometiendo una serie de irregularidades muy parecidas, como quitarse el uniforme, dormir, realizar “prácticas onanísticas”; en el primer caso, la Sentencia

de 30 de noviembre de 2001 considera válida la medida de control de videovigilancia adoptada y declara procedente el despido y, en el segundo, la Sentencia de 20 de marzo de 2002 alcanza la solución contraria, apreciando vulneración del derecho a la intimidad y declara la nulidad del despido.

C) Su engarce constitucional con el derecho de protección de datos

Todo esto lo que revela es que el simple juicio de proporcionalidad, único canon de enjuiciamiento utilizado hasta el momento, es insuficiente y se presta a las más opuestas versiones judiciales, es decir, que es inadecuado y reduccionista por su escaso grado de efectividad para delimitar jurídicamente el poder de control del empresario ejercido a través de los medios tecnológicos y, en concreto, los audiovisuales. Este principio se detiene en una simple consideración de los límites a la actividad de indagación del empresario; no atiende más allá de los peligros provenientes de la intrusión sobre la conducta de la persona del trabajador. Y no comporta directriz alguna sobre los límites a la posibilidad del empresario de tratamiento de las informaciones recabadas en las actividades de control, ni sobre los derechos del trabajador frente a los riesgos de manipulación y utilización de esas informaciones.

Se ha de tener presente que el empleo de las nuevas tecnologías para el control de la prestación de trabajo y concretamente el uso a estos efectos de grabaciones de sonido y filmaciones por vídeo pone, también, en cuestión ese otro poder de control y disposición por parte del trabajador –que se considera como una vertiente positiva del derecho a la intimidad y que es configurado, a la vez, como un derecho autónomo–. Esto es, el derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos y que supone, como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 290/2000), el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos. La instalación de los medios audiovisuales de control entraña, como ya se observó al principio, el riesgo –aun más grave que la pérdida de libertad por el poder de supervisión constante– de la reconstrucción de perfiles individuales y costumbres de los trabajadores por medio de la conservación de las imágenes y el de su potencial utilización con fines discriminatorios.

La delimitación jurídica del poder de control empresarial no debe realizarse al amparo simplemente del rudimentario esquema de proporcionalidad, sino de acuerdo con la legislación sobre autodeterminación informativa, que ha venido a “reforzar la tutela del trabajador frente a la obtención y el tratamiento de datos del trabajador” (RODRÍGUEZ-PIÑERO). La autotutela informativa, reconocida en el artículo 18.4 CE, constituye un elemento de cierre del juicio de legitimidad de la actividad de control, que integra las reglas y requisitos que conciernen a las actividades de recogida de información, e incorpora, a la vez, las condiciones de licitud del tratamiento de datos.

En la Unión Europea es comúnmente aceptado que la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, “relativa a la protección de las personas

físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, resulta plenamente aplicable en el contexto, no ya del conjunto de operaciones de recogida de los datos personales del trabajador por el empresario, sino de casi todas las formas de vigilancia empresarial. El Organismo de la Unión Europea –Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre protección de datos (GTA), constituido en virtud del artículo 29 de la Directiva con el fin de contribuir a su aplicación uniforme en los Estados miembros– en su Dictamen 8/2001, de 13 de septiembre de 2001, sobre “el tratamiento de datos de carácter personal en el contexto profesional”, ha dejado bien sentado que “las disposiciones relativas a la protección de datos se aplican a la vigilancia y control de los trabajadores, tanto en términos de utilización del correo electrónico, acceso a Internet, cámaras de vídeo o datos de localización”. Y lo ha confirmado en las dos ocasiones posteriores en que se ha pronunciado sobre las concretas formas de vigilancia tecnológica por parte del empresario. Así, en el “Documento de Trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo”, adoptado el 29 de mayo de 2002 y en el “Dictamen 4/2004, relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 11 de febrero de 2004”.

En nuestro país, quizás por el carácter genérico y la falta de concreción en el contexto laboral de los principios de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), o tal vez porque no existe conciencia de que muchas de las actividades de obtención de datos del trabajador implican el tratamiento de datos, no se le confiere demasiada relevancia aplicativa a la Ley, careciendo de un papel regulador significativo en el ámbito de las controversias sobre la adopción de mecanismos de control por el empresario, hasta el punto de que es casi completamente ignorada. Sin embargo, la legislación sobre autodeterminación normativa debe ser la que rijan en la determinación de los límites y, por tanto, la que delimite el ejercicio legítimo del poder de vigilancia y control empresarial.

Así las cosas, procede analizar desde la perspectiva de los principios de protección de datos la utilización de las distintas tecnologías por el empresario para el control de los trabajadores.

II. EL CONTROL DEL TRABAJADOR A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS DE GEOLOCALIZACIÓN

De un tiempo a esta parte, los sistemas de control mediante equipos de geolocalización se han transformado en un área emergente porque ofrecen –como todo el mundo sabe– la posibilidad de conocer la posición geográfica de la persona que posee alguno de tales equipos y de hacer un seguimiento en tiempo real de dicha persona. A través de los equipos de GPS (Sistema de Posicionamiento Global/Global Positioning System) o de los

Controles empresariales

GSM (Global System Mobiles) se puede hacer un control a distancia sin límite geográfico ni temporal⁵.

En el primer caso, la obtención y comunicación de la posición de un objeto (un vehículo o un teléfono normalmente, porque lo que se “geolocaliza” no es la persona sino el objeto que tenga instalado alguno de dichos sistemas) se hace a través de señales emitidas por satélite y, en el segundo caso, mediante la red de telefonía móvil digital y la señal emitida por el teléfono.

Con la simple inserción de la tarjeta SIM específica en el teléfono móvil y utilizando tecnología CELL-ID se puede acceder a la posición aproximada de la persona que utiliza el móvil con un margen de error que puede variar de 200 metros en ciudad y de 3 a 4 kilómetros en entornos rurales.

Este servicio de localización por CELL-ID o por GPS –bien embebido en el móvil o bien externo– lo ofrecen ya muchos operadores a sus clientes, entre ellos y, sin ir más lejos, Telefónica, SA.

Naturalmente, esta nueva tecnología tiene, como es fácil de imaginar, múltiples aplicaciones positivas. En el orden civil es de destacar, por ejemplo, la ayuda a la navegación, la búsqueda de personas accidentadas o desaparecidas (v. gr., alpinistas, esquiadores en paradero desconocido, con algún sistema de localización instalado), el control de alejamiento de los maltratadores de género, la propia autolocalización en un lugar geográfico desconocido o, incluso, la posibilidad de compartir con familiares o amigos tu posición. En el ámbito profesional ofrece también notables ventajas como la de realizar una gestión en tiempo real de los medios personales y de los vehículos de las empresas, amén de la posibilidad de obtención de pruebas de ciertas prestaciones e incluso de analizar la rapidez de la ejecución⁶.

El problema que plantean estos sistemas de localización en el ámbito laboral es –como ocurre en general con cualquier medio técnico de control– el que deriva de la posible colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Debe tenerse en cuenta que estos sistemas operan no sólo como medio de

**LOS SISTEMAS
DE LOCALIZACIÓN
INCIDEN EN EL DERECHO
A LA PRIVACIDAD
DE LOS TRABAJADORES**

(5) RAY, J.-E.: “Géolocalisation, données personnelles et droit du travail”, *Droit Social*, núm. 12, 2004, pág. 1079.

(6) GLASSE, D.: “Protección de datos personales y geolocalización”, *datospersonales.org*, La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, núm. 23, de 29 de septiembre de 2006.

vigilancia de la ejecución normal de la prestación de trabajo sino como medio de información y prueba de los itinerarios seguidos por los trabajadores y del tiempo empleado en ellos. En tal sentido los riesgos que comportan para la intimidad son evidentes: en caso de sistemas instalados en vehículos, cabe ejercer, junto a la verificación de la situación del vehículo, la velocidad, las pausas, los tiempos de funcionamiento, un control permanente de la actividad del trabajador; y, en el caso de teléfonos móviles con sistema de geolocalización, el riesgo se incrementa porque se puede llegar a saber con mayor precisión los lugares que frecuenta el poseedor de ese teléfono móvil y en qué momento entra y sale de cada uno de esos lugares. Por cualquiera de los sistemas fácilmente el trabajador puede verse sometido a un espionaje total.

Es evidente su incidencia en el derecho a la privacidad de los trabajadores, por lo que no parece que el empresario esté legitimado para adoptar cuando y como quiera este tipo de vigilancia tecnológica a distancia en virtud de la simple subordinación jurídica permanente del trabajador que caracteriza a la relación laboral y de la amplia facultad de control que le reconoce el artículo 20.3 ET. Esta lógica sería demasiado elemental, porque, dada la intensidad de este control tecnológico, supondría “un salto cualitativo sobre las formas de control tradicionales hacia modelos orwellianos de control total”⁷.

Esta idea de entender que el empresario carece de discrecionalidad absoluta para adoptar el sistema de geolocalización para el control de los trabajadores, no es inédita en la experiencia judicial. Ha sido adoptada ya por algún Tribunal laboral como puede verse en la STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2007 (JUR/2007/365564), sobre un caso de instalación por la empresa de seguridad de un sistema de localización GPS en un teléfono móvil de un vigilante de seguridad. La sentencia considera que el derecho a la intimidad queda, desde luego, afectado “si el empresario utiliza un sistema de control del trabajo de sus empleados que se desarrolla fuera de sus dependencias a través de un sistema de localización permanente del teléfono móvil que se facilita como instrumento de trabajo, sin consentimiento ni conocimiento de aquéllos, máxime si éstos han de tenerlo a su disposición en todo momento por estar sujetos a disponibilidad permanente, ya que si bien resulta un medio idóneo para controlar su labor (...), en modo alguno resulta necesario si tenemos en cuenta que el propio sistema de telefonía móvil permite conocer este dato y, por tanto, acceder a ese conocimiento con autorización judicial si concurren circunstancias que justifican una actuación de esa naturaleza, tan invasora del campo propio de la intimidad personal. Esfera, ésta, que ni tan siquiera desaparece durante la jornada laboral, en la que el trabajador mantiene un reducto en el que su empresario no puede penetrar si no resulta preciso por exigencias de la relación laboral, mediante un medio idóneo, necesario y suficientemente proporcionado al sacrificio de ese derecho fundamental”.

En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la adopción de un sistema de geolocalización habría que someterlo, por lo pronto, como cualquier

(7) DESDENTADO BONETE, A.: “La prueba electrónica en el proceso laboral. Notas para una intervención”, texto mecanografiado presentado en las Jornadas sobre Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales, celebradas en la Cámara de Comercio de Málaga en abril de 2008.

medida restrictiva de los derechos fundamentales del trabajador, a un juicio de proporcionalidad.

Pero hay que dar un salto cualitativo y analizar, además, a la luz de la normativa de protección de datos porque no hay que desconocer que los datos de geolocalización transmitidos por un teléfono móvil a un operador en la medida en que están asociados a información de una persona física que se pueda identificar, implican tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos. Es preciso recordar que el artículo 3 de la Ley define en su letra c) el tratamiento de datos como aquellas “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación ..., así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

La legitimidad de este tipo de servicios de geolocalización ha sido ya en algún caso apreciada a la luz de la normativa de protección de datos por la propia Agencia Española de Protección de Datos (expediente núm. E/00587/2006). Se trata de una denuncia presentada por un empleado público de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura que venía prestando servicios como conductor en un vehículo oficial con GPS y al que se le abrió un expediente disciplinario por la citada Consejería, a partir de datos de control horario proporcionados por el sistema GPS instalado en su vehículo y que figuraban almacenados en un fichero de “Personal” de la Consejería. El funcionario denunciaba la existencia de ficheros no inscritos en el Registro General de Protección de Datos y la obtención de datos sin el conocimiento ni el consentimiento de las personas afectadas. La AEPD archiva la denuncia porque considera que “existe una relación laboral que justifica el tratamiento de datos objeto de la denuncia, al resultar aplicable la excepción del consentimiento prevista en el artículo 6.2 LOPD” y porque, en contra de lo afirmado por el denunciante, los empleados con vehículos oficiales sí habían sido informados mediante Circular de la Secretaría General sobre el tratamiento de datos relativos a la utilización de dichos vehículos y, puesto que, además, constaba que el fichero “Personal” se hallaba inscrito en el Registro General de Protección de Datos.

Se puede llegar a compartir la solución alcanzada, pero no el razonamiento seguido, porque se ha omitido un juicio ponderado de los intereses en conflicto y, por tanto, una valoración adecuada del requisito de legitimidad. De esta Resolución de Archivo de Actuaciones dictada el 17 de julio de 2007 se desprende la justificación prácticamente total de cualquier instalación de sistema de geolocalización y de las medidas que se pueden adoptar tras el tratamiento de dichos datos, siempre que se informe a los trabajadores de la existencia de dichos sistemas, ya que siempre cabe apelar a la existencia de una relación de trabajo que ampare un mecanismo de control como éste y, por ende, la posibilidad de tratamiento de tales datos⁸. Sin embargo, este razonamiento es demasiado simple y depara resultados aniquiladores para el respeto a la intimidad del trabajador y la propia protec-

(8) Este planteamiento maximalista se reitera, con carácter general, en el Informe 193/2008 evacuado por la AEPD a consulta planteada sobre “cómo debe de procederse al tratamiento de datos emitidos por el sistema de GPS instalados en los vehículos para actuar de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999”. La Agencia se limita a razonar en los siguientes términos:

ción de datos personales porque excluye de plano cualquier esfera de protección de la vida privada por la simple relación de dependencia que el contrato de trabajo lleva aparejada. La simple existencia de una relación laboral no puede legitimar cualquier sistema de geolocalización laboral; habrá que atender a otros elementos de juicio que permitan establecer algún límite, como mínimo, el del interés legítimo y el de su carácter proporcionado o no para los intereses legítimos del empresario.

La autoridad francesa en materia de protección de datos –la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia (CNIL)– ha adoptado al respecto una posición mucho más cauta y matizada que nuestra Agencia de Protección de Datos. Ha hecho un esfuerzo por determinar los límites del grado de vigilancia permanente que los trabajadores deben aceptar en aras del interés del empresario de asegurar la localización de sus trabajadores cuando están fuera de la empresa, estableciendo una línea divisoria entre lo permisible y lo no permisible en función del tipo de actividad a realizar. La CNIL admite la vigilancia permanente tan sólo cuando el trabajo consista en el desplazamiento, esto es, en conducir un vehículo; en cambio, la considera desproporcionada cuando el uso del vehículo sea un accesorio de su trabajo principal⁹.

En cualquier caso, el establecimiento o la contratación de estos servicios de geolocalización para la vigilancia permanente de sus empleados, es claro que una vez enmarcado en el ámbito de protección de datos, debe realizarse desde el respeto a las exigencias establecidas en la Ley Orgánica de Protección de Datos y en particular de sus principios básicos.

En la fase previa a la adopción hay dos principios que merecen una consideración especial:

1) El principio de finalidad legítima: según el artículo 4.1 LOPD, sólo se pueden recabar datos para su tratamiento cuando sean adecuados y no excesivos en relación con el ámbito y “finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”, lo que implica que no vale cualquier finalidad, sino que debe haber un fin legítimo para la geolocalización que justifique la restricción que experimentan los trabajadores en sus derechos fundamentales. Se impone, pues, un criterio restrictivo en la adopción de estos dispositivos de vigilancia geográfica a distancia. En tal sentido parece bastante acertada

“En primer lugar es preciso indicar que para tratar los datos señalados en la consulta, resulta necesario cumplir con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la citada Ley Orgánica que establece que ‘El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa’.

Por tanto es necesario acudir a las normas que legitimen el tratamiento de los datos, además de tener en cuenta el Reglamento Comunitario invocado en la consulta, no podemos dejar de mencionar que en el ámbito laboral el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, otorga los poderes de Dirección del empresario y en ese articulado podemos encontrar la oportuna legitimación.

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone que ‘El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso’.”

(9) Disponible en la página web de la CINL: www.cnil.fr.

la idea expuesta por Didier GLASSE, miembro de la CNIL¹⁰, de que resulta legítima sólo cuando sirve para garantizar la seguridad del empleado, de las mercancías o de los vehículos, o para ofrecer una mejor prestación de los medios en vehículos o para hacer un seguimiento y facturación de las prestaciones de transporte, pero no cuando se trata de hacer un seguimiento del tiempo de trabajo, salvo que no se pueda hacer de otro modo. De aquí se desprende que no parece legítima la geolocalización cuando se concede a los empleados libertad para organizar sus desplazamientos. Hay que advertir igualmente que –como ha declarado la referida STSJ del País Vasco– tampoco se justifica la instalación de un sistema de geolocalización en un teléfono móvil de un trabajador itinerante si lo que se busca es simplemente tenerlo localizado o disponible, pues es evidente su carácter desproporcionado para el interés legítimo del empresario.

Este juicio sobre la legitimidad es lo que falta en la Resolución de Archivo dictada por la AEPD en el caso comentado anteriormente del seguimiento realizado al empleado de la Junta de Extremadura mediante la información proporcionada por el GPS instalado en su vehículo. La Agencia debía haber analizado si la finalidad que justificó la instalación del sistema posee el carácter legítimo requerido, que es muy probable que lo tuviera por cuanto se adoptó entre otras razones “para localizar a los empleados cuando realizan inspecciones o salidas por razones de servicio a lugares poco frecuentados y/o de difícil acceso, como los Agentes del Medio Natural que realizan en solitario funciones de guardería en lugares recónditos y de difícil acceso”. Creo que concurre en este caso ese requisito de legitimidad habida cuenta la dificultad existente para hacer un seguimiento del uso debido de su vehículo a través del móvil.

2) Otro principio de la máxima relevancia es el de la transparencia. La legitimidad y la lealtad en la utilización de los sistemas de geolocalización implican el suministro de información adecuada a los concernidos; si bien no es necesario el consentimiento de los trabajadores afectados habida cuenta que existe un interés legítimo, se impone el deber de informar a los trabajadores de la existencia de tal mecanismo en el vehículo o teléfono móvil proporcionado por la empresa, así como de la finalidad de recogida de los datos; el GTA en su Dictamen 8/2001 se ha pronunciado abiertamente en este sentido, al indicar que “como mínimo los trabajadores deben saber qué

**SE EXIGE TRANSPARENCIA
E INFORMACIÓN SOBRE
LA INSTALACIÓN
DE DISPOSITIVOS
DE GEOVIGILANCIA**

(10) Ob. cit.

datos recoge el empresario sobre ellos (directamente o de otras fuentes) y cuáles son los fines de las operaciones de tratamiento previstas o realizadas con estos datos en la actualidad o en el futuro”.

Una vez incorporado el dispositivo de geolocalización a las terminales del usuario para alguna de las finalidades legítimas, adquieren una particular relevancia también otra serie de principios como el de la proporcionalidad y la compatibilidad con la finalidad declarada. Es necesario considerar, por un lado, que el grado de vigilancia para la que se ha establecido debe ser el imprescindible, lo que excluye el seguimiento ilimitado; en particular, en el caso de los teléfonos móviles, sean personales o profesionales, tiene que haber algún dispositivo que permita desactivar el sistema fuera de las horas de trabajo; la geolocalización no debe servir para prolongar la subordinación del trabajador más allá del límite temporal determinado por la prestación pactada.

Por otra parte, se ha de observar que no cabe tomar más conocimiento que el imprescindible en función del legítimo fin establecido y que existe una prohibición de uso de los datos obtenidos para finalidades distintas de las declaradas en la adopción de la medida. No se ignora que la geolocalización permite acceder a datos de la persona del trabajador de todo tipo, y no sólo a los estrictamente ligados a la localización geográfica sino a los más íntimos a través de los lugares que frecuenta, etc.; sin embargo, la noción de “finalidad incompatible” del artículo 4.2 LOPD excluye todo intento de aprovecharse de los datos de carácter personal recogidos para obtener nuevos datos personales o para un uso divergente de la finalidad originaria para la que fueron recabados.

Al margen de todo ello, no debe olvidarse que la instalación de un sistema de geolocalización con retención de datos genera el correspondiente fichero y resulta en todo caso obligatoria –como tiene señalado la AEPD en su Informe 193/2008– su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica, lo que se establece no sólo para valorar el correcto tratamiento de los datos personales por parte de los responsables (las empresas) sino también para facilitar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición por parte de los trabajadores afectados.

III. EL CONTROL EMPRESARIAL DEL USO DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS POR EL TRABAJADOR

Al analizar el control empresarial del uso de los medios informáticos por el trabajador (ordenador, correo electrónico, Internet), se debe partir de la consideración de que se está ante una herramienta de trabajo facilitada por el empresario donde el control del resultado se presenta inseparablemente unido a la actividad del trabajador, pues el registro del ordenador es casi la única manera de comprobar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales.

Pero al mismo tiempo no se debe perder de vista que se trata de un instrumento de comunicación y de acceso a fuentes de información. Por tanto, el control ejercido sobre éste puede afectar a diversos derechos fundamentales (intimidad, secreto de las comunicaciones, protección de datos, libertad sindical, etc.), por cuanto permite acceder a secretos e informaciones relacionadas con la intimidad reveladas por el trabajador o por terceros ajenos a la relación laboral, e incluso obtener un cierto perfil de la personalidad del trabajador a través de un control *a posteriori* de las conexiones realizadas a Internet.

Este carácter pluridimensional hace que delimitar el espacio legítimo de control del empresario sea bastante complicado. En todo caso, parece obvio que, siendo inescindible la función de intrusión a la de control de la ejecución normal de la prestación puesto que aparece incorporada de forma inseparable a la facultad de verificación del resultado productivo del trabajo, resulte legítima cierta restricción del secreto de las comunicaciones electrónicas e invasión de la esfera personalísima del trabajador.

Las múltiples controversias judiciales surgidas acerca de los límites del poder de control del empresario sobre el uso que se da a estos medios testimonian las incertidumbres que existen en esta materia, cómo de hecho no están ni mucho menos resueltos los problemas interpretativos o de compatibilidad de las exigencias que derivan de tales usos.

A) La divergente doctrina judicial de suplicación y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 de unificación de doctrina

Los Tribunales de suplicación mantienen una gran disparidad de criterio sobre estas facultades de control empresarial. Sobre todo en sus primeros pronunciamientos, han venido evocando la total flexibilidad como poder ilimitado y absoluto del empresario en la gestión de estos instrumentos de trabajo. Se puede mostrar una larga lista de sentencias que se inclinan a admitir el registro prácticamente ilimitado de los mensajes enviados o recibidos a través del correo electrónico y de los accesos a Internet. Y ello sobre la base de la propiedad empresarial del ordenador y del correo electrónico y de la facultad del empresario de adoptar medidas de control¹¹.

Progresivamente, se ha ido abriendo paso una segunda línea doctrinal más restrictiva de las facultades de control empresarial del uso del ordenador y de Internet por el trabajador. Con una visión prevalente de los derechos fundamentales del trabajador, se va a exigir el cumplimiento de los requisitos exigidos por la doctrina constitucional de la proporcio-

(11) Sirva como ejemplo la STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000 (AS 3452) que declara procedente el despido de dos trabajadores que habían enviado varios mensajes electrónicos de contenido obsceno. La Sala entiende que la propiedad del ordenador, al ser un instrumento al servicio exclusivo del empresario, excluye cualquier expectativa de intimidad por parte del trabajador. En la misma o parecida línea se expresan también, entre otras: STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001 (AS 789/2002), que admite que el ordenador puede ser inspeccionado por los responsables del departamento de Informática sin incurrir en violación del artículo 18 ET; STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2001 (AS 3666), que afirma que la empresa tiene derecho a vigilar y controlar los instrumentos de trabajo; STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003; STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2004 (AS 2696): el ordenador es un instrumento de trabajo que la empresa proporciona al trabajador para trabajar lo que permite al empresario adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia.

nalidad (SSTC 186/2000)¹² o la aplicación analógica de los requisitos establecidos en el artículo 18 ET (registro de taquillas)¹³, muy señaladamente, que el registro del ordenador se realice en horario de trabajo y en presencia de un representante de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa.

En la doctrina de suplicación más reciente ha surgido también la tendencia a situar el problema en el control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario en el ámbito de las exigencias de la normativa de protección de datos, siguiendo las sugerencias del Grupo del artículo 29. De destacar es la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 (recurso 1149/2006), que somete la medida de registro del ordenador personal del trabajador al principio básico del artículo 4.1 de la LOPD (emanado de la Directiva 1995/46) de que todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado y que debe ser adecuado, pertinente y no excesivo en relación con el ámbito y las finalidades explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. Entiende la Sala que en el concreto caso analizado el registro no se ajustó a las exigencias referidas porque la finalidad declarada era conocer el uso que hacía de Internet en horas de trabajo, y la recogida de datos no se limitó a realizar una estadística de los accesos a Internet no oficiales de la empresa “Credit Services” y de los enlaces permitidos sino que especificaba asimismo los recursos de Internet solicitado (páginas web, gráficos, fotografías... etc.), es decir, un tal acopio de datos que entrañaba un control sistemático de los sitios visitados (frecuencia, tiempo de conexiones y navegación) que permiten reconstruir aspectos subjetivos relativos a la intimidad del trabajador.

En este contexto, dominado por un cierto escenario de inseguridad y de divergencia de criterios, ha surgido una Sentencia del Tribunal Supremo, dictado en unificación de doctrina, la de 26 de septiembre de 2007 (recurso 966/2006), que ha venido a fijar algunas posiciones sobre el control de los medios informáticos por el empresario. En ella se analiza el caso del despido de un directivo de una empresa al que, en un control realizado en su ordenador para comprobar fallos, se le encontraron archivos temporales de navegación por Internet que contenían antiguos accesos a páginas pornográficas y que pudieron ser la causa de la existencia de un virus informático. El Alto Tribunal declara nula la prueba del registro practicado, no ya por no cumplir las exigencias del artículo 18 ET, tal y como habían resuelto el Juez y Tribunal que habían enjuiciado anteriormente el caso, sino por vulneración del derecho a la intimidad, al estimar que la empresa en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, siguió con el examen del ordenador y se apoderó de un archivo cuyo examen o control no era necesario para realizar la reparación interesada.

(12) Por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003 (AS 2516), que argumenta que el artículo 20.3 ET no otorga un marco jurídico suficiente y que la posibilidad del empresario de entrometarse en las comunicaciones sólo puede darse con las debidas garantías y en supuestos extraordinarios; en esta línea se sitúan también la STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2004 (AS 2880), que niega valor probatorio al control de la actividad del ordenador asignado al trabajador por la empresa por no cumplir los requisitos exigidos por la doctrina constitucional, y la muy razonada y extensa STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 (recurso 1149/2006), que deslegitima el registro del ordenador personal del trabajador por ser contrario al derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales.

(13) SSTSJ de Cantabria de 26 de agosto de 2004 (AS 2513), de 20 de febrero de 2004 (AS 443) y STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2004 (AS 2880).

Con esta decisión el Tribunal Supremo refuerza la tendencia más reciente de la doctrina de suplicación que considera que las facultades de registro del ordenador por el empresario no son omnímodas, pero no lo hace sobre la base de que sean aplicables las garantías del artículo 18 ET, porque entiende que la persona del trabajador y sus efectos personales forman parte de la esfera privada del trabajador y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato, a diferencia del ordenador que es un medio de trabajo, que como tal puede ser objeto de registro para verificar el correcto cumplimiento de la prestación.

Dejando de lado estas garantías y límites legales, el TS introduce otras variables en la ponderación de los intereses en concurrencia; en concreto, la existencia de una política preventiva e informativa de la empresa sobre los usos del ordenador, la tolerancia con ciertos usos personales y la expectativa de una razonable intimidad. Señala que “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales– e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”. El Tribunal Supremo reconoce que si existe un “hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores”, “esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos, expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial”. Argumentado *a contrario*, afirma también que si existen prohibiciones de uso personales y el trabajador se salta dicha prohibición, “no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad” .

Resulta importante destacar que la sentencia resuelve un concreto supuesto de hecho del control de los medios informáticos, el de control sobre el uso de Internet por el trabajador; no aborda el caso específico del control del correo electrónico en el que puede haber en juego otras garantías constitucionales como el secreto de las comunicaciones. No obstante, la solución de buena parte de los problemas suscitados en este otro

**LA TOLERANCIA EN EL USO
DE MEDIOS INFORMÁTICOS
CREA UNA EXPECTATIVA
DE CONFIDENCIALIDAD**

caso puede venir de la mano de los elementos doctrinales que de forma un tanto abstracta aporta esta sentencia, toda vez que define toda una línea de actuación sobre la posibilidad de recurso a tal control de los medios informáticos.

En negativo cabe constatar, sin embargo, que el Tribunal Supremo se muestra alejado de las posiciones europeas, que sitúan los problemas del control empresarial de los medios informáticos utilizados por el trabajador en el ámbito aplicativo de la normativa de protección de datos. Ha hecho una valoración de los intereses en concurrencia, basada exclusivamente en la intimidad, sin la más mínima consideración de la ratio de tutela de la normativa de protección de datos.

Y hay que decir, con todos los respetos, que el Tribunal Supremo no hila fino al hacer derivar del derecho a la intimidad la ilegitimidad de la prueba obtenida en este caso, porque lo que convierte en ilegítimo el control informático realizado en el ordenador del directivo no es la vulneración de la expectativa de intimidad que sobre sus archivos personales pudiera tener tal persona dada la ausencia de prohibición alguna o el posible uso personal tolerado, sino el uso disfuncional o desviado que el empresario hizo de la información recabada en el registro practicado, lo que constituye más bien una vulneración del principio de finalidad de la LOPD.

En efecto, en un caso de detección y reparación de virus no cabe sino consentir un penetrante control de los lugares visitados y de todos los archivos guardados hasta su localización. Los archivos, por muy personales que sean, se vuelven transparentes ante el superior interés legítimo del empresario de eliminar esa situación; decae, como es lógico, la expectativa de intimidad que pudiera existir sobre ellos y desaparecen las barreras que impone el respeto a la intimidad.

Otra cosa es la utilización que el empresario pueda hacer de la información personal obtenida como un subproducto no querido del registro electrónico, o como consecuencia meramente accidental del control indirecto o no intencional realizado. En principio, atendiendo al principio de finalidad declarada, que regula el artículo 4.2 LOPD, las informaciones así obtenidas sólo debieron utilizarse de forma coherente con la finalidad originaria para la que fueron recabadas, es decir, para la detección y eliminación del virus informático. Su utilización, sin embargo, con fines disciplinarios implica una clara desviación del fin original, tal y como aprecia el Tribunal Supremo en dicha sentencia, al afirmar que “la empresa no podía recoger la información obrante en los archivos temporales y utilizarla con la finalidad que lo ha hecho”, e integra un supuesto de violación de la normativa de protección de datos.

De todas formas, queda la duda de si no habría que reconocer una cierta legitimidad a esa utilización desviada, toda vez que no se trata de una irregularidad menor, ya que la navegación por esas páginas llegó a poner en peligro el propio sistema de comunicación de la empresa y, por tanto, podríamos estar ante un hecho cualitativamente grave. Lo que sucede es que existe también una responsabilidad de la empresa por no haber previsto la

prohibición de acceso a páginas no seguras y por no haber adoptado algún tipo de filtro que impidiese visitas a sitios no autorizados, lo que hace que sea también responsable del comportamiento poco diligente del directivo.

En una notable disonancia con la línea jurídica que los Tribunales mayoritariamente parecen seguir, distintos organismos internacionales, europeos y agencias nacionales de protección de datos continúan ocupándose de esta cuestión bajo el perfil de la aplicabilidad de las garantías de la normativa de protección de datos. No es este sintético estudio el lugar idóneo para dar cuenta de todos y cada uno de los documentos elaborados, pero sí al menos de dejar constancia de algún importante Documento elaborado por el Grupo del artículo 29 constituido al amparo de la Directiva de Protección de Datos, ya aludido en alguna de las sentencias anteriormente citadas. La atención debe centrarse especialmente, dada su enorme relevancia, en el Documento de 29 de mayo de 2002, relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo (5401/01/ES/Final, WP 55), donde se examina la vigilancia por el empleador de la utilización del correo electrónico e Internet por parte de los trabajadores, ofreciendo una orientación y ejemplos concretos sobre lo que constituyen actividades de control legítimas y límites aceptables de la vigilancia de los trabajadores por el empresario.

Por parte de la Agencia Española de Protección de Datos no se ha dudado en afirmar la operatividad de la disciplina de la normativa de protección de datos sobre la vigilancia empresarial de los medios informáticos, aunque de un modo bastante más ambiguo y confuso que el Grupo del artículo 29. En el Informe 0247/2008, se da una respuesta contundente en tal sentido a la consulta planteada sobre qué procedimientos deben seguirse en cuanto al uso de los correos electrónicos de los trabajadores por parte de las empresas. No obstante, parece decididamente insuficiente y contradictorio la conclusión final de la AEPD, cuando, después de remitirse a las recomendaciones y dictámenes de la Unión Europea y de recoger literalmente los matizados criterios de enjuiciamiento del GTA, afirma que “el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores habilita al empresario a controlar el correo electrónico que él otorga a los trabajadores para el desarrollo de sus funciones, pero siempre que previamente haya informado sobre dicho extremo y cumpla de este modo el deber de informar previsto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999”. Se ha de observar que, si bien el criterio de la información previa es un elemento imprescindible de protección de datos, no es el único criterio para decidir la legitimidad del control de las cuentas de correo electrónico de sus trabajadores. La AEPD parece haber olvidado que uno de los principios más significativos del tratamiento de datos personales de los trabajadores es el principio de finalidad legítima, el cual impone un análisis previo sobre la concurrencia de un interés legítimo.

En fin, en toda esta materia de los controles informáticos, pese a las importantes claves de solución aportadas por la STS de 26 de septiembre de 2007, continúan sin resolverse algunas cuestiones, que útil será examinarlas y valorarlas separadamente con relación a los dos diversos supuestos de control informático: el control sobre los mensajes electrónicos y el control sobre la navegación en Internet.

B) El acceso al correo electrónico del trabajador

Tal y como entienden en general el GTA y la AEPD los mensajes electrónicos deben beneficiarse, en principio, de la misma protección de los derechos fundamentales que el correo tradicional, de manera que las comunicaciones electrónicas que proceden de locales profesionales pueden estar cubiertas por los conceptos de vida privada y de correspondencia (según lo dispuesto en el artículo 8.1 del Convenio Europeo). Lo confirma, además, el Tribunal Supremo, cuando afirma que “las comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”.

Ahora bien, de ello no se desprende necesariamente que el correo electrónico del trabajador sea impenetrable, e inescrutable por el empresario, porque, como se ha señalado al principio, se trata de un instrumento de trabajo, que en cuanto tal está sujeto al poder de control del empresario, por lo que éste debe poder acceder a los documentos y archivos del trabajador aunque sólo sea para comprobar cómo ejecuta su trabajo si no hay otra forma posible de hacerlo.

La cuestión es en qué medida es posible acceder al control del correo electrónico del trabajador; la determinación del alcance de ese poder de control requiere un examen especializado de las distintas situaciones que pueden darse en cuanto al uso del correo electrónico y que pueden resumir en tres:

A) El correo de uso exclusivamente profesional. Nada impide al empresario limitar el uso del correo electrónico en la empresa a fines estrictamente profesionales o comerciales y prohibir el uso con fines personales. Una política estrictamente prohibitiva es admitida por el propio Tribunal Supremo en la Sentencia antes citada de 26 de septiembre de 2007 donde se declara que “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales”. No es seguramente una medida popular, a la vista de que, como en la utilización de los sistemas de comunicación de la empresa (teléfono, fax, etc.), se impone una cierta política de tolerancia, dada la singular implicación de la persona en el trabajo que difícilmente puede abandonar sus “prosaicas necesidades cotidianas”¹⁴, pero sí es la más pragmática y seguramente la más beneficiosa tanto para el empresario como para los trabajadores.

Dicha prohibición interesa especialmente al empresario porque es la manera más eficaz de controlar los abusos en la utilización de estos medios y de hacer frente a otros problemas de seguridad del sistema y de responsabilidad del empresario frente a terceros, así como de garantizar que las comunicaciones con clientes sean auditables y que no queden interrumpidas las comunicaciones internas o externas por la simple baja o inasistencia al trabajo del trabajador. Además, sucede que la solución intermedia, de prohibición parcial,

(14) Vid. PERA, G.: “Il licenziamento per abuso del telefono aziendale, RIDL, 1999, II, pág. 652.

Controles empresariales

inspirada en una lógica de tolerancia social, conduce a resultados contraproducentes, puesto que existe ya alguna sentencia que considera que para acceder al correo electrónico cuando se autoriza el uso personal hace falta obtener autorización del juez de lo penal (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de mayo de 2003, AS 2840)¹⁵.

Tal prohibición no deja de reportar también algún beneficio importante al trabajador, porque no se debe perder de vista que, en un contexto de permisividad del uso personal del correo, resulta relativamente fácil fabricar pruebas para objetivar una causa de despido. De hecho estamos asistiendo a un progresivo aumento de litigiosidad derivado del uso de estas herramientas y en parte se debe a que los empresarios han encontrado en el uso del correo electrónico un nuevo motivo de despido. Limitando de antemano el uso a lo estrictamente profesional se reduce sensiblemente el campo de aplicación de las medidas sancionadoras y de despido.

En todo caso, esa política empresarial, que no necesita ser consensuada con el trabajador, debe ser dada a conocer previamente a los trabajadores. Es absolutamente imprescindible que éstos conozcan las limitaciones de uso del correo electrónico impuestas por el empresario. Debe haber, así, una clara política empresarial sobre el uso y control de correo electrónico. Éste es un principio básico de la protección de datos personales que lo destaca especialmente el TS en la citada sentencia, aunque no como tal principio, al indicar que se debe “informar a los trabajadores de que va a existir un control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos”.

Concurriendo las referidas condiciones de información y publicidad, debe considerarse absolutamente legítima la posibilidad de acceso del empresario al correo electrónico del trabajador sin necesidad de consentimiento ni de autorización judicial. No es sólo el vínculo jurídico existente entre el empresario y el trabajador lo que habilita en estos casos al empresario para entrar en el ordenador y acceder a los mensajes vertidos por el trabajador al sistema, sino el interés legítimo perseguido por el empresario y, sobre todo, el carácter profe-

**LOS TRABAJADORES
DEBEN CONOCER
LAS LIMITACIONES
EN EL USO DEL
CORREO ELECTRÓNICO**

(15) En caso de que “el empresario autorizase al empleado su uso por motivos distintos del trabajo o que fuese un medio propio o dentro de la esfera de disposición del trabajador, (...) sería aquél un mero tercero no facultado para la intromisión, sino sólo legitimado, si es perjudicado por conductas graves del trabajador, de relevancia penal, para su denuncia, siendo el proceso penal el marco adecuado para que se dicte la resolución judicial motivada que permita la investigación del correo electrónico”.

sional de los mensajes enviados. Las comunicaciones realizadas por el trabajador con un fin únicamente laboral se deben considerar como propias de la empresa, en cuanto que son realizadas en cumplimiento de las instrucciones dadas por el empleador. El trabajador envía mensajes de acuerdo con las órdenes que recibe del empresario. El empresario no es, por tanto, un tercero ajeno sino el sujeto en cuyo nombre se emiten los mensajes del correo electrónico.

En consecuencia, no se extienden las garantías del secreto de las comunicaciones a los mensajes enviados por el trabajador porque no existe la penetración desde fuera en el proceso de comunicaciones por terceros, públicos o privados, ajenos, que la norma constitucional impide (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de mayo de 2003, AS 2840); entre ellos no existe secreto y todos los mensajes enviados desde el puesto de trabajo revisten un carácter profesional. Y tampoco se crea ninguna expectativa de intimidad porque, como subraya el TS en la citada Sentencia de 26 de septiembre de 2007, “si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad” .

Estas consideraciones se proyectan también sobre terceros ajenos a la relación laboral, pues nadie debe presumir, salvo indicación expresa en sentido contrario, que un mensaje enviado a un centro de trabajo tenga la naturaleza y el carácter de una correspondencia privada del trabajador protegido por el secreto de correspondencia del trabajador; el mensaje de terceros estará cubierto como todos los mensajes que lleguen al centro de trabajo por el secreto de comunicación como exigencia de la empresa frente a terceros, pero no como una expectativa de confidencialidad del trabajador frente a la empresa.

b) El correo electrónico de uso estrictamente personal. El GTA considera una solución pragmática el conceder a los trabajadores una cuenta privada de uso personal. Desde luego, ofrece importantes ventajas: reduce el riesgo de intromisión de los empresarios en la vida privada de los trabajadores; evita el riesgo de tratamiento y revelación de datos personales del trabajador, y para la empresa es más fácil de controlar el tiempo que el trabajador utiliza el ordenador con fines personales.

Cuando el trabajador recibe una cuenta de correo electrónico para uso personal, las comunicaciones realizadas por el trabajador a través de ella gozan del derecho a la protección del secreto de las comunicaciones y son, por consiguiente, inviolables. La empresa no puede revisarlas. Así que, cualquier interceptación de la comunicación o aprehensión de la comunicación registrada en el buzón de correo electrónico del trabajador o en el servidor del ordenador utilizado por el trabajador, constituirá una violación del derecho al secreto de las comunicaciones. Y ello con independencia de que lo comunicado afecte a la vida íntima porque el artículo 18. 3 CE protege, como es sabido, todo el proceso de comunicación y no sólo el mensaje. Lo cual determina a su vez que la eventual obtención de una prueba basada en un acto ilícito de intromisión, carezca de validez o relevancia jurídica.

Ahora bien, no debemos ignorar que, siendo el correo personal una cuenta opaca para el empresario, se puede convertir también en un medio para cometer actos de incumplimiento contractual e incluso delitos; aparte de que, como observa el GTA, la utilización del webmail de exclusivo uso personal puede comportar riesgos para la seguridad de las redes por ataques de virus informáticos. El problema es en qué medida se autoriza el acceso por el empresario al correo personal del trabajador en estos contextos.

Inicialmente, debe compartirse la idea de que, ante sospechas fundadas de incumplimientos contractuales graves, el empresario no pueda quedarse de brazos cruzados sin posibilidad alguna de acceder a revisar el correo personal del trabajador. De alguna manera tiene que proteger también su patrimonio y sus intereses. Lo que resulta más difícil de compartir es que esa actividad de control lo pueda realizar el empresario sin someter a una ponderación previa del juez.

El GTA y la AEPD parecen admitir el acceso unilateral del empresario en circunstancias muy limitadas (v. gr., para detectar un virus). Sin embargo, aun en esos casos resulta dudoso, porque, no habiendo una norma que autorice expresamente la intromisión, no es posible llevar a cabo una acción contraria al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones del trabajador sin un mandamiento judicial autorizando la interceptación. Esto es lo que da a entender, al menos, la citada STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de mayo de 2003 referido a un caso de utilización mixta, lo que, aún con más razón, debemos entender aplicable al correo de uso exclusivamente personal.

Por tanto, de concurrir un verdadero interés patrimonial o de otro tipo con relevancia constitucional, cabe entender, más bien, que la única posibilidad que tiene el empresario de intervenir el correo electrónico del trabajador es mediante la autorización judicial.

c) El correo electrónico de uso mixto. La situación más frecuente es la de un uso indiscriminado; esto es, que el trabajador disponga de una única cuenta de correo electrónico y que haga un uso indistinto de ella, ya sea para fines profesionales o ya sea para uso privado. Esta situación se da especialmente cuando los trabajadores no han recibido indicación alguna por falta de una política empresarial definida sobre el uso del correo electrónico. Pero es propia también de los casos en que se permite de forma expresa la utilización indistinta del correo electrónico, así como de los que se tolera el uso para fines personales, a pesar de las indicaciones sobre su estricta utilización profesional.

La cuestión de la accesibilidad al correo electrónico del trabajador es tremendamente delicada porque el correo electrónico aparece aquí en su doble característica técnica –por un lado, como instrumento de producción o prestación de servicios, cuya supervisión no puede negarse al empresario porque sería tanto como negarle la capacidad de organización y control de la actividad laboral¹⁶, y, por otro, como sistema de comunicación, a través del cual se envían mensajes relacionados con la actividad productiva o de servicios y secretos relativos a la intimidad de los comunicantes en la confianza de no ser intercep-

(16) Vid. FALGUERA I BARÓ, M.A.: “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, RL 2000, núm. 22, pág. 38.

tados—, siendo evidente que el acceso en estos casos compromete la intimidad y el secreto de las comunicaciones no ya sólo del trabajador, sino de terceros ajenos a la relación laboral a los que se les puede crear también expectativas de respeto a lo anterior.

En este punto es necesario recordar lo ya dicho por el Tribunal Supremo en la repetida Sentencia de 26 de septiembre de 2007, de que “esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos, expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente de control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para su utilización”. Es decir, que es legítimo el registro del correo electrónico pero que debe andarse con cuidado por que se puede llegar a vulnerar la confidencialidad del trabajador.

Desde luego es plausible el reconocimiento de este paralelismo de tutelas que ha hecho el Tribunal Supremo, después de que cierta jurisprudencia de suplicación hubiese puesto en tela de juicio cualquier expectativa de intimidad en el uso del ordenador, pero realmente el Tribunal Supremo no ha sabido poner remedio a esta situación, dejando irresuelto el problema de cuándo se puede realmente acceder a los correos electrónicos del trabajador.

En estos casos, lo lógico es que el problema se determine haciendo referencia a los principios generales sobre protección de datos, destacando los de legitimidad, necesidad, proporcionalidad y compatibilidad, puesto que resulta necesario decir una vez más que —de acuerdo con consideraciones poco compartidas por la doctrina jurisprudencial patria, que sigue anclada en el único criterio de la indispensabilidad— estas operaciones de vigilancia o acceso al correo electrónico del trabajador implican tratamiento de datos y, por tanto, entran dentro del ámbito de aplicación de la LOPD.

En este sentido lo primero que debe valorarse es si concurre un interés empresarial relevante. El control del correo electrónico sólo podrá llevarse a cabo si existe un propósito específico, explícito y legítimo [o dicho de otra manera, si es necesario para la satisfacción de un interés legítimo, según la letra f) del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE]. El GTA sólo justifica el acceso en circunstancias excepcionales, tales como obtener la confirmación de un acto ilícito grave, detectar un virus informático o mantener la correspondencia cuando el trabajador se ausenta; en ningún momento menciona la vigilancia para controlar el uso abusivo con fines personales del correo electrónico; es más, considera que “las actividades de vigilancia destinadas directamente al tratamiento de datos relativos a trabajadores no son legítimos de conformidad con la Directiva 95/46/CE, ni tampoco aceptables”.

En situaciones de correo de uso mixto, el empresario no puede acceder al correo electrónico, ni a los ficheros del trabajador de forma indiscriminada, ni con fines preventivos para controlar o asegurar el buen uso, porque, como el propio Tribunal Supremo ha con-

siderado, se crea en los trabajadores una expectativa de confidencialidad “que no puede ser desconocida”. En consecuencia, la actuación empresarial accediendo a los correos electrónicos de los trabajadores, cuando y como quiere, podría constituir una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). Si el empresario quiere mantener su poder de control para prevenir el uso abusivo del correo electrónico, lo que debe hacer es establecer, como se ha dicho antes, la prohibición absoluta de uso privado o extraprofesional, informando previamente a los trabajadores de ello y de los mecanismos de vigilancia que piensa adoptar.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta el principio de necesidad. Es la actividad de enjuiciamiento que realizan habitualmente con más o menos rigor los tribunales, de acuerdo con la referida doctrina constitucional de la proporcionalidad. La valoración debe centrarse —como dice el GTA— en comprobar si la vigilancia o el acceso al correo electrónico es absolutamente necesaria o si existen métodos alternativos viables para la consecución del interés legítimo perseguido, como los tradicionales de supervisión e investigación personal. En alguna sentencia se ha puesto de manifiesto claramente este deber preventivo; así en la STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 2004 (AS 2004/3927), al considerar inadmisibles la comprobación realizada en una carpeta del trabajador por entender que “cabían medios idóneos, como era la investigación, cerca de las empresas con las que el demandante contactaba por vía telefónica, de las razones de tales llamadas o para confirmar las sospechas, o solicitar previamente la anuencia del actor a tal apertura de tal carpeta y en su defecto adoptar las medidas de garantía adecuadas en orden a tal ordenador y actuar facultades legalmente previstas para proceder al examen de la correspondencia sin el consentimiento de su titular”.

Este principio de necesidad significa al mismo tiempo que la inspección del correo debe ser la justa para alcanzar el objetivo perseguido, no debiéndose tomar más conocimiento que el imprescindible para la comprobación del ilícito o la detección del virus. Ya hemos visto cómo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de septiembre de 2007 censura la conducta empresarial por no haberse detenido en las tareas de detección del virus y haber seguido con el examen del ordenador “para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada”. No siempre es necesario acceder al contenido del mensaje para satisfacer el legítimo interés empresarial; si

**LOS TRIBUNALES
VALORARÁN LA
NECESIDAD DE ACCEDER
AL CORREO ELECTRÓNICO
DEL EMPLEADO**

existen otras medidas más moderadas, se debe acudir a ellas. No obstante, si la interceptación resulta necesaria, debe contraerse al menor número de mensajes posible y acotarse temporalmente. En este sentido, se pueden evitar muchas interceptaciones de mensajes seleccionando en la ventana “Elementos enviados” donde se muestra el destinatario del mensaje, el asunto y la fecha y hora en que se escribió aquel mensaje cuya interceptación está justificada desde la finalidad perseguida a través del control empresarial.

Para que la actividad de control sea lícita, se debe tener presente, en tercer lugar, el principio de compatibilidad, en el sentido ya expresado de que los datos recogidos no pueden ser tratados posteriormente de manera incompatible con los fines previstos originariamente. En el presente contexto de correo de uso mixto, eso significa, como ha señalado el GTA, que “si el tratamiento de datos se justifica a efectos de seguridad del sistema, estos datos no podrán tratarse posteriormente con otro objetivo, por ejemplo, para supervisar el comportamiento del trabajador”. La STS de 26 de septiembre de 2007 constituye —como se ha señalado anteriormente— un claro ejemplo de aplicación de este principio de compatibilidad, bien que no lo haya querido reconocerlo así el Alto tribunal, ya que el rechazo de la prueba de la empresa se justifica en que “se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba”.

C) El control sobre los archivos de navegación de Internet

El control de la navegación por Internet plantea un problema diverso al de la interceptación del correo electrónico del trabajador porque no existe en el uso de Internet un procedimiento de comunicación entre personas como el que ocurre en el uso del correo electrónico. Internet es, fundamentalmente, un medio de acceso a la información, que está a disposición del público en general. Y, si bien el acceso a esa información se realiza a través de un sistema de comunicación, el hecho simple de conectarse, consultar las páginas, seleccionar información y de descargar información, o bien de subir un vídeo o de colgar una página en un portal como You Tube, no genera un acto comunicación. De manera que, en el acceso a Internet no cabe el secreto de las comunicaciones y, por tanto, la navegación no está tutelada por el artículo 18.3 CE.

Ahora bien, eso no significa que no esté afectado derecho fundamental alguno porque el control de los accesos a Internet puede comprometer otros intereses del trabajador protegidos constitucionalmente. En este sentido, es preciso observar que, con independencia de que el uso no consentido de Internet pueda constituir un incumplimiento contractual del trabajador, el control sobre Internet se ejerce sobre una serie de datos que son “susceptibles de implicar directamente a la persona del trabajador, puesto que en numerosas ocasiones contendrán informaciones relacionadas con su intimidad”¹⁷. Por otra parte, no puede desconocerse que esas conexiones a Internet suministran una información suscep-

(17) Como nos recuerda MARTÍNEZ FONS, D.: El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo.

tible de ser tratada, de manera que de la misma se puede obtener con mucha facilidad un determinado perfil de la persona, que puede influir favorable o desfavorablemente en el trabajo; en definitiva, que hay una posibilidad de tratamiento de datos que afecta al derecho de protección de datos.

Pese a esa clara doble conexión con derechos fundamentales, la STS de 26 de septiembre de 2007 parece concentrarlo, sin embargo, todo en la noción de intimidad. A su juicio, los denominados archivos temporales “que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet” y que dejan “rastros o huellas de la navegación en Internet”, “entran, en principio, dentro de la protección de intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.”). No aprecia conexión alguna con la normativa de protección de datos. Pero es evidente que la extensión del poder de control de la navegación por Internet ha de apreciarse no sólo con referencia a la intimidad sino a los principios deducibles de la protección de datos.

¿Cuáles son esos principios que deben presidir la actividad de vigilancia de la navegación por Internet?

Uno de tales principios es, como deriva de la Directiva 95/46/CE y de la LOPD, e indica la propia STS de 26 de septiembre de 2007, la transparencia, que comporta, entre otras cosas, la obligación de proporcionar información al interesado. Los trabajadores deben estar informados de la política de la empresa sobre el uso de Internet, describiendo, como recomienda el GTA, en qué medida los trabajadores pueden utilizar Internet con fines privados, e indicando los elementos que no pueden visualizar o copiar, así como los sistemas implantados para impedir el acceso a algunos sitios o para detectar una posible utilización abusiva, y el uso que se hará de los datos recogidos sobre las personas que visitaron sitios específicos.

Establecer la prohibición absoluta de navegación en sitios no concernientes a la actividad profesional es, en principio, posible, pero tal vez sea inaplicable e irrealista como advierte el GTA. Por eso, aunque la empresa establezca el uso exclusivamente profesional de Internet se debe operar con mucha prudencia y cautela sin “sacar –como dice el GTA– conclusiones precipitadas, dada la facilidad con que pueden visitarse involuntariamente algunos sitios a través de respuestas de motores de búsqueda, vínculos hipertextuales ambiguos, pancartas publicitarias engañosas o errores al pulsar las teclas”.

En segundo lugar, como en toda actividad de control debe haber un interés legítimo que justifique la vigilancia. Ninguna duda debe haber para que se pueda hacer un seguimiento de las páginas visitadas por el trabajador en las circunstancias excepcionales antes señaladas a propósito de la vigilancia del correo electrónico, señaladamente, en los casos de actividad delictiva del trabajador (por ejemplo, difundir en portal de vídeos como “You Tube”, imágenes de actividades ilegales o sujetas a derechos de propiedad intelectual) o cuando se trata de la detección de un virus o para garantizar la seguridad del sistema.

La duda reside en si es una finalidad legítima el control aleatorio y general del uso no autorizado o abusivo del acceso a Internet. Su respuesta ha de apreciarse con referencia a la política de la empresa en cuanto a la utilización de Internet. Desde luego la legitimación es plena si la prohibición es total. Los trabajadores deben saber que su acceso a Internet no está protegido por la intimidad. Al respecto es preciso recordar lo señalado por el TS en la tantas veces citada Sentencia de 2007: “si el medio se utiliza para usos privados en contra de la prohibición y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una razonable expectativa de intimidad”.

En cambio, si se permite un cierto uso no profesional o no se han dado instrucciones al respecto, resulta algo más cuestionable el control de las páginas de Internet visitadas por el trabajador, porque en tales casos, como ha señalado el Tribunal Supremo, se crea una expectativa razonable de intimidad, que no puede ser desconocida. Si el empresario quiere mantener un poder de control lo que debe hacer es establecer una prohibición absoluta de uso no profesional, informando de ello previamente y de los mecanismos de vigilancia.

De todas formas, tal vez no haya que juzgar de modo igualmente restrictivo el acceso al correo electrónico porque, aparte de que en este caso no está en juego el secreto de las comunicaciones, la particular realidad del acceso a Internet es muy distinta a la del uso del correo electrónico en el sentido de que es casi inevitable la navegación en Internet con fines privados, por lo que se impone, por un lado, una mayor posibilidad de investigación sin descartar, a diferencia del caso anterior, una cierta posibilidad de acceso para controlar o asegurar el buen uso de Internet y, por otro, una menor relevancia a efectos disciplinarios de los eventuales accesos a Internet no autorizados.

En tercer lugar, debe estarse al principio de proporcionalidad o de intervención mínima, de acuerdo también con la conocida doctrina constitucional de la necesidad. Como destaca el GTA, “dentro de lo que es razonablemente posible, la política de la empresa respecto a Internet debería basarse en herramientas técnicas para limitar el acceso, más que en dispositivos de control de los comportamientos, por ejemplo, bloqueando el acceso a algunos sitios o instalando advertencias automáticas”. De este parecer son ya algunos Tribunales que consideran inadmisibles el control de navegación por Internet del trabajador cuando no se han adoptado preventivamente otros medios técnicos para evitar el acceso a páginas no autorizadas o cuando existe una solución que implique una menor intrusión en la intimidad¹⁸.

(18) Entre otras, la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003 (AS 2516), o la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2007 (recurso 1149/2006): “Tampoco se puede compartir el criterio de que el medio técnico elegido fuera el adecuado y necesario puesto que se puede acudir a otras medidas menos ingerentes sobre la privacidad del trabajador, que igualmente podían satisfacer el interés empresarial en un grado similar al empleado. En este sentido llama la atención que se hayan eludido los controles preventivos, adoptando controles indirectos sobre la navegación mediante la instalación de advertencias automáticas o filtros que impidiesen visitar las páginas o lugares no autorizados o, incluso, se pudo instalar un control meramente estadístico relativo al tiempo de conexión a los sitios no autorizados, que asimismo hubiera permitido tomar conocimiento de los datos imprescindibles para la comprobación de uso que venía haciendo de los accesos a Internet que no fueran los oficiales de la página ‘Credit Services’ y del tiempo invertido en ello”.

Controles empresariales

Este principio de proporcionalidad excluye, asimismo, el control general de los archivos temporales y de los lugares visitados a través de Internet. Los empresarios no deben recurrir a una investigación exhaustiva, ni a la instalación de programas que proporcionan al empleador un informe personalizado de cada uno de los trabajadores con toda la información de navegación realizada (páginas de Internet visitadas, tiempo, etc.), pues estos programas constituyen un atentado a la intimidad y al respeto a la dignidad de la persona del trabajador, por la privación total de intimidad que comportan y porque sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho de control del empresario. Todo trabajador tiene derecho a una razonable expectativa de intimidad que se ve anulada por estos controles absolutos. Son, además, técnicas altamente invasivas de la intimidad que pueden poner en peligro la salud psíquica del trabajador al permitir una vigilancia sistemática, durable y preventiva de todos sus comportamientos. Por lo que deben considerarse como formas ilegítimas de control.

Y aun más incorrecta debe considerarse la instalación de un programas espía sin que el trabajador sepa que toda su actividad en Internet está siendo registrada¹⁹. El conocimiento torticero subrepticamente adquirido por el empresario mediante la utilización de programas indetectables, clandestinamente colocados en el ordenador con el fin de sorprender al trabajador, aparte de constituir un abuso incompatible con el respeto a la dignidad e intimidad, debe considerarse una intromisión ilegítima en la vida privada (artículo 7.1 y 2 LO 1/1982). Esto va en contra de las más elementales exigencias de la buena fe.

Además de todo lo señalado, el principio de proporcionalidad implica que, “aunque sea necesaria, toda medida de control debe ser proporcionada al riesgo que corre el empleador”. Ello supone que el empresario ha de procurar que la vigilancia sea lo menos intrusiva posible, limitando a lo estrictamente necesario para asegurar el fin que justificó el control, el acceso a los archivos y lugares visitados por el trabajador a través de Internet, así como el período temporal de control. Así, por ejemplo, si la finalidad es comprobar la utilización abusiva de Internet, el control de los archivos debe limitarse, como propone el GTA, a la elaboración de una lista de las páginas más visitadas y el tiempo empleado, sin analizar el contenido de los sitios visitados.

(19) Sobre el carácter ilegítimo de la utilización de un programa espía para vigilar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2005 (JUR 2005/276318).

EL CONTROL GENERAL DE ARCHIVOS TEMPORALES DEBE CONSIDERARSE COMO UNA FORMA ILEGÍTIMA DE CONTROL

Por lo demás, resulta también plenamente aplicable el principio de compatibilidad, en los términos ya señalados anteriormente respecto del uso del correo electrónico. Como ya se expusiera en ese otro lugar, el Tribunal Supremo no considera admisible que la empresa pueda recoger una información en los archivos temporales con una finalidad determinada y utilizarla con otra distinta; en concreto, que se entre en el ordenador a efectos de detección del virus informático y se traten posteriormente los datos obtenidos con una finalidad disciplinaria.

En esta garantía juegan un decisivo papel los administradores informáticos encargados de velar por el aseguramiento del funcionamiento de los sistemas y que son los que por sus funciones acceden a los archivos temporales registrados en el ordenador del trabajador. Éstos son los que, ante todo, y por su obligación de secreto profesional, no deben divulgar informaciones privadas de alguna manera comprometedoras de los usuarios si éstas nada tienen que ver con el buen funcionamiento del sistema, ni con la seguridad, ni con el interés de la empresa²⁰.

IV. LA VIDEOVIGILANCIA EN EL LUGAR DE TRABAJO: PRINCIPIOS DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La implantación de los dispositivos de captación de imágenes y sonido (sistemas de circuito cerrado, cámaras, o cualquier otro dispositivo más sofisticado) es —como se ha señalado al principio— uno de los métodos de vigilancia más utilizados a efectos de control de la prestación de trabajo y del comportamiento del trabajador, debido tanto al imparable desarrollo tecnológico como a la enorme potencialidad de uso y eficacia de tales dispositivos.

Se recurre a ella casi de manera compulsiva, pensando que lo que es lícito a los ojos del vigilante ha de ser igualmente lícito a los ojos de cualquier dispositivo óptico u ojo electrónico, al menos mientras el trabajador se encuentra en su lugar de trabajo, sin reparar en que ofrece unas características singulares, pues, a diferencia de la vigilancia tradicional, este tipo de control no es selectivo en cuanto a las imágenes y sonidos que capta, permite controlar a distancia sin ser visto y de forma ininterrumpida la actividad de los trabajadores y ofrece, además, la virtualidad de reproducir tantas veces cuantas se quiera, excluyendo “el olvido y el carácter instantáneo del control humano”²¹.

Todo ello se traduce en una mayor vulnerabilidad del sujeto que termina por sumergirse en un estado de visibilidad permanente, desposeído de cualquier reducto de intimidad, ya que la vigilancia sistemática a la que se ve sometido, acaba por arrebatarse los pocos

(20) Sobre la obligación de confidencialidad de los administradores informáticos, vid. Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés (CNIL): “Les Guides de la CNIL. Guide Pratique pour les employeurs”.

(21) THIBAUT ARANDA, J.: *El control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 18

espacios de aislamiento, respiro o sosiego que puede encontrar en el carácter intermitente del control humano. Además estas tecnologías, en tanto que permiten realizar investigaciones de las personas mediante la repetición ilimitada y el análisis detenido de las imágenes conservadas, se traducen en instrumentos posibilidores no sólo de registros individuales de cumplimiento laboral, sino de bases de datos de información personal (data vigilancia), obteniendo perfiles sociales de los trabajadores afectados.

El problema de los límites a estos tipos de vigilancia viene valorándose en nuestro país únicamente en términos de contraste con los derechos de intimidad y sustanciándose en clave exclusivamente de la doctrina constitucional contenida en las SSTC 98/2000 y 186/2000, esto es, sobre la estricta observancia del principio de proporcionalidad. La legitimidad viene determinada, así, por la superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

No obstante, la instalación de una cámara de vigilancia, en la medida en que implica captación y eventual conservación de la imagen de una persona identificada o identificable, constituye un tratamiento automatizado de datos, que afecta al poder de decisión y control del afectado. Por lo que un análisis adecuado requiere, como ya se viene advirtiendo por un sector de la doctrina científica²², el tomar en consideración el derecho a la autodeterminación informativa y la normativa de protección de datos.

En el ámbito de la Unión Europea, el GTA –en su Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara– considera que los datos relativos a personas físicas identificadas o identificables, constituidas por imagen y sonido, son datos personales y que la vigilancia por videocámara está, por tanto, sujeta a la Directiva 95/46/CE.

Este planteamiento no ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico, de forma explícita, por ninguna norma. Ni la LO 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de las cámaras de vídeo por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en lugares públicos, ni la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, hacen hincapié en este asunto, aunque ofrecen algún elemento del que cabe inferir la aplicabilidad de los principios de protección de datos a la información constituida por imágenes y sonidos.

Tampoco, y para sorpresa de todos, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han tomado consideración, por el momento, de este enfoque; siguen anclados en su único marco de análisis que es el de la intimidad; tal vez también porque nadie se lo haya planteado todavía. No obstante, existe alguna sentencia aislada que analiza los problemas de control tecnológico en el contexto laboral bajo la estructura de los principios de protección de datos. Es la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de enero de 2003, la que se enfrenta a un supuesto de reproducción en Internet de imágenes de los trabajadores de un diario, mientras desempeñaban su actividad,

(22) TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas/APDCM, Navarra, 2005, págs. 146 y ss.; THIBAUT ARANDA, J.: *El control multimedia de la actividad laboral*, op. cit., pág. 16.

mediante sucesión de fotos fijas cada quince segundos, y donde se afirma la aplicación de la normativa de protección de datos a la videovigilancia empresarial y se confirma la sanción impuesta por la AEPD.

De entre todos, ha sido la Agencia de Protección de Datos la que ha mostrado mayor sensibilidad y la que de una manera clara ha sentado que, por ejemplo, la grabación de la imagen del trabajador cuando se le puede identificar constituye recogida de datos personales y, por tanto, queda incluido en el campo de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos personales.

Esta propuesta emerge con notoriedad del Informe de 2001 de la Agencia, donde se admite la aplicación de la normativa de protección de datos a las imágenes obtenidas por medio de la videovigilancia realizada en el centro de trabajo, si las mismas permiten identificar a las personas que aparecen en dichas imágenes. El reconocimiento pleno ha venido de la mano de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, sobre tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, que ha desarrollado una eficaz labor de precisión, disipando definitivamente cualquier posible duda sobre la aplicación de los principios de protección de datos a la instalación de sistemas de vídeo, incluso en el ámbito laboral²³.

De acuerdo con esta lógica, se viene sancionando a aquellas empresas que no cumplen con los principios de protección de datos, señaladamente, por no informar previamente a los trabajadores afectados acerca de la existencia de un sistema de grabación de imágenes, o por no comunicar a la Agencia la existencia de un fichero constituido por las cintas de grabación cuando las imágenes grabadas se conservan durante algún tiempo.

Con todo, cabe señalar que la propia Agencia se está limitando en esta materia a exigir el cumplimiento de ciertas formalidades previas y no está siendo muy coherente con la doctrina constitucional ni con sus propias directrices, en concreto, con la exigencia de “ponderar los bienes jurídicos protegidos”, de “respetar el principio de proporcionalidad”, y de “adoptar otros medios menos intrusivos a la intimidad de las personas, con el fin de prevenir interferencias injustificadas en los derechos y libertades fundamentales” (Preámbulo de la Instrucción 1/2006). En lo que hace a la utilización de las cámaras de vídeo para el control de la actividad laboral, la Agencia realiza un juicio muy simple; lo considera compatible con los principios de protección de datos a la luz simplemente del artículo 20.3 ET y del resultado de la STC 186/2000, prejuzgando su legitimidad, sin realizar un juicio de fondo sobre el interés legítimo del empresario, ni de otros presupuestos que han de valorarse, como propone el GTA. Considera justificado que se pueda instalar la videovigilancia para el control directo de los trabajadores, cumpliendo simplemente

(23) El carácter personal de los datos constituidos por imagen y sonido se pone de relieve en el primer artículo cuando señala que la Instrucción “se aplica al tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas o identificables, con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras y videocámaras”, añadiendo que el tratamiento de datos “comprende la grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas”.

Controles empresariales

con las exigencias de información previa de la existencia de las videocámaras, de notificación o declaración, en su caso, a la Agencia de Protección de Datos del fichero si las imágenes son grabadas o almacenadas, y de borrar las imágenes antes de que expire el plazo de un mes establecido para la cancelación²⁴. Esto puede inducir a las empresas a pensar que éstos son los únicos requisitos exigidos para la instalación de las cámaras de video; y no es así, pues se requiere la observancia de algunos otros principios de la normativa de protección de datos.

Pasando a la especificación de dichos principios aplicables a la videovigilancia en el ámbito laboral, es adecuado partir, a efectos expositivos, de una distinción que se da en todo proceso de vigilancia: por un lado, la decisión de instalar el dispositivo de control audiovisual y, por otro, la aplicación y utilización de éste por el empresario.

I. Por lo que respecta a la fase de adopción del sistema de videovigilancia, cobran una especial relevancia los siguientes principios:

A) La concurrencia de un fin legítimo que justifique la instalación de la videovigilancia.

Enmarcado en el ámbito de la protección de datos, la adopción de la videovigilancia empresarial exige, ante todo, un análisis minucioso del interés que motiva al empresario. Éste puede tener motivos razonables de naturaleza profesional para instalar una videocámara en el lugar de trabajo –desde el interés en controlar la regularidad del trabajo, hasta motivos de seguridad y prevención de riesgos laborales, pasando por la obtención de pruebas, protección de la propiedad, prevención, detección de ilícitos irregulares, etc.–, pero no todas son válidas para justificar la instalación de sistema de grabación e imágenes. Debe haber un fin determinado, explícito y legítimo (artículo 4.1 LOPD) que justifique la instalación del dispositivo de videovigilancia.

Congruente con el peligro o amenaza que representa para los derechos y libertades de los trabajadores, el uso de estos medios no puede basarse –como tiene declarado el TC en su Sentencia 98/2000– en “la mera utilidad o conveniencia para la empresa”. Ha de concurrir un interés jurídico relevante, que la

**LA LOPD EXIGE
UN FIN DETERMINADO,
EXPLÍCITO Y LEGÍTIMO
QUE JUSTIFIQUE
LA INSTALACIÓN
DE VIDEOCÁMARAS**

(24) Así, por ejemplo, en la Resolución R/00451/2005, de 20 de julio de 2005, Resolución de archivo de actuaciones de 8 de febrero de 2006, expediente núm. E/00404/2005 o Resolución de 28 de marzo de 2007.

OIT en su Repertorio de Recomendaciones Prácticas de 1996 sobre protección de datos personales de los trabajadores y el GTA en su Dictamen 4/2004 sólo lo relaciona con la salud, la seguridad o la protección de los bienes de la empresa.

No se contempla la posibilidad de adoptar vídeos destinados a control directo de los trabajadores. El GTA lo excluye abiertamente al afirmar que “por regla general no debe estar permitida la videovigilancia para el control directo de los trabajadores”. Nuestro Tribunal Constitucional lo rechaza igualmente en la STC 98/2000, al declarar que no cabe emplear los sistemas de control audiovisual para controlar genéricamente el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales.

Queda, por tanto, descartada la posibilidad de adoptar sistemas de videovigilancia destinados directamente a controlar genéricamente el cumplimiento por el trabajo de sus obligaciones laborales, de acuerdo con la referida doctrina general del TC y los principios del GTA. El control de la actividad laboral no constituye un fin legítimo a tales efectos, porque implica una vigilancia totalizadora, que, aparte de anular el ámbito privativo de la persona, constriñe su libertad, sin perjuicio de que, como ha señalado la OIT, puede ser causa de una constante ansiedad y provocar lesiones psicológicas.

Con todo, no cabe descartar por completo el control general y permanente a través de estos medios, si hay razones que lo justifiquen de forma suficiente.

Dentro de los fines legítimos de la videovigilancia empresarial, están comprendidas, como es lógico, la salvaguarda del patrimonio y la integridad de las personas físicas frente a eventuales amenazas o atentados. El problema radica en el correcto entendimiento de los motivos de protección y seguridad de las personas y de la propiedad. Hay veces que se adoptan sólo con la genérica finalidad de prevención de delitos. Sin duda la labor de prevención de delitos constituye un interés constitucionalmente relevante, como ya lo ha reconocido el TC en varias ocasiones. Pero no cabe admitir esa finalidad de forma genérica o indiscriminada y en cualquier supuesto.

Para la adopción de esta medida se requiere que se den situaciones calificadas de riesgo (“razonable riesgo para la seguridad” o “peligro concreto”, exige la LO 4/1997), sin que valga una genérica finalidad preventiva o de seguridad, porque ¿qué espacio o persona no requiere protección? Admitir la posibilidad de recurso a la videovigilancia con la finalidad genérica de protección de las personas físicas y de la propiedad empresarial o de los trabajadores, sería tanto como admitir, entre los fines de la adopción, la finalidad de control de los propios trabajadores. En este sentido, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 establece unas coordenadas muy restrictivas, disponiendo que sólo son admisibles las medidas de limitación de la vida privada que sean necesarias en una sociedad democrática. Por tanto, sólo cabe instalar las cámaras de vídeo con motivo de seguridad cuando exista un peligro real y cierto de alteración de esa seguridad.

Controles empresariales

Constituyen también fines legítimos para la instalación de las cámaras el señalado motivo de salud, o las propias exigencias del proceso productivo, e incluso la necesidad de obtener una confirmación o una prueba de determinados actos ilícitos graves del trabajador, relacionados con la protección del individuo o del patrimonio. De acuerdo con la STC 186/2000, la vigilancia por videocámara puede ponerse igualmente al servicio de la disposición de pruebas de la comisión de los ilícitos por parte del trabajador, aunque la mera necesidad de obtención de pruebas no legitima, sin más, el recurso a tal medio. Sólo cabe adoptar si se cumple con los requisitos de la intrínseca gravedad de las infracciones sospechadas, de la indispensabilidad y proporcionalidad de las medidas para la grabación.

B) Como segundo presupuesto de licitud de la adopción de las cámaras de vídeo se impone la proporcionalidad. Aparte de asegurarse la concurrencia de un fin legítimo, debe cumplirse con el principio de proporcionalidad, que deriva del artículo 6.1.c) LOPD, y que emerge también de las argumentaciones del Tribunal Constitucional. Este principio supone que la posibilidad de instalación de tales sistemas de grabación debe limitarse exclusivamente a aquellas realidades empresariales en que resulte indispensable por no haber otra medida alternativa menos restrictiva de derechos fundamentales del trabajador para realizar el fin legítimo empresarial. Hace falta —como ha precisado el GTA— que otras medidas que no requieran captación de imágenes (puertas automáticas, dispositivos de acreditación, etc.) resulten claramente insuficientes o inaplicables en relación con los fines legítimos.

El principio de proporcionalidad exige, además, que el sistema que se vaya a instalar implique la menor intrusión posible en la imagen y vida privada de las personas. Lo cual obliga a plantearse si es suficiente la visualización de imágenes o si se necesita la grabación (por ejemplo, en el caso de la videovigilancia por exigencias del proceso productivo podría bastar la simple visualización); obliga, asimismo, a prestar atención al ángulo visual en relación con la finalidad prevista, debiendo evitarse el emplazamiento general e indiscriminado en toda la empresa o en cualquier lugar si ello no es necesario, y obliga también a tener en cuenta la intensidad temporal, limitando el tiempo al estrictamente necesario para satisfacer el legítimo interés empresarial, y no sometiendo a los trabajadores a un control continuo si no es imprescindible.

C) Hay un tercer elemento o principio de la normativa de protección de datos que debe ser observado en la instalación de los medios audiovisuales en la empresa cual es la transparencia, que se garantiza informando a los trabajadores y al público afectado de la existencia de las videocámaras en el lugar de trabajo.

Tal obligación de información resulta del artículo 5 de la LO 15/1999, y es afirmada explícitamente en el artículo 9.1 LO 4/1997; también lo recoge el artículo 3 de la Instrucción 1/2006 de la AEPD al disponer que “los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia deberán cumplir con el deber de información previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. A tal fin deberán:

a) Colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados y

b) tener a disposición de los/las interesados/as impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999.

El contenido y el diseño del distintivo informativo se ajustará a lo previsto en el Anexo de esta Instrucción”.

Esa obligación de informar previamente a la persona afectada de los fines de la recogida de los datos y de los destinatarios de la información es una condición absolutamente necesaria para que los afectados puedan controlar y disponer sobre sus propios datos personales y ejercer sus facultades. Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional no le ha concedido, sin embargo, relevancia constitucional alguna a este requisito (STC 186/2000), que constituye una garantía instrumental básica para la protección del derecho al control y disposición de los datos por el trabajador. Por ello, hemos de congratularnos de que la Agencia, con mejor visión que el TC, se haya decantado por una interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la autodeterminación informativa, exigiendo, como condición de licitud de cualquier sistema de videovigilancia, la información previa a los trabajadores.

Dicha información debe incluir, según el GTA, la finalidad de la vigilancia, el responsable del tratamiento y cualquier otra información necesaria para un tratamiento leal con las personas afectadas (entre otras, el ámbito físico de control, duración, etc.). No parece que nuestra Instrucción se ajuste mucho a esta idea que se deduce de la normativa de protección de datos, por cuanto en el Anexo considera suficiente que el cartel informativo de la videovigilancia incluya como referencia de finalidad la simple mención de “ZONA VIDEOVIGILADA”. Desde luego, con esa sola referencia no se informa lo suficiente al trabajador afectado de los fines de la recogida ni de otros aspectos que exige la LOPD; aparte de que la vigilancia puede no ser la razón que justifique la instalación del sistema.

De la anterior condición se infiere la proscripción como regla general de la videovigilancia oculta, que entraña un carácter aun más vejatorio para la víctima, aunque lo cierto es que la latitud de la prohibición aparece hoy bastante desarmada ante la interpretación extensiva que se viene realizando al amparo del supuesto admitido por la STC 186/2000, permitiendo o tolerando por parte de nuestros Tribunales la posibilidad de recurrir a la instalación secreta de cámaras ante sospechas de infracciones de escasa importancia o con el único motivo de obtener una prueba del ilícito laboral independientemente de su carácter y entidad.

La OIT considera que la videovigilancia secreta debe quedar reservada exclusivamente para los supuestos excepcionales en que “existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves” y es a lo que debe ir ajustándose la praxis de aplicación, porque no parece que el TC haya querido introducir corrección alguna ni alterar este principio. La admisión del control oculto tiene en la STC 186/2000 un carácter excepcional y no debe recabarse de ésta una flexibilización de la postura inicialmente mantenida por el TC en la Sentencia 98/2000, sino únicamente su admisibilidad en vía de extrema

Controles empresariales

ratio, porque el carácter indispensable de la medida de control permanece como principal criterio de legitimidad.

Por tanto, el control oculto no puede llevarse a cabo sólo por la mera existencia de un riesgo o simple sospecha no fundada en indicios razonales, ni tampoco por pequeñas infracciones. Ha de haber falta o incumplimientos previos y graves; en segundo lugar, no ha de ser posible recurrir a otra forma de vigilancia que permita adquirir conocimiento de esa actividad ilícita del trabajador (*ultima ratio*), y se debe limitar el tiempo de exposición del trabajador al control audiovisual al imprescindible para la consecución de la finalidad.

Se debe alertar sobre la escasa o nula eficacia de la búsqueda de una solución convencional con los representantes, o del recurso al consentimiento del trabajador, con el fin de obviar las condiciones mencionadas, porque los representantes ni tienen capacidad para legitimar la adopción de dispositivos de control audiovisual en el lugar de trabajo, si resultan ilícitos, ni pueden impedir el ejercicio de las acciones de protección del derecho fundamental, si alguno de los trabajadores afectados considera vulnerado su derecho, y porque los derechos individuales son irrenunciables y no pueden ser objeto de tráfico jurídico, cuando la adopción de la medida implica vulneración de algún deber jurídico.

Lo cual no quiere decir que no sea recomendable llegar a acuerdos con los representantes de los trabajadores o con los sindicatos, especialmente en cuanto al establecimiento de límites al ejercicio de control y de garantías para el respeto de los derechos de los trabajadores.

II. Una vez adoptado el sistema de videovigilancia, es decir, en el terreno operativo, la normativa de protección de datos obliga a tener en cuenta otra serie de principios básicos:

A) En primer lugar, el principio de finalidad o de adecuación a las finalidades previstas. El artículo 4 LOPD establece una prohibición de uso incompatible con la finalidad originaria. En el contexto de la videovigilancia laboral, esta prohibición significa que las imágenes deben ser obtenidas de acuerdo con el legítimo interés invocado para su adopción, y que no pueden ser utilizadas para fines distintos de los que legitimaron la recogida, el registro y el uso originario.

**LOS DERECHOS
INDIVIDUALES SON
IRRENUNCIABLES Y NO
PUEDEN SER OBJETO
DE TRÁFICO JURÍDICO**

Dicho de otra manera, la actividad de videovigilancia debe ceñirse en todo momento a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines perseguidos, sin visualizar detalles o rasgos físicos que resulten irrelevantes para tales fines y sin dilatar el período de captación y de retención de las imágenes grabadas más allá del tiempo necesario para el cumplimiento de dicho fin.

Sobre la difícil cuestión de las posibilidades de utilización de las imágenes grabadas, se establece en la LOPD una relación firme entre el resultado final y el legítimo interés invocado, de manera que no cabe utilizar las imágenes grabadas para otros fines distintos de los que legitimaron la recogida, el registro y el uso originario. En este sentido, tanto el TC como el GTA nos han dado indicativos muy claros; a destacar el de este último que afirma que “las imágenes recogidas exclusivamente para proteger la propiedad o detectar, evitar y controlar infracciones graves no deberían utilizarse para acusar a un empleado de una falta disciplinaria menor”. La existencia de dicha prohibición no empece, sin embargo, un cierto margen para aplicar a los trabajadores sanciones disciplinarias por los ilícitos conocidos accidentalmente al realizar la operación de videovigilancia con otro fin, cuando se trata de hechos particularmente graves o constitutivos de delito, aunque ello debería representar siempre un supuesto excepcional.

B) Debe tenerse, asimismo, presente el principio de conservación de las imágenes grabadas y la obligación de adoptar las medidas de seguridad para proteger los datos personales.

No siempre está justificado grabar imágenes, a veces basta la simple visualización; mas si resulta imprescindible para el cumplimiento de un interés legítimo, y se almacenan, queda el responsable del tratamiento obligado a dar cuenta de la creación de dicho fichero a la Agencia de Protección de Datos²⁵ y a adoptar las medidas de seguridad adecuadas en función de la naturaleza de las imágenes contenidas en los ficheros, a fin de evitar accesos no autorizados, manipulaciones o modificaciones de los soportes de registro de las imágenes.

En aquellos casos en que sea necesario registrar imágenes, el período de conservación debe ser el estrictamente indispensable para la consecución de la finalidad. Lo razonable sería destruirlas tan pronto como dejaran de ser útiles para la finalidad requerida. No obstante, la Instrucción 1/2006 indica que los “datos serán cancelados en el plazo máximo de un mes desde su captación”. Hay que entender, sin embargo, que si fuesen utilizados como prueba para imponer sanciones disciplinarias, las imágenes que captaran la comisión de los ilícitos laborales o penales podrán conservarse hasta el momento de la prescripción de las faltas y durante el tiempo que sean útiles judicialmente y, transcurrido aquel o este tiempo, deberán ser destruidas.

(25) El artículo 7 de la Instrucción 1/2006 aclara que “la persona o entidad que prevea la creación de ficheros de videovigilancia deberá notificarlo previamente a la Agencia Española de Protección de Datos, para su inscripción en el Registro General de la misma”; indica, además, que “a estos efectos, no se considerará fichero el tratamiento consistente exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real”.

Controles empresariales

En relación con los sujetos habilitados para llevar a cabo las operaciones de videovigilancia en la empresa, debe tenerse en cuenta que la normativa de seguridad privada –Ley 32/1992, de 30 de julio, y su Reglamento, RD 2364/1994, de 9 de diciembre, única normativa aplicable hasta tanto se dé cumplimiento a la Disposición Adicional Novena de la LO 4/1997 sobre videovigilancia en lugares públicos, que prevé la adaptación de los principios inspiradores de la Ley al ámbito de seguridad privada– no permite al empresario que pueda llevar por sí las operaciones de instalación de sistemas de seguridad electrónicos sino que debe acudir a las empresas privadas de seguridad, salvo que opte por crear su propio Departamento de seguridad, poniendo a un Director de Seguridad al frente y tras comunicación a la autoridad gubernativa, o que se trate únicamente de realizar operaciones de control de las instalaciones, del tránsito en zonas reservadas y de las entradas en los centros. En principio, por tanto, corresponde al personal de seguridad desempeñar la actividad de vigilancia por medio de cámaras de vídeo en el lugar de trabajo, salvo en esas otras misiones.

Los Tribunales aceptan, también, que los investigadores privados puedan realizar actividades de videovigilancia, dentro y fuera de la empresa; lo que, aun no hallándose prohibido expresamente por la normativa de seguridad, resulta harto discutible cuando se trata de verificar dentro de la empresa incumplimientos contractuales o laborales, o de comprobar la diligencia empleada en la prestación laboral, máxime cuando se trata de un ejercicio de control oculto. Incluso, no acaba de verse un asidero legal claro en el ordenamiento jurídico actual para que éstos puedan realizar actividades de videovigilancia del trabajador en su vida no laboral.

Cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a los datos deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con ellos. El responsable del tratamiento (el empresario) deberá informar a las personas con acceso a los datos de tal deber de secreto (artículo 9 Instrucción 1/2006). Es un deber que subsiste incluso después de finalizada la relación con el responsable del tratamiento (artículo 10 LOPD).

C) Conviene tener en cuenta, por último, los derechos de las personas o conjunto de garantías que establece el artículo 15 LOPD ante el tratamiento de datos de carácter personal, señaladamente, el derecho de acceso a las grabaciones y el derecho de cancelación de imágenes.

Dada la necesaria destrucción de las imágenes una vez que han dejado de ser útiles al fin legítimo perseguido y, por tanto, ante la “usual brevedad del período de retención de las imágenes”, las posibilidades de ejercicio por el trabajador del derecho a acceder a las imágenes que le hacen identificable son reducidas. No obstante, es un derecho que –como señala el GTA– debe ser protegido en caso de que tenga lugar una petición y resulte fácil la recuperación de las imágenes pertinentes. Los trabajadores tienen derecho a acceder al fichero para comprobar si responden a la finalidad para la cual fueron captadas, si se ha respetado el principio de proporcionalidad, así como para verificar el uso leal y lícito de dichas imágenes, y solicitar en su caso la cancelación o borrado de dichas imágenes.

Para el ejercicio de este derecho, el trabajador deberá remitir, según indica el artículo 5 de la Instrucción 1/2006, al responsable del tratamiento solicitud en la que hará constar su identidad junto con una imagen actualizada. El responsable (el empresario) “podrá facilitar el derecho de acceso mediante escrito certificado en el que, con la mayor precisión posible y sin afectar a derechos de terceros, se especifiquen los datos que han sido objeto de tratamiento”.

En la medida en que el corto período de conservación lo permita, debe garantizarse igualmente el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 16 LOPD, en particular el derecho de rectificación y cancelación. El empresario tendrá, así, la obligación de rectificar o cancelar, en su caso, las imágenes o el sonido grabados, o tratamiento de éstos que no se ajuste a los principios de protección de datos, en concreto, las que no sean adecuadas, pertinentes y resulten excesivas en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que hayan sido obtenidas.

Si al trabajador afectado se le denegara total o parcialmente el ejercicio de estos derechos, podrá reclamar su tutela ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos. Todo ello sin perjuicio de que podrá también acudir directa o indirectamente, cuando no haya obtenido satisfacción de la Agencia, a la vía judicial en demanda de tutela de los derechos fundamentales.

IV. EL USO DE LOS DATOS BIOMÉTRICOS (HUELLA DIGITAL, FORMA DE LA MANO, IRIS, ETC.) PARA EL CONTROL DE PRESENCIA DE LOS TRABAJADORES

En los últimos tiempos, y merced a un cierto clima de inseguridad instalado en todos los órdenes sociales y, cómo no, también, en el ámbito laboral, han cobrado una pujanza especial en el mundo de la empresa, los sistemas de seguridad basados en la identificación de una característica física e intransferible de la persona. Cada vez son más las empresas que, en sustitución de los lectores de tarjetas de identificación y de contraseñas, recurren a las tecnologías de identificación biométrica como la huella digital, la geometría de las manos o de la cara, el iris, o la voz de sus trabajadores, a fin de sortear uno de los principales inconvenientes de las tarjetas de identificación que es su transferibilidad, esto es, la posibilidad de ser utilizada por otra persona distinta a la que pertenece (la posibilidad de engaño o de interceptación), y como solución a las necesidades de autenticación que plantean las nuevas tecnologías, señaladamente las informáticas.

Los sistemas biométricos ofrecen un doble ámbito de operatividad, ya sea como factor de autenticación o comprobación de una persona, o ya sea como factor de identificación automática de ella. Se distinguen dos tipos de técnicas biométricas: por un lado, la basada en el análisis de los aspectos físicos y morfológicos de la persona, que incluye, entre otros, la comprobación de las huellas dactilares, la verificación de los patrones de la mano, el

Controles empresariales

reconocimiento facial, el reconocimiento del iris, el análisis de la retina; por otro, la basada en el análisis de comportamientos de una persona como la comprobación de la escritura o firma del individuo, análisis de la presión de las teclas de un ordenador, etc.²⁶.

En todo proceso de reconocimiento biométrico se pueden identificar dos fases: una, la de “inscripción” o “alistamiento” de muestras biológicas que consiste en la captación por medio de un sensor específico para cada tipo de técnica biométrica, de una muestra o serie de rasgos específicos del usuario y en la transformación de esos datos biométricos en una secuencia numérica conformándose una “plantilla”, que queda registrada en una base de datos. El proceso se completa con una segunda fase de comparación en la que, utilizando la misma técnica, se vuelve a recoger una muestra biométrica del usuario, y la huella así obtenida se compara con la plantilla almacenada, al objeto de comprobar la equivalencia.

Una característica del proceso de reconocimiento biométrico es que la información biométrica (datos brutos como la imagen, voz, etc.), una vez convertida en secuencia numérica o plantilla biométrica registrada, no tiene vuelta atrás, por lo que ofrece un alto grado de seguridad y menor vulnerabilidad de los datos.

En un entorno laboral, estos sistemas biométricos de reconocimiento ofrecen un elevado interés empresarial: en primer lugar, se muestran muy útiles para control del acceso físico a instalaciones, en particular a lugares críticos como centrales energéticas o sensibles o de acceso restringido; en segundo lugar, sirven para ejercer el control horario y de presencia de los trabajadores, ya sea para evaluar los momentos de entrada y salida o ya sea para calcular el tiempo dedicado por los trabajadores a la actividad profesional, lo que se revela particularmente útil en aquellas empresas con sistemas de horarios flexibles o con jornadas irregulares, y, por último, son también una solución práctica –como se ha dicho al principio– a los problemas de seguridad de acceso a los equipos técnicos, medios informáticos y a los datos; existen ya en el mercado ordenadores portátiles y discos duros que incorporan un lector de huellas digital como alternativa a la clave de acceso al ordenador y a la red, y es muy probable que dentro de poco

**LA INFORMACIÓN
BIOMÉTRICA OFRECE
UN ALTO GRADO
DE SEGURIDAD**

(26) Artículo 29-grupo de protección de datos: “Documento de trabajo sobre biometría”, adoptado el 1 de agosto de 2003, 12168/02/ES, WP80, págs. 3 y 4.

se comercialicen ordenadores que se desbloquean con sólo mirarlo, tal y como ocurre ya con los teléfonos móviles, donde el iris del ojo reemplaza al código PIN.

En el ámbito laboral, la utilización de estas tecnologías de la identificación suscita el problema de su posible lesión de derechos fundamentales del trabajador, es decir, si la recogida y tratamiento de datos biométricos tiene alguna repercusión para los derechos fundamentales o si, por el contrario, se presenta absolutamente inocuo, y, en consecuencia, no presenta ningún problema de legitimidad.

Como poco cabe señalar que presenta riesgos para la vida privada del trabajador puesto que se basa en acceso a datos biométricos (huellas digitales, iris, retina, etc.) del trabajador que por su naturaleza son privados. Con todo, el riesgo principal para la vida privada no resulta tanto de la posibilidad de acceso —que cuando es incontestado por desconocido supone una clara intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad—, cuanto de la posibilidad de obtención de otros datos personales funcionalmente no necesarios para la identificación o autenticación, y de la utilización discriminatoria de tales datos.

El problema se presenta sobre todo en la fase de inscripción o de recopilación de la muestra biométrica, que es donde aparecen realmente los datos que pueden identificar a la persona, porque en la fase subsiguiente de elaboración de la plantilla, lo que resultan son simples algoritmos o secuencias numéricas y los elementos personales se desdibujan. No cabe ignorar que en esta fase inicial es perfectamente posible obtener datos complementarios personales del trabajador a partir de ciertos datos biométricos; así, por ejemplo, el iris puede revelar el consumo de drogas, alcohol, o si el trabajador padece algún tipo de enfermedad como la diabetes, hipertensión, etc.²⁷. Por otra parte, las características de la persona y ciertas informaciones complementarias se prestan a ser utilizadas con fines discriminatorios; así, por ejemplo, ciertas personas podrían verse perjudicadas por el tratamiento de datos biométricos que revelan ciertos problemas relativos a la salud o alguna discapacidad.

Pero más allá de los problemas relativos a la vida privada o, si se quiere, en el fondo de todos ellos, lo que late es el riesgo —que se olvida a menudo— del descontrol y de la pérdida de dominio de los propios datos personales. Existe el peligro de que un tercero —el empresario— disponga de los datos del trabajador sin que éste sea consciente de qué se hace con sus propios datos biométricos o muestras originales: si se destruyen una vez que han sido transformados en plantillas o si se almacenan, si se utilizan exclusivamente para la finalidad declarada o si se reutilizan para otros fines; si se transmiten, o si se extraen características. El sujeto trabajador ya no sólo cede espacios de intimidad al facilitar estas muestras biológicas, sino que termina por sumergirse en un estado de pérdida de control sobre ciertos datos que le conciernen, incrementándose la vulnerabilidad del sujeto, dado que estas técnicas disponen de capacidad para indagar en lo más profundo de la persona

(27) WALTER, J.F.: “Algunos aspectos de protección de datos relativos a la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *datos personales.org La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, noviembre de 2004.

y para elaborar perfiles sociales. Por tanto, una utilización amplia y sin control representa una amenaza potencial también para los derechos de protección de datos personales del trabajador.

La cuestión que se propone ahora es la de determinar las limitaciones de su utilización. En nuestro país estas limitaciones han de partir de la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad y de la normativa de protección de datos.

En este sentido resulta sumamente reveladora la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 2 de julio de 2007 (recurso 5017/2003), en la que se analiza un caso de implantación por el Gobierno de Cantabria de un sistema de control horario basado en la lectura biométrica de la mano, porque aplica justamente los dos señalados criterios de legitimidad. Los recurrentes alegaban vulneración de diversos preceptos de la Constitución —el artículo 15 por imponer la utilización de una parte del cuerpo como elemento de identificación del trabajador; y por no valorar los posibles efectos perniciosos derivados del contacto directo de la mano con el escáner utilizado; el artículo 18 en relación con la LOPD porque las características físicas de los trabajadores son convertidas en un código de identificación digital y archivadas en una base de datos—, e invocaban, además, infracción de la doctrina constitucional sobre las medidas restrictivas de derechos fundamentales, por considerar que no concurre la estricta necesidad al existir otros procedimientos de control horario alternativos al uso informático de datos biométricos.

En contra de lo aducido por los sindicatos recurrentes, el Alto Tribunal viene a entender que el mecanismo de lectura biométrica de la mano es una medida válida para identificar a los empleados y ejercer el control del cumplimiento horario. Para la sentencia no existe lesión de la integridad física y moral, puesto que no queda probado que el sistema biométrico sea nocivo para la salud y tampoco vulneración del derecho a la intimidad en relación con el derecho a la protección de datos, dado que la finalidad perseguida, el control del cumplimiento horario de trabajo al que vienen obligados los empleados públicos, es plenamente legítima e inherente a la relación que une a éstos con la Administración Autonómica. El Tribunal considera, además, que la conversión en un código binario de la imagen tridimensional de la mano no es contraria al derecho a la intimidad ni desde luego tiene entidad para devaluar la persona; lo que —a juicio del TS— podría considerarse contrario a la dignidad sería reducir la persona a un mero número y tratarla solamente en cuanto magnitud, lo que no ocurre en el caso. Descarta, por último, la inobservancia de la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad al apreciar la existencia de una justificación para la implantación de la medida y no haber norma que prohíba el recurso a la tecnología escogida para realizar el control del cumplimiento del horario de trabajo.

Probablemente la gran aportación de esta sentencia sea el haber situado este problema de los límites a la utilización de esta tecnología biométrica en el ámbito de la protección de datos. Frente a la tesis del Gobierno de Cantabria que se esfuerza en subrayar que el algoritmo informatizado no sirve por sí mismo como elemento de identificación, el Tribunal Supremo ha entendido que es un dato personal que cae bajo las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, desde el momento en que el registro formado por esa plantilla “se integra en un fichero que incluye nombre y apellidos y Documento Nacional de Identidad

y, por tanto, es susceptible de identificar a personas”. Y en tal sentido considera exigibles los principios de la LOPD, entre los cuales menciona la obligación de informar a los afectados prevista en el artículo 5.1 y la notificación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos. Con todo, no considera, como se ha señalado, vulnerado el derecho a la protección de datos por la concurrencia en este caso de una finalidad legítima.

Esto no quiere decir que el recurso en cualquier caso y a cualquier sistema biométrico de control sea legítimo porque la observancia de los principios de protección de datos implica, en primer lugar, y como bien se deduce de la propia sentencia, la valoración de la legitimidad y, en segundo lugar, la evaluación del cumplimiento de la proporcionalidad, teniendo en cuenta el sistema de elección de datos biométricos.

En cuanto a la exigencia de la legitimidad de la finalidad perseguida, el Tribunal Supremo reconoce el legítimo interés de la empresa al control del cumplimiento del horario de trabajo por los trabajadores. De todas formas, no parece que el recurso a los sistemas biométricos pueda producirse por razones de pura “comodidad de uso”, dado que “los datos biométricos son características de todo ser humano y afectan a su integridad y dignidad”. Se requiere, en todo caso, un cierto interés preponderante que prevalezca sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales de la persona del trabajador²⁸.

Respecto del principio de proporcionalidad, que es uno de los juicios más importantes en el contexto de la biometría, en el que normalmente basan su decisión las autoridades encargadas de la protección de datos, se ha de valorar no sólo desde la perspectiva de la necesidad —que exige que el medio escogido sea imprescindible para alcanzar el objetivo fijado—, sino de los efectos que la medida elegida comporta para las personas afectadas.

Así pues, lo primero que hay que preguntarse es si es necesario o, dicho de otra manera, si no hay otros medios alternativos que no requieran tratamiento de datos biométricos. Este enjuiciamiento se ha hecho de forma un tanto superficial en la citada sentencia del TS porque la contestación dada al alegato de la desproporcionalidad de la medida invocada por los sindicatos, esto es, que “no hay norma que prohíba el recurso a la tecnología para realizar el control del cumplimiento del horario de trabajo”, realmente no convence; es tanto como decir que el vacío normativo justifica el recurso a cualquier medio técnico de control del horario, independientemente de la suerte de exceso que suponga. No hubiera estado nada mal que el Alto Tribunal hubiera razonado, tal y como hizo en instancia el TSJ de Cantabria en Sentencia de 21 de febrero de 2003, en términos de carácter indispensable de la medida para tutelar el interés del empleador, aduciendo “el notorio carácter imperfecto de los sistemas de control más comúnmente usados, tanto el sistema de firma, por su posible manipulación, como el sistema de reloj y ficha, por no impedir la sustituibilidad en su cumplimiento”.

(28) Como observa el Adjunto al Comisario Federal de Protección de Datos de Suiza, WALTER, J.F.: “Algunos aspectos de protección de datos relativos a la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *op. cit.*, pág. 3.

Controles empresariales

El segundo elemento que ha de valorarse desde la perspectiva de la proporcionalidad es la elección del sistema biométrico y su proporcionalidad a la luz de los efectos que provoca porque no todos entrañan el mismo riesgo ni las mismas consecuencias para los derechos y libertades fundamentales de la persona afectada. El Grupo de Trabajo del artículo 29 juzga de forma particularmente restrictiva la posibilidad de recurso a los sistemas biométricos relativos a características físicas que dejan rastro, como las huellas digitales; sin embargo, considera plenamente admisible el recurso a los que no dejan rastro como, por ejemplo, la palma de la mano²⁹. En esta línea se mueve la CNIL que se opone a la creación de bases de datos de huellas digitales en ausencia de un imperativo de seguridad incontestable, porque los trazos son susceptibles de ser tratados con fines de identificación de la persona y porque las bases de datos de huellas digitales pueden ser utilizados a los fines extraños a su finalidad originaria y no opone dificultad alguna al reconocimiento del contorno de la mano³⁰. Ello le ha llevado a la autoridad francesa a rechazar la utilización de un dispositivo de reconocimiento de la huella digital por un centro hospitalario para el control del tiempo de trabajo de su personal³¹; y lo mismo ha hecho la autoridad portuguesa de protección de datos respecto de un sistema biométrico de huellas digitales implantado por una universidad para el control del personal no docente.

Por otra parte, el GTA y diversas autoridades encargadas de la protección de datos consideran también que antes debe darse preferencia a las aplicaciones biométricas que no requieren “almacenar la biometría en una base de datos sino más bien sólo en un objeto disponible exclusivamente para el usuario”; es decir, que debe recurrirse a tecnologías basadas en la utilización de datos que impliquen que la huella se conserva en un soporte que es de disposición exclusiva por el afectado, como el microchip de la tarjeta, ordenador portátil, etc., frente a una base de datos central gestionada por un responsable de tratamiento distinto de la persona afectada³², por cuanto ello permite a la persona afectada “ejercer un mejor control sobre los datos personales tratados que le afectan”.

(29) GTA: Documento de trabajo sobre biometría, *op cit.*, pág. 7

(30) CNIL: “La biométrie sur les lieux de travail”, 29 de abril de 2004.

(31) CNIL: Délibération núm. 04-018 du 8 avril 2004.

(32) WALTER, J.F.: “Algunos aspectos de protección de datos relativos a la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *op. cit.*, pág. 6.

**DEBE OPTARSE
POR UN SISTEMA
BIOMÉTRICO QUE
NO DEJE TRAZA**

Por tanto, de haber varios sistemas biométricos igual de eficaces para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, se debe optar por aquel que no deje traza y que no implique el almacenamiento de huellas en una base de datos gestionada por un responsable de tratamiento distinto de la persona afectada a fin de evitar una reorientación de la finalidad, y en caso de tener que recurrir a un sistema que deje trazas, procurar limitar el riesgo de utilización abusiva.

Por lo demás, resulta importante mencionar, entre los principales principios de la normativa de datos aplicables a los sistemas biométricos, el de transparencia y el de seguridad de datos. Por lo que respecta al principio de transparencia, hay que decir que para el tratamiento de datos biométricos, si bien no es necesario el consentimiento del trabajador en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.2 LOPD³³, si concurre alguno de los motivos de legitimación, como lo tiene señalado la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe titulado “Tratamiento de la huella digital de los trabajadores” del año 1999, se requiere en todo caso, como no deja lugar a duda la STS (Sala de lo Contencioso) de 2 de julio de 2007, que la empresa informe a los trabajadores de conformidad con el artículo 5.1 LOPD, de los fines y la identidad del responsable del tratamiento, lo que supone la proscripción de la obtención de datos biométricos sin el conocimiento de las personas afectadas. El GTA insiste especialmente en esta exigencia, dada la especial naturaleza de la biometría y en particular su capacidad de recopilar datos biométricos sin el conocimiento del interesado.

Finalmente, en cuanto a la seguridad de los datos, resulta fundamental que los datos biométricos originales sean destruidos una vez el proceso de incorporación se ha efectuado. Para proteger la vida privada del trabajador y evitar la posibilidad de tener acceso a datos biométricos originarios y de ligarlos a otros datos resultantes de una utilización no autorizada, es indispensable que la recogida de datos quede reducida a una representación matemática bajo forma cifrada³⁴.

(33) El artículo 6.2 de la LOPD prevé que no será preciso el consentimiento cuando los datos “se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”,

(34) WALTER, J.F., “Algunos aspectos de protección de datos relativos a la utilización de datos biométricos en el sector privado”, *op. cit.*, págs. 4 y 5.

La solvencia del empresario-contratista de la Administración como cauce para la tutela de los derechos laborales

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Profesora Titular de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Resumen

LA SOLVENCIA DEL EMPRESARIO-CONTRATISTA DE LA ADMINISTRACIÓN COMO CAUCE PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES

Una de las principales novedades introducidas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, consiste en la previsión de mecanismos que permiten incorporar a la licitación administrativa consideraciones de tipo social, tendentes a conseguir no sólo la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar el buen fin en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, sino que, sin abandonar esta premisa de partida, las exigencias de capacidad y solvencia del contratista redunden también

en la consecución del anhelado y siempre escurridizo “empleo de calidad”. En el nuevo contexto socioeconómico de privatización de actividades públicas, el sistema de contratación administrativa puede contribuir, así, de manera realmente eficaz a proporcionar al individuo “sin trabajo”, o con una ocupación “harto inestable”, un empleo ofertado en condiciones más dignas, conformando la libertad de contratación empresarial en el sentido deseado: reducir las altas tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado de trabajo español.

Abstract

THE SOLVENCY OF THE BUSINESSMAN-CONTRACTOR OF THE ADMINISTRATION LIKE WAY FOR THE GUARDIANSHIP OF THE LABOUR RIGHTS

One of the principal innovations introduced by the Law 30/2007, of October 30, of Contracts of the Public Sector, consists of the forecast of mechanisms that allow to incorporate into the administrative contracting considerations of

type social, tending to obtain not only the selection of the best successful bidders with the last end of guaranteeing the good purpose in the presentation of the public services in favour of the users, but, without leaving this premise of

item, the requirements of capacity and solvency of the contractor redound also to the attainment of the longed one and always slipper "quality employment". In the new socioeconomic context of privatization of public activities, the system of administrative contracting can help in a really

effective way to provide the individual "without work"; or with an occupation "unstably", an employment offered in worthier conditions, shaping the freedom of managerial contracting in the wished sense: reduce the high rates of labour precariousness on the Spanish labour market.

Sumario

I. La gestión indirecta de quehaceres públicos. El recurso a empresas privadas.

II. La necesaria idoneidad subjetiva del empresario adjudicatario. III. Prohibiciones

para contratar con la Administración. A) No estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social. B) Infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. a) Marco legal. b) La entidad de la conducta transgresora.

a') Delito. b') Infracción administrativa muy grave. C) Contravención del principio de integración laboral y no discriminación de las personas con discapacidad. D) Dificultades prácticas a la hora de comprobar la concurrencia de las causas de inhabilitación. **IV. La**

acreditación de cualificación técnica y su incidencia en la estabilidad en el empleo.

A) La obligada declaración sobre la plantilla media anual de la empresa contratista.

B) El número mínimo de contratos indefinidos exigidos en la subcontratación de obras públicas. **V. La obligación de subrogación empresarial como salvaguarda en el manteni-**

miento del status profesional. A) El principio de continuidad de la concesión.

B) Presupuestos laborales para la sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de contratos o concesiones administrativas. **VI. Conclusión.**

I. LA GESTIÓN INDIRECTA DE QUEHACERES PÚBLICOS: EL RECURSO A EMPRESAS PRIVADAS

Bajo una afanosa búsqueda de eficacia¹, la Administración pública puede acudir a la hora de prestar servicios a los ciudadanos a la gestión indirecta de ellos por medio de sujetos

(1) NIETO GARCÍA, A.: "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", en AA.VV.: Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario, Madrid, 1984, pág. 895.

privados, quienes, tras un proceso reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización material de ciertas parcelas asociadas a las prerrogativas de aquélla². La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, justifica la preocupación por escoger al sujeto privado que mejores condiciones proponga para desempeñar la labor que se le va a encomendar³. Es más, la idoneidad subjetiva del adjudicatario no sólo incidirá en la satisfacción de intereses públicos con los máximos estándares de eficacia, sino que también contribuirá, de manera decidida, a la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores implicados en el proceso descentralizador, pues, aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la verdad es que puede tener un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial⁴.

Bajo tales premisas, una de las principales novedades introducidas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), consiste en la previsión de mecanismos que permiten incorporar a la licitación administrativa consideraciones de tipo social, tendentes a conseguir no sólo la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar el buen fin en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, sino que, sin abandonar esta premisa de partida, las exigencias de capacidad y solvencia del contratista redunden también en la consecución del anhelado y siempre escurridizo “empleo de calidad”⁵. En el nuevo contexto socioeconómico de privatización de actividades públicas, el sistema de contratación administrativa puede contribuir, así, de manera realmente eficaz a proporcionar al individuo “sin trabajo”, o con una ocupación “harto inestable”, un empleo ofertado en condiciones más dignas, conformando la libertad de contratación empresarial en el sentido deseado: reducir las altas tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado de trabajo español.

**LA IDONEIDAD SUBJETIVA
DEL ADJUDICATARIO
INCIDIRÁ EN LA MEJORA
DE LAS CONDICIONES
LABORALES DE LOS
TRABAJADORES**

(2) VILLAR ROJAS, F.J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, pág. 336.

(3) PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, págs. 16 y ss.

(4) MORENO MOLINA, A.M.: “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, pág. 206.

(5) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 305-306, 2008, pág. 7.

Esta preocupación del sistema de contratación pública por contribuir, de un lado, a aminsonar las elevados índices de desempleo especialmente significativos para determinados colectivos y, de otro, a reducir la excesiva rotación de la mano de obra, obliga a descender al detalle de algunas de las implicaciones jurídico-laborales derivadas de tal planteamiento, con el fin de tratar de dar cuenta de los diferentes mecanismos que el *Ius Laborum* ha diseñado, también, para llevar a la práctica tales compromisos, no sin dejar de detectar ciertas distorsiones o disfuncionalidades del ordenamiento jurídico entre normas sociales y administrativas, tal y como se tratará de explicar a lo largo de las páginas siguientes.

II. LA NECESARIA IDONEIDAD SUBJETIVA DEL EMPRESARIO ADJUDICATARIO

El arranque histórico de las contrataciones y concesiones administrativas permite explicar con suma facilidad la justificación y la existencia misma del establecimiento de sistemas reglados de selección de los empresarios adjudicatarios. En la medida en que la técnica concesional se basa en la finalidad pública de obtener la dotación de los medios necesarios para prestar un servicio de interés general con las mayores garantías de calidad posibles, deviene necesario el diseño de severos filtros para escoger al sujeto privado que se va a encargar de tal labor. Por tal razón, no puede extrañar que la contratación administrativa haya sido calificada como una relación jurídica intuitu *personae*, trabada tras un laborioso proceso de selección, en el que el elemento subjetivo adquiere una importancia esencial⁶.

El objeto del contrato celebrado entre la Administración comitente y el empresario contratista conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del segundo como parte accidental del ciclo de actuación de la primera, de modo que, lógicamente, el candidato a contratar con ésta debe poseer más requisitos de capacidad que los exigidos al particular que quiere convenir un contrato con otro sujeto privado⁷, hasta el punto de que la capacidad de quien quiere optar al *status* de futuro adjudicatario se encuentra absolutamente determinada, sobre todo, por dos tipos de factores⁸:

1. Uno, de carácter subjetivo, pues tanto la naturaleza de la contraparte contratante que conviene con el empresario la ejecución de una prestación, como el fin que la Entidad pública está obligada legalmente a perseguir, influyen decisivamente en la regulación de las condiciones de capacidad exigidas a los aspirantes a licitadores. Todo Ente público representa el interés general, de modo que la prestación del adjudicatario no se dirige a satisfacer las necesidades o deseos de una organización burocrática o administrativa, sino, ante todo, los de la propia sociedad civil en un ámbito concreto, sociedad que ha

(6) SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, pág. 191.

(7) Sobre los requisitos de capacidad y las prohibiciones para contratar, MANTECA VALDELANDE, V.: "El derecho a ser contratista", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 40, 2005, págs. 33 y ss.

(8) GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, Madrid, 2000, págs. 155 y 156.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

delegado previamente en la Entidad pública contratante la responsabilidad de realizar ciertas actividades beneficiosas e indispensables para toda la comunidad. Por ello, la debida protección del interés público exige, obligatoriamente, limitar el acceso al mercado de la contratación, no pudiendo toda persona, física o jurídica, aspirar a la adjudicación de un contrato administrativo, en concreto aquellos sujetos sin la aptitud legal requerida o los que estén incurso en alguna de las diversas circunstancias que, de acuerdo con la normativa vigente, impiden el ejercicio de la facultad inherente a ser contratista o concesionario.

2. Otro, de carácter objetivo, no en vano el específico objeto del contrato ofertado por la Administración también repercute —obviamente— en el régimen jurídico de la capacidad de los contratantes. Los nexos administrativos, esto es, aquellos que generalmente están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración o satisfacen, directa e inmediatamente, una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, requieren unas especiales condiciones en la aptitud del adjudicatario a efectos de evitar, en la medida de lo posible, el riesgo de una ejecución defectuosa o tardía del contrato adjudicado en su momento o, en su caso, una paralización, por las causas que sean, de la prestación pactada.

Es más, las reglas que establecen los presupuestos para la selección por las Administraciones públicas de los futuros contratistas no persiguen únicamente encontrar a personas solventes, que dispongan de los medios económicos y técnicos adecuados para realizar de forma correcta las prestaciones contenidas en los contratos. Junto al indispensable requisito de la solvencia, las Administraciones han de cuidar también que la elección del adjudicatario de la contrata o concesión se materialice dentro del marco de los principios constitucionales que rigen la actuación administrativa, no en vano la contratación con una Entidad pública puede entenderse como la participación indirecta en el ejercicio de funciones administrativas. En consecuencia, como desempeño de tales cometidos de interés general, la selección del concesionario ha de satisfacer, por un lado, el parámetro de la objetividad e imparcialidad y, por otro, el “sometimiento pleno a la ley y al derecho”⁹.

Estas premisas se han proyectado de forma tradicional en la normativa de contratos mediante la especificación de una serie de limitaciones para poder contratar con los poderes públicos (sin necesidad de remitirnos a antecedentes más remotos, artículos 15 a 19 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —LCAP— y artículos 43 a 48 LCSP). Así, por un lado, la necesidad de velar por la objetividad y la imparcialidad origina la prevención de impedir que los adjudicatarios más cercanos a los funcionarios y a los altos cargos de la Administración se puedan beneficiar con las adjudicaciones. Por otro, la exigencia de que los concesionarios estén sujetos a la ley y al derecho, frena la posibilidad de que la Administración pueda contratar con personas que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico, que no gozan de una apariencia de honorabilidad o moralidad pública (artículo 49 LCSP).

(9) FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, pág. 71.

III. PROHIBICIONES PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN

La intención de privar de la condición de licitador no sólo a quienes carezcan de la debida capacidad y solvencia económica, financiera y técnica, sino también a quienes estén inhabilitados para ello, cobra pleno sentido con el solo hecho de tener en cuenta cómo la celebración del contrato administrativo va a suponer la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del contratista, lo cual puede provocar la asunción de importantes consecuencias de responsabilidad en materia laboral por parte de la Administración¹⁰. De ahí que se establezca una serie de inhabilitaciones para ciertos empresarios, a saber:

A) No estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social

Como con acierto se ha dicho, “es precisamente la prestación de los trabajadores de una empresa (el contratista o concesionario) para otra (la Administración) la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social”¹¹. La condición pública del organismo que adjudica la contrata o la concesión administrativa no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, motivo por el cual su gestión indirecta no afectará a la responsabilidad frente a los trabajadores.

Por ello, no puede extrañar que la LCSP se detenga en exigir a los posibles adjudicatarios la acreditación de que efectivamente se hallan al corriente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, pues en caso contrario quedarían marginados para cualquier contratación pública [artículo 49.1.d) LCSP]. Es más, el licitador debe justificar no sólo estar al corriente en este tipo de obligaciones, sino también estar inscrito en el sistema de la Seguridad Social (y, si se trata de un empresario individual, estar afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad), haber afiliado y dado de alta a sus trabajadores, haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación (artículo 14 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RCAP–)¹². Todo ello redundará en el buen fin de la concesión, salvaguardando los derechos del colectivo más débil involucrado en todo este proceso de descentralización de actividades públicas: los trabajadores. La finalidad de tales previsiones no es sino la de evitar aquellas

(10) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Gijón, 2007, págs. 111 y ss.

(11) GOERLICH PESET, J.M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

(12) MORELL OCAÑA, L.: “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, págs. 155 y 156.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

cargas y responsabilidades (por deudas salariales y con el sistema de protección social) que debería asumir la Administración respecto de los empleados del adjudicatario, no en vano éstas derivan directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y el titular de la contrata o concesión administrativa; de hecho, de no haber exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador directo de los trabajadores afectados¹³.

Así, aun cuando el sistema de responsabilidad administrativa considera al adjudicatario como único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de una contrata o concesión administrativa (artículo 198 LCSP), lo cierto es que el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), deja clara la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración y el contratista por las deudas salariales y con la Seguridad Social contraídas por este último con sus empleados¹⁴. Tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, “una interpretación del mencionado artículo 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto ‘contratas y subcontratas’ celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de ‘concesión administrativa’ ya que, de un lado, la generalidad de los términos ‘contratas o subcontratas’ no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida”¹⁵.

**LA ADMINISTRACIÓN
ES RESPONSABLE
SOLIDARIA DE LAS
DEUDAS SALARIALES
Y DE SEGURIDAD SOCIAL
CONTRAÍDAS POR
EL CONTRATISTA**

B) Infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales

Atendiendo a la relevancia que en la siniestralidad laboral juegan las concesiones administrativas, las cuales llevan apareja-

(13) QUIRÓS HIDALGO, G.: “Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex artículo 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 15.

(14) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas. Problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 17 y ss.

(15) SSTs, Social, de 18 de marzo de 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTs, Social, de 15 de julio, 27 de septiembre, 18 de noviembre y 14, 23 y 31 de diciembre de 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867).

dos, directa o indirectamente, un cúmulo de factores de riesgos que actúan sobre los empleados y determinan su mayor vulnerabilidad, no puede extrañar tampoco que de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1.c) de la LCSP, quede vetada la contratación con la Administración de aquellas empresas sancionadas con carácter firme por “infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS)”.

a) Marco legal

La preocupación por garantizar la seguridad y la salud en el ámbito de las contrataciones y concesiones administrativas como salvaguarda del derecho a la vida y a la integridad (física, psíquica y moral) frente a los elementos vinculados a la prestación de servicios que pueden quebrantarla se pone de manifiesto no sólo en el artículo 49.1.c) LCSP anteriormente transcrito, sino también en el artículo 45 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en virtud del cual se podrán establecer limitaciones a la facultad de contratar con la Administración para las entidades productivas condenadas “por la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo previsto en la LCAP” (referencia que hoy hay que entender hecha a la LCSP, actualmente vigente).

Tales prohibiciones, establecidas en dos textos legales, con similar tenor literal (no idéntico), vienen a demostrar cómo el grado de inobservancia de lo previsto en la normativa preventiva es tan elevado como para hacer caer en saco roto el esfuerzo normativo y colocar en una situación delicada a quien ha de poner en juego su integridad física en el desarrollo de una profesión u oficio. Ni siquiera la presencia de un amplio y completo elenco de responsabilidades [a saber: la administrativa –recogida en los artículos 11 a 13 LISOS–; la penal –a la que hacen referencia los artículos 316 y 317 CP–; la de Seguridad Social –a través de un recargo de prestaciones: artículo 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)– y la civil –artículo 14 LPRL–, todas ellas compatibles entre sí (salvo las dos primeras si se atiende al principio *non bis in idem*) y no asegurables para la empresa (con excepción de la última)] ha supuesto un acicate suficientemente efectivo para conseguir el éxito en la aplicación de la normativa preventiva¹⁶. De ahí la importancia de una previsión como la incorporada al artículo 45 de la LPRL, en la cual es suficiente la condena derivada de la comisión de un delito relacionado con la seguridad y salud laboral o de una infracción administrativa muy grave para que una empresa no pueda contratar con la Administración¹⁷.

(16) TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, 2008, pág. 219.

(17) GIL IBÁÑEZ, J.L.: “Capacidad para contratar y clasificación de los contratistas”, en AA.VV. (GIL IBÁÑEZ, J.L., dir.): *Contratación administrativa*, Madrid, 1995, pág. 273.

b) La entidad de la conducta transgresora

Es notoria la existencia de una importante discrepancia entre la literalidad del artículo 45 de la LPRL y del artículo 49.1.c) de la LCSP, pues el primero se refiere tanto a las condenas derivadas “de la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo”, mientras el segundo alude exclusivamente a las sanciones “con carácter firme por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales”. Tal divergencia obliga a efectuar una reflexión más detenida sobre sus posibles consecuencias.

a') Delito

Como puede comprobarse, el artículo 49.1.c) de la LCSP no establece prohibición de contratar con la Administración para aquellas empresas que hubieran cometido delito en materia de seguridad y salud en el trabajo. Tal laguna puede quedar integrada, empero, si se atiende a lo previsto en el párrafo a) del propio artículo 49.1 de la LCSP, en virtud del cual el impedimento de contratar con el sector público se extiende a quienes hubieran sido condenados mediante sentencia firme por la comisión de, entre otros, “delitos contra los derechos de los trabajadores”, debiendo entender incluidos aquí los atentados constitutivos de ilícito penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

No hubiera sobrado, sin embargo, la mención expresa de esta prohibición en el apartado c) del artículo 49.1 de la LCSP, pues, de un lado, la intervención sancionadora pública aparece como instrumento fundamental para perfeccionar el conjunto legislativo específico y asegurar el cumplimiento de las obligaciones generales y particulares en él contenidas, quedando amparado por los artículos 25 y 40 CE e inspirado en los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, proporcionalidad, antijuridicidad, culpabilidad y *non bis in idem*¹⁸; y, de otro, el fin más típico e inmediato de la responsabilidad penal es la reprensión pública de determinadas conductas, con el horizonte siempre de la ejemplaridad y la prevención general¹⁹, lo cual cobra pleno sentido en materia de seguridad y salud laboral por la importancia de los bienes en juego. Es más, no hay que desconocer tampoco que el procedimiento administrativo sancionador se suspende, entre otros motivos, si la infracción puede constituir delito. En tal caso, si el Tribunal penal condena ya no se sigue el procedimiento sancionador (no cabe doble sanción por el mismo hecho); pero si no hay condena penal, se reanuda la tramitación administrativa por si hubiera infracción social y sanción punitiva en esta segunda vía.

b') Infracción administrativa muy grave

Ningún problema plantea la existencia de una diferencia de matiz entre la nueva LCSP y lo previsto en su precedente más próximo [el artículo 20.1.d) LCAP], pues mientras éste se remitía a la LPRL, aquélla lo hace a la LISOS. Tal discrepancia tiene una clara justificación: en el momento en que se aprueba la LCAP, el régimen sancionador en materia de seguri-

(18) STC 8/1981, de 8 de junio.

(19) ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1998, págs. 91 y ss.

dad y salud en el trabajo se encontraba recogido en la propia Ley 31/1995; en el momento actual, sin embargo, es el Real Decreto Legislativo 5/2000 el que integra el conjunto de infracciones posibles en materia laboral, incluyendo –lógicamente– las relativas a la prevención de riesgos laborales.

No se alcanza a comprender, sin embargo, por qué el artículo 49.1.c) de la LCSP eleva la entidad de la infracción, capaz de hacer aplicable la prohibición de contratar con la Administración, de grave a muy grave cuando se refiere a la “materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales” y no para las infracciones, reseñadas también en el mismo párrafo, “en materia de disciplina de mercado..., profesional, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”, pues en estos últimos casos basta con que se trate de un ilícito grave. La protección de derechos fundamentales tan importantes como la vida o la integridad física hacen del todo desaconsejable esta diferencia.

Por lo demás, se precisa sanción firme para que concurra la prohibición de contratar con la Administración, no en vano la responsabilidad administrativa tiene naturaleza pública, de ahí que dé lugar a la imposición de sanciones de esta misma cualidad, consistentes, principalmente, en multas económicas de cuantía variable, caracterizadas por un incremento exponencial respecto a las sanciones previstas para el resto del orden social (artículo 40.2 LISOS). Como toda norma punitiva, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de forma que la simple existencia de un recurso contencioso-administrativo demora el nacimiento de la causa de prohibición y ello independientemente de los efectos suspensivos o no de su interposición²⁰. El carácter firme exigido sólo se produce en el doble supuesto de que la resolución administrativa haya devenido consentida por no haber sido objeto de la correspondiente impugnación en la vía jurisdiccional o porque, producida ésta, se haya resuelto en dicha vía sin posibilidad de ulterior recurso²¹.

C) Contravención del principio de integración laboral y no discriminación de las personas con discapacidad

Como con acierto se ha dicho, “las personas con minusvalía a menudo forman parte de los grupos más frágiles, independientemente de la sociedad en la que vivan ... y una de las razones es que la sociedad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de tales sujetos”²². De sobra es conocido cómo el artículo 9.2 CE impone a los poderes

(20) Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 49/1982, de 1 de julio, 91/1982, de 25 de noviembre y 44/1998, de 16 de diciembre.

(21) NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 106.

(22) Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía” y “Proyecto de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías”. DOCE núm. C 66/35, de 3 de marzo de 1997.

públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Justamente uno de los “obstáculos” más evidentes a los cuales eventualmente ha de hacer frente el ser humano es el de su falta de capacidad, una disminución física o psíquica cuyo lastre le impida desarrollar, en mayor o menor grado, toda su potencialidad²³.

Por tal razón, la propia Norma Fundamental incluye, entre los principios rectores de la política social y económica, un claro mandato —quizá el “más relevante” en esta materia—²⁴ dirigido a los poderes públicos: realizar una labor de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles cuanta atención especializada requieran (artículo 49 CE), compeliendo “a los órganos públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para situar a los disminuidos o minusválidos en pie de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores, de modo que puedan desenvolverse sin restricciones en una sociedad competitiva y en un medio adverso que se rige por las leyes inexorables del mercado”²⁵. Es pacífica la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe preocuparse de los trabajadores discapacitados tanto para facilitar su acceso al mercado de trabajo o reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales; la lectura del artículo 49 CE, antes reseñado, y su concordancia con la cláusula compensadora del artículo 9.2, el derecho al trabajo sin discriminaciones a que alude el artículo 35.1, el objetivo tendencial del pleno empleo consagrado por el artículo 40 o la invocación de la dignidad de la persona que lleva a cabo el artículo 10, lo indican claramente²⁶.

Parece innecesario, por evidente, justificar cómo uno de los campos en los cuales con mayor fuerza pueden dejarse sentir esos designios imperativos de “igualdad real y efectiva” e “in-

**LA INSERCIÓN LABORAL
DE LOS DISCAPACITADOS
ES FUNDAMENTAL PARA
UN COLECTIVO CON
UNA TASA DE PARO
TAN ELEVADA**

(23) CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991, págs. 43 y ss.

(24) VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derechos en serio y personas con discapacidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005, págs. 1 y ss. o SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, pág. 56.

(25) DE LA VILLA GIL, L.E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “El derecho al trabajo de los minusválidos”, *Revista de Trabajo*, núm. 79, 1995, págs. 17 y 18.

(26) SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo”, *Aranzadi Social*, 1999, tomo V, pág. 47.

tegración de los disminuidos” es, precisamente, en el ámbito de las relaciones laborales²⁷, habida cuenta el trabajo humano –retribuido y por cuenta ajena—no sólo supone para la mayor parte de la población el medio de obtención de los recursos económicos “que permitan la subsistencia de quien trabaja”²⁸ –lo cual ya es mucho–, sino también –y quizá hasta de superior trascendencia– uno de los más importantes cauces de realización personal y satisfacción individual del anhelo creador genéticamente incorporado al ser humano²⁹. Por tanto, para lograr la integración de las personas con discapacidad y evitar la conversión de sus limitaciones personales en barreras sociales, el principal “trampolín” viene dado por el acceso y la permanencia en el empleo³⁰, habida cuenta la falta de ocupación adecuada o de los mecanismos para su correcta inserción laboral constituyen algunas de las dificultades más importantes contra las cuales deben luchar³¹.

La inserción laboral de las personas incapacitadas³² es desde luego uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos³³. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente)³⁴ tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este colectivo sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores³⁵, tal y como reconoce la Estrategia global de Acción para el empleo de las personas con discapacidad (2008-2012)³⁶. Largo ha sido el iter normativo desde la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISMI) y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo), hasta la relativamente reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, desarrollada en múltiples ocasiones, siempre con la pretensión, nunca plenamente

(27) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación”, *Temas Laborales*, núm. 7, 1986, págs. 54 y ss.

(28) ALVÁREZ DE LA ROSA, M.: “La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)”, *Relaciones Laborales*, 1987, tomo I, pág. 218.

(29) RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993, págs. 13 y ss.

(30) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2000, pág. 1.

(31) GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Valencia, 2000, pág. 9.

(32) ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M.J., coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 11 y ss.

(33) GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo de los incapacitados”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, pág. 25.

(34) ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

(35) Por sólo poner un ejemplo, la tasa de actividad de las personas con discapacidad no llega al 34%, mientras supera el 70% para el resto de la población. www.cermi.es.

(36) CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.: “Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2009, págs. 11 y ss.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

conseguida, de “establecer un conjunto coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección” a favor de quienes tanto lo merecen³⁷.

Estas reflexiones han de servir de pórtico para entender plenamente justificado que el artículo 49.c) de la LCSP impida contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurran determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de ... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”. Procede alertar, no obstante, sobre la existencia de ciertas diferencias entre la redacción legal actual de esta prohibición y su precedente, pues el artículo 20.1.d) de la LCAP sólo se refería a la sanción firme derivada de infracción grave en materia de “integración laboral de minusválidos”³⁸, mientras la versión actual cuenta con un ámbito de aplicación mucho más amplio, abarcando también cualquier contravención grave del cúmulo de las obligaciones establecidas en la Ley 51/2003³⁹. A tal efecto procede señalar, además, que la Disposición Final Undécima de esta Ley encomienda al Gobierno para que, en el plazo de dos años desde su entrada en vigor, remita a las Cortes un proyecto de Ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad con el fin de dar cumplimiento a los principios de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales los términos de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas deben estar fijados por norma de rango legal. Para observar y hacer respetar las garantías de la ciudadanía en un Estado social y democrático como es el nuestro, ha sido promulgada la Ley 49/2007, de 26 de diciembre⁴⁰, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyos artículos 16.3 y 16.4 tipifican, respectivamente, las infracciones graves y las muy graves. Cabe entender incluidas, lógicamente, las segundas aunque el artículo 49.c) sólo se refiere a las primeras, pues, en otro caso, quedaría mejor tratado el sujeto al que se le hubiera impuesto mayor castigo.

Razones de seguridad jurídica aconsejan, no obstante, que este tipo de sanción [la prohibición de contratar con la Administración reseñada en el artículo 49.c) LCSP] debería haber sido recogido expresamente entre el elenco de sanciones accesorias a las que hace referencia el artículo 6 de la Ley 49/2007, que alude sólo a la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas o hubiera solicitado en el sector de la actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

Pese a este inconveniente, no cabe minusvalorar la importancia, siquiera testimonial de la prohibición aquí analizada, pues como con acierto se ha dicho “esencia de la honorabili-

(37) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación”, *Temas Laborales*, núm. 7, 1986, pág. 52.

(38) ALONSO GARCÍA, B.: “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, pág. 23.

(39) FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación Pública*, Barcelona, 4ª edición, 2008, págs. 213 y ss.

(40) BOE núm. 310, de 27 de diciembre.

dad del contratista será su respeto y cumplimiento de las normas y reglas profesionales”⁴¹, en especial en un tema de tanta trascendencia social. Merecen, por tanto, los más encendidos reproches aquellas injustificadas opiniones conforme a las cuales resulta “desproporcionado” que a la sanción a imponer por el incumplimiento “se le superponga una pena accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas (euros), con pérdidas de numerosos puestos de trabajo”⁴². Tal interpretación resulta, a todas luces, inadmisibile.

D) Dificultades prácticas a la hora de comprobar la concurrencia de las causas de inhabilitación

Las prohibiciones anteriormente mentadas tratan, ante todo, de apartar del tráfico jurídico a determinados sujetos que, por su conducta antecedente en el propio sector en que se desenvuelven, no cuentan con un nivel indispensable de credibilidad personal y pueden crear, además, un riesgo adicional o manifiesten una conducta quasi inmoral⁴³. Más importante aun, contribuirán, de un lado, a reducir los elevados índices de siniestralidad laboral obrantes en el desempeño de actividades públicas por empresas privadas (lo cual supondrá una clara mejora de las condiciones de los trabajadores ocupados en ellas), y, de otro, a mejorar la calidad de vida de quienes no aseguran por sus circunstancias físicas, psíquicas o sensoriales, un rendimiento laboral óptimo⁴⁴.

Ahora bien, aun cuando la conciencia de la necesidad e importancia que tiene respetar estas limitaciones se pone de manifiesto al comprobar que su incumplimiento está sancionado con la nulidad radical, de pleno derecho, del contrato administrativo, lo cierto es que la apreciación de que un contratista está incurrido en alguna de las circunstancias establecidas en la LCSP como prohibiciones para contratar, singularmente por haber incumplido la normativa de prevención de riesgos laborales en los términos anteriormente indicados o haber perjudicado los intereses de las personas con discapacidad, no resulta fácil en la práctica, pues normalmente el órgano de contratación sólo dispone de la documentación aportada junto a las correspondientes propuestas, siendo el propio licitador quien presenta las pruebas y acreditaciones pertinentes (artículo 50 LCSP). Tal dificultad se complica, además, porque la competencia para declarar la prohibición cuando se trata de condena por sentencia firme reside únicamente en el Ministro de Hacienda, tras oír la propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y revestirá carácter

(41) FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, cit., pág. 78.

(42) Voto particular al Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, en CES: *Informe 5/1998, de 27 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, pág. 21.

(43) MORELL OCAÑA, L.: “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (artículos 10 a 23 de la Ley)”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 159.

(44) GARCÍA MURCIA, J. y BERNARDO JIMÉNEZ, I.: “Artículo 54”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., coords.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, 2004, pág. 536.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

general para todas las Administraciones públicas⁴⁵. En los demás supuestos, se declarará *in casu* por la propia Administración contratante (artículo 50 LCSP)⁴⁶.

El mejor cauce para poder apreciar con verdadero conocimiento la concurrencia o no de las causas de prohibición aquí analizadas sería contar con un adecuado y completo registro en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que consten todas las incidencias que afectan a los concesionarios, relativas a su posible inhabilitación, pero tal posibilidad resulta, sin duda, excesiva, pues el Registro oficial de licitadores y empresas clasificadas, pese a sus cuantiosos avances, todavía no está demasiado actualizado. Es muy difícil conseguir que, en paradigmático ejemplo, los jueces y tribunales que intervengan en un procedimiento concursal o admitan la existencia de un incumplimiento de la normativa laboral o de seguridad e higiene en el trabajo, comuniquen su existencia a los posibles efectos de inhabilitar al concesionario. Se podría considerar una gran conquista que los distintos órganos de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas notificaran a la Junta Consultiva los incumplimientos laborales, la insatisfacción de determinadas deudas tributarias, las sanciones por distraer fondos de una subvención o —descendiendo al terreo aquí analizado— los delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo o en materia de no discriminación de las personas con discapacidad, pues aun cuando es cierto que la LCSP impone la obligación de las autoridades y órganos competentes de notificar a la Junta Consultiva de Contratación, y a los órganos correspondientes autonómicos, las sanciones y resoluciones firmes que se adopten (artículo 50.5 LCSP), no lo es menos pensar que este deber se incumple sistemáticamente⁴⁷.

Nuevas perspectivas abre, sin embargo, la promulgación del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de sanciones administrativas impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, sanciones que se harán públicas en el Boletín Oficial del Estado o en el Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el correspondiente ámbito competencial, incluyendo, lógicamente, el nombre o razón social de la empresa sancionada y

**LAS INFRACCIONES EN
MATERIA DE SEGURIDAD
Y SALUD LABORAL NO
SUELEN NOTIFICARSE
A LA JUNTA CONSULTIVA
DE CONTRATACIÓN**

(45) DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, vol. II, Madrid, 1998, pág. 655.

(46) BENÍTEZ MORCILLO, G.: “Prohibiciones para contratar (artículos 20 y 21)”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, tomo II, Granada, 2003, pág. 131.

(47) FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., págs. 106 y 107.

toda una serie de datos identificativos de ella. Tal actuación debería servir de inspiración para ordenar también la publicación de cuantas infracciones en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad se cometan. La necesidad de tutelar los intereses de este colectivo con el fin de superar criterios de mero utilitarismo o rudo pietismo lo aconsejan sin más demora.

IV. LA ACREDITACIÓN DE CUALIFICACIÓN TÉCNICA Y SU INCIDENCIA EN LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Como en cualquier contrato, el carácter sinalagmático del nexo público pone de manifiesto cómo forman parte de él necesariamente dos sujetos: el que insta la contratación, es decir, el llamado poder adjudicador, y el que ejecuta la prestación que es causa del contrato. Ahora bien, las diferencias más notables entre las contrataciones públicas y las privadas radican en la circunstancia de que, respecto a las primeras, el ordenamiento jurídico prescribe la forma según la cual han de dirigirse las autoridades comitentes a los contratistas, los procedimientos de selección de éstos, así como —y por lo que aquí interesa— las particularidades jurídicas y de solvencia económica y técnica exigidas a los empresarios licitadores⁴⁸.

La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los Entes públicos y persigue una doble finalidad: de un lado, proteger los intereses económicos de la Administración, suscitando en cada caso la máxima competencia posible; de otro, garantizar la igualdad de acceso a la contratación. Sin embargo, este principio admite excepciones respecto de las personas que pueden aspirar a convertirse en contratistas⁴⁹. Las reglas sobre capacidad y solvencia de las empresas aseguran la elección por parte de la Administración de colaboradores aptos para el desempeño de funciones públicas, lo cual equivale a rechazar al oportunista, a quien carece de la entidad necesaria para acometer una serie de prestaciones que se consideran esenciales para la satisfacción de necesidades generales con arreglo a estándares de eficacia⁵⁰. Así, a los sujetos que quieran contratar con la Administración se les exige, aparte de la lógica capacidad de obrar y de no estar inhabilitados, que acrediten su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, en el bien entendido sentido de que mientras la capacidad para contratar con la Administración es necesaria siempre, la solvencia, por el contrario, opera con entidad variable en función de la envergadura y condiciones específicas de cada contrato, debiendo justificarse documentalmente o, en algunos supuestos, de forma automática, mediante la

(48) FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 115.

(49) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 11ª edición, Madrid, 2002, pág. 700.

(50) AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 150.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

oportuna clasificación, que puede ser objeto de suspensión o revisión según las cambiantes circunstancias de la vida de la empresa⁵¹.

Determinados contratos, de importante cuantía, no sólo requieren una persona capaz y solvente, sino que esa capacidad económica y técnica tenga indicios de permanencia y estabilidad, que en absoluto sea circunstancial. Así, desde la promulgación del texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado en el año 1963 se viene exigiendo, para adjudicar algunos vínculos contractuales cuyo presupuesto exceda de determinada cantidad, que el contratista hubiera superado un examen sobre su capacidad técnica y empresarial, prueba rigurosa realizada de modo uniforme por un específico órgano administrativo, que supone su “clasificación” para poder beneficiarse de la adjudicación⁵². Con el previo examen que implica la clasificación se consigue conocer ya de antemano la idoneidad de los contratistas y, en consecuencia, agilizar los trámites durante el procedimiento de adjudicación al estar ya verificadas y analizadas las situaciones y características de la empresa. Hoy en día, la necesaria acreditación en cualquier contrato por todo contratista de su solvencia económica y técnica ha reducido en parte la importancia de la previa clasificación, aunque subsisten algunos cuya envergadura⁵³ exige el cumplimiento de este requisito previo (artículos 54 y siguientes LCSP)⁵⁴.

A) La obligada declaración sobre la plantilla media anual de la empresa contratista

Atendiendo al dato cierto de que “la Administración tiene en la solvencia el mejor instrumento para dominar el contrato, porque la misma no es sino sinónimo de idoneidad para su ejecución”⁵⁵, no puede extrañar que en el contrato de obra [artículo 65.c) LCSP], en el de servicios [artículo 67.g) LCSP] y en el resto (artículo 68 LCSP) aparezca, entre la enumeración de los medios para valorar la idoneidad técnica, la obligación del titular de la organización productiva de efectuar una “declaración sobre la plantilla media anual de la empresa”, pues ello permite ofrecer una dimensión real de la actividad productiva al margen de desviaciones como pueden ser las contrataciones de personal a través de empresas de trabajo temporal o de sucesivos contratos a termino de escasa duración. Facilita, por tanto, una dimensión constante del volumen de empleo de la entidad empresarial por encima de los altibajos de las cargas de trabajo momentáneas, lo cual redundará en una mayor eficacia de la prestación de la actividad pública a favor de los ciudadanos y, al tiempo, hará descender los índices de inestabilidad laboral.

(51) MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de concesión de obra pública), Madrid, 2003, pág. 143.

(52) RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A.: “La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, págs. 117 y ss.

(53) Ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros (artículo 54 LCSP).

(54) FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., págs. 43 y ss.

(55) BELTRÁN GÓMEZ, A.I.: “Algunas consideraciones sobre la problemática práctica de la acreditación de la solvencia por los licitadores”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 2, 2002, pág. 5.

Tal previsión pretende tener, pues, una repercusión directa sobre la estructura del mercado de trabajo, al tratar de reducir los parámetros de rotación de la mano de obra, introduciendo a tal fin una diferencia de hondo calado respecto de su precedente. En la anterior LCAP era necesario que, como requisito de solvencia técnica, el licitador hiciera referencia expresa al grado de estabilidad en el empleo [artículo 17.d) para el contrato de obras; artículo 18.c) para el contrato de suministros y artículo 19.d) para los restantes contratos]. Esta previsión fue introducida entonces por el texto de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, como una cláusula social que actuaba única y exclusivamente a efectos de capacidad, pues no cabe duda que “la naturaleza del empleo de la empresa adjudicataria iba a tener su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada”⁵⁶. Tal exigencia planteaba algún problema de acomodo con lo previsto en el Derecho Comunitario, pues el criterio de estabilidad en el empleo no aparecía (ni aparece) recogido entre los requisitos de solvencia que, con carácter exhaustivo, enumera hoy la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y tampoco sus precedentes (las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37)⁵⁷. Quizá por esta razón —y pese a la opinión en contra del Consejo Económico y Social—⁵⁸, la referencia expresa al grado de estabilidad en el empleo ha desaparecido del tenor legal de la actual LCSP.

Es más, si lo que se pretende es asegurar que no se acrediten plantillas más o menos irrealistas a la hora de concurrir a una licitación pública (en el sentido de haberse efectuado las incorporaciones laborales necesarias) bastaría la remisión, como hace el texto vigente, al promedio anual de la plantilla y no a la que pudiera existir en el momento concreto en que se presenta la proposición aunque en este específico lapso temporal fuera estable, pues el nuevo tenor respeta mejor el principio de libertad de competencia⁵⁹. La expresión “promedio anual de la plantilla” utilizada ahora por la LCSP parece, pues, que se acomoda mejor a las exigencias del Derecho Europeo sobre contratación pública, en particular, a las libertades y principios de él derivados, tendentes a proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las Entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro.

De todos es conocido cómo uno de los mayores anhelos de cualquier persona consiste en alcanzar una situación de fijeza profesional que le permita desarrollar con unas mínimas garantías su proyecto vital⁶⁰. Así, aun cuando del tenor legal actual ha desaparecido la referencia expresa a la estabilidad en el empleo como parámetro a aportar por el

(56) STSJ, Contencioso-Administrativo, de 30 de mayo de 2003 (TOL 423349).

(57) AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 145.

(58) CES: Dictamen núm. 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Madrid, 2006, pág. 16.

(59) AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 264.

(60) MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida”, *Documentación Laboral*, núm. 58, 1999, pág. 16.

empresario en el momento de acreditar solvencia técnica que sí existía en el texto precedente, lo cierto es que la lucha no sólo por la creación de puestos de trabajo, sino por su mejora y por la reducción de las variantes portadoras del riesgo de discontinuidad sigue estando presente, si cabe con mayor firmeza, en el espíritu de la LCSP, que presenta, además, una redacción más depurada desde el punto de vista técnico. Esta Ley continúa, por tanto, la estela de la política dispensada, en los últimos tiempos, por los poderes públicos destinada a dar una respuesta integral a la precariedad y a la alta rotación laboral, intentando corregir sus deplorables efectos: descalificación, desmotivación, inseguridad profesional y personal, siniestralidad, disminución del consumo, etc.⁶¹.

Sin lugar a dudas, el carácter temporal de un porcentaje demasiado elevado de contratos de trabajo viene constituyendo uno de los principales obstáculos en orden a reconocer la calidad del modelo español de relaciones laborales⁶², al punto de ser considerado como una de las lacras más importantes a combatir por el legislador⁶³. La archiconocida exigencia de una causa justificada como requisito para poder concertar alguna de las modalidades legales de contratos de duración determinada no casa en absoluto con un panorama general de contratación temporal (masiva y voluble, dado su volumen, absolutamente incontrolable)⁶⁴, circunstancia capaz de demostrar que, en realidad, la temporalidad está siendo utilizada, sobre todo en épocas de crisis, por los empresarios como fórmula para actuar a sus anchas de manera ilegal o fraudulenta bajo una sensación de impunidad⁶⁵.

Más que un secreto pregonado a voces, constituye una evidencia (estadísticamente reafirmada una y otra vez) que el sistema de relaciones laborales vive en una permanente contradicción⁶⁶: mientras que el diseño normativo ha ido cerrando las puertas a

**EL PROMEDIO ANUAL DE
PLANTILLA SE ACOMODA
MEJOR A LAS EXIGENCIAS
DEL DERECHO EUROPEO
SOBRE CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

(61) PASCUAL ALLEN, M.C.: “Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laborales y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, págs. 97 y ss.

(62) MONTOYA MELGAR, A.: “Contratos temporales y principio de estabilidad en el empleo”, *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 32, 2002, págs. 31 y ss.

(63) OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006, pág. 21.

(64) COLINA ROBLEDÓ, M.: “La nueva regulación de los contratos temporales estructurales para obra o servicio determinado y de eventualidad, y los contratos de trabajo a tiempo parcial y de trabajadores fijos discontinuos”, *Documentación Laboral*, núm. 54, 1997, págs. 103 y ss.

(65) DE LA VILLA GIL, L.E.: “¿Acabar con el trabajo precario? Notas de urgencia a la reforma laboral del 2006”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 11, 2006, pág. 4.

(66) AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de causalidad en la contratación temporal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pág. 120.

la contratación a termino y favoreciendo la de carácter indefinido; la realidad indica que la inmensa mayoría de los contratos de trabajo realizados cada año escapan de ese paradigma y se refugian en alguna de las categorías cuyo arco temporal está predeterminado *ab initio*⁶⁷. En particular, procede recordar cómo España padece de forma sistemática durante las dos últimas décadas una tasa de temporalidad superior al 30% (virtualmente el doble de la media europea)⁶⁸, algo que, amén de la frustración personal de quien no ve satisfechas sus expectativas, supone un índice ineludible de precariedad en el empleo⁶⁹. Cabe detectar, pues, una clara “polarización” de la fuerza de trabajo, capaz de hacer retroceder de manera harto significativa el principio de igualdad de oportunidades al establecer una separación cada vez más perceptible y acentuada entre trabajadores “esenciales” o “nucleares” (*core workers*), relativamente seguros y bien pagados, y trabajadores “periféricos” (*periphery workers*), con bajos salarios y manifiesta inseguridad laboral⁷⁰.

La situación descrita ha propiciado una importante reforma laboral (operada a través del Real Decreto 5/2006, luego ratificado por la Ley 43/2006), en virtud de la cual se revitaliza un nunca por completo abandonado principio de estabilidad en el empleo⁷¹, a través de dos grandes grupos de medidas destinadas a favorecer la contratación indefinida: una primera bien conocida y de dudosa eficacia; a saber, un amplio elenco de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social a los empresarios que transformen vínculos temporales de sus empleados en otros de carácter indefinido o tengan la valentía de contratar directamente con ese carácter, medida de fomento del empleo que ha adquirido ya la nada justificable condición de estructural⁷².

Otra, muy novedosa, casi se podría decir que espectacular y muy necesaria desde un plano “ético y estético”⁷³ (aun cuando oculte algunas limitaciones que ponen en duda su eficacia de futuro), cual es la de modificar el artículo 15.5 ET para asignar directamente la condición de fijos a aquellos trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas

(67) SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 152.

(68) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2006 y la contratación temporal. La lucha contra el abuso de la contratación temporal: un análisis de urgencia”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2006, pág. 2037.

(69) BRITTON, A.: “Full employment in the industrialized countries”, *Industrial Labor Review*, vol. 136, núm. 3, 2000, págs. 301 y 302.

(70) Citando a HUWS, U., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: merma de sus garantías y la ‘crisis’ del trabajo subordinado”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, pág. 52.

(71) DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Estabilidad en el empleo y contratos temporales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980, págs. 135 y ss.

(72) DE LA VILLA GIL, L.E.: “Do ut facias: en torno a los estímulos de contratación laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Ejemplar dedicado a Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al Prof. Juan Antonio Sagardoy Bengoechea)*, núm. 23, 1999, págs. 567 y ss.

(73) DE LA VILLA GIL, L.E.: “¿Acabar con el trabajo en precario? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, 2006, pág. 7.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada⁷⁴. Se trata, en definitiva, de erradicar una práctica muy extendida, conforme a la cual las empresas contratan a sus trabajadores a través de fórmulas temporales y les mantienen bajo vínculos de tal naturaleza durante largos períodos de tiempo, en los cuales se puede decir que el operario se encuentra plenamente a prueba (alargando de forma absolutamente injustificada el carácter temporalmente limitado de tal pacto ex artículo 14 ET y tratando de asegurar así el ahorro derivado de una eventual futura extinción del contrato), alcanzando la consolidación en la empresa únicamente tras soportar una suerte de rito expiratorio como meritorio⁷⁵.

Más allá de los parámetros fijados por la reciente reforma laboral, la LCSP trata de atender también, pero –como es lógico– de una forma harto diferente, a una expectativa tan elemental de los trabajadores como es la de su estabilidad laboral, incentivando que la propia empresa adjudicataria instrumente un sistema de contratación en el que se favorezca la provisión de puestos indefinidos. En el convencimiento de que la apuesta por la mejora de la productividad del trabajo y de la competitividad empresarial –dos de los grandes desafíos de futuro para la economía nacional– deben pasar necesariamente por alcanzar un mayor nivel de estabilidad en el empleo, la LCSP parece apostar por que el contrato indefinido vuelva a ser el verdadero paradigma, estableciendo, entre los posibles medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional, para aquellos contratos públicos en los que sea posible por su naturaleza, el dato relativo al promedio anual del personal de la empresa licitadora, circunstancia que se demostrará mediante certificado emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social⁷⁶. Con tal medida, el legislador pretende incidir, de nuevo, en la consecución del siguiente doble objetivo: reducir las tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado laboral español y garantizar la eficacia en la prestación del servicio de interés general que se encomienda a los adjudicatarios.

B) El número mínimo de contratos indefinidos exigidos en la subcontratación de obras públicas

Con esta misma finalidad de fomentar el empleo de calidad y teniendo en cuenta que los trabajadores temporales sufren más accidentes que los fijos de plantilla⁷⁷, no hay que olvidar tampoco cómo la Ley 32/2006, de 18 de octubre, por la que se establece el régimen jurídico de la subcontratación para el sector de la construcción (LSC), recoge un número mínimo de vínculos indefinidos para cuantas empresas se dediquen a ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras (privadas o –por lo que aquí interesa– públicas) en este sector de la actividad, cuyos índices de peligrosidad

(74) TASCÓN LÓPEZ, R.: “Las medidas dirigidas a combatir el encadenamiento de contratos temporales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., coord.): *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*, Murcia, 2006, pág. 7.

(75) TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 153.

(76) BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pág. 48.

(77) Tan sólo el 18,4% de los accidentes de trabajo en la construcción los sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6% en el caso de empleados temporales. CALVO GALLEGU, J.: “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas Laborales*, núm. 87, 2006, pág. 24.

superan con creces los de cualquier otro⁷⁸ y en el cual la tasa de temporalidad es casi el doble que la del conjunto del empleo asalariado⁷⁹.

Resulta obligatorio, por tanto, para las empresas, que pretendan actuar en el sector de la construcción (de obras públicas *in casu*) como contratistas o subcontratistas, dispongan de un nivel mínimo de empleo fijo en relación al volumen total de la plantilla (incluyendo tanto el personal que trabaja en oficinas como el que presta servicios a pie de obra)⁸⁰, lo cual va a tener una enorme importancia cuantitativa con el solo hecho de considerar cómo el Real Decreto 9/2008, de 28 de noviembre, ha creado un fondo especial consistente en la aportación de una ingente cantidad de recursos públicos para la contratación de personal mediante iniciativas municipales de promoción de obras públicas⁸¹.

El pretendido incremento de trabajadores fijos de plantilla⁸² no debe hacer olvidar, sin embargo, las dificultades de aplicación práctica de dicha pretensión sobre todo en el ámbito público de la construcción, no en vano se trata de un sector en donde la variación del volumen de mano de obra por efectos de la temporalidad de los encargos es una característica implícita de la naturaleza de la actividad⁸³. Por tal razón, la forma de cómputo que establece el desarrollo reglamentario de la LSC, el cual tuvo lugar por Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, atiende a unos parámetros novedosos en el ordenamiento jurídico español, caracterizados por los dos siguientes aspectos: la flexibilidad en el cómputo, al tomar un período de referencia de doce meses con objeto de evitar exigencias desproporcionadas que resultarían de aplicar las reglas de forma diaria y mensual; y la estricta proporcionalidad que se mantiene en la exigencia del porcentaje, al tomar como base los días trabajados por los trabajadores temporales e indefinidos a lo largo de esos

(78) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “El derecho de las contratas entre la licitud y la prevención”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 52.

(79) MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: “La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *Relaciones Laborales*, 2007, tomo I, págs. 815 y ss.

(80) FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: “Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007, pág. 94.

(81) MOLINA NAVARRETE, C.: “El ‘rescate’ de los desempleados ‘por un puñado de euros’: ‘compra de empleos’ y tragedia del ‘crash 2008’”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 310, 2009, pág. 19; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., coord.): *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid, 2007, pág. 70 o GARCÍA NINET, J.I.: “La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector”, *Tribuna Social*, núm. 191, 2006, págs. 7 y ss.

(82) MERINO SEGOVIA, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Albacete, 2006, pág. 56 o GARCÍA BLASCO, J.: “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (DE VAL TENA, A.L. y GARCÍA BLASCO, J., coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007, págs. 39 y ss.

(83) SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A.: “Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *Justicia Social*, núm. 29, 2007, pág. 73.

doce meses⁸⁴. Su finalidad no es otra que terminar con la inveterada costumbre de crear empresas constructoras con una estructura material y laboral minimalista⁸⁵.

El mecanismo habilitado se basa en dos cálculos relativamente sencillos y en la comparación de sus resultados⁸⁶. En primer lugar, se calcularía la dimensión laboral de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses anteriores al momento del cómputo. Y ello, por tanto, con independencia de si siguen o no trabajando para la empresa y del tipo de contrato o de su duración superior o inferior al año, si bien no parece que puedan tenerse en cuenta los cedidos por empresas de trabajo temporal. A estos efectos, se contabilizarán, además, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar. En estos casos, debe tomarse en consideración lo dispuesto en los artículos 106 LGSS y 13.2 del Real Decreto 2064/1995, del mismo modo que, para evitar fraudes, los trabajadores a tiempo parcial se contabilizarán en proporción a su ratio de parcialidad.

Una vez obtenido este total, en segundo lugar, se calculará sobre éste el porcentaje que debería ser cubierto con trabajadores indefinidos, esto es, el 10, 20 o el 30% según las fechas de las que se trate (dieciocho primeros meses de vigencia de la Ley, del decimonoveno mes al trigésimo sexto o del trigésimo séptimo en adelante, respectivamente). Y finalmente, como tercer paso, se comparará este dato con el resultado de dividir, nuevamente entre trescientos sesenta y cinco, la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos, durante el mismo período de tiempo de doce meses o el inferior específico para las empresas de nueva creación. En estos casos la principal duda sería cómo computar los días que durante ese período hayan trabajado aquellos empleados con contratos temporales posteriormente convertidos en indefinidos. El tenor literal de la norma parece apoyar el cómputo tan sólo de los días trabajados con esa última con-

**LAS EMPRESAS
CONTRATISTAS EN
EL SECTOR DE LA
CONSTRUCCIÓN DEBEN
CONTAR CON UN NIVEL
MÍNIMO DE EMPLEO FIJO**

(84) PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Tirant on Line*, núm. 1.126.932, 2007, pág. 8.

(85) MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: "El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (el RD 1109/2007, de 24 de agosto)", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, pág. 82.

(86) GARCÍA BLASCO, J. y AGUILAR MARTÍN, C.: "La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007", *Aranzadi Social*, núm. 17, 2009, pág. 96.

dición, pero quizás no sea ésta la solución más adecuada atendiendo a la finalidad del precepto, pues impediría que una empresa pudiera rápidamente ajustarse a las exigencias de la norma. De ahí que parezca más razonable contar todos los días trabajados por esos empleados con independencia de que en el momento de prestar los servicios lo hicieran bajo una relación temporal⁸⁷.

Desde esta misma perspectiva, tampoco podrán computar como trabajadores indefinidos los mal denominados “fijos de obra”, figura prevista en la negociación colectiva y que permite a un trabajador participar sucesivamente en varias construcciones durante un período máximo de tres años, o incluso más si los trabajos de su especialidad se prolongan superado el citado plazo, extendiéndose éste hasta la terminación de la última obra emprendida⁸⁸. Así pues, pese a su denominación, no se trata de trabajadores indefinidos y, por lo tanto, sólo pueden sumarse en la plantilla global de la empresa como trabajadores temporales⁸⁹.

En definitiva, el paso dado por la LSC, en cuanto a la exigencia de estabilidad en el empleo, ha sido de gigante, y bien podría extenderse a todos los procesos de subcontratación de parcelas de la actividad privada o —por lo que aquí interesa— pública como avanzada para la lucha contra la precariedad y la temporalidad⁹⁰. El beneficio social obtenido por los trabajadores no sería nada despreciable y la garantía de eficiencia en la prestación del servicio público tampoco.

V. LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL COMO SALVAGUARDA EN EL MANTENIMIENTO DEL STATUS PROFESIONAL

Los extensos plazos de duración de muchas contrataciones y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad del sujeto que, como adjudicatario, está obligado a cumplir los deberes inherentes a ese contrato administrativo.

A) El principio de continuidad de la concesión

Como regla general, la novación subjetiva del adjudicatario no puede obstaculizar la pertinente aplicación del consolidado principio de continuidad en la concesión⁹¹, caracterizado

(87) CALVO GALLEGU, F.J.: “El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas Laborales*, núm. 93, 2008, págs. 112 y ss.

(88) ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, págs. 21 y ss.

(89) TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, pág. 5.

(90) ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Albacete, 2008, pág. 115.

(91) REBOLLO RICO, A.: “Derechos y obligaciones del concesionario”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, pág. 215.

por el hecho de que su titular no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor. No puede extrañar, por ende, que la LCSP (al igual que hacía la LCAP —artículo 114—) intente garantizar la prestación interrumpida de la actividad pública con el fin de satisfacer su aprovechamiento por los usuarios en todo momento, estableciendo a tal fin la oportuna “subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente” (artículo 209.3), siempre y cuando el órgano de contratación hubiera aprobado “expresamente y con carácter previo” la cesión de la concesión [artículo 209.2 a)]. De este modo, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que “ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario”⁹². La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario⁹³.

Pocas novedades incorpora, a estos efectos, el nuevo texto legal respecto de su precedente, pues únicamente procede a suprimir el antiguo párrafo 4º del artículo 114 LCAP (“la Administración no autorizará la cesión del contrato a favor de personas incurso en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar”), incorporando el sentido del mismo al actual artículo 209.2.c) LCSP, el cual exige no sólo que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si ello fuera pertinente, sino también que no esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar. La finalidad de este nuevo precepto sigue siendo, pues, la misma: asegurar la subrogación del tercero en el lugar del adjudicatario.

B) Presupuestos laborales para la sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de contratos o concesiones administrativas

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario⁹⁴, no en vano el “principio

(92) MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 163.

(93) FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 512.

(94) Entre muchos, RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, Barcelona, 1963, pág. 243 o “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, *Revista de Política Social*, núm. 55, 1962, pág. 32; CABRERA BAZÁN, J.: *La novación ilícita del contrato de trabajo*, Sevilla, 1963, pág. 29; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Transmisión de empresa en crisis y Derecho concursal (Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario)*, Granada, 1999, pág. 48; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Encadenamiento de contratos y transmisión de empresa”, *Relaciones Laborales*, núm. 15, 1996, pág. 8; CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Valencia, 1993, págs. 131-134, “Transmisión de empresas: efectos laborales según la jurisprudencia (I)”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 1991, págs. 210 o “La sucesión de empresa”, *Revista de Trabajo*, núm. 81, 1986, pág. 76; ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Madrid, 1984, pág. 26; CAIROS BARRETO, D.M.: “La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1996, pág. 297; GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F.: *Sucesión de empresas*, Madrid, 1996 o MONTROYA MELGAR, A. y DURÉNDEZ SÁEZ, I.: *La sucesión de notarios y sus efectos laborales*, Madrid, 1998, pág. 17.

de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa”⁹⁵ constituye ejemplo paradigmático de la existencia de “un derecho del trabajador al puesto de trabajo desligado del empleador, vinculado a la organización productiva concebida como una comunidad de actividad que posibilita la desaparición y sustitución del empresario sin mengua de la vida de la comunidad”⁹⁶. En toda sucesión de empresa se produce, desde una perspectiva subjetiva, una novación contractual de carácter modificativo (artículo 1203.2 y 3 Código Civil –CC–), en virtud de la cual, una vez acaecido el trueque de la persona del titular de la entidad, se origina al propio tiempo una manifiesta sustitución del acreedor del trabajo y del deudor del salario, dando lugar a una figura mixta de cesión de crédito y asunción de deuda que opera *ope legis*⁹⁷. La continuidad de los contratos en la transmisión de la actividad empresarial y su asignación al adquirente, nuevo titular empresarial, debería ser, pues, un postulado clave del Derecho del Trabajo con el fin último de que la transmisión de la empresa no perjudique al trabajador, ni afecte a la subsistencia del contrato laboral⁹⁸. Sería preceptivo, por tanto, imponer *ex lege* la continuidad, de forma que la persona del concesionario perdiera importancia, quedando vinculado el contrato a la titularidad del vínculo administrativo, permitiendo que el trabajador siguiera trabajando en y para la misma concesión con idénticos derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social independientemente del origen individual o colectivo de éstos, aunque –efectivamente– haya cambiado la persona del adjudicatario y correlativamente de la contraparte de los contratos de trabajo.

Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al artículo 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial (que inspira, como se ha visto, la regulación incorporada a la LCSP –y antes también a la LCAP–), es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. Es más, en aquellas circunstancias en las cuales sea preceptiva la aplicación del principio de la sucesión de adjudicatarios con el obligado respeto de los derechos de los trabajadores transmitidos por cumplirse los requisitos previstos en el artículo 44 ET, van a surgir de inmediato dudas de difícil solución con el exiguo marco normativo vigente en la actualidad, una insuficiencia que lleva a exigir la oportuna intervención legislativa tendente a aclarar un panorama que ha ido encontrando únicamente solución a través de

(95) La intención tutelar de la estabilidad en el empleo ha sido reconocida tradicionalmente en los pronunciamientos de los Tribunales; entre otros, ya clásicos, SSTS de 27 de marzo y 19 de diciembre de 1980 (Ar. 1543 y 4956), 15 de mayo de 1981 (Ar. 2252), 15 de marzo y 17 de junio de 1983 (Ar. 1155 y 3017), 18 de julio de 1986 (Ar. 4238), 26 de enero, 3 y 9 de marzo, 9 de julio y 6 de octubre de 1987 (Ar. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834), 25 de febrero y 12 de julio de 1988 (Ar. 948 y 5098), 30 de septiembre y 15 de diciembre de 1997 (Ar. 7185 y 9180) y 15 de diciembre de 1998 (Ar. 437/1999) o SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 1991 (Ar. 1022) y La Rioja de 24 de febrero de 1992 (Ar. 862).

(96) GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F.: “Cambio de titularidad-sucesión de empresa. Selección de jurisprudencia”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1995, pág. 72.

(97) GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1997, pág. 506.

(98) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004, pág. 211.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

los pronunciamientos judiciales capaces de propiciar en ocasiones notables contradicciones y un importante grado de inseguridad jurídica.

La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión “de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma” (artículo 44.1 ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido “afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio” (artículo 44.2 ET)⁹⁹.

Teniendo en cuenta los presupuestos objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del fin subrogatorio a efectos laborales es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de “partes individualizadas” de la entidad empresarial¹⁰⁰, “siempre que conserven su identidad”¹⁰¹ y “lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado”¹⁰², esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la contrata o concesión frente a los usuarios. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia¹⁰³.

Es sumamente importante que la unidad productiva a transmitir al nuevo adjudicatario constituya, pues, un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficien-

**EXISTEN CONDICIONANTES
PARA QUE EL NUEVO
EMPRESARIO ASUMA
LOS DERECHOS
Y OBLIGACIONES
LABORALES DEL ANTERIOR**

(99) GARATE CASTRO, J.: “Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas”, *Actualidad Laboral*, 2004, tomo I, pág. 1053.

(100) MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad (Estudio del ordenamiento interno y comunitario)*, Madrid, 1999, págs. 71, 77 y 78.

(101) SSTs, Social, de 5 de abril y 30 de diciembre de 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 de enero y 19 de octubre de 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 de diciembre de 1997 (Ar. 736) o 29 de abril y 8 de junio de 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, de Murcia de 27 de septiembre de 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León (Valladolid) de 15 de julio de 1999 (Ar. 3762).

(102) STS, Social, de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531).

(103) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 153 y ss.

te autonomía funcional¹⁰⁴, quedando excluidos supuestos de transferencia de elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido¹⁰⁵.

Es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa¹⁰⁶, pues aun cuando la cesión lleva *per se* aparejada la entrega de la infraestructura pertinente, en realidad “no se transmite la organización empresarial básica para la explotación del servicio, lo cual ... es condición necesaria para la actuación del artículo 44 ET”¹⁰⁷. Efectivamente, la sucesión de concesionarios en la mera actividad objeto del contrato administrativo no es subsumible, en principio, en el supuesto contemplado en el artículo 44 ET, no en vano el cambio de titularidad en la concesión administrativa no suele ir acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva¹⁰⁸. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de concesiones administrativas no hay efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo¹⁰⁹. Cabe afirmar, por ende, cómo no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 ET, a no ser –como lógica excepción– que dicha subrogación venga impuesta por el pliego de condiciones o por el convenio colectivo aplicable¹¹⁰ (tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en el artículo 23 del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2007-2011 para los trabajadores empleados en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas)¹¹¹.

(104) MOLINA NAVARRETE, C.: “El problema de la identificación del concepto de ‘unidad productiva autónoma’ ex artículo 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, págs. 53-55.

(105) BELTRÁN MIRALLES, S.: “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 694 o RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000, págs. 13 y ss.

(106) CAMPS RUIZ, L.M.: “Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades”, *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, págs. 230-231.

(107) STS, Social, de 22 de abril de 1997 (RJ 3581). En el mismo sentido, SSTS de 5 de abril de 1993 (RJ 2906), 23 de febrero y 14 de diciembre de 1994 (RJ 1227 y 10093), 9 de febrero de 1995 (RJ 789), 27 y 29 de diciembre de 1997 (RJ 9639 y 9641), 31 de marzo y 29 de abril de 1998 (RJ 4575 y 3879), 26 de abril y 1 de diciembre de 1999 (RJ 4532 y RJ 2000, 516) o 11 de abril, 22 de mayo y 10 de julio de 2000 (RJ 3946, 4624 y 8295).

(108) ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: “La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

(109) Entre muchas, SSTS, Social, de 6 de febrero de 1997 (RJ 999) y 21 de octubre de 1998 (RJ 9299).

(110) ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, de 1 de diciembre de 1999 (RJ 516) y 25 de febrero de 2000 (RJ 4624).

(111) BOE núm. 197, de 27 de agosto de 2007.

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

Con todo, esta tesis restrictiva debería ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrandó su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual “dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción”¹¹², debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra¹¹³. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a la conclusión de que “las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico –una unidad productiva en sentido funcional y técnico– encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del artículo 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva”¹¹⁴.

Tal interpretación no ha sido asumida, sin embargo, por el Tribunal Supremo español, no en vano su línea mayoritaria sigue consistiendo en defender *a priori* (aun cuando con alguna matización en determinados supuestos)¹¹⁵ cómo la aplicación del artículo 44 ET queda condicionada a la ya conocida existencia de un mínimo soporte patrimonial constituido por una unidad organizada que permita prestar una actividad independiente al concesionario, porque la transmisión de unos meros servicios no constituyen por sí mismos ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma, si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura u organización¹¹⁶ (si bien –en excepción ya conocida– las normas sectoriales o el pliego de condiciones pueden prever que el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de todo o parte del personal que prestaba sus servicios para el anterior, así como establecer una regulación específica respecto de las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto

(112) SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Sánchez Hidalgo y otros; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Hernández Vidal y otros; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenne Ab; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto Temco, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Abler y otros y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto Güney-Gorresy Demir. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005, págs. 17 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, págs. 9 y ss. o RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007, págs. 81 y ss.

(113) Con serias dudas, SSTS, Social, de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y 7202).

(114) MONEREO PÉREZ, J.L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, *Relaciones Laborales*, 1986, tomo II, pág. 68.

(115) Significativamente, SSTS de 17 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) y 25 de enero de 2006 (RJ 2006, 2687).

(116) PEDRAJAS MORENO, A.: “Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa”, en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998, págs. 225 y ss.

legal transcrito)¹¹⁷. Así, en palabras del Alto Tribunal, “en los casos de sucesión de contratistas no hay transmisión de las mismas, sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aun cuando materialmente la contrata sea idéntica, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo si lo impusiere el pliego de condiciones —que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario— o se derive de normas sectoriales, si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el artículo 44 ET”¹¹⁸; esto es, se trataría del término de la concesión con la entrada de un nuevo empleador, quien no aparece vinculado con el precedente por ningún título traslativo respecto de elementos materiales y organizativos de la unidad productiva¹¹⁹.

En definitiva, pese a la línea interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que acentúa la protección de los intereses de los trabajadores más que los de los contratistas y de las empresas comitentes, la posición última a la que ha llegado el Alto Tribunal español¹²⁰ considera que si no han sido transmitidos los elementos que configuran la infraestructura organizativa básica de la concesión o si el nuevo contratista no se hace cargo, voluntariamente o porque así lo prevea el pliego de condiciones o el convenio colectivo de aplicación, de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del encargo público, no se produce sin más el efecto subrogatorio previsto en el artículo 44 ET¹²¹. Es necesario, pues, estar al caso concreto, no pudiendo afirmar *a priori* la aplicación del artículo 44 ET y, en consecuencia, del mecanismo subrogatorio en todos los supuestos de transmisión de una

(117) ORTIZ DE SOLÓRZANO, C.: “La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y la jurisprudencia del TJCE)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2003, págs. 241 y ss.

(118) Por todas, SSTs, Social, de 6 de febrero, 12 de marzo, 17 de junio y 10 de diciembre de 1997 (RJ 999, 2318, 4758 y RJ 1998, 736), 9 de febrero de 1998 (RJ 1644) y 30 de septiembre y 1 de diciembre de 1999 (RJ 9100 y RJ 2000, 516) o ATS, Social, de 21 de octubre de 1998 (RJ 9299).

(119) STSJ, Social, de Cataluña de 17 de febrero de 2005 (AS 602).

(120) RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 49.

(121) ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratistas”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 271. En la doctrina judicial, SSTs, Social, de 22 de mayo de 2000 (RJ 4624); en idéntico sentido, SSTs, Social, de 29 de abril de 1998 (RJ 3879), 22 de mayo de 2000 (RJ 4624), 14 de junio de 2006 (TOL 970175), 20 de septiembre de 2006 (RJ 6667) y 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 460) o SSTSJ, Social, de Galicia de 5 de diciembre de 2000 (AS 3972), 17 de enero de 2002 (JUR 72485) y 22 de enero de 2003 (AS 1962), Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2003 (AS 937), Galicia de 2 de abril de 2004 (AS 2004, 1668), Castilla y León (Valladolid) de 4 de julio de 2005 (JUR 175020), Extremadura de 23 de febrero de 2006 (TOL 849208), Murcia de 10 de abril de 2006 (TOL 953358) y Valladolid de 31 de octubre de 2007 (AS 2008, 488).

concesión administrativa¹²²; antes al contrario, la subrogación *ex lege* tendrá lugar únicamente cuando la nueva empresa adjudicataria va a quedar subrogada en la propiedad de todos los elementos de la cesante afectos a la concesión en cuestión y, por tanto, objeto de reversión¹²³, lo que puede implicar la devolución de cuantos bienes inmuebles y muebles estén sujetos al desarrollo de la contrata y que, a la postre, pueden llevar a la disolución de la empresa que pierde el concurso público y no puede continuar con su labor¹²⁴. En semejantes circunstancias, parece clara la aplicación de las previsiones establecidas en el artículo 44 ET. En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezca expresamente la subrogación¹²⁵.

Sin apartar la vista de lo previsto en el artículo 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación de la cláusula subrogatoria establecida por esta norma estatutaria al no concurrir los requisitos exigidos para ello, sería hartamente conveniente —y el legislador debe animar a ello con mayor contundencia que lo hace en la actualidad— que el pliego de condiciones de la contrata (una práctica que se está implantando cada vez más en el ordenamiento español pero sin alcanzar el rango de regla general) se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin “más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión”¹²⁶, todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores¹²⁷.

**EL PLIEGO DE
CONDICIONES DE LA
CONTRATA DEBERÍA
GARANTIZAR LA
ESTABILIDAD DE
LOS TRABAJADORES**

(122) STSJ, Social, de Canarias (Las Palmas) de 30 de septiembre de 2003 (I.L. J 2584). En el mismo sentido, SSTS, Social, de 26 de octubre de 2004 (TOL 550624) y 17 de mayo de 2005 (TOL 668429) o SSTSJ, Social, de Cataluña de 6 de octubre de 2004 (TOL 542426), Andalucía (Granada) de 21 de marzo de 2007 (JUR 27193) y Madrid de 19 de mayo de 2008 (AS 1857).

(123) SSTSJ, Social, Andalucía (Sevilla) de 20 de febrero de 2002 (TOL 484994) o Extremadura de 14 de septiembre de 2004 (TOL 494525).

(124) FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas*, Sevilla, 2008, págs. 81 y ss.

(125) SSTSJ, Social, de Navarra de 30 de enero de 2004 (AS 2046), Cataluña de 5, 21 y 22 de octubre, 5 de noviembre (I.L. J 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias (Las Palmas) de 29 y 30 de septiembre de 2003 (I.L. J 2589 y 2584), País Vasco de 23 de septiembre de 2003 (ILJ 2347), Cantabria de 29 de marzo de 2006 (TOL 800515), Aragón de 29 de mayo de 2007 (AS 2983) o Madrid de 18 de junio de 2007 (AS 2920). También STS, Social, de 12 de diciembre de 2007 (RJ 1781).

(126) STSJ, Social, de Castilla y León (Valladolid) de 11 de julio de 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SJS, 1, de Menorca de 5 de abril de 2005 (AS 428). De no establecerse nada al respecto el efecto jurídico es similar a la subrogación *ex lege*, “la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna”, STSJ, Social, de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de julio de 2001 (AS 3472).

(127) SSTS, Social, de 26 de abril y 30 de septiembre de 1999 (RJ 4532 y 9100) y 11 de abril de 2000 (RJ 3946).

Para materializar esta posibilidad, de momento facultativa, el artículo 104 de la LCSP, de una forma un tanto tímida, dispone que “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”, en clara referencia “a las personas que serán traspasadas, la antigüedad de las mismas, y su coste laboral actual, incluyendo las partidas salariales y las extrasalariales”¹²⁸. Se trata, pues, de “una garantía asumida por la empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido ... en el pliego de condiciones (sobre) el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando ... obliga a su debido cumplimiento”¹²⁹, pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

VI. CONCLUSIÓN

Como no podía ser de otra manera, la lucha contra la corrupción, la persecución del fraude y las prácticas irregulares, se han convertido en constatadas prioridades de la nueva legislación de contratos del sector público. Se trata de asegurar el preceptivo respeto y el minucioso cumplimiento de los requisitos económicos y técnicos exigidos a los licitadores, a través de los cuales conseguir no sólo la eficacia en la prestación del servicio público en beneficio de la colectividad, sino también la tutela de los derechos laborales de los trabajadores al servicio de los empresarios que pretenden asumir el papel de contratistas o concesionarios, pues no cabe duda de que la elección, como posibles adjudicatarios, de aquellos empleadores más solventes, contribuirá, de manera decidida, a reducir las altas tasas de precariedad laboral existentes en la actualidad.

Ahora bien, aun cuando son varios los instrumentos diseñados a tal fin, por la LCSP, lo cierto es que algunos de ellos chocan con determinadas previsiones del ordenamiento social, siendo necesaria una mayor coordinación entre estas dos ramas jurídicas. La

(128) Así lo ha considerado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en su Informe 33/02, de 23 de octubre, al afirmar que “la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son sólo las propias relativas a la presentación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que provienen de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 LCAP (actual artículo 99 LCSP). Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando servicios y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobran especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan, en los términos establecidos en el artículo 79.1 de la Ley (actual artículo 129 LCSP), el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición”.

(129) STSJ, Social, de la Comunidad Valenciana de 12 de noviembre de 2004 (AS 3875), con cita de la STS, Social, de 6 de junio de 2001 (RJ 5490). En el mismo sentido, STS, Social, de 3 de mayo de 2004 (TOL 463070).

La solvencia del contratista como garantía de derechos laborales

enjuicia de los intereses en juego obliga a realizar este esfuerzo de armonización, no en vano redundará en la deseada disminución de las elevadas dosis de inestabilidad obrantes en el mercado de trabajo español, sobre todo en un contexto económico como el actual marcado por una acusada recesión acompañada de elevados índices de paro y de rotación de mano de obra. La lucha por un “empleo de calidad” debe potenciarse desde todos los frentes posibles, incluido el marco de la contratación pública, pero si, para ello, es necesario introducir alguna reforma colateral, procede actuar en tal sentido sin demora.

Las fuentes normativas de Derecho comparado aparentemente inspiradoras del régimen legal de nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes¹

ALBERTO ARUFE VARELA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de A Coruña

Resumen

LAS FUENTES NORMATIVAS DE DERECHO COMPARADO APARENTEMENTE INSPIRADORAS DEL RÉGIMEN LEGAL DE NUESTROS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

Sobre la base de que la regulación de los trabajadores autónomos económicamente dependientes constituye la principal novedad contenida en la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, este trabajo –partiendo de las referencias de Derecho comparado del Preámbulo de la Ley en cuestión– analiza las posibles fuentes normativas extranjeras inspiradoras de dicha novísima regulación legal española.

De un lado, descartando que pueda tratarse de la legislación laboral y de seguridad social italiana, sobre “trabajo parasubordinado”. De otro lado, conjeturando que dichas fuentes inspiradoras deben ser alemanas, contenidas en diversas Leyes laborales de la Federación, así como en dos Libros del Código alemán de Seguridad Social.

Abstract

THE LEGAL COMPARATIVE LAW SOURCES APPARENTLY INSPIRING THE LEGAL REGIME OF OUR ECONOMIC DEPENDENT AUTONOMOUS WORKERS

On the basis that the regulation of the economic dependent autonomous workers is the main novelty contained in the Act 20/2007, on the Statute of Autonomous Work, this paper –starting from the Comparative

Law references of the Preamble of such Act– analyzes the possible foreign legal sources inspiring such brand new Spanish legal regulation. On the one hand, ruling out the Italian Labor and Social Security legislation

(1) Trabajo realizado al amparo de la cobertura económica del proyecto de investigación SEJ2007-67443/JURI, cofinanciado por el Ministerio de Educación y Ciencia –Dirección General de Investigación– Subdirección General de Proyectos de Investigación [convocatoria publicada por Resolución de 29 de septiembre 2006 (BOE de 11 de octubre de 2006)] y el FEDER.

about “parasubordinati” workers. On the other hand, conjecturing that the inspiring sources must be the German ones, contained

in several Labor Acts of the Federation, as well as in two Books of the German Social Security Code.

Sumario

I. Las referencias de derecho comparado contenidas en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo. II. El trabajador autónomo económicamente dependiente en la legislación laboral alemana. III. El trabajador autónomo económicamente dependiente en el Código alemán de Seguridad Social.

I. LAS REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO CONTENIDAS EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 20/2007, DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

1. Aunque las exposiciones de motivos de la Leyes españolas –a diferencia de lo que ocurre con las *findings of policy* incluidas en las Leyes norteamericanas²– carezcan de todo valor jurídico, en principio, al no poder asimilarse a la “ley” de que hablan nuestras Leyes procesales cuando proceden a regular la casación por infracción del ordenamiento jurídico³, lo cierto es que constituyen un elemento interpretativo de mucha utilidad del articulado y las disposiciones extravagantes de la concreta norma de que se trate, a valorar –eso sí– dentro del conjunto de parámetros interpretativos de las normas a que se refieren el artículo 3.1 del Código Civil y el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴. En relación con las Leyes laborales que vienen promulgándose en España últimamente, cabe anotar –como singularidad que nos parece reseñable– el hecho de que sus respectivas ex-

(2) De entrada, estas últimas forman parte del articulado de la concreta Ley norteamericana de que se trate. Es el caso, respecto de la Ley Wagner de 1935, de su sección rotulada “Consideraciones y políticas [Findings and policies]”, actualmente contenida en la sección 151 del Título 29 del Código de los Estados Unidos; respecto de la Ley Taft-Hartley de 1947, de su sección rotulada “Título abreviado; declaración del objetivo y política del Congreso (Short title; Congressional declaration of purpose and policy)”, actualmente contenida en la sección 141 del Título 29 del Código de los Estados Unidos; y respecto de la Ley Landrum-Griffin de 1959, de su sección rotulada “Declaración de consideraciones, objetivos y política del Congreso (Congressional declaration of findings, purposes, and policy)”, actualmente contenida en la sección 401 del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Sobre esta última, véase ALONSO OLEA, M.: *La Ley sindical norteamericana de 1959. Traducción, introducción y notas*, Consejo Social de la Organización Sindical Española, Madrid, 1960, págs. 3 y ss.

(3) En nuestra jurisdicción, véase artículo 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral.

(4) Acerca del impacto de estos parámetros en lo laboral, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo, A Coruña, 2006, pág. 39.

posiciones de motivos suelen contener referencias al “Derecho comparado” en el que se inserta, más o menos difusamente, el verdadero cuerpo jurídico de la concreta norma que con dicha clase de preámbulo acompañante pretende presentarse en sociedad⁵. Tal es el caso de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, cuyo “Preámbulo” –por lo demás, bastante necesitado de algún pulido formal– afirma entusiásticamente todo lo siguiente: 1) que “el derecho comparado de los países de nuestro entorno no dispone de ejemplos sobre una regulación del trabajo autónomo como tal”⁶; 2) que “en los países de la Unión Europea sucede lo mismo que en España: las referencias a la figura del trabajador autónomo se encuentran dispersas por toda la legislación social, especialmente la legislación de seguridad social y de prevención de riesgos”⁷, y 3) que “en este sentido, cabe resaltar la importancia que tiene el presente Proyecto (sic) de Ley, pues se trata del primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea, lo que sin duda constituye un hito en nuestro ordenamiento jurídico”⁸. Pues bien, sobre la base de que la verdadera novedad “laboral” de esta Ley la representa la regulación que efectúa del “régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”⁹ –que tanto está dando que hablar, incluso judicialmente¹⁰–, pretendemos arrojar luz con este trabajo, en relación con el modelo de Derecho comparado eventualmente tenido en cuenta como referente por nuestro legislador, al efecto de marcar el “hito” –superador del modelo extranjero en cuestión–, a que tan entusiásticamente se refieren los párrafos recién transcritos. En nuestra opinión, por lo que ahora mismo se razonará, dicho modelo no es el modelo formalizado en el ordenamiento jurídico italiano, sino el modelo alemán, alumbrado en Alemania –lo veremos enseguida– ya en los lejanos, aunque laboralmente esplendorosos, tiempos de la República de Weimar.

2. El descarte del modelo italiano –aunque también haya podido tenerse en cuenta, de algún modo, por nuestra Ley

(5) Al respecto, véase ARUFE VARELA, A.: “Tres modelos distintos de formalización del Estatuto de los empleados públicos, al hilo de la exposición de motivos del Estatuto español”, *Temas Laborales*, núm. 96, 2008, págs. 85 y ss.

(6) Apartado I, párrafo sexto, inciso primero.

(7) *Ibidem*, inciso segundo.

(8) *Ibidem*, inciso tercero.

(9) Cfr. Capítulo III de su Título II, artículos 11 a 18.

(10) Al respecto, caliente, Sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 29 octubre 2008 (AranzadiWESTLAW, ref. AS 2799/2008). En nuestra doctrina científica, asimismo caliente, véase CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 27 y ss.

**EL MODELO DE NUESTRO
TRABAJADOR AUTÓNOMO
ECONÓMICAMENTE
DEPENDIENTE SE BASA
EN EL MODELO ALEMÁN**

20/2007— nos parece claro, al menos por las siguientes razones. En primer lugar, las de carácter puramente terminológico, ancladas en el dato de que la legislación laboral y de seguridad social italiana no conoce la expresión “trabajador autónomo económicamente dependiente”¹¹, supuesto que en ella se habla para aludir a tal figura, tradicionalmente —aunque sólo a partir de 1959—, de “prestación de obra continuativa y coordinada (*prestazione d’opera continuativa e coordinata*)”¹², y más recientemente, de “trabajadores parasubordinados (*lavoratori parasubordinati*)”¹³. En segundo lugar, porque la legislación italiana no regula en ningún lado porcentajes de ingresos económicos, que permitan objetivar —a diferencia de lo que ocurre en nuestra Ley 20/2007— el grado de dependencia económica predicable de esta concreta clase de trabajadores. Y en tercer lugar, por haber habido en Italia una sorprendente evolución en el tratamiento legal de la figura, que ha acabado por desnaturalizarla —creemos que totalmente—, puesto que desde el año 2003 los “parasubordinados” italianos han dejado de ser trabajadores autónomos, para pasar a convertirse en trabajadores vinculados al receptor de sus servicios por un verdadero contrato de trabajo¹⁴ —aunque el Derecho positivo italiano, siempre confuso para el observador español de sus fuentes directas, parezca dar aquí la impresión del hispánico *sostenella e non enmendalla*—, bautizado con el nombre eufemístico de “trabajo a proyecto (*lavoro a progetto*)”¹⁵. En Alemania, en cambio, ocurre punto por punto todo lo contrario.

3. En efecto, por contraposición a lo que ocurre en el ordenamiento italiano, es claro que en el ordenamiento alemán, al igual que sucede en nuestra Ley 20/2007: 1) se habla inequívocamente y sin ambages del trabajador autónomo sujeto a dependencia económica, incluso de una manera parsimoniosamente pedagógica (por ejemplo, “se consideran trabajadores”, a los efectos que luego se verán, “otras personas que, por causa de su dependencia económica, se reputan personas asimiladas al trabajador”); 2) se hace referencia, asimismo inequívocamente, a un concreto porcentaje de ingresos percibidos por el trabajador en cuestión (por ejemplo, también a los efectos que luego se verán, son tales

(11) En el plano doctrinal, pero con cita exhaustiva de las fuentes jurídicas directas (tanto laborales como de seguridad social), véase VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, 4ª ed., CEDAM, Padua, 2004, págs. 14 y ss. En el plano jurisprudencial, véase TRAMONTANO, L.: *Il repertorio di giurisprudenza del lavoro. Una pratica sintesi di orientamenti giurisprudenziali sul diritto del lavoro*, La Tribuna, Piacenza, 1998, págs. 490 y 491.

(12) Esta expresión fue utilizada, por vez primera, por el artículo 2 de la Ley de 14 de julio de 1959, núm. 741, sobre Normas transitorias para garantizar mínimos de trato económico y normativo a los trabajadores. En la actualidad, el precepto clave sobre el tema es el artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, en la redacción que le dio la Ley de 11 de agosto de 1973, núm. 533, sobre Regulación de las controversias individuales de trabajo y de las controversias en materia de previsión y de asistencia obligatorias.

(13) Especialmente, en la legislación de seguridad social. Al respecto, por ejemplo, véase artículo 5 del Decreto Legislativo de 23 de febrero de 2000, núm. 38, sobre Disposiciones en materia de aseguramiento contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, al amparo del artículo 55, apartado 1, de la Ley de 17 de mayo de 1999, núm. 144. También, en la legislación laboral regional, como en la hipótesis, por ejemplo, del artículo 2 de la Ley Regional (de la Región de Lazio) de 2 de septiembre de 2003, núm. 27, sobre Intervenciones regionales a favor de los trabajadores parasubordinados.

(14) Existe incluso un convenio colectivo nacional de trabajo, vigente desde 4 de abril de 2000, específicamente relativo al “trabajo parasubordinado”, que procede a definir éste en su artículo 1. El texto del convenio resulta pública y gratuitamente accesible en Internet, a través del portal del Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo (*Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro*), ubicado en www.cnel.it.

(15) Sobre él, véase ARUFE VARELA, A.: “El cumplimiento por Italia de las recomendaciones europeas sobre el empleo, a través de la ‘Reforma Biagi’”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 10, 2006, pág. 70.

quienes “reciban de una persona por término medio más de la mitad de la retribución que les corresponda por toda su actividad profesional”), y 3) no se trata de personas que presten servicios con sujeción a un contrato de trabajo –los alemanes hablarían aquí de que no existe “relación laboral (*Arbeitsverhältnis*)”–, pues se trata de verdaderos trabajadores autónomos¹⁶. Esto último está implícito en la legislación laboral alemana, aunque haya sido explicitado por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo (al respecto, *infra* II, “El trabajador autónomo económicamente dependiente en la legislación laboral alemana”). Está explícito, en cambio, en la legislación alemana de seguridad social (al respecto, *infra* III, “El trabajador autónomo económicamente dependiente en el Código alemán de Seguridad Social”).

II. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ALEMANA

4. Sin duda alguna, la referencia más linajuda –en la legislación laboral alemana– a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, la más continuamente citada por la jurisprudencia de ese país, y la más crucial –por referirse, precisamente, a la competencia de los tribunales laborales– es la contenida en el párrafo 5 de la “Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*)” o, en abreviatura, ArbGG, de 3 de septiembre de 1953. Según este precepto [rotulado “Concepto de trabajador (*Begriff des Arbeitnehmers*)”], “trabajadores, a los efectos de esta Ley, son los obreros y empleados, así como los ocupados para su formación profesional”¹⁷, teniendo en cuenta –prosigue– que “también se consideran trabajadores ... otras personas que, por causa de su dependencia económica (*sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit*), se reputan personas asimiladas al trabajador (*als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind*)”¹⁸. Se trata de una norma cuyo tenor se remonta a los tiempos de la República de Weimar –de ahí, en consecuencia, su carácter de precedente absoluto en toda Europa–, puesto que en la “Ley del Tribunal de Trabajo” de 23 de diciembre de 1926, asimismo en su párrafo 5 (igualmente rotulado “Concepto de trabajador”), ya se afirmaba que “a los trabajadores se equiparan las personas que, sin estar en una relación contractual laboral, prestan trabajo por orden y cuenta de otras personas determinadas [artesanos a domicilio (*Hausgewerbetreibende*) y demás personas asimiladas al trabajador (*sonstige arbeitnehmerähnliche Personen*)]”¹⁹.

(16) Y lo mismo sucede en España, a pesar del evidente *lapsus* en que incurre el Preámbulo de la Ley 20/2007 –ya se dijo que necesitado de algún pulido formal–, allí donde afirma que “la disposición final quinta establece un plazo de un año para el desarrollo reglamentario de la Ley en lo relativo al contrato de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes” (apartado V, párrafo penúltimo).

(17) Párrafo 5, apartado 1, inciso primero.

(18) *Ibidem*, inciso segundo. Sobre el tema, véase BADER, P., CREUTZFELDT, M., y FRIEDRICH, H.-W.: *ArbGG. Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz*, 4ª ed., Luchterhand, Múnich, 2006, pág. 110.

(19) Párrafo primero, inciso segundo. He localizado la norma en cuestión, redactada en alemán gótico, por medio del sitio en Internet de la Biblioteca Nacional de Austria, accediendo a través de la dirección <http://alex.onb.ac.at>.

5. En el ámbito del Derecho individual del Trabajo, cabe anotar la existencia de tres referencias más a la figura en cuestión²⁰. Dos de ellas son explícitas, y aparecen contenidas en la “Ley de Vacaciones Mínimas de los Trabajadores (Ley Federal de Vacaciones) [Mindesurlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)]” o, en abreviatura, BURLG, de 8 de enero de 1963, a cuyo tenor “trabajadores a los efectos de la Ley son los obreros y empleados, así como los ocupados para su formación profesional”²¹, teniendo en cuenta que “también se consideran trabajadores las personas que, por causa de su dependencia económica (*wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit*), deban reputarse personas asimiladas a trabajadores (*als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind*)”²²; y también, en la “Ley General de Igualdad de Trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)” o, en abreviatura, AGG, de 14 de agosto de 2006²³ —en consecuencia, la Ley federal alemana proscriptora de la discriminación en general, aunque de alcance mucho más amplio que nuestra Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres—, en la que se afirma que son empleados —entre otros— “las personas que sean consideradas como personas asimiladas a trabajadores (*als arbeitnehmerähnliche Personen*) por causa de su dependencia económica (*wegen ihren wirtschaftlichen Unselbständigkeit*)”²⁴. La tercera es una referencia implícita o por remisión, contenida en la “Ley sobre la Ejecución de Medidas de Protección (frente a los riesgos) del Trabajo para la Mejora de la Seguridad y de la Protección de la Salud de los Ocupados en el Trabajo [Ley de Protección (frente a los riesgos) del Trabajo] (*Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz)*)” o, en abreviatura, ArbSchG, de 7 de agosto de 1996²⁵ —que es la Ley federal alemana equivalente de nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales—, según la cual son trabajadores —asimismo entre otros— las “personas asimiladas a trabajadores (*arbeitnehmerähnliche Personen*) en el sentido del parágrafo 5, apartado 1, de la Ley del Tribunal del Trabajo”²⁶.

6. En el ámbito del Derecho colectivo del Trabajo, la norma clave es el parágrafo 12.a) de la “Ley del Convenio Colectivo (*Tarifvertragsgesetz*)” o, en abreviatura, TVG, de 9 de abril de 1949 —equivalente del Título III de nuestro Estatuto de los Trabajadores—, cuyo tenor se remonta —en lo esencial— al año 1974²⁷. Se trata de una norma de interés iuscomparatista superlativo, supuesto el parecido que presenta con ella el artículo 11 de nuestra Ley 20/2007. En efecto, dicho parágrafo 12.a) consta de cuatro apartados —redactados con un

(20) Al respecto, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. e SCHMIDT, I., (editores): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2009, pág. 1.384.

(21) Parágrafo 2, inciso primero.

(22) *Ibidem*, inciso segundo.

(23) Sobre el contexto y el peculiar marco jurídico en que se inserta esta Ley, véase ARUFE VARELA, A.: *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo, A Coruña, 2008, págs. 11 y ss.

(24) Parágrafo 6, apartado 1, núm. 3.

(25) Su traducción y concordancias con nuestro Derecho, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo, A Coruña, 2007, págs. 53 y ss. y 157 y ss.

(26) Parágrafo 2, apartado 2, núm. 3.

(27) Al respecto, véase KEMPEN, O.E. y ZACHERT, U. (editores): *TVG. Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis*, 4ª ed., Bund-Verlag, Frankfurt am Main, 2006, pág. 1.133.

casuismo más bien propio de las normas de carácter reglamentario—, aunque su apartado clave es el primero, a cuyo tenor “los preceptos de esta Ley (sobre convenios colectivos, recuérdese) se aplican igualmente ... a las personas que son dependientes económicamente (*die wirtschaftlich abhängig*) y están necesitadas de protección de seguridad social comparable a la de un trabajador [personas asimiladas a trabajadores (*arbeitnehmerähnliche Personen*)], cuando estén ocupadas por otras personas al amparo de contratos de servicios o contratos de obras y que realicen prestaciones debidas personalmente y en lo esencial sin la colaboración de trabajadores”²⁸, y además, “estén ocupadas principalmente por una persona”²⁹ o “reciban de una persona por término medio más de la mitad de la retribución que les corresponda por toda su actividad profesional”³⁰. El precepto se aplica única y exclusivamente, a los efectos de la concreta Ley que lo contiene, pero no a otros efectos distintos (por ejemplo, los de la delimitación de la competencia de los tribunales laborales alemanes). Y así lo confirma reiterada jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, según la cual —siempre a efectos distintos de los regulados en la citada Ley de convenios colectivos—, la delimitación de lo que sea o no trabajador económicamente dependiente, como concepto jurídico abstracto que es, depende de las circunstancias y hechos concretos de cada caso³¹.

LA DELIMITACIÓN DE LO QUE ES O NO UN TRADE DEPENDE DE CADA CASO CONCRETO

III. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN EL CÓDIGO ALEMÁN DE SEGURIDAD SOCIAL

7. En Alemania, como es sabido, el Derecho del Trabajo (*Arbeitsrecht*) y el Derecho de la Seguridad Social (*Sozialrecht*) son compartimentos estancos, incluso desde el punto de vista pro-

(28) Núm. 1, párrafo primero.

(29) *Ibidem*, letra a).

(30) *Ibidem*, letra b), inciso primero. Según esta misma letra, “si esto no fuese previsible, entonces habrá que aplicar para el cálculo, supuesto que no se haya acordado otra cosa en el convenio colectivo, lo que corresponda a los últimos seis meses, en proporción a la duración de la actividad en este período” (inciso segundo).

(31) El caso más reciente sobre el tema es una Sentencia (*Urteil*), no Auto (*Beschluss*), de la Sala Quinta del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) de 26 de septiembre de 2007 (referencia 5 AZR 858/06), localizable vía www.bundesarbeitsgericht.de, según la cual “de todas maneras, la demandante no era ninguna persona asimilada a trabajador, porque no dependía económicamente de la demandada [cfr. con todo detalle, al respecto de la dependencia económica como rasgo esencial de las personas asimiladas a trabajador (Auto de la misma) Sala de 21 de febrero de 2007 – (referencia) 5 AZB 52/06 ...]” (marginal 13). Sobre la distinción, crucial desde un punto de vista procesal en Alemania, entre Autos y Sentencias, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 92 y ss. Sobre grandes Autos y grandes Sentencias del Tribunal Federal de Trabajo, véase ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo, A Coruña, 2008, págs. 3 y ss.

cesal, pues de los pleitos de seguridad social no conocen los tribunales laborales, sino los tribunales de seguridad social, que aparecen regulados en una Ley de 1953³². Desde el punto de vista sustantivo, el contraste es asimismo muy claro, puesto que la legislación laboral alemana está desperdigada en una multitud de normas, mientras que el Derecho de la Seguridad Social se encuentra, en cambio, codificado. El Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*) —o, en abreviatura, SGB— es una norma gigantesca, verdadero ejemplo de codificación contemporánea de Derecho constante —pública y gratuitamente accesible, en versión consolidada, a través de Internet—, aunque presenta la importante peculiaridad, frente a lo que ocurre con la Ley General española de la Seguridad Social, de que no estructura la seguridad social por regímenes —general y especiales—, sino por seguros³³. Este Código alemán de Seguridad Social es una obra todavía inconclusa. En la actualidad, consta de doce Libros, de los cuales los más importantes a nuestros efectos son sus Libros Sexto y Noveno, puesto que —sobre la base de que los trabajadores autónomos económicamente dependientes son, según dicho Código, verdaderos trabajadores autónomos³⁴— se trata de los dos únicos Libros de éste que contienen una referencia expresa a los trabajadores autónomos en cuestión.

8. En efecto, el Libro Sexto de dicho Código —regulador del “Seguro legal de pensiones (*Gesetzliche Rentenversicherung*)”— se anima a mencionar a los trabajadores autónomos económicamente dependientes³⁵, aunque no siempre fue así, puesto que esta mención se remonta al año 1999. En este año se promulgó la “Ley de Fomento del Trabajo Autónomo (*Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit*)”, que pretendía —entre otros objetivos— reforzar la protección de seguridad social —en cuanto a la jubilación y a la incapacidad permanente— de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, a cuyo efecto procedió a modificar el citado Libro Sexto. La modificación en cuestión se focalizó —en lo que a nosotros interesa— en el parágrafo 2 [rotulado “Actividades autónomas (*Selbständige Tätige*)”] de dicho Libro, a cuyo tenor “son activos autónomos con deber de aseguramiento” —por tanto, a diferencia de lo que suele ocurrir con la generalidad de trabajadores autónomos, sujetos a un verdadero seguro social obligatorio—, entre otras, “las personas que: a) en conexión con su actividad autónoma no emplean regularmente trabajadores con deber de aseguramiento cuyo salario derivado de esta relación de empleo no exceda ordinariamente de 630 marcos alemanes al mes, y b) de manera duradera y en lo esencial trabajen

(32) Se trata de la Ley del Tribunal de Seguridad Social (*Sozialgerichtsgesetz*) o, en abreviatura, SGG, de 3 de septiembre de 1953. Sobre ella, MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo, A Coruña, 2007, págs. 100 y ss.

(33) Al respecto, ARUFE VARELA, A.: “El modelo continental europeo de codificación de la legislación de seguridad social: Francia y Alemania”, en el volumen *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La seguridad social en el siglo XXI*, Laborum, Murcia, 2008, págs. 383 y ss.

(34) Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.: “Los contrastes, entre España y Alemania, de la protección de seguridad social de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2009, págs. 626 y ss.

(35) Véase, a pesar de tratarse de un enfoque puro de Derecho del Trabajo, JUNKER, A.: *Grundkurs Arbeitsrecht*, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2006, págs. 59 y 60.

sólo para un cliente”³⁶. Tras la adopción por Alemania del euro, el tenor del precepto se corrigió levemente, al solo efecto de indicar que el tope citado de “630 marcos alemanes” pasaba a ser el de “400 euros”. Y tras este retoque, la redacción actualmente vigente del precepto se la ha dado una Ley de 2007 –más en concreto, la “Ley para la Adecuación de los Límites de Edad Ordinaria al Desarrollo Demográfico y para el Fortalecimiento de las Bases de Financiación del Seguro Legal de Pensiones (RV-Ley de Adecuación de los Límites de Edad) [*Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demografische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz)*]”–, que ha procedido a clarificar y a recortar el concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente con deber de aseguramiento, indicando –respecto del “cliente” para el que trabaja– que “en caso de sociedades, se consideran clientes los clientes de la sociedad”³⁷, al tiempo que simultáneamente se elimina la posibilidad de que este peculiar tipo de autónomos pueda emplear trabajadores dependientes.

9. En el propio Código, existe otra referencia explícita más a estos últimos, contenida en el párrafo 138 de su Libro Noveno, que es un Libro genéricamente rotulado “Rehabilitación y participación de personas discapacitadas (*Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*)”. Se trata de un Libro de tamaño mediano en el Código alemán –formalmente consta de 160 párrafos, aunque materialmente sean algunos más, dada la existencia en él de preceptos con numeración duplicada³⁸–, cuyo contenido evoca el de los artículos 153 a 159 de nuestra Ley General de la Seguridad Social (sobre “Recuperación”, y más en concreto, sobre “Prestaciones recuperadoras”, “Prestación económica” y “Empleo selectivo”), actualmente derogados³⁹. El precepto alemán [cuyo rótulo es “Posición jurídica y salario de las personas discapacitadas (*Rechtsstellung und Arbeitsentgelt behinderter Menschen*)”] afirma que “el contenido de la relación jurídica del asimilado al trabajador (*der Inhalt des arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses*) se regula detalladamente por medio de contratos de obra entre las personas discapacitadas y el responsable de la obra, tomando en consideración la relación relativa a la prestación de seguridad social existente entre las personas discapacitadas y la entidad gestora de la rehabilitación”⁴⁰.

(36) Apartado 1, núm. 9.

(37) Letra b), medio inciso segundo.

(38) Sobre este libro, véase LACHWITZ, K., SCHELLHORN, W. y WELTI, F.: *SGB IX – Rehabilitation*, 2ª ed., Luchterhand, München, 2005, págs. 2 y ss.

(39) Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo, A Coruña, 2008, pág. 281.

(40) Párrafo 138, apartado 3. Al respecto, véase MÜLLER-GLÖGE, R. PREIS U. e SCHMIDT, I. (editores): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., cit., pág. 1.384.

El Estatuto del Trabajo Autónomo, y en concreto la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente: el Real Decreto 197/2009 un desarrollo reglamentario insuficiente

IGNACIO CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA

Asociado de Garrigues Abogados
y Asesores tributarios

Resumen

EL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO, Y EN CONCRETO LA FIGURA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE: EL REAL DECRETO 197/2009 UN DESARROLLO REGLAMENTARIO INSUFICIENTE

La publicación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo ha pretendido otorgar el necesario marco jurídico para la regulación del trabajo autónomo, que se encontraba huérfano de una sistematización legislativa. Se ha creado incluso la nueva figura del “trabajador autónomo económicamente dependiente” delimitando de este modo tres niveles o “categorías” entre quienes prestan servicios a terceros y las empresas que los reciben.

Sin perjuicio de su inicial importancia, lo cierto es que esta Ley abusa de una serie de afirma-

ciones programáticas que hacían inviable su aplicación práctica inmediata sin un desarrollo reglamentario. Este necesario desarrollo se ha producido, de forma parcial a lo necesario, con la publicación del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de Asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. Un desarrollo reglamentario que, como se analizará a continuación es insuficiente.

Abstract

THE STATUTE OF THE AUTONOMOUS WORK, AND IN SHORT THE FIGURE OF THE ECONOMICALLY DEPENDENT SELF-EMPLOYED PERSON: THE ROYAL DECREE 197/2009 AN INSUFFICIENT REGULATION DEVELOPMENT

The publication of the Law 20/2007, of July 11, of the Statute of the Autonomous Work have tried to grant the necessary juridical framework for the regulation of the autonomous work that was orphan of a legislative systematizing. It has even been created the new figure of the "economically dependent self-employed person" defining this way three levels or "categories" among those who lend services to third and the companies that receive them.

Without detriment to its initial importance, the certain thing is that this Law abuses of a

series of programmatic statements that made unviable its immediate practical application without a regulation development. This necessary development has taken place, in a partial way, with the publication of the Royal Decree 197/2009, of February 23, for which the Statute of the Autonomous Work is developed as regards the economically dependent self-employed person's contract and its registration and it is created the State Registry of Professional Associations of Self-employed Persons. A regulation development that, like it will be analysed next, it is insufficient.

Sumario

I. Aspectos relevantes de la regulación de los trabajadores autónomos. A) Régimen jurídico y profesional del trabajador autónomo. B) Forma y duración del contrato de los trabajadores autónomos. C) Prevención de riesgos laborales. D) Derechos colectivos. E) Protección social del trabajador autónomo. **II. La figura del trabajador autónomo económicamente dependiente.** A) Aspectos fundamentales de la relación del TRADE con las empresas para las que prestan sus servicios. B) Los Acuerdos de Interés Profesional. C) Protección social. D) Competencia jurisdiccional. E) Adaptación de los contratos suscritos con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo. F) Obligaciones en materia de información. **III. Conclusiones.**

La publicación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, supuso la oportunidad de ofrecer un marco jurídico propio al trabajo autónomo que hasta ese momento no se encontraba sistematizado legislativamente, de hecho con ello se trató de regular un colectivo cada vez más variado y numeroso el cual venía reivindicando históricamente una protección social en términos semejantes a la que se dispensa a los trabajadores por cuenta ajena.

El insuficiente desarrollo reglamentario de los TRADE

Así, esta nueva norma surgió con la intención de definir el trabajo autónomo y regular los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos, su nivel de protección social, las relaciones laborales y las políticas de fomento del empleo autónomo.

Incluso, se creó la nueva figura del “trabajador autónomo económicamente dependiente” (en adelante, TRADE) definiendo de este modo tres niveles o “categorías” entre quienes prestan servicios a terceros y las empresas que los reciben, en función de la naturaleza del vínculo existente entre ambos, en concreto, el trabajador autónomo en su concepción clásica, el trabajador autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena.

No obstante esta primera Ley, a la cual debemos dar la importancia de ser la primera que trató de sistematizar este colectivo de trabajadores, abusaba de una serie de afirmaciones programáticas que hacían inviable su aplicación práctica inmediata sin un desarrollo reglamentario.

Este necesario desarrollo se ha producido, de forma parcial a lo necesario, con la publicación del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de Asociaciones profesionales de trabajadores autónomos¹. Un desarrollo reglamentario que, como analizaremos a continuación, es insuficiente.

A este respecto debemos indicar que esta norma reglamentaria ya nació con retraso respecto de los plazos que marcaba la Ley. Concretamente, la Disposición Final Sexta del Estatuto del Trabajador Autónomo estipulaba una *vacatio legis* de tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 12 de julio de 2007, esto es, que la efectividad de la norma data de 12 de octubre de 2007. Por otro lado, la Disposición Final Quinta preveía que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley habría de procederse al desarrollo reglamentario de la norma a los efectos de lo previsto en su artículo 12.1, segundo párrafo, de la Ley².

(1) Cuya entrada en vigor es de 5 de marzo de 2009.

(2) En dicho apartado se establece lo siguiente:

“Reglamentariamente se regularán las características de dichos contratos (del trabajador autónomo económicamente dependiente) y del Registro en el que deberán inscribirse, así como las condiciones para que los representantes legales de los

**LA APLICACIÓN PRÁCTICA
DE LA LEY ERA INVIABLE
SIN UN DESARROLLO
REGLEMENTARIO**

De este modo, el desarrollo reglamentario debería haberse hecho efectivo antes del 12 de octubre de 2007 y no en marzo de 2009 como así ha sido.

Este retraso no es baladí ya que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley establece un plazo de adaptación de los contratos vigentes de los TRADE. Concretamente, se estipula que los contratos de los TRADE y su cliente deberán adaptarse a las previsiones contenidas en la Ley dentro del plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que se dicten.

Por otro lado, se preveía en la norma, igualmente, la obligación para el TRADE de que, en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias, informen a su cliente que ostenta la condición de TRADE con respecto de él.

Por tanto, un proceso de adaptación que debería haber finalizado en abril de 2009, aproximadamente, acaba de empezar en el mes de marzo en un sector que requiere operatividad y eficacia en la nueva regulación. De hecho este retraso ha provocado pronunciamientos judiciales sobre la consideración de los TRADE y la naturaleza jurídica de la relación mantenida por ellos que tras la publicación del Reglamento habrán de ser revisados o en todo caso modificar la doctrina judicial ya generada al respecto.

De este modo, procede hacer una exposición de las principales características de la regulación de los trabajadores autónomos incidiendo en aquellos aspectos que el nuevo Estatuto del Trabajo Autónomo vino a introducir respecto de la regulación existente hasta ese momento.

I. ASPECTOS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

A) Régimen jurídico y profesional del trabajador autónomo

Se entenderán incluidos en el ámbito de aplicación de la norma:

- a) Los socios industriales de sociedades regulares y colectivas y de sociedades comanditarias.
- b) Los comuneros de las comunidades de bienes y de socios de las sociedades civiles irregulares, salvo que la actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.

trabajadores tengan acceso a la información de los contratos que su empresa celebre con trabajadores autónomos económicamente dependientes. De dicha información se excluirá, en todo caso, el número de documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro dato que, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal”.

El insuficiente desarrollo reglamentario de los TRADE

c) Quienes ejerzan funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla.

d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

e) En general, cualquier persona física que realice de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

Desde el punto de vista *regulatorio*, interesa destacar que serán fuente normativa para este colectivo:

- Las disposiciones de la Ley, en todo lo que no se oponga a las normas específicas aplicables a su actividad, así como el resto de las normas legales y reglamentarias de aplicación.
- La normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo.
- Los pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle la actividad, entendiéndose nulas y sin efecto las cláusulas establecidas en el contrato individual contrarias a las disposiciones legales de derecho necesario.
- Los usos y costumbres locales y profesionales.
- Los denominados Acuerdos de Interés Profesional (en adelante, AIP) sólo serán aplicables a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

B) Forma y duración del contrato de los trabajadores autónomos

Al igual que en la normativa anterior, el vínculo contractual para la ejecución de la actividad profesional podrá celebrarse por escrito o de forma verbal, si bien, cada una de las partes, en cualquier momento, podrá exigir a la otra la formalización del contrato por escrito.

C) Prevención de riesgos laborales

Se establecen en la Ley una serie de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, y se prevé, dentro de las numerosas líneas programáticas que se suceden a lo largo del texto de la Ley, el fomento de la prevención para este colectivo por parte de las Administraciones Públicas.

Sobre esta cuestión, interesa tener en cuenta que cuando los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo, la empresa asumirá las obligaciones previstas en el último párrafo del artículo 41.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales³. Ésta es una obligación que ya se había establecido en la normativa anteriormente respecto a la empresa principal y los trabajadores de una tercera empresa que presta servicios en régimen de subcontrata, y con ello se traslada esta obligación y se extiende a los trabajadores autónomos de una manera expresa.

D) Derechos colectivos

Se prevé la posibilidad de que los trabajadores autónomos puedan (i) afiliarse a un sindicato, (ii) fundar y afiliarse a asociaciones profesionales específicas, así como (iii) ejercer la actividad colectiva en defensa de sus intereses.

Interesa destacar la creación de las denominadas “asociaciones de trabajadores autónomos”, que ostentarán las siguientes facultades:

- a) Constituir federaciones, confederaciones o uniones con los requisitos previstos para la constitución de asociaciones.
- b) Concertar los Acuerdos de Interés Profesional (AIP).
- c) Ejercer la tutela y defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos.

(3) El artículo 41 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece:

“Los fabricantes, importadores y suministradores de maquinarias, equipos, productos y útiles de trabajo están obligados a asegurar que éstos no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos.

Los fabricantes, importadores y suministradores de productos y sustancias químicas de utilización en el trabajo están obligados a envasar y etiquetar los mismos de forma que se permita su conservación y manipulación en condiciones de seguridad y se identifique claramente su contenido y los riesgos para la seguridad o la salud de los trabajadores que su almacenamiento o utilización comporten.

Los sujetos mencionados en los dos párrafos anteriores deberán suministrar la información que indique la forma correcta de utilización por los trabajadores, las medidas preventivas adicionales que deban tomarse y los riesgos laborales que conlleven tanto su uso normal, como su manipulación o empleo inadecuado.

Los fabricantes, importadores y suministradores de elementos para la protección de los trabajadores están obligados a asegurar la efectividad de los mismos, siempre que sean instalados y usados en las condiciones y de la forma recomendada por ellos. A tal efecto, deberán suministrar la información que indique el tipo de riesgo al que van dirigidos, el nivel de protección frente al mismo y la forma correcta de su uso y mantenimiento. Los fabricantes, importadores y suministradores deberán proporcionar a los empresarios, y éstos recabar de aquéllos, la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como para que los empresarios puedan cumplir con sus obligaciones de información respecto de los trabajadores.”

El insuficiente desarrollo reglamentario de los TRADE

d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias colectivas de los trabajadores autónomos.

Asimismo, a estas asociaciones y a los sindicatos más representativos se les otorga capacidad jurídica para que actúen en representación de los trabajadores autónomos para:

- Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma.
- Ser consultadas cuando las administraciones públicas diseñen las políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo.
- Gestionar programas públicos dirigidos a los trabajadores autónomos en los términos previstos legalmente.
- Cualquier otra función que se les otorgue legal o reglamentariamente.

E) Protección social del trabajador autónomo

El régimen de seguridad social en el que deberán encuadrarse los trabajadores autónomos que estén bajo el ámbito subjetivo (incluidos, por tanto, los TRADE) de la Ley será el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos⁴.

Asimismo, se regula la posibilidad de que, en el futuro, se establezcan legislativamente (i) bases de cotización diferenciadas para los TRADE y (ii) bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas a abonar a la Seguridad Social.

Estas bonificaciones y reducciones se aplicarán, entre otros, a los autónomos que en función de otra actividad realizada coticen, sumando las bases de cotización, por encima de la base máxima del Régimen General de la Seguridad Social, si bien ésta es otra de las cuestiones pendientes de un desarrollo reglamentario.

(4) Para ello, se publicó (BOE de 31 de enero de 2008) la Resolución de 16 de enero de 2008, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se imparten directrices para la tramitación de los actos de encuadramiento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

**LOS AUTÓNOMOS TIENEN
DERECHOS COLECTIVOS
Y PUEDEN EJERCER
TAMBIÉN LA ACTIVIDAD
COLECTIVA EN DEFENSA
DE SUS INTERESES**

Igualmente, a partir del 1 de enero de 2008, los trabajadores autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal⁵, deberán hacerlo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación por razón de su afiliación a otro régimen de la Seguridad Social.

Interesa también indicar, si bien todavía en fase de estudio legislativo, que se establezca un sistema específico de protección por cese de actividad en función de las características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida, lo que vendría a suponer una prestación similar a la de desempleo para los trabajadores por cuenta ajena.

También como novedad a nivel prestacional, el Estatuto del Trabajo Autónomo estipula la posibilidad de que se regule el acceso a la jubilación anticipada para los trabajadores por cuenta propia cuya actividad se declare especialmente tóxica, peligrosa o penosa. De nuevo nos encontramos ante una novedad con un importante valor protector, si bien sólo legislada en su intencionalidad, pero no en su desarrollo.

Sin perjuicio de la aplicabilidad del régimen de protección social definido anteriormente, la Ley prevé de forma expresa que no será de aplicación o de obligatorio cumplimiento a aquellos autónomos que puedan haber optado por su inclusión como régimen de protección el de la Mutuality de Previsión Social de Colegio profesional al que pertenezca.

II. LA FIGURA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

Una de las novedades más llamativas de la Norma es la creación de los ya citados TRADE, que es una figura intermedia entre el trabajador autónomo y el trabajador por cuenta ajena.

Se considera TRADE a los “trabajadores que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

A estos efectos, el Reglamento de desarrollo define qué ha de entenderse por ingresos para determinar la condición de TRADE, en concreto “los ingresos percibidos por el trabajador autónomo del cliente con quien tiene dicha relación, los rendimientos íntegros, de naturaleza dineraria o en especie, que procedan de la actividad económica o profe-

(5) Como se indicará posteriormente, los TRADE están obligados, además, a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este sentido, se prevé igualmente que el Gobierno determine normativamente aquellas actividades desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad al objeto de su obligatoria cotización para la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El insuficiente desarrollo reglamentario de los TRADE

sional realizada por aquél a título lucrativo como trabajador por cuenta propia”. Para la valoración de los rendimientos íntegros en especie, se estará a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁶.

En este sentido, y para el cálculo del porcentaje del 75%, los ingresos se pondrán en relación exclusivamente con los ingresos totales percibidos por el trabajador autónomo por rendimientos de actividades económicas o profesionales que como consecuencia del trabajo por cuenta propia realiza para todos los clientes, incluyendo el que se toma como referencia para determinar la condición de TRADE, así como los rendimientos que pudiera tener como trabajador por cuenta ajena en virtud de contrato de trabajo, ya sea con otros clientes o empresarios o con el propio cliente.

Del anterior cálculo se excluirán los ingresos procedentes de los rendimientos de capital o plusvalías que perciba el trabajador autónomo derivados de la gestión de su patrimonio personal, así como los ingresos de la transmisión de elementos afectos a actividades económicas.

Adicionalmente, el TRADE debe reunir, de forma **simultánea**, las siguientes **condiciones**:

- No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
- No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- Percibir una prestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla.

Dicho de forma simple, el TRADE es aquel trabajador autónomo, que aunque no reúna las características de una relación laboral por cuenta ajena, presenta un grado de dependencia económica tal respecto del cliente (75% de sus ingresos) que justifica su consideración como figura con entidad propia y con un nivel de protección que se asimila en mayor medida a la que es característica de una relación laboral (prestaciones por incapacidad

(6) Artículo relativo a la “valoración de las rentas en especie”. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

temporal, protección en caso de accidentes de trabajo, futuras prestaciones en caso de cese de actividad) y no de una relación mercantil.

No tendrán la consideración de TRADE, por exclusión expresa de la Norma:

- Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público.
- Los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho.

A) Aspectos fundamentales de la relación del TRADE con las empresas para las que prestan sus servicios

Los elementos fundamentales de esta prestación de servicios, en los términos regulados en la Norma y que resultan de especial interés, son los siguientes:

- **Obligación de comunicación al cliente de la condición de TRADE:** Una de los pocos elementos clarificadores que se contienen en el Real Decreto 197/2009 es la concreción de que para poder celebrar el contrato de TRADE, el autónomo, comunicará al cliente dicha condición, no pudiendo acogerse al régimen jurídico establecido en el Real Decreto en el caso de no producirse tal comunicación.

Esta aseveración reglamentaria se contradice con la doctrina judicial que al respecto han venido manifestando en este ínterin de vacío normativo los Tribunales Superiores de Justicia, los cuales han venido a mantener, con criterios jurídicos muy razonables en todos los casos, que la formal adaptación de los contratos y su calificación no es requisito suficiente para el otorgamiento de una naturaleza jurídica determinada⁷.

El cliente tendrá la facultad de solicitar al TRADE la acreditación de los requisitos establecidos, bien en la fecha de celebración del contrato o en cualquier otro momento de la relación contractual siempre que medien más de 6 meses desde la última acreditación. Para acreditar tal circunstancia se considerará documentación suficiente la acordada por las partes o cualquier otra admitida en derecho (expresamente, se reconoce tal carácter a la última declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y, en su defecto, el certificado de rendimientos emitido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, además de las declaraciones del propio contrato que se desarrollarán más adelante).

- **Contrato:** a formalizar necesariamente por escrito y registrado ante la oficina pública correspondiente, debiendo hacerse constar expresamente la condición de TRADE res-

(7) Entre otras: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de febrero de 2009 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 11 de diciembre de 2008.

El insuficiente desarrollo reglamentario de los TRADE

pecto del cliente del que se dependa económicamente (único cliente⁸), así como las variaciones que al respecto puedan producirse.

Este contrato celebrado entre el TRADE y su cliente para la realización de la actividad económica o profesional podrá celebrarse “para la ejecución de una obra o serie de ellas o para la prestación de uno o más servicios” a cambio de una contraprestación. Con independencia de que la naturaleza de la prestación sea civil, mercantil o administrativa se regirá por esta norma, en lo que no se oponga a la normativa aplicable a la actividad.

La duración del contrato será la acordada por las partes, fijándose una fecha de término o remitiéndose ésta a la conclusión del servicio acordado. En el supuesto de que no obrara fijación de la duración, se presumirá que el contrato se pactó por tiempo indefinido.

– **Contenido del contrato:** el Real Decreto determina el contenido de los contratos para la realización de actividades económicas o profesionales del TRADE. El contrato habrá de ser formalizado por escrito, incluyendo los siguientes extremos:

- Identificación de las partes.
- Los elementos que configuran la condición de TRADE respecto del cliente que le contrata.
- El objeto y causa (con precisión del contenido de la prestación del TRADE, que asumirá el riesgo y ventura de la operación).
- La contraprestación económica asumida por el cliente en función del resultado incluyendo, en su caso, su periodicidad.
- El régimen de la interrupción anual de la actividad, del descanso semanal y de los festivos, y la duración máxima de la jornada (incluyendo su distribución semanal si ésta se computa por mes o año).
- El acuerdo de interés profesional que pudiere ser de aplicación, siempre que medie la expresa conformidad del TRADE.

**SI NO SE FIJA UNA FECHA
PARA LA FINALIZACIÓN
DEL SERVICIO SE
ENTENDERÁ EL CONTRATO
POR TIEMPO INDEFINIDO**

(8) El Real Decreto 197/2009 establece que tendrá la consideración cliente del TRADE “la persona física o jurídica para la que se realiza la actividad económica o profesional”.

Asimismo, habrá de contener una serie de declaraciones específicas:

- La condición de TRADE respecto del cliente con el que contrata.
- Que la actividad del TRADE no se ejecutará, de forma indiferenciada, con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- Que la actividad se desarrollará por el TRADE conforme a sus criterios organizativos, sin perjuicio de las indicaciones que pueda recibir del cliente.
- Que el riesgo y ventura de la actividad se asume por el TRADE, percibiendo la contraprestación del cliente en función del resultado de la actividad (excepción hecha de los agentes comerciales conforme a la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto).

Por su parte, el TRADE deberá declarar:

- Que los ingresos derivados de las condiciones económicas pactadas en el contrato representan, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.
- Que no tiene a su cargo trabajadores por cuenta ajena.
- Que no va a contratar ni subcontratar parte o la totalidad de la actividad.
- Que dispone de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el desarrollo de la actividad, cuando sean económicamente relevantes en razón a la actividad.
- Que comunicará a su cliente, por escrito, las posibles variaciones en su condición de TRADE durante la vigencia del contrato.
- Que no es titular de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas o despachos abiertos al público.
- Que no ejerce profesión con otros profesionales conjuntamente en régimen societario o cualquier otra fórmula admitida en derecho. Nótese, a estos efectos, que, si bien se excluyen de la consideración de TRADE a aquellos que ejerzan su profesión conjuntamente con otro en régimen societario, la precitada exclusión se entenderá sin perjuicio del contrato que pueda firmar el TRADE con un cliente distinto de la sociedad o persona jurídica en la que esté inserto (Disposición Adicional Octava del Real Decreto).

El insuficiente desarrollo reglamentario de los TRADE

Otras posibles cláusulas:

Adicionalmente, podrán acordarse las estipulaciones que las partes consideren oportunas y conformes a derecho, tales como las relativas a:

- Fecha y duración del contrato y de las prestaciones.
- Duración del preaviso con el que el TRADE o el cliente han de comunicar su desistimiento o voluntad de extinguir unilateralmente el contrato, así como, en su caso, otras causas de extinción o interrupción conforme a las previsiones de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.
- La cuantía de la indemnización a la que pueda tener derecho el TRADE, salvo que ésta se establezca en el acuerdo de interés profesional.
- El modo en que las partes mejorarán la efectividad de la prevención de riesgos laborales.
- Las condiciones aplicables para los supuestos en que el TRADE deje de cumplir el requisito de dependencia económica.
- **Jornada:** se regula la jornada de la actividad profesional del TRADE en los siguientes términos:
 - Interrupción anual (“vacaciones”) de 18 días hábiles, mejorable por contrato o acuerdo de interés profesional.
 - Determinación de régimen de descanso, semanal y festivos, jornada máxima y distribución semanal en su caso, vía contrato individual o acuerdo de interés profesional.
 - Posibilidad de realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente, de forma voluntaria, y con el límite del incremento máximo establecido en el acuerdo de interés profesional, siendo el 30% del tiempo ordinario pactado individualmente a falta de este último.
 - Obligación genérica de adaptar el horario de actividad a las necesidades de conciliación de vida personal y familiar; en concreto, adaptación del horario de la TRADE (trabajadora) víctima de violencia de género para hacer efectiva su protección y/o asistencia social.
- **Extinción del contrato:** la norma regula los distintos supuestos de extinción de la relación del TRADE, entre las que destacan por la obligación de resarcimiento que llevan aparejada las siguientes:
 - Extinción por voluntad de una parte por incumplimiento de la contraria con reconocimiento al derecho de una indemnización de daños y perjuicios de la parte denunciante.

– Extinción por parte del cliente sin causa justificada: se reconoce el derecho a la misma indemnización indicada en el apartado anterior.

– Extinción/desistimiento a instancia del TRADE sin causa justificada: obligación de preaviso pactado o conforme a usos y costumbres sin perjuicio de eventual derecho a indemnización para el cliente, en caso de haber causado importante perjuicio que paralice o perturbe el normal desarrollo de la actividad.

La determinación de la indemnización por daños, siempre que quien tenga derecho a ella sea el TRADE, se fijará: por contrato individual o en el acuerdo de interés profesional aplicable; si no existe pacto al respecto, se tomarán en consideración varios factores, entre otros: (i) tiempo que reste para la finalización del contrato, (ii) gravedad del incumplimiento del cliente, (iii) inversiones y gastos anticipados por el TRADE y (iv) preaviso concedido por el cliente.

– **Interrupciones justificadas de la actividad profesional:** la Norma regula una suerte de supuestos “suspensivos” de la actividad profesional, ampliables por contrato o acuerdo de interés profesional que son: (i) mutuo acuerdo, (ii) necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles, (iii) riesgo grave e inminente para vida o salud, (iv) incapacidad temporal, maternidad o paternidad, (v) violencia de género y (vi) fuerza mayor.

Estas interrupciones no pueden dar lugar a la extinción del contrato, salvo que ocasionen un grave perjuicio para el cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, en cuyo caso se considerarán causas justificadas de extinción.

B) Los Acuerdos de Interés Profesional

Mención especial merecen los denominados “Acuerdos de Interés Profesional” (AIP) a los que hemos aludido en párrafos anteriores. Esta figura, similar en concepto a la del convenio colectivo en la relación laboral, regula los Acuerdos –escritos necesariamente– concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los TRADE y las empresas para las que ejecuten su actividad, en relación con el modo, tiempo y lugar de ejecución de ésta y otras condiciones generales de contratación. Todo ello dentro de los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia y de las disposiciones legales de derecho necesario.

Estos AIP se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil y su eficacia no será *erga omnes*, como la de los convenios colectivos estatutarios, sino limitada a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello.

C) Protección social

Sin perjuicio de lo indicado en relación con el régimen de Seguridad Social aplicable a los trabajadores autónomos, de forma específica para los TRADE se prevé la posibilidad de que la Ley establezca bases de cotización diferenciadas para este colectivo. No se especifica en qué sentido se va a producir esta diferenciación, por lo que de nuevo tendremos que atender al necesario desarrollo reglamentario.

Por otro lado, se regula la obligatoriedad de que los TRADE incorporen a su régimen de Seguridad Social (Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos) la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

D) Competencia jurisdiccional

Factor de radical importancia es la competencia otorgada legalmente a la Jurisdicción Social para el conocimiento de las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre el TRADE y el cliente, así como las derivadas de la aplicación e interpretación de los AIP.

Esta competencia contribuirá, previsiblemente, a una “laboralización” de una figura no laboral y a la presumible aplicación de criterios laborales en la resolución de conflicto; véase, por ejemplo, la amplia facultad que se otorga a los jueces de lo social para la determinación de las indemnizaciones por extinción de contrato que no estén previstas ni contractualmente ni en los AIP. No obstante, son cuestiones que por su especial incidencia práctica habrá de esperar a la doctrina judicial que se genere al respecto.

Asimismo, la norma regula un mecanismo prejudicial, asimilable a la conciliación administrativa regulada como paso previo al acceso a la jurisdicción laboral, de solución de conflictos ante un órgano administrativo que asumirá tales funciones.

Los AIP quedan asimismo facultados para instituir órganos específicos de solución de conflictos.

Finalmente, se establece el arbitraje voluntario como medio de resolución de conflicto, teniendo los laudos valor de sentencia firme.

**EXISTE UN MECANISMO
PREJUDICIAL, ASIMILABLE
A LA CONCILIACIÓN COMO
PASO PREVIO A LA
JURISDICCIÓN LABORAL**

E) Adaptación de los contratos suscritos con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo

La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto regula el régimen de adaptación de los contratos de TRADE suscritos con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo, de conformidad con las siguientes estipulaciones:

- Los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2007 habrán de adaptarse a las previsiones de dicha Ley y el Real Decreto 197/2009, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto, salvo que alguna de las partes, durante ese período de seis meses (5 de septiembre de 2009), opte por rescindir el contrato. Y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivar al amparo de las disposiciones del derecho civil, mercantil o administrativo.
- El autónomo que se considere TRADE habrá de comunicar a su cliente tal condición en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto, esto es, hasta el 5 de junio de 2009.
- Los contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2007, producen efectos jurídicos plenos, habiendo de adaptarse a las previsiones formales del Real Decreto.

Los contratos que se hubieran registrado, de modo provisional, según lo establecido en la Resolución de 21 de febrero de 2008 del Servicio de Empleo Estatal, tendrán tres meses para adaptarse al contenido exigido que se establece en el Real Decreto en relación con el registro de contratos.

Del mismo modo, los actos de encuadramiento provisionales en el RETA de los TRADE efectuados al amparo de la citada Resolución de la Seguridad Social hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 197/2009 gozarán de plena validez.

F) Obligaciones en materia de información

El Reglamento de 197/2009 establece la obligación del cliente de informar a los representantes de los trabajadores de la contratación de un TRADE, en el plazo de los diez días hábiles siguientes. Dicha información consistirá en la notificación de los siguientes extremos:

- Identidad del TRADE (sin incluir su DNI, domicilio, estado civil o cualquier otro dato que pueda afectar a la intimidad conforme a las Leyes Orgánicas 1/1982 y 15/1999).
- Objeto del contrato.

El insuficiente desarrollo reglamentario de los TRADE

- Lugar de ejecución.
- Fecha de comienzo del contrato y su duración.

En este sentido, los representantes de los trabajadores se encuentran obligados a observar el sigilo profesional respecto a dicha información conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores.

III. CONCLUSIONES

De todo lo anterior podemos concluir que la sistematización del trabajo autónomo era una asignatura pendiente en nuestro mercado de trabajo, y en ello radica la importancia de la normativa analizada anteriormente. Si bien, quizás se ha perdido la oportunidad de hacer una norma más operativa y explícita sin que ella esté supeditada a principios programáticos o “promesas” de estudios legislativos futuros; tantos años de espera hubieran merecido una especial atención legislativa.

No obstante, habrá que entenderlo como un primer paso hacia una equiparación, en la medida de lo posible, de los derechos de los trabajadores autónomos a los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena, fundamentalmente en materia prestacional de la Seguridad Social en la que existen grandes diferencias, si bien diferentes son también las cotizaciones de este colectivo.

Importante es asimismo la creación de la figura de los TRADE, que cubre jurídicamente el ámbito de los trabajadores que son autónomos por la naturaleza jurídica de su prestación pero que su dependencia hacia un cliente concreto les hace más vulnerables en su futura estabilidad y es por ello por lo que se requería una figura híbrida que aunase, por un lado, la autonomía propia del trabajo a realizar por su propia naturaleza y, por otro, una protección o garantía propias de una relación laboral, como la indemnización en caso de cese o el establecimiento de un período vacacional. El desarrollo de estos derechos dependerá en gran medida del alcance de los Acuerdos de Interés Profesional.

Como ya hemos indicado, esta nueva normativa es un avance, pero insuficiente. Casi dos años después de la aparición del Estatuto del Trabajo Autónomo y en una norma en origen tremendamente programática sólo se ha desarrollado reglamentariamente el ámbito contractual del TRADE y su registro, obviándose, por ahora, aspectos de gran importancia y que en su momento fueron los más publicitados en cuanto a la necesidad de la nueva regulación.

Nos referimos a la inexistencia de un desarrollo reglamentario (i) en las necesarias medidas sobre el fomento de la prevención de riesgos laborales para los trabajadores autónomos y (ii) las previstas bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de la Seguridad Social, y más concretamente las anunciadas bases de cotización diferenciadas para los TRADE.

Asimismo, y de manera muy significativa, se requiere para un verdadero desarrollo del trabajo autónomo y su pretendida equiparación prestacional con los trabajadores por cuenta ajena el alcance de la protección que se les va a ofrecer en caso de cese de la actividad, como una suerte de prestación por desempleo o las posibilidades del acceso a la jubilación anticipada. Unos retos que aún están por llegar.

Nos encontramos, por tanto, ante una aventura legislativa muy interesante, pero que requiere, y con prontitud, un especial desarrollo reglamentario complementario al recién aparecido para poder obtener los objetivos finales de la norma y crear un trabajo autónomo de calidad.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario**

Consideración preliminar. 1. Transposición de directivas mediante convenios colectivos. 2. Convenio colectivo y principio de igualdad y no discriminación. 3. Convenio colectivo sectorial: fuerza normativa. 4. Norma aplicable. A) Contrato de trabajo con elemento extranjero. B) El Estatuto Básico del Empleado Público prima sobre el convenio colectivo. C) ¿Norma de prescripción laboral o norma de prescripción de Seguridad Social? D) ¿Normativa laboral o normativa de personal estatutario? E) *Tempus regit factum*.

5. Límites de la prohibición de concurrencia de convenios. 6. Sucesión de convenios colectivos. A) Convenio extraestatutario al que sigue un convenio estatutario. B) Sucesión de convenios en transmisiones de empresas. **7. Autonomía de la voluntad y derecho del trabajo.** A) Finiquitos. B) Condición más beneficiosa. **8. Efectos normativos de la actividad jurisdiccional.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 13 a 16 de 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L.J 1633 a 2163).

1. TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS MEDIANTE CONVENIOS COLECTIVOS

En relación a la transposición de la Directiva 91/533/CE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar por escrito a los trabajadores acerca de los elementos o principales condiciones de la relación laboral, dice la **STJCE de 18 de diciembre de 2008**, I.L. J 1811, que “del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 91/533, interpretado a la luz del decimotercer considerando de ésta, se desprende sin ambigüedades que los Estados miembros pueden delegar en los interlocutores sociales la adopción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva, siempre y cuando los

Estados miembros puedan garantizar en todo momento los resultados impuestos por la Directiva”, posibilidad esta “conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual es lícito que los Estados miembros dejen, en primer lugar, que los interlocutores sociales lleven a cabo los objetivos de política social establecidos por una directiva en este ámbito (Sentencias de 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca, 143/83, recurso 427, apartado 8; de 10 de julio de 1986, Comisión/Italia, 235/84, recurso 2291, apartado 20, y de 28 de octubre de 1999, Comisión/Grecia, C-187/98, recurso I-7713, apartado 46). Claro que “dicha facultad no exime a los Estados miembros de la obligación de cerciorarse, mediante las apropiadas medidas legales, reglamentarias o administrativas, de que todos los trabajadores puedan beneficiarse de la protección que les confiere la Directiva 91/533 en toda su extensión”. La sentencia precisa que “la garantía estatal debe cubrir todos los casos en que no se garantice de otra manera una protección y, especialmente, cuando la falta de protección se deba al hecho de que los trabajadores afectados no pertenezcan a un sindicato”.

A tal efecto, la sentencia admite la posibilidad de que el convenio que opera la transposición resulte de aplicación no sólo a los trabajadores parte en él sino también a los afiliados a los sindicatos que lo han negociado. Dice en este sentido la sentencia que “el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que establece que un convenio colectivo destinado a adaptar el Derecho nacional a las prescripciones de dicha Directiva será aplicable a un trabajador aunque no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de dicho convenio” –pensando sin duda en sistemas de convenios de eficacia general, en los que siempre hay una norma estatal que extiende o universaliza la aplicación del convenio. Y resuelve igualmente –pensando ahora en sistemas de convenios de eficacia limitada, en los que no hay norma que los haga *erga omnes*– que “el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un trabajador que no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de un convenio colectivo que regula la relación laboral de dicho trabajador pueda considerarse ‘cubierto’ por ese convenio, en el sentido de dicho precepto”.

2. CONVENIO COLECTIVO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Según la STS de 4 de diciembre de 2008, I.L. J 1733, un convenio colectivo no puede dejar de reconocer a los trabajadores que han adquirido la condición de indefinidos no fijos las mismas retribuciones estipuladas para el personal laboral fijo de una Administración Pública. El convenio colectivo no sólo se somete al principio de no discriminación sino también a la exigencia más intensa de igualdad, de modo que sólo puede aprobar criterios retributivos diferenciados para los trabajadores por motivos justificados –máxi-

I. Fuentes del Derecho

me cuando la entidad a la que se aplica es una Administración Pública, ya sometida de por sí al principio de igualdad en el ámbito de su actuación—.

En relación a unos trabajadores con la condición de indefinidos no fijos —no por cierto de una Administración Pública en sentido estricto, sino de una Sociedad Estatal, Televisión Española, SA—, dice la sentencia referida que “el alcance real de la distinción entre fijeza e indefinición temporal de la relación de trabajo se refiere esencialmente a la extinción del vínculo, porque a diferencia de lo que sucede con los trabajadores fijos los indefinidos pueden ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado”, mas no a las condiciones retributivas: en términos de rendimiento y por tanto retribución la situación de fijos e indefinidos no fijos es completamente equiparable, por lo que no hay justificación para la diferencia retributiva que establece el convenio. La sentencia nos recuerda que si la doctrina judicial ha admitido que la fecha de ingreso en la empresa o el carácter temporal de un trabajador no justifica una diferencia de retribución, tampoco debe hacerlo ostentar la condición de indefinido no fijo, entre otras cosas porque “la indefinición temporal no es en absoluto equiparable a la temporalidad pura”, de modo que si en este último caso no se justifica la diferencia retributiva los motivos que se ha utilizado para postular tal argumentación “carece ahora por completo de justificación”, pues “la única diferencia entre los fijos y los indefinidos viene determinada por el modo de acceso a la plaza que ocupan (es decir, por la necesidad de cumplir con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el empleo público) y por la garantía de permanencia en ella; (...) cualquier otra diferenciación entre los fijos y los indefinidos, sobre todo las que incidan exclusivamente en el sistema retributivo (...), entrañan un trato contrario a la igualdad”.

Como ya es sabido, el principio constitucional de igualdad también impide desde luego que un convenio colectivo pueda establecer dobles escalas salariales disponiendo esquemas retributivos diferenciados en función del mero hecho del momento del ingreso de los trabajadores en la empresa. Una completa exposición de esta doctrina aparece desarrollada en la **STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2008**, I.L. J 1664, dictada en un supuesto en el que un convenio colectivo establecía para los trabajadores nuevamente incorporados a la empresa provenientes de compañías auxiliares de ésta una retribución el 20% más baja utilizando el argumento de su menor experiencia, sin perjuicio de la progresiva equiparación salarial mediante una ganancia retributiva del 5% anual hasta la completa igualdad a los cuatro años de su ingreso en la empresa.

La sentencia nos recuerda que si bien es cierto que el momento de ingreso en la empresa no es un motivo típico de discriminación, ello no supone que el convenio colectivo sea libre de establecer retribuciones distintas según cuando se haya entrado en la empresa. El convenio colectivo, como disposición de carácter normativo, no sólo está sometido al principio de no discriminación, sino también al de igualdad, de modo que sólo puede establecer tratamientos diferenciados cuando haya razones objetivas que lo justifiquen, respetando en todo caso el criterio de proporcionalidad. Planteada la cuestión de si el momento de ingreso en la empresa es motivo suficiente por sí solo para justificar una diferencia en el tratamiento retributivo de los trabajadores, la sentencia, siguiendo una doctrina consolidada, resuelve que no. Dice que “fundándose —en el supuesto que aquí

nos ocupa— exclusivamente en la desigualdad que dispensa la norma colectiva en la fecha de ingreso en la empresa, la misma resulta contraria al artículo 14 CE, en cuanto utiliza como criterios de diferenciación elementos que no pueden justificar tal disparidad, al menos si no vienen complementados por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad”. En esta ocasión —continúa— “la distinta fecha de ingreso en la empresa, aunque se ampare en el menor grado de experiencia en la empresa, no puede justificar un diferente marco retributivo dentro del mismo grupo profesional, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo. Y es patente, en fin, a mayor abundamiento, que la simple condición de trabajador de más reciente contratación no conlleva por defecto tareas de menor entidad, ni menor calidad en el servicio, ni esa diferencia material impide en su caso la equivalencia de valor o de importancia de unas y otras prestaciones”.

En relación al argumento de que los nuevos trabajadores carecen de experiencia, de modo que no sería propiamente el momento de ingreso sino la menor experiencia lo que justificaría la menor retribución, la sentencia razona que ello “no es más que una tautología”, pues va de suyo que “ingresar en la empresa más tarde que otro trabajador presupone necesariamente menor grado de experiencia”, es decir, “que la distinta fecha de ingreso en la empresa no puede ser en sí misma considerada una razón que justifique diferente cuantía retributiva, ya que el hecho de ingresar más tarde en la empresa provoca precisamente eso: que se acceda al puesto de trabajo con menor experiencia que la que presentan los que se han incorporado con anterioridad a la empresa”. El argumento del grado de experiencia, por otra parte, carece de base objetiva, no sólo por la total falta de especificación o concreción en el convenio de criterios al respecto, sino también porque los trabajadores afectados ya tenían experiencia suficiente, al proceder de empresas en las que ocupaban esos mismos puestos de trabajo desde hacía 15 años.

Tampoco admite las dobles escalas salariales, cuando la diferente retribución se basa exclusivamente en el momento —anterior o posterior— de ingreso en la empresa, la **STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2008**, I.L. J 2052. En relación a un convenio colectivo que reconocía un complemento por antigüedad sólo a los trabajadores contratados antes de 1994, y no a los que habían ingresado en la empresa en el período posterior a esta fecha, resuelve la citada sentencia que ello es contrario al principio de igualdad, pues en la medida en la que la diferencia de trato obedece exclusivamente a la fecha de ingreso —y no a otra razón sustantiva justificada— lo que el convenio está haciendo es “volver de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de condiciones labo-

I. Fuentes del Derecho

rales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo”. Por tanto –concluye la sentencia– la cláusula del convenio impugnada “es nula e ilegal en cuanto establece una desigualdad de trato retributivo entre los trabajadores basada únicamente en la fecha de ingreso o adquisición de fijeza en la empresa que resulta contraria al artículo 14 de la Constitución”.

Sobre el sometimiento del convenio colectivo al principio de igualdad, debido a su carácter de verdadera norma jurídica, y más cuando se trata del convenio de una Administración Pública, se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 23 de diciembre de 2008**, I.L. J 2039, que juzga contrario a la Constitución que el convenio colectivo para el personal laboral de un Ayuntamiento apruebe un compromiso de valoración de puestos de trabajo –con el correspondiente incremento de los salarios– sólo en relación a los trabajadores fijos, excluyendo a los temporales, sin justificar esta decisión.

Las condiciones retributivas establecidas por el convenio colectivo no sólo han de respetar las exigencias de igualdad y no discriminación establecidas en la Constitución. Deben respetar también lo que, en aplicación de ésta, ha ido estableciendo el legislador. En el caso de un convenio en el que los trienios por antigüedad sólo eran reconocidos a los trabajadores fijos, y no a los temporales, resuelve la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2008**, I.L. J 1643, que ello resulta contrario al artículo 15.6 del ET, en el que se dispone como regla general que “los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida” y específicamente que “cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación”. La sentencia, dictada en relación a una reclamación planteada por una celadora de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León, tras descartar la aplicación del artículo 44 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre), al tratarse de una celadora contratada en régimen laboral, entiende aplicable el artículo 15.6 ET, resolviendo que “el Convenio Colectivo no puede conculcar los derechos reconocidos en una norma de superior rango, en este particular caso lo establecido en el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, y establecer el abono de la antigüedad sólo al personal fijo con una clara discriminación del personal laboral temporal”.

En cualquier caso, no deberá entenderse que el convenio colectivo vulnera el principio de igualdad cuando la previsión en la que se establezca la regla de trato diferenciado –pretendidamente contraria al principio de igualdad– admita una interpretación que la haga conforme al artículo 14 CE, y en el caso al mismo artículo 15.6 ET. Así se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de septiembre de 2008**, I.L. J 1642, en relación a una reclamación de complemento de antigüedad planteado por trabajadores temporales de Correos y Telégrafos.

También impide el principio de igualdad que el convenio colectivo pueda determinar con plena libertad su ámbito de aplicación. Dice en este sentido la **STSJ de Castilla y**

León (Valladolid) de 10 de septiembre de 2008, I.L. J 1779, que el referido principio, aplicable al convenio colectivo como consecuencia de su carácter de norma de eficacia general, no permite que los negociadores dejen fuera aquellos colectivos de trabajadores que por su precariedad o tipo de contrato carecen de poder para forzar la negociación de un convenio por sí mismos. Concretamente, dice que

“las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación, sino que, antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación”.

Uno de tales límites es

“el principio de igualdad, pues el convenio colectivo estatutario no solamente está afectado por el principio de interdicción de discriminación por las causas contenidas en el artículo 14 de la Constitución, sino también por el derecho absoluto de igualdad ante la Ley derivado del mismo artículo, de manera que la delimitación del ámbito de aplicación de las normas no puede realizar exclusiones carentes de justificación objetiva, irrazonables o desproporcionadas dentro del ámbito de representatividad de los negociadores”.

Por supuesto, continúa la sentencia,

“el principio de igualdad no obliga 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 otros grupos de trabajadores 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 injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores”.

La STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2008, I.L. J 1961, por su parte, no juzga contrario al principio de igualdad que un acuerdo colectivo establezca criterios de retribución diferenciados para los casos de reducción de jornada por motivos de guarda legal en función de las diversas categorías o niveles profesionales de los trabajadores, considerando que “las condiciones establecidas en el Acuerdo pueden deberse a motivos razonables que aconsejan premiar a los trabajadores de determinadas categorías, de forma

I. Fuentes del Derecho

que no sólo hay que descartar la discriminación sino que ni siquiera puede hablarse de situaciones iguales que demandan un tratamiento salarial igual”.

La **STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 1847, nos recuerda que las diferencias de régimen jurídico que la legislación de desarrollo constitucional –ley, reglamento, convenio colectivo– pueden establecer entre funcionarios y personal laboral de la Administración no resultan contrarias al principio de igualdad, al existir fundamento objetivo razonable y suficiente para tal diferencia de tratamiento jurídico.

3. CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL: FUERZA NORMATIVA

En el caso de un Ayuntamiento sin convenio colectivo propio, resuelve la **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2008**, I.L. J 2120, que debe aplicarse el Convenio Colectivo de Sector –estatutario– de Locales de Espectáculos y Deportes a una empleada que presta servicios como limpiadora en las instalaciones deportivas del Ayuntamiento. Según la sentencia, no lo impide el hecho de que el Ayuntamiento no haya estado presente –ni haya podido estarlo– en la patronal (que agrupa sólo a empresas privadas) que ha negociado el Convenio de Sector de Locales de Espectáculos y Deportes, pues, al tratarse de un convenio estatutario, negociado en virtud de criterios de representación institucional –no iusprivatista– y que está dotado de verdadera fuerza normativa, es irrelevante que el Ayuntamiento haya estado o no presente en la patronal negociadora.

Según la sentencia,

“habría sido perfectamente posible que el Ayuntamiento hubiera gestado un convenio colectivo propio para regular las condiciones en las que se desarrollaría la relación laboral con todos sus trabajadores (abarcando así las distintas clases de actividad para las que este empleador necesitara contratar empleados en régimen laboral), pues el convenio de empresa es, sin duda alguna, uno de los que vienen comprendidos en la permisión de los artículos 82 y siguientes del ET y la experiencia demuestra que con mucha frecuencia los Entes públicos tienen su propio convenio. Pero, al no existir un convenio de este ámbito específico, lo lógico es que la relación laboral de la que aquí tratamos quede sujeta al Convenio que, con carácter general, resulta aplicable a todas y cada una de las empresas que se dedican a la misma actividad (...). Si no fuera así –continúa la sentencia–, se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los Ayuntamientos, y quebraría el principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución y también acoge el artículo 17 del ET, resultando indebidamente perjudicados los trabajadores que prestaran servicios para el Ayuntamiento con respecto a los que los prestaran en la misma actividad para otra empresa en la que no concurriera la cualidad de Ente público”.

La sentencia advierte que cuando los servicios que preste el Ayuntamiento sean varios

“ciertamente puede resultar incómodo al Ente público empleador cumplir la normativa resultante de tantos convenios como actividades, pero este inconveniente puede fácilmente

obviarse acudiendo a la solución, ya antes apuntada, de gestar un convenio colectivo propio o 'de empresa', en el que se regulen las condiciones de trabajo de todos sus asalariados, solución esta a la que acude un gran número de Ayuntamientos, tal como la experiencia revela. Lo que no resulta admisible es que el empleador decida prescindir de un convenio 'de empresa', y a la vez pretenda no someterse a aquel o aquellos convenios que regulen cada una de las actividades en cuyo desarrollo el empleador contrate trabajadores asalariados, pues esto crearía un injustificado vacío normativo, productor de una situación caótica en algunos aspectos, como en el caso presente ha acontecido en el plano retributivo, en el que el Ayuntamiento recurrente pretende retribuir con el salario mínimo interprofesional a todos los empleados de la guardería, sean cuales fueren las diferencias existentes entre funciones a desarrollar y preparación, formación o titulación requeridas para el desempeño de cada una de ellas”.

4. NORMA APLICABLE

A) Contrato de trabajo con elemento extranjero

En relación a un trabajador de nacionalidad española, contratado en España y que prestaba servicios en España para una empresa española pero perteneciente a un grupo cuya matriz estaba radicada en Francia, resuelve la **STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2008**, I.L. J 1781, tras declarar su competencia jurisdiccional, que la ley aplicable al caso –cuestión distinta de la competencia– es el Derecho francés. Conviene recordar que la controversia se refería a un aspecto muy particular del contrato, relativo a un pacto específico de éste: si el trabajador perdía sus *stock options* –reconocidas desde la sede central del grupo en Francia– al cesar en su contrato de trabajo.

“Respecto a la legislación aplicable –dice la sentencia– es necesario recordar (...) que una cosa es la determinación de los órganos jurisdiccionales que hayan de resolver los litigios derivados del cumplimiento o ejecución de los contratos de trabajo, y otra cosa distinta es la determinación del régimen jurídico-laboral o conjunto de normas sustantivas aplicables a los contratos de trabajo en los que se incluye un elemento de extranjería, cuestión regulada en el Convenio de Roma de 1980 y en varias disposiciones de derecho interno (artículo 10.6 del Código Civil, artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores y Ley 45/1999 de 29 noviembre, sobre desplazamientos transnacionales de trabajadores)”. En concreto para determinar la legislación sustantiva aplicable “hemos de traer a colación el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, ratificado por España, cuyo artículo 3 ('Libertad de elección') establece que 'los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso'.”

A este respecto es muy relevante señalar que la comunicación del presidente del grupo empresarial ofreciendo las *stock options* “es remitida al trabajador desde Francia, donde tiene la sede social la empresa cabecera del grupo, está escrita en francés (a la que se acompaña la traducción en castellano) y hace referencia al artículo 163 bis.C) del *Code General des Impost*

I. Fuentes del Derecho

que alude al epígrafe ‘*Nouvelles Regulatuions Economiques*’ (en el caso de la primera comunicación, de 2001) y también al artículo 443.6 del *Code du Travail* (en el caso de la segunda comunicación, de 2002). Es evidente a la vista de lo expuesto que la voluntad de quien realiza unilateralmente la oferta de las *stock options* es la de que sea aplicada la legislación francesa, y resulta obvio que quien acepta dicha oferta sin salvedad alguna está también aceptando la aplicación de la normativa del país de domiciliación del grupo empresarial”.

A mayor abundamiento la sentencia aclara que aunque el Convenio de Roma de 1980 “en su artículo 4 (‘Ley aplicable a falta de elección’) establece también que ‘en la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos’, no obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. Pues bien a nuestro modo de ver, en el presente caso, es palmario que los vínculos más estrechos por lo que se refiere a lo relativo a las *stock options* son con la República francesa, lugar de donde parte la propuesta, también donde reside quien debe cumplir con la obligación que se establece y, por fin, donde en caso de prosperar la demanda debería materializarse la ejecución de los derechos de opción. De aplicarse pues este segundo criterio de la norma, también sería aplicable la norma francesa”.

Concluye la sentencia que deberá por tanto aplicarse el Derecho francés, y que a tal efecto no bastará con que la parte interesada pruebe su existencia sino que el juzgador deberá utilizar cuantos medios de averiguación estime necesarios –“en términos razonables y teniendo en cuenta otros elementos conexos a la tutela judicial, como puede ser una dilación innecesaria”–, de modo que sólo de no obtenerse resultados positivos de este modo “deberá aplicarse –subsidiariamente– la legislación española”.

B) El Estatuto Básico del Empleado Público prima sobre el convenio colectivo

En relación a un trabajador contratado en régimen laboral por un Ayuntamiento, y cuyos permisos retribuidos venían dispuestos en el convenio colectivo de aplicación, por ser más favorables que los establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, se plantea en la **STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008**, I.L. J 1687, la cuestión de si, tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), debe mantenerse aquel régimen de permisos o ha de aplicarse el dispuesto en la nueva ley, más favorable, por cierto, para los intereses del trabajador que la anterior regulación.

Según la sentencia, debe darse aplicación a lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público: (1) porque en la medida en la que nos encontramos ante personal laboral, y no ante funcionarios, no cabe atender a lo que dispone en la materia la ley de función pública autonómica, pues la competencia de legislación laboral es exclusiva del Estado (artículo 149.1.7 CE); (2) porque el Estatuto Básico del Empleado Público establece con toda claridad en su artículo 51 que para el régimen de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en lo que dispone el propio Estatuto Básico y –después– a lo establecido en la legislación laboral correspondiente, concepto este que

incluiría no sólo el ET sino también su desarrollo convencional; (3) porque, aparte de contener el Estatuto Básico del Empleado Público una regulación específica y más beneficiosa para los trabajadores, la aplicación de la norma legal posterior se impone como consecuencia del principio de jerarquía normativa. La sentencia subraya en este sentido el hecho de que las normas del Estatuto Básico del Empleado Público sobre descansos retribuidos son de aplicación directa, pues así lo ha venido a confirmar la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, que aprueba las Instrucciones de aplicación del EBEP.

C) ¿Norma de prescripción laboral o norma de prescripción de Seguridad Social?

En un caso en el que un trabajador reclamaba una mejora voluntaria de Seguridad Social reconocida por el empresario —el derecho a percibir con cargo a la empresa un complemento de pensión hasta alcanzar el 100% de la retribución que se recibía en activo en situaciones de invalidez permanente total—, y en el que el trabajador había dejado transcurrir más de un año pero menos de cinco desde que surgió la posibilidad de reclamar tal derecho, se plantea la **STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2008**, I.L. J 1756, la cuestión de cuál haya de ser el plazo de prescripción aplicable, si el laboral de un año (artículo 59.1 ET) o el de Seguridad Social de 5 años (artículo 43.1 LGSS). La sentencia resuelve esta cuestión acudiendo a la naturaleza del objeto de la reclamación, entendiendo que, aun cuando el derecho deriva de un pacto o reconocimiento del empresario de origen laboral, nos encontramos ante una mejora voluntaria y, por tanto, ante una prestación de Seguridad Social, a la que debe aplicarse el artículo 43.1 LGSS.

Según la sentencia, la decisión del debate exige ante todo analizar la naturaleza del complemento reclamado. A este respecto, dice que es unánime la doctrina jurisprudencial al analizar la naturaleza de las medidas de carácter social establecidas en los convenios colectivos o pactos de empresa que mejoran las prestaciones de la Seguridad Social en el sentido de estimar que la fuente reguladora de tales mejoras son los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario, pero declarando que tales mejoras se integran en la acción protectora como mejora voluntaria de la Seguridad Social, estando por ello sometidas a los principios generales del sistema, salvo en esos aspectos específicos, que se hubieran establecido en el título de su concesión y bajo esta perspectiva. En consecuencia, entiende aplicable el plazo prescriptivo de 5 años del artículo 43.1 LGSS, no el anual del artículo 59.1 ET, reservado para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial de prescripción.

D) ¿Normativa laboral o normativa de personal estatutario?

En relación a una reclamación de trienios planteada por un trabajador contratado en el marco de la relación de trabajo especial del personal residente sanitario, dice la **STSJ de**

I. Fuentes del Derecho

Valencia de 11 de noviembre de 2008, I.L. J 1908, que no ha lugar, toda vez que la normativa aplicable no es el Estatuto de los Trabajadores ni la legislación laboral general sino lo específicamente previsto en la Ley 55/2003, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Sanitario, y sobre todo el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial del personal sanitario residente. En la medida en la que esta norma contiene reglas singulares en materia retributiva, algunas de las cuales toman en consideración sin duda la antigüedad del trabajador —señaladamente el llamado complemento de grado de formación, que aumenta conforme el residente sanitario va adquiriendo más tiempo de servicio en el centro de aplicación—, carece de sentido pretender que el trabajador tiene derecho también a que se le abonen trienios de antigüedad en los términos en que lo dispone la legislación laboral ordinaria. Según la sentencia “las normas de la legislación laboral común sólo serán aplicables a la relación especial que examinamos en los casos en que se produzca un vacío normativo o una remisión expresa, lo que en el presente supuesto no acontece, pues ni existe vacío normativo ni tampoco hay un reenvío específico al artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores; antes al contrario es el propio precepto analizado el que establece un régimen específico de promoción económica en función del trabajo desarrollado y del progreso en el programa formativo, a través del denominado complemento de grado, cuyo objeto es retribuir el nivel de conocimientos alcanzado así como la progresiva adquisición de responsabilidades en el ejercicio de las tareas asistenciales, de ahí que se devengue a partir del segundo curso de formación y experimente sucesivos incrementos porcentuales en razón del número de cursos que el residente vaya superando”.

E) *Tempus regit factum*

Planteada la cuestión de qué norma aplicar en un supuesto de revisión de la base reguladora de una pensión de jubilación, dice la **STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2008**, I.L. J 2069, que ha de aplicarse la vigente en el momento de la revisión de la pensión, concretamente de la solicitud de revisión de ésta. Se planteaba en el caso concretamente el alcance temporal del efecto retroactivo de la pensión revisada, a lo que la sentencia responde que, dado que debe aplicarse el artículo 43.1 LGSS modificado por Ley 42/2006 y la reclamación de la nueva cuantía tiene lugar en 2007, los efectos retroactivos sólo alcanzan los tres meses anteriores, no más, pues esto es lo que dispone la norma vigente en el momento en que se plantea la citada revisión.

Según la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 5 de diciembre de 2008**, I.L. J 2127, un convenio colectivo no puede aplicarse retroactivamente de modo que los derechos que en él se estipulan deban reconocerse en situaciones que han tenido lugar antes del momento de su entrada en vigor. En el caso de un trabajador que había disfrutado de una excedencia voluntaria para la que se había estipulado una duración máxima de dos años, prorrogable previa solicitud del trabajador, y que había excedido dicho plazo sin presentar solicitud ninguna al respecto, la sentencia dictada resuelve que el trabajador ya no puede considerarse en excedencia, sin que pueda aplicarse el nuevo plazo máximo de excedencia de 10 años, pues ha sido aprobado por un convenio posterior no aplicable.

5. LÍMITES DE LA PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Resuelve la STSJ de Andalucía (Granada) 19 de noviembre de 2008, I.L. J 1852, que no hay concurrencia conflictiva de convenios, ni por tanto puede aplicarse la regla prohibitiva del artículo 84 ET, cuando un convenio de sector anterior dispone criterios de articulación con acuerdos colectivos posteriores de ámbito distinto en relación de determinadas condiciones de trabajo. Según la sentencia, la relación entre convenios colectivos de ámbito diferente no se reduce a situaciones de concurrencia conflictiva afectante, que está prohibida y se resuelve aplicando el convenio anterior, puesto que también son posibles situaciones de concurrencia no conflictiva, lo que nos sitúa ante “un escenario o supuesto de colaboración entre dos normas colectivas que permite la complementariedad entre el convenio colectivo anterior y el convenio posterior”. Si el convenio anterior permite que determinadas condiciones de trabajo sean negociadas temporalmente por un convenio posterior de ámbito distinto, es evidente que no debe regir la prohibición de concurrencia sino “la complementariedad, suplementariedad o colaboración entre las normas sometidas a examen”, en los términos que corresponda.

Según la STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2008, I.L. J 2136, la regla de prohibición de concurrencia del artículo 84 ET tampoco impide que se apliquen las previsiones en materia de categorías profesionales establecidas en el convenio de sector cuando el convenio de empresa anterior no regula específicamente tales condiciones de trabajo. “En el caso que nos ocupa –dice la sentencia– no existe concurrencia de convenios, visto que la Norma Convencional de Empresa no regula, conforme se acaba de decir, las categorías profesionales de los trabajadores, de ahí que haya de acudirse a la definición y contenido que de las mismas se contemple en otro convenio, que no podrá ser sino el Convenio Colectivo Estatal del Sector al no haber sido alegada la existencia de otra norma convencional de ámbito inferior”. De no ser así –se continúa diciendo–, “quedaría sin más al arbitrio de la empresa establecer, en lo que aquí nos atañe, las condiciones laborales de sus trabajadores sin remisión a ningún tipo de negociación colectiva, generando una situación de desequilibrio en las relaciones entre aquella y éstos”.

6. SUCESIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS

A) Convenio extraestatutario al que sigue un convenio estatutario

Se plantea en la STS de 23 de diciembre de 2008, I.L. J 1769, la cuestión de si la categoría profesional reconocida a un trabajador en virtud de un convenio colectivo extraestatutario, incorporada luego a un convenio estatutario, puede dejarse sin efecto tras la entrada en vigor de un nuevo convenio estatutario que establece condiciones de trabajo diferentes. La sentencia dice que no, debido a que la naturaleza contractual –no normativa, en todo caso– del convenio colectivo extraestatutario original impide entender que nos encontramos ante una sucesión de convenios. En la medida en la que la condición de trabajo

I. Fuentes del Derecho

disfrutada procede de un convenio extraestatutario, y éste tiene naturaleza contractual, un convenio estatutario posterior no puede disponer de ella.

Con toda claridad, dice la sentencia que

“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, en la medida en que lo que se ha producido es una coexistencia entre una regulación normativa –la del convenio estatutario de 2000 o la del convenio estatutario de 2004– y una regulación contractual –la del convenio colectivo extraestatutario–. Y ésta es la relación de concurrencia que resuelve el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de la preferencia aplicativa de las condiciones más favorables”.

Según la sentencia,

“no debe confundirse esta subsistencia de las condiciones de trabajo derivadas del pacto extraestatutario con la ultraactividad que para el convenio estatutario establece el artículo 86.3.2 del Estatuto de los Trabajadores. El convenio extraestatutario carece de ultraactividad. Así lo ha declarado la Sala en sus Sentencias de 25 de enero de 1999 y 11 de julio de 2007. Pero 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, como dice la sentencia recurrida, tenga en este caso que adaptarse a él”. “Es cierto –continúa la sentencia– que, en virtud de la doctrina de nuestra Sentencia de 1 de junio de 2007, que establece que la materia de clasificación profesional por su afectación general en todo el ámbito de regulación no puede ser objeto de una regulación extraestatutaria, podría cuestionarse la validez de un pacto extraestatutario en materia de clasificación profesional. Pero este problema no se ha planteado en este recurso y por tanto no puede ser objeto de examen”.

B) Sucesión de convenios en transmisiones de empresas

En relación a una empresa cuyo convenio colectivo finalizaba precisamente el día en el que era transmitida a otra empresa, dice la **STJCE de 27 de noviembre de 2008**, I.L. J 1807, que la empresa adquirente no queda vinculada por el referido convenio, pues lo que la Directiva 2001/23 dispone es que

“después del traspaso el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo en los mismos términos aplicables al cedente hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”.

Según esta disposición —dice la sentencia—,

“después del traspaso, el cesionario ha de mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración de este convenio colectivo, o incluso de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Así, la finalidad de la citada disposición es garantizar el mantenimiento de todas las condiciones de trabajo de conformidad con la voluntad de las partes contratantes del convenio colectivo, y ello a pesar de la transmisión de la empresa. En cambio, la misma disposición no puede establecer excepciones a la voluntad de dichas partes, tal como está expresada en el convenio colectivo. Por consiguiente, si dichas partes contratantes han acordado no garantizar determinadas condiciones de trabajo más allá de una fecha determinada, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 no puede imponer al cesionario la obligación de respetarlas con posterioridad a la fecha acordada de expiración del convenio colectivo puesto que, después de esta fecha, dicho convenio deja de estar en vigor. De ello se desprende que la Directiva 2001/23 no obliga al cesionario a garantizar el mantenimiento de las condiciones de trabajo convenidas con el cedente más allá de la fecha de expiración del convenio colectivo, aunque esta fecha coincida con la de la transmisión de la empresa”.

7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DEL TRABAJO

A) Finiquitos

Tras reproducir con detalle la doctrina sobre el finiquito, resuelve la **STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2008**, I.L. J 2016, que, reconocido por el trabajador que las firmas que obran en los documentos de saldo y finalización del contrato de trabajo son suyas, no basta con alegar que ha habido coacción para que el finiquito pierda valor liberatorio, sino que será preciso demostrar que tal coacción ha existido realmente. En el mismo sentido, la **STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2008**, I.L. J 2130, admite la validez del finiquito siempre que éste refleje la genuina voluntad del trabajador con independencia lo que se haya pactado en él: concretamente, dice que “en modo alguno es ilícito que las partes lleguen a un acuerdo de quita sin espera de forma y manera que se perciba lo abonado de forma inmediata en lugar de percibir el total adeudado de manera aplazada”, sin entender que por ello haya renuncia de derechos.

Al decir de la **STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2008**, I.L. J 2137, no es en cambio válido el finiquito firmado por una trabajadora que habiendo incumplido flagrantemente sus obligaciones laborales, al punto de incurrir claramente en causa de despido disciplinario procedente —se trataba de una cajera de supermercado que había permitido en más de una ocasión que algunos conocidos o amigos suyos sacaran bienes del supermercado sin cobrarles el precio correspondiente—, es conminada por sus superiores a firmar una baja voluntaria o bien ser despedida. Dice la sentencia que aunque no nos encontremos propiamente ante un caso de violencia o intimidación la voluntad expresada en el finiqui-

I. Fuentes del Derecho

to está viciada, al haberse conformado en un clima amenazante que urgió a la trabajadora a tomar su decisión de modo irreflexivo, sin tiempo ni ocasión para conocer exactamente el alcance del compromiso que suscribía. Si lo que procedía era el despido disciplinario, la empresa debía de haber despedido a la trabajadora, y no forzar una baja voluntaria que no refleja realmente lo que la trabajadora quería. Por ello, el finiquito es nulo y no sirve para extinguir el contrato.

Dice la sentencia que “la trabajadora no era consciente en aquel momento sorpresivo para ella por todo el cúmulo de ‘sensaciones’ que afluirían a su mente y la tensión propia de unos acontecimientos como aquéllos, de que su decisión de extinguir el contrato mediante la baja voluntaria en la empresa por la comisión de hechos sancionables laboralmente era la que más le perjudicaba a ella. No se puede exigir a una trabajadora que *hic et nunc* tome una decisión que no es urgente ni para ella ni para la empresa, en condiciones más propias de una ‘encerrona’ que de una reunión ‘con luz y taquígrafos’ en la que ‘la luz’ sería una exposición y análisis claros de los hechos ocurridos, de las medidas que podía o iba a adoptar la empresa contra ella y de las consecuencias que una y otra decisión podían acarrear, y ‘los taquígrafos’ fueran alguien más que dos mandos intermedios de la empresa, representantes o delegadas de ésta para la ocasión, que ya llevaban instrucciones sobre lo que había que hacer y decir a la trabajadora (...) y con la ausencia significativa de representación legal de los intereses de la trabajadora a medio de un miembro del Comité de empresa”. “El escrito y la firma de la baja voluntaria –continúa la sentencia–, aunque no fuera confeccionado bajo violencia ni intimidación (...) no fue idea de la trabajadora sino de (...) la supervisora (...); en ningún momento en aquellas circunstancias de aislamiento y tensión se dio a la demandante tiempo para reflexionar sobre la propuesta, ni se le aconsejó que lo consultara antes de comunicar la baja, lo que la Sala considera también elemento esencial para una correcta formación del consentimiento consciente, dadas las circunstancias concurrentes y de que no había en la reunión ningún representante legal”. La sentencia concluye que “en la realidad de las cosas nos hallamos técnicamente, en sentido estricto, ante un despido disciplinario (...) sin auténtica carta de despido, que la empresa ha llevado a efecto sin guardar las formalidades requeridas por el artículo 55.1 Estatuto de los Trabajadores”, bien que “encubierto por un escrito de baja voluntaria”.

B) Condición más beneficiosa

La STS de 23 de diciembre de 2008, I.L. J 1751, dictada en relación a una demanda de conflicto colectivo en que se reclamaba el derecho a percibir la totalidad de las pagas extraordinarias durante las situaciones de incapacidad temporal, vuelve a dar aplicación a la conocida doctrina de la condición más beneficiosa. Dice en este sentido que “respecto al principio de la condición más beneficiosa, fundada en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (...), no siempre es tarea sencilla determinar si esa situación jurídica se produce, pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en los que se quiere basar el derecho, y, en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones”. Además, “para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa –continúa– 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”, de modo que “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”. Es precisamente la incorporación al nexo contractual de ese beneficio lo que provoca su más característico efecto: la imposibilidad de extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario”, lo que suele conocerse como “intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas”. De modo que “la condición más beneficiosa así configurada tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o 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”.

En el caso planteado, en el que la empresa quería dejar de abonar durante las situaciones de incapacidad temporal la totalidad de las pagas extraordinarias, en contra de una tradición de abono que se había venido manteniendo durante 14 años, la sentencia resuelve que estamos ante una verdadera condición más beneficiosa, y que por tanto la empresa no pueda suprimirla unilateralmente. De los hechos probados se desprende –dice la sentencia– que “desde que la empresa se implantó en España, hace 14 años, todos los trabajadores de la misma han venido percibiendo en su integridad las pagas extraordinarias en el período en el que se encontraban de baja por incapacidad temporal o por maternidad” y que “dicha práctica se ha mantenido, a pesar de que en los sucesivos convenios no aparecía recogida esta retribución durante el período de incapacidad temporal o baja por maternidad”. Siendo ello así, “es obvio que por la habitualidad, regularidad y persistencia en su disfrute en el tiempo esta condición tiene el carácter de condición más beneficiosa, y, en consecuencia, no puede ser suprimida ni reducida unilateralmente por el empresario, a no ser que las partes hayan alcanzado un nuevo acuerdo o se haya producido su neutralización en virtud de una norma posterior, legal o pactada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado. En consecuencia, el abono de las pagas extraordinarias durante el período de incapacidad temporal, con independencia de la duración de ésta, constituye una condición más beneficiosa, sin que quede desvirtuada tal conclusión por el aserto de la demandada de que se trata de un error, pues ello no es más que una mera alegación de parte carente de sustrato probatorio, tal como pone de relieve la sentencia de instancia”.

Según la **STS de 23 de diciembre de 2008**, I.L. J 1769, la condición más beneficiosa puede derivar del reconocimiento de una ventaja en virtud de un convenio colectivo extraestatutario, lo que supone que el convenio estatutario posterior no podrá privar al trabajador de la condición de trabajo disfrutada. Dice en efecto la sentencia que el término de vigencia de un convenio extraestatutario “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

I. Fuentes del Derecho

contractual y no queda eliminada por la entrada en vigor de una regulación procedente de otro orden normativo”.

En materia de condición más beneficiosa destaca también la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2008**, I.L. J 1644, por efectuar un completo recorrido por su concepto, requisitos y efectos, analizando en particular la modificación sustancial de condiciones de trabajo como mecanismo de supresión de las ventajas derivadas de aquella. En relación concretamente al caso del trabajador de un Ayuntamiento que venía prestando servicios en un centro ocupacional dependiente de éste con jornada y horario coincidente con el calendario escolar desde 1992, y que el citado Ayuntamiento pretende modificar en 2008 –16 años después–, implicando ello no sólo el cambio de horario sino un incremento de la jornada anual en 19 horas, dice la sentencia que ello no es posible, aunque sí lo sería –se precisa– de haberse utilizado el cauce de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 ET.

Según la sentencia,

“el llamado principio de respeto a la condición más beneficiosa adquirida por el trabajador es una de las varias manifestaciones de la relación que existe entre autonomía privada y regulación general de las condiciones laborales. El supuesto viene a concretarse en el disfrute por un trabajador, o varios, de determinadas condiciones, las cuales, con posterioridad, son reguladas con carácter general de forma menos favorable. La aplicación del principio, plenamente consolidado en nuestro ordenamiento laboral, implica el mantenimiento de aquellas condiciones anteriores, como derecho adquirido por el trabajador e incorporado a su relación de trabajo; condiciones que, se ha dicho, quedan inmunes frente al establecimiento de una normativa general sobrevenida. Numerosas decisiones jurisprudenciales han aclarado aspectos esenciales del principio. Ante todo, se ha subrayado que la condición más beneficiosa debe ser fruto de la voluntad deliberada de establecerla, ya sea de forma bilateral o unilateral. Aunque tal voluntad puede manifestarse tanto de forma expresa como de manera tácita, la misma es exigencia indispensable para el reconocimiento de la incorporación de la ventaja o condición más beneficiosa al nexo contractual”.

Dice la sentencia que en el supuesto enjuiciado

“se han producido los requisitos necesarios para que estemos en presencia de una condición más beneficiosa, pues el trabajador con conocimiento y aplicación directa de la empleadora ha venido realizando, al igual que sus compañeros, una jornada de trabajo conforme al calendario escolar, no siendo de recibo la alegación efectuada por la recurrente de que era algo graciable y una mera tolerancia, sino que por el contrario era la forma que la demandada aprobaba para cada año, y así se han venido prestando los servicios en el referido Centro durante 16 años, lo que supone la consolidación de ese derecho”.

En cualquier caso, continúa la sentencia, las condiciones más beneficiosas

“pueden suprimirse cuando se produzca una alteración grave de la base del negocio y entre en juego el principio *rebus sic stantibus*, y también por la vía de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que prevé el artículo 41 ET”.

En efecto, admitido que la alteración del calendario ocupacional planteada por la empresa constituye una verdadera modificación sustancial de condiciones de trabajo la sentencia termina resolviendo que si se hubiera seguido lo que prescribe al artículo 41 ET podría haberse suprimido la condición más beneficiosa.

En relación a una trabajadora cuya empresa le había tolerado una reducción de jornada de 2 horas diarias por motivos puntuales y extraordinarios –concretamente para el cuidado de su hija pequeña, que lo era también de quien era socio de la empresa, que asumía las tareas administrativas de la trabajadora durante la parte de la jornada que ésta dedicaba al cuidado de la hija de ambos–, resuelve la **STSJ de Navarra de 28 de octubre de 2008**, I.L. J 1835, que no estamos ante una verdadera condición más beneficiosa. Tras un detallado recorrido por la doctrina de la condición más beneficiosa, la sentencia entiende que no hay tal porque la empresa no tiene una voluntad definitiva de conceder la ventaja a la trabajadora, sino sólo de hacerlo temporalmente, en función de una circunstancia transitoria, de modo que, finalizada esta situación provisional, la ventaja decae por sí misma, pudiendo el empresario unilateralmente dejar de abonar el beneficio que había tolerado hasta entonces.

La sentencia, que también contiene otras precisiones interesantes, como (1) que la condición más beneficiosa nunca puede surgir de convenios o compromisos de carácter colectivo, (2) que siempre se otorga en atención a circunstancias subjetivas o personales, de modo que la voluntad de su concesión no puede presumirse en función de circunstancias objetivas, como las características del trabajo desarrollado, (3) o que no puede contrariar los preceptos de derecho necesario absoluto, resuelve finalmente, como decíamos, que en el caso no se trata de una verdadera condición más beneficiosa al no haberse acreditado la existencia de un acto voluntario e inequívoco del empresario de reconocer un derecho a la trabajadora por encima de lo que tiene establecido en las fuentes legales o convencionales de modo definitivo y consolidado, en cuanto la modificación del horario respondió a razones puntuales y extraordinarias, concretamente al hecho de que su compañero sentimental y padre de la niña era socio de la empresa, motivos por los cuales se permitió a la trabajadora reducir su jornada de presencia en la empresa si bien con el compromiso de que no se vieran afectadas las tareas administrativas que tenía encomendadas, que fueron atendidas por el padre y socio de la empresa, hasta el punto de que la trabajadora retomó su horario habitual mientras el padre permaneció de baja entre julio de 2006 y abril de 2007. Por todo ello –concluye la sentencia–:

“aun admitiendo que estemos ante una condición más beneficiosa la misma estaría concedida temporalmente, no existiendo razón alguna para mantener tales circunstancias una vez vencido el término; así lo entiende el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de noviembre de 1996 y 25 de enero de 1999 y esta Sala de lo Social en Sentencia de 30 de junio de 2004, donde se evidencia que: a) en estos casos no existe voluntad empresarial de crear una ventaja a favor del trabajador para incorporarla al nexo laboral; b) la condición más beneficiosa, en estos casos, tendría un claro alcance temporal, derivado del pacto que la hace nacer y marca por tanto su pervivencia”.

I. Fuentes del Derecho

En relación a los mecanismos de neutralización de las ventajas obtenidas por condición más beneficiosa, y particularmente por lo que respecta a la absorción y compensación, resuelve la **STSJ de Valencia de 17 de octubre de 2008**, I.L. J 1837, que una ventaja retributiva de nocturnidad atribuida a los trabajadores a título individual, y que constituye condición más beneficiosa, no tiene por qué ser mantenida por el convenio colectivo posterior, sino que será absorbida por la mejora salarial que éste establezca, sobre la base, por supuesto, de una comparación entre partidas salariales de carácter homogéneo. Según la sentencia, aun cuando el abono de la nocturnidad a la trabajadora constituye una condición más beneficiosa, “tras la publicación del nuevo convenio colectivo en 2007 la misma puede ser objeto de neutralización por aplicación del mecanismo de la absorción y compensación, según lo establecido en el artículo 26.5 ET, de suerte que los incrementos salariales que afectasen a ese concepto retributivo (sólo la nocturnidad) se congelasen garantizando la retribución percibida hasta la fecha por dicho concepto, hasta que se superase por la retribución del convenio”. “La doctrina del Tribunal Supremo –continúa diciendo la sentencia– afirma que el hecho de que existan condiciones más beneficiosas de origen contractual no impide el juego de las reglas de la compensación y la absorción, ya que el respeto debido a la condición más beneficiosa no siempre fuerza una aplicación acumulativa de mejoras establecidas por un posterior orden normativo, pues cuando tal evento se produce, normalmente cabe una actuación neutralizadora, por vía de compensación o absorción, hasta el límite de dichas mejoras, sin que sea preciso para ello autorización expresa en el mencionado orden normativo posterior, dado el mandato habilitante contenido en el artículo 26.5 del ET”. Bien entendido, por supuesto, que “la compensación y absorción sólo actúa respecto de partidas salariales homogéneas, es decir, aquellas que posean una *ratio* o finalidad cuanto menos análoga, quedando fuera del mecanismo de la compensación y absorción aquellas retribuciones o complementos salariales ligados a las características del trabajo realizado (complementos de puesto de trabajo) o el volumen y cantidad del mismo (como las primas e incentivos), según dice, entre otras, la STS de 10 de junio de 1994”. A la exigencia de homogeneidad, como requisito para la absorción o la compensación, se refiere también la **STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2008**, I.L. J 2141.

De la condición más beneficiosa trata también la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de diciembre de 2008**, I.L. J 2031, y más concretamente de su aplicación en los supuestos de transmisiones de empresa. Dice la sentencia que la condición más beneficiosa comprometida por la empresa transmitente debe ser respetada por la empresa adquirente. Sin embargo –y esto es lo relevante– la sentencia duda de que esta regla deba aplicarse cuando el beneficio en cuestión sea un complemento retributivo vinculado a los resultados o beneficios de la empresa. De hecho, la sentencia falla en el caso que la paga de beneficios comprometida por la empresa transmitente debe continuar siendo asumida por la empresa adquirente debido a que “tal y como aparece en relato fáctico y después de la valoración de las pruebas documentales y testificales, el Magistrado de instancia ha llegado a la conclusión de que las sumas (cuestionadas) no responden (realmente) a un plan de beneficios”, pues el trabajador ha venido percibiendo “una paga anual invariable desde antes del año 2002”; ello supone –a contrario sensu– que si lo adeudado por la empresa transmitente fuera realmente una participación en sus beneficios, la empresa adquirente no estaría vinculada por ello.

8. EFECTOS NORMATIVOS DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Aunque en principio la actividad jurisdiccional carece de efecto normativo, en la medida en la que las sentencias de los tribunales sólo vinculan en el ámbito del litigio en que se dan, afectando sólo a sus partes, cabe sin embargo la posibilidad de que termine desplegando efectos *extra partes*, cuando no claramente normativos. Es lo que sucede, con toda evidencia, en el caso de la jurisprudencia, si bien es cierto que en este caso, salvo que se trate de la que es fruto de la actuación del Tribunal Constitucional o incluso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no es una sola sentencia la que produce el efecto normativo, sino precisamente la sucesión de dos o más, dictadas sobre asuntos idénticos o al menos sustancialmente iguales. Situaciones en las que el efecto normativo se produce a propósito del dictado de una única resolución judicial son, por ejemplo, la de las sentencias de conflicto colectivo, o también la del efecto de cosa juzgada positiva que se sigue de las sentencias firmes, en la medida en la que obliga que un pleito se resuelva respetando lo establecido por una sentencia firme dictada anteriormente en una situación sustancialmente igual, so pena de entender vulnerado el principio de igualdad o de que los poderes públicos, en este caso los poderes jurisdiccionales del Estado, actúan de modo caprichoso o arbitrariamente.

Sobre el efecto de la cosa juzgada positiva se pronuncia la **STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1891, según la cual, “la cosa juzgada positiva se entiende como vinculación en un proceso a lo ya resuelto en otro precedente” lo que “en el ámbito del Derecho Laboral adquiere un carácter preeminente al plantearse normalmente cuestiones repetitivas que derivan de una relación de tracto sucesivo”, no siendo coherente que “por falta de alegación o prueba en un segundo pleito se pudieran hacer pronunciamientos distintos a lo ya determinado en una sentencia anterior”, así como que “la sentencia que, en el propio pleito, desconoce otra anterior que adquirió firmeza, vulnera los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica”. Continúa la sentencia diciendo que “la cosa juzgada, en su manifestación positiva, ha entrado en el Derecho Público al obligar al Juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte, de modo que ni siquiera se exige que sea excepcionado, sino que puede apreciarse de oficio, habiendo establecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1995, entre otras consideraciones, que no se exige que el pleito nuevo sea una reproducción exacta de otro procedimiento para aplicar la presunción legal, pues no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta identidad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el juicio”.

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

II. TRABAJADOR**Sumario***

1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.**

A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros: Abogados en despachos profesionales. **3. Supuestos excluidos.** A) Rela-

ciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social.

4. Zonas grises. A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas.

C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros.

G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros: trabajadores autónomos económicamente dependientes **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabaja-

dor por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación.

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del

Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos

y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas. f) Trabajadores al servicio

de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros

de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios

del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Conse-

jeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones.

a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la

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

inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la Jurisdicción Española.**

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de octubre de 2008 (recurso de suplicación 2039/2008), I.L. J 1789.

1. La actora, saxofonista de la Banda municipal, fue cesada de modo unilateral por el Ayuntamiento. Demandó entonces por despido contra la entidad empleadora, suscitándose cuestión de competencia por razón de la materia, que el Juzgado, primero, y la Sala, después, resuelven a favor de la laboralidad del vínculo contractual. Los hechos probados básicos de la sentencia son los siguientes:

1º) La actora formó parte de la Banda de Música del Ayuntamiento desde el 1 de febrero de 1996, siendo su especialidad la de saxofón alto. Consecuencia de dicha vinculación la demandante ha venido recibiendo mensualmente y de forma regular la cantidad promediada de 279 euros, así como dos retribuciones extraordinarias en los meses de junio y diciembre. En el mes de julio de 2007 la demandante recibió la cantidad de 285 euros, en el de agosto de 2007, 0,1 euros al serle descontados por faltas de asistencia 284,99 euros, en septiembre de 2007, 285 euros y en el mes de octubre de 2007, 285 euros. A partir del 1 de noviembre de 2007 ya no recibió cantidad alguna.

2º) La actora estaba obligada a acudir dos veces por semana a los ensayos organizados por el director de la Banda (normalmente martes y viernes) y a las actuaciones a las que fuese requerida por el propio director. Los uniformes que utilizaba la actora en las actuaciones eran propiedad del Ayuntamiento, así como los instrumentos de música, siendo de cuenta del Ayuntamiento los gastos de desplazamiento cuando las actuaciones se realizaban fuera del municipio. La demandante estaba obligada a firmar en las hojas de asistencia a ensayos y actuaciones, siendo las actuaciones decididas por el Ayuntamiento, que cobraba por ellas cuando era requerida la actuación de la Banda por otros municipios. La demandante debía justificar sus ausencias.

3º) La demandante no cumplió con su obligación de asistencia en los siguientes días: 7, 27 y 31 de julio de 2007, todo el mes de agosto de 2007 salvo los días 15 y 31, en el mes de septiembre de 2007 a partir del día 21, no volviendo hasta el día 11 de enero de 2008, fecha en la que el director le comunicó verbalmente que la Junta de Gobierno Local había acordado, el 26 de octubre de 2007, darle de baja en la Banda de Música Municipal. La demandante comunicó al director que se iba a ausentar por motivos laborales y que estaría un tiempo sin venir, lo que el director puso en conocimiento de las autoridades

II. Trabajador

municipales. El 26 de octubre de 2007, la Junta de Gobierno Local decidió la baja de la actora en la Banda de música como consecuencia de sus reiteradas faltas de asistencia a actuaciones y ensayos durante los meses de julio, agosto y octubre de 2007, este acuerdo no fue notificado por escrito a la demandante.

4º) La actora no ha ostentado la condición de representante de los trabajadores, no estando dada de alta en Seguridad Social.

2. En la sentencia dictada en suplicación, argumenta la Sala que para apreciar la existencia de relación de trabajo es preciso acreditar que la actividad se presta “dentro del ámbito de organización y dirección de otro” y que el servicio se haga “a cambio de una retribución” [SSTS de 23 de enero de 1990 (RJ 1990, 196), 23 de enero de 1990 (RJ 1990, 197), 5 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1756), 23 de abril de 1990 (RJ 1990, 3480) y 21 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7926)], o lo que es igual, es necesario probar la prestación de servicios bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla [SSTS de 23 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7310) y 25 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1894)], que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el artículo 1 ET. A lo que cabe añadir que en las relaciones laborales domina el principio de realidad. Si *de facto* hay trabajo por cuenta ajena, hay relación laboral. La denominación que utilicen las partes es irrelevante en contra de la presunción del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) [SSTS, Sala Cuarta, de 23 de octubre de 1989; 8 de junio de 1990 (RJ 1990, 5040); 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 5539); 21 de julio de 1998 (RJ 1998, 6211), etc.]; o lo que es lo mismo, la opinión o consideración que sobre la naturaleza de la relación de los miembros de la Banda se haya podido tener inmemorialmente, y lo mismo el que no haya constancia escrita (formal) de su consentimiento y, menos aún, que no se haya producido el alta en la Seguridad Social, la falta de cotización, etc. Al contrario, estas omisiones, si existe la relación de trabajo, son infracciones laborales y administrativas, con sus consecuencias negativas para el empleador: sanciones, pagos con recargos de las sumas debidas, etc. Una prestación de servicios puede estar excluida del ámbito del contrato de trabajo, entre otras causas si se realiza a título de amistad, buena vecindad o benevolencia tal y como regula el artículo 1.3.d) del ET, siendo tal calificación jurídica en principio, incompatible cuando la dedicación al trabajo es significativa en valores promedios, aunque sea con horarios parciales e irregulares a lo largo de la semana o del mes, no se olvide que la actora estaba obligada a acudir 2 veces por semana a los ensayos organizados por el director de la Banda (normalmente martes y viernes) y a las actuaciones a las que fuese requerida por el propio director, pues se entiende que hay una práctica laboral que exige un contrato de trabajo; y así se viene aplicando este criterio incluso a organizaciones tan altruistas como Cruz Roja y otras similares. El voluntariado social no se presume; está hoy rigurosamente regulado en la Ley 6/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 147). Si a la prestación de servicios se une la contraprestación económica a favor del prestador de aquél, la relación laboral es evidente, máxime si se tratan de periodificadas percepciones económicas y si se mantiene la relación durante un período de tiempo largo y continuado, como acontece en el caso enjuiciado en que la demandante mantiene esta relación desde febrero de 1996, cobrando 14 mensualidades, que últimamente estaban en torno a los 280 euros cada una.

El trabajador benevolente actúa por razones de satisfacción personal o altruismo en régimen de plena libertad personal, sin derecho a contraprestación económica suficiente y determinada. Por tanto, si hay derecho a una compensación económica cierta o determinable a cambio de sus servicios, se concluye sobre la naturaleza laboral de la relación, que tampoco se ve excluida porque se presenten formalmente las percepciones económicas como gratificaciones como ocurre en el caso que se enjuicia. En cualquier caso, la benevolencia que prevé el Estatuto de los Trabajadores es incompatible con los deberes estrictos de sujeción y disciplina que implica la obligación de cobertura, aunque sea con horarios parciales e irregulares a lo largo de la semana o del mes, con sanciones económicas para casos de faltas de asistencia, y está acreditado que a la demandante se le descontaron las mensualidades de agosto a octubre de 2007, siendo irrelevante al respecto la falta de ánimo de lucro de la empleadora. La Ley del Voluntariado 6/1996, de 15 de enero, exige en su aplicación una rigurosa atención a sus presupuestos delimitadores y una interpretación restrictiva. En consecuencia, para el caso de autos hay que concluir, coincidiendo con la tesis del Ministerio Fiscal, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, lo que obliga al análisis del motivo que con carácter subsidiario se formula en el recurso por el Ayuntamiento recurrente.

3. Se trata de un caso en el que se pone de manifiesto, una vez más, que los contratos son lo que se desprende de su naturaleza y no de la denominación que le atribuyan las partes que lo celebran, y que lo que importa en verdad es cómo se desarrollan los comportamientos de los contratantes, a lo que denomina la Sala muy plásticamente “principio de realidad”. Es interesante la contraposición que se lleva a cabo entre la “presunción de laboralidad” acogida por el Estatuto de los Trabajadores, y la “presunción de no benevolencia” en las prestaciones por cuenta ajena, que se desprende básicamente de la Ley del Voluntariado de 1996, como ya habían recogido históricamente algunas reglamentaciones y ordenanzas de trabajo. Por lo demás, es claro que la torpeza empresarial a la hora de desarrollar una determinada relación con un prestador de actividad pasa siempre factura, pues una entidad empleadora no puede ignorar los efectos de sujetar a disciplina laboral a persona con la que no se quiere concertar una relación de trabajo. En cuanto al argumento de que no concurren en el caso concreto las exigencias propias de las relaciones laborales, es del todo compartible el razonamiento de la Sala, habida cuenta que la falta de dichas exigencias (el alta y la cotización a la Seguridad Social, por ejemplo), sólo se ajusta a Derecho cuando en el supuesto de hecho que se contempla no concurren los cuatro presupuestos legales de laboralidad, a saber, la voluntariedad, la retribución, la dependencia y la ajenidad.

STS de 16 de diciembre de 2008, Sala de lo Social (recurso de casación para la unificación de doctrina 4301/2007), I.L. J 1750.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por RNE contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 8 de octubre de 2007 (recurso 1219/2007), por la que se declaraba la naturaleza laboral de la relación que vinculaba a la recurrente con don Gabriel. Entre los hechos de los que se parte para

II. Trabajador

alcanzar tal solución destacan que el día 25 de abril de 1995 RNE envió una carta a don Gabriel para contratar con él, en su calidad de profesional de la información que ejercía su actividad por cuenta propia, un número indeterminado de crónicas que se emitían dentro de la programación, comunicándole los requisitos legales que debían contener las facturas que tenía que emitir por cada crónica entregada. De otra parte, el ámbito geográfico en el que don Gabriel desarrolla la actividad pactada quedaba limitado por RNE a la zona suroeste de la provincia de Madrid. Sus crónicas eran emitidas, con la aceptación de RNE, en distintos programas informativos, en las franjas horarias que establecía RNE. En cuanto a la retribución, ésta se abonaba por crónica emitida. En ocasiones, RNE encargaba crónicas específicas de acontecimientos de interés, señalando su duración, lugar y hora. Don Gabriel utilizaba los materiales de RNE en la elaboración de todas estas crónicas.

2. Ante el relato fáctico descrito la Sala de lo Social resuelve confirmar la sentencia recurrida, sistematizando los argumentos jurídicos ya alegados en supuestos de hecho muy similares. En primer lugar, se recuerda que la calificación de los contratos no depende de la denominación otorgada por las partes contratantes; en segundo término, la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho; de otra parte, tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción elevado, que pueden manifestarse de distintas formas, de ahí que se recurra al sistema de indicios para concluir su presencia en la relación en litigio. En este sentido, en el caso examinado concurren algunos indicios comunes de dependencia como la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario, así como el desempeño personal del trabajo encomendado. Igualmente, concurren indicios comunes de la nota de ajenidad como son la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios prestados. Además, se da la singularidad de que en este caso, RNE era la que delimitaba el ámbito geográfico de cobertura de la información. Así, la creación y cesión de sus obras por don Gabriel se llevan a cabo a través de una relación jurídica de naturaleza laboral.

3. En efecto, no es la primera vez que el Alto Tribunal se pronuncia en relación con conflictos surgidos entre RNE y quienes prestan esta peculiar prestación de servicios. Precisamente, en la particularidad de la actividad de cobertura de informativos es donde reside la fuente de conflictos que, en mi opinión, van a ser progresivamente superados tras las sucesivas resoluciones del TS. La Sala de lo Social vuelve a aplicar el test de laboralidad al supuesto de hecho, y delimita la presencia de los rasgos de ajenidad y dependencia con contundencia, a través de un sistema de indicios común a este tipo de actividades. De esta manera se concretan estos conceptos jurídicos abstractos. Así, resulta decisivo para observar la presencia del rasgo de dependencia el hecho de que, en ocasiones, RNE se pusiera en contacto con don Gabriel para encargarle determinadas crónicas, ordenando el lugar, duración y horario de éstas; así como el de que don Gabriel tuviera que dar cuenta de los eventos que pudieran tener lugar en la zona delimitada por RNE, entre los cuales, la recurrente seleccionaba los que eran de su interés. Asimismo, la presencia de ajenidad se obtiene del hecho de que don Gabriel desempeñaba su trabajo por iniciativa de RNE, y que los materiales que empleaba eran los de la propia empleadora.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

F) Mediadores mercantiles con asunción del riesgo

STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2008 (recurso de suplicación 4505/2008), I.L. J 2152.

1. El demandante representa a una Comunidad de Bienes y celebró un contrato de comisión mercantil con la empresa Sistemas de Descanso, SL, por el que el comisionista se comprometía a llevar a cabo la actividad necesaria de intermediación para la venta directa de los productos objeto de la actividad comercial de la empresa, percibiendo a cambio una comisión proporcional a la venta consumada. El contrato era por un año prorrogable y se estipula además que, a principios de cada mes natural, el comisionista debía girar a la empresa las liquidaciones del mes anterior, corriendo de su cargo todos los gastos de desplazamiento, dietas, publicidad, alquiler de locales, etc.; y estando al corriente de pago en las cotizaciones como trabajador autónomo. En 1 de octubre de 2001, el demandante (y cada uno de los comuneros) celebró el mismo contrato de comisión mercantil con la empresa demandada. Posteriormente se disolvió la Comunidad de Bienes referida, y el demandante y otros dos comuneros más pasaron a prestar servicios como comisionistas en la empresa demandada realizando las mismas funciones que venían haciendo anteriormente. El 15 de julio de 2005, el demandante y los otros comuneros adquirieron por compraventa el 10% de participaciones en el capital social de la empresa demandada, pasando a ser socios de la empresa. El tío del demandante es titular del 60% de las participaciones. La empresa les entregó una tarjeta Solred para pagar la gasolina en los desplazamientos y otra tarjeta Visa para pagar los gastos de la empresa. Cualquier gasto personal de avión, hotel, comida, etc., eran por cuenta de los agentes, debiendo reintegrar posteriormente a la empresa los gastos personales realizados con cargo a las tarjetas. Dicha tarjeta bancaria se utilizaba para abonar gastos derivados de la feria que hubiera de pagarse *in situ*, como la luz, el montaje. Desde que adquiere la condición de socio la empresa le entrega un teléfono móvil con tarjeta dual (una personal y otra profesional) que se utilizaba para ponerse en contacto con los otros socios y para cuestiones profesionales. El actor no tenía un horario determinado, si bien acudía a la empresa de una a tres veces por semana (salvo que estuviera en ferias). Cuando se personaba en la empresa solía utilizar una mesa de una oficina, siendo utilizada dicha mesa también por los otros dos socios o por cualquier otra persona que la necesitara. El actor, junto con los otros dos socios, actuaban como una consultoría comercial de la empresa vendiendo los productos de ésta, la cual fijaba los precios de venta, realizaba la publicidad e instalaba los *stands* de venta en las ferias. El actor cobraba la comisión pactada respecto a los productos efectivamente pagados, efectuándose una liquidación mensual. El actor y los otros dos socios se repartían entre ellos y decidían libremente las ferias a las que acudían, los productos que vendían y cualquier otra decisión en el ejercicio de sus funciones, pero sin seguir directrices u órdenes del empresario demandado, si bien le comunicaban las decisiones adoptadas. Las vacaciones se las repartían entre ellos sin intervención de la empresa. Las comisiones se liquidaban mensualmente previo listado entregado por la empresa de los productos ven-

II. Trabajador

didos a nivel nacional, comprobando el demandante su veracidad, y se repartían a partes iguales entre los tres socios. El actor ha firmado como avalista solidario de la empresa, en su condición de socio, varias pólizas de crédito de la empresa con entidades bancarias y ha actuado frente a terceros como socio representante de la empresa. El demandante ha estado al menos desde 29 de junio de 2000 de alta en RETA.

2. Se trata en el presente supuesto de distinguir entre el contrato mercantil de agencia y el laboral especial regulado en el RD 1438/1985, de 1 de agosto, sobre personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas. La delimitación de ambas figuras, desde la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, al suprimir ésta el requisito consistente en que el agente asumiera el riesgo y ventura de las operaciones en que intervenía, se vio desplazado el criterio diferenciador en la independencia del agente. Según esta Ley, existe dependencia a efectos laborales, cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a ésta conforme a sus propios criterios.

En el caso presente, consta que el actor y los otros dos socios se repartían entre ellos y decidían libremente las ferias a las que acudían, los productos que vendían y cualquier otra decisión en el ejercicio de sus funciones, pero sin seguir directrices u órdenes del empresario demandado, si bien le comunicaban las decisiones adoptadas. Las vacaciones se las repartían entre ellos sin intervención de la empresa. En consecuencia no cabe hablar de relación laboral. Cuestión distinta es que los términos del contrato detallado se modificasen de hecho posteriormente a su suscripción y la empresa asumiese parte de los gastos ocasionados por la actividad del recurrente a partir de una determinada fecha, pues tal actuación no afecta a la independencia organizativa.

3. Es jurisprudencia reiterada (por todas, SSTs de 2 de julio de 1996 y 17 de abril de 2000) que el Contrato de Agencia, regula una figura que era atípica en nuestro derecho, que únicamente guarda analogía con el contrato de comisión mercantil, pero cuyas funciones, en cuanto realiza una actividad de mediación, en la mayor parte de las ocasiones se encontraba normada en el RD 1438/1985, de 1 de agosto. Existe una ampliación de los posibles sujetos del contrato, en cuando el de agencia puede efectuarlo una persona jurídica, por lo que no puede ser laboral, ante la falta del *intuitu personae*, pero esa diferenciación no es posible establecerla cuando existe la prestación personal del trabajo, es decir, cuando no es sujeto activo de esas labores de mediación una persona jurídica. Una segunda diferenciación radica en el hecho de no ser relevante el responder del buen fin de las operaciones, desde el momento en que el Contrato de Agencia permite excluir de sus obligaciones el riesgo y ventura de ellas. Existe pues la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la Ley establece, atendiendo al criterio de la dependencia, entendiendo que existe esa vinculación, si quien realiza estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir las instrucciones de la empresa. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial, de quien asume el papel de agente, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida,

con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando quien se dedica a promover y concluir actos u operaciones de comercio despliega dicha actividad en términos de independencia. Existe independencia por cuanto al trabajador sólo le impartía la empleadora criterios generales en cuanto a los precios, pero decidiendo él solo los clientes que visitaba, las rutas que hacía, cuándo las hacía y el horario a realizar.

4. ZONAS GRISES

D) Profesiones liberales

STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 433/2008), I.L. J 1773.

1. El actor, arquitecto contratado por la Caja de Ahorros X, demandó a ésta al ser resuelto su aparente contrato civil de arrendamiento de servicios, que el Juzgado de lo Social consideró laboral, en sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el trámite de la suplicación. Los hechos probados básicos de la sentencia son los siguientes:

1º) En fecha 16 de diciembre de 2003 firmaron el actor y la Caja de Ahorros un contrato de arrendamiento de servicios de soporte técnico, en virtud del cual la primera contrataba los servicios del segundo para que realice durante seis meses los trabajos de soporte técnico y control y dirección de obra de oficinas que le encomendase la Caja de Ahorros, para lo que el actor debía redactar proyectos y estudios básicos de seguridad haciéndose cargo de su desarrollo y cumplimiento, encargándose de confeccionar toda la documentación necesaria para la concesión de las correspondientes licencias por parte de los diferentes organismos. Se añadía que la relación de ese contrato era de arrendamiento de servicios y que no entrañaba vínculo laboral de los recogidos en el estatuto de empleados de la caja de ahorros y convenios colectivos o cualquier otro contrato por cuenta ajena, debiendo el demandante estar dado de alta en la Seguridad Social en el régimen especial de trabajadores autónomos y encontrarse al corriente en el pago de las cuotas correspondientes. Se pactó un precio total de 12.000 euros que se incrementaría con el IVA correspondiente, pagaderos en seis mensualidades previo giro de factura emitida por el accionante deduciéndose el IRPF vigente.

2º) En caso de que la prestación de servicios exigiese algún desplazamiento los gastos serán incluidos en la factura correspondiente. En la estipulación quinta se regulaba la responsabilidad civil en los siguientes términos “D. será responsable por sí de todos aquellos daños o perjuicios que ocasionare a la Caja de Ahorros o a los bienes de ésta o a los de terceros, como consecuencia o con motivo del incumplimiento de sus obligaciones contractuales e indemnizará a la Caja de Ahorros por los daños y perjuicios que a ésta le pudieran causar por las reclamaciones de los terceros perjudicados incluidos gastos de defensa en juicio. Serán a cargo de D. el pago de cuantas sanciones, multas y penalizacio-

II. Trabajador

nes sean impuestas por contravenir las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, especialmente las de índole administrativa y laboral. Dada la responsabilidad subsidiaria en la que pueda incurrir la Caja de Ahorros por los daños ocasionados a terceros por parte de D., ésta deberá facilitar a aquélla copia de los documentos justificativos de las denuncias formuladas del pago de las multas impuestas, de los daños ocasionados, de su reparación o indemnización en su caso y demás que fueran pertinentes, con objeto de responder de ulteriores reclamaciones a los damnificados. D. se compromete y obliga a cumplir exacta y fielmente cuantas obligaciones se deriven de su condición profesional, como son, por ejemplo, su afiliación y cotización a la Seguridad Social, observar la diligencia debida, las medidas de prevención, seguridad e higiene en el trabajo previstas por la legislación vigente o que fueran establecidas por la futura y, en general respetar y cumplir escrupulosamente todas y cada una de las obligaciones impuestas por las leyes vigentes”. En la cláusula octava se fijaba la extinción del contrato el 15 de junio de 2004 o en su caso por incumplimiento de las obligaciones dimanantes del mismo. Transcurrida la fecha de vencimiento se entendía tácitamente prorrogado en las mismas condiciones por un nuevo período de 6 meses salvo comunicación escrita en contrario con un mes de antelación a la fecha de finalización del contrato.

3º) En fecha 15 de mayo de 2004, la Caja denuncia el contrato señalando que el 15 de junio se extingue el contrato sin que ello suponga que declinan seguir contando con sus servicios a partir del día siguiente al vencimiento. No obstante la anterior denuncia, el demandante continuó prestando servicios y en fecha 16 de diciembre de 2004 se firma entre las mismas partes un “adicional al contrato de arrendamiento de servicios de soporte técnicos”, en virtud del cual las partes pactan la prórroga del contrato del que esta adicional trae causa durante un plazo adicional de un mes, extinguiéndose el 15 de enero de 2005, si bien se entenderá tácitamente prorrogado mensualmente en las mismas condiciones salvo comunicación escrita en contrario con quince días de antelación a la fecha de finalización del contrato o de vencimiento de cualquiera de sus prórrogas, fijándose que como máximo quedará resuelto el 15 de abril de 2005. El 16 de abril se firma un nuevo adicional al contrato de arrendamiento de servicios de soporte técnico, pactando una nueva prórroga del contrato, que se extinguirá el día 31 de mayo de 2005.

4º) El día 1 de junio de 2005 las partes firman nuevo contrato de arrendamiento de servicios de soporte técnico, en términos coincidentes al inicial, pero con las siguientes diferencias, la contratación se realiza por 14 meses, fijándose en la cláusula primera que la Caja de Ahorros de Asturias facilitará los medios materiales necesarios para realizar los trabajos. Si fuera preciso redactará proyectos y estudio básico de seguridad haciéndose cargo de su desarrollo y cumplimiento, excepto en aquellas obras en las que por su complejidad o alto grado de riesgo, las coordinaciones de seguridad y salud serán objeto de estudio individualizado. El precio pactado fue de 57.600 euros más IVA, que se abonarán en el plazo de los diez días siguientes a girar la factura por importe de 2.400 euros, más IVA menos IRPF. Si la prestación de servicios se realiza en algún lugar que exija algún desplazamiento, los gastos causados serán incluidos en la factura correspondiente, previa justificación y conformidad de la Caja de Ahorros. También se incluirán, previa justificación, los gastos colegiales y de responsabilidad civil derivados específicamente de la ejecución de las obras encargadas por la Caja. El contrato se extinguiría el 31 de mayo de

2007 si bien cualquiera de las partes puede instar la resolución preavisando con quince días de antelación. En fecha 1 de junio del año en curso se firma un anexo al contrato anterior, ampliando la duración del contrato hasta el 30 de junio de 2007, entendiéndose tácitamente prorrogado por mensualidades sucesivas si ninguna de las partes manifiesta su voluntad en contrario con una antelación mínima de quince días a la finalización del plazo convenido o de cualquiera de sus prórrogas. El importe de la mensualidad acordada en el mencionado contrato se verá incrementado por el último IPC publicado pasando a ser de 2.457,60 euros más el IVA correspondiente.

5º) Durante este tiempo el actor realizó los siguientes trabajos: estudio de expedientes, exposición de conclusiones; asesoramiento en documentación necesaria para modificación de proyectos hasta la obtención del visado por parte del Colegio de Arquitectos; Redacción de proyectos para adecuación de oficinas, gestiones de licencia obra y actividad para la adecuación de locales de sedes de la Caja, reformas de ampliación incluida coordinación de seguridad y salud, adecuación y acceso, redacción de proyectos para adecuación de oficinas de red de expansión y direcciones de obras con las consiguientes visitas, gestiones de licencia de obra y actividad en diversos locales de la entidad, por distintas ciudades, etc. Por lo demás, el actor, tras realizar el proyecto, es el encargado de enviar la documentación base a los constructores para que elaboren sus ofertas, que le son a él remitidas para su revisión, participando posteriormente en la mesa de contratación que se celebran en el despacho del jefe del departamento donde se abren los distintos sobres, siendo el jefe del departamento el encargado de decidir a quién se contrata si la cuantía es inferior a determinada cuantía y si la supera el comité de compras y el comité de dirección. También es el actor el encargado de acudir ante los distintos organismos y así acude a la delegación provincial de trabajo para hacer el aviso previo de la apertura del centro de trabajo, presenta escritos a las diferentes policías administrativas de seguridad privadas, para certificar las medidas de seguridad de obra, presentando escritos en diversos Ayuntamientos. Remite correos a las oficinas de la Caja para que se entreguen cantidades a cuenta a las direcciones facultativas o constructores necesarias para la solicitud de las licencias de obra y actividad de las oficinas de red de expansión fuera de la Comunidad Autónoma, autorizando a los distintos constructores la entrada en las oficinas de la entidad si fuera necesario. Da el visto bueno a las facturas de los distintos constructores, cuando éstas son correctas, para que se abone por administración de inmovilizado, autorizando la devolución de las garantías cuando la obra ha sido concluida de forma satisfactoria. Firma los albaranes que se envían a la Caja por empresas externas. Acepta, en nombre de la Caja, presupuestos de empresas externas. Se encarga del control y seguimiento interno de numerosas obras, actuando como interlocutor con los constructores para decisiones tales como comienzo de las obras, enganches de suministros y liquidaciones, manteniendo reuniones con ellos. Recibe los correos de los encargados de las cajas de la red de expansión relativos a fallos de construcción y es el encargado de adoptar las medidas necesarias para repararlos, poniéndose en contacto con el constructor o reparándolo con cargo al fondo de garantía. Firmó, en nombre y representación de la Caja, 4 contratos durante el año 2006 con determinada empresa, relativos a las obras que se estaban ejecutando en otra ciudad. Firmó igualmente los contratos de mantenimiento y el contrato de

II. Trabajador

autorización de obras de acondicionamiento de un local de ciudad distinta a la anterior. Incluso el demandante revisó los informes y facturas que remitían a la Caja otros estudios de arquitectos.

6º) El actor emitía y emite al mes dos facturas en las que hacía figurar bajo el término “concepto” el porcentaje de facturación, detallando un porcentaje de los distintos proyectos en los que había intervenido. En esas facturas incluía los gastos sufragados por parking, kilometraje y comidas acompañando fotocopia de las facturas. Al total le aplicaba el 16% de IVA y descontaba el 15% de retención a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Las cantidades devengadas se hacían efectivas ingresándolas en la cuenta bancaria del actor en la Caja, habitualmente mediante dos abonos. El accionante realiza su labor en las oficinas de la Caja, en la planta donde se encuentran ubicados el departamento de Gestión inmobiliaria, Obras y Proyectos y Administración inmovilizado. Entra aproximadamente a las 8 de la mañana saliendo a las 15 horas y los jueves de invierno sale a las 14,30 y trabaja por la tarde en horario comprendido entre las 16,30 y las 20 horas al igual que los trabajadores de la Caja, disponiendo media hora para el café. Accede a las instalaciones a través del control de seguridad ubicado en la planta baja sin necesidad de facilitar sus datos al igual que cuando acude a las instalaciones de otras sedes. Sus vacaciones las pone en conocimiento de la encargada de gestionar un archivo en el que figuran los veinte días disfrutados por el actor. En el cuadro de previsión de vacaciones correspondiente al año 2003 figura el actor junto a otros, en el del año 2004 figuran esas mismas personas más alguna otra y en el de 2005 aparecen algunas de ellas, menos otras y más otras. El accionante utiliza una mesa, silla, cajonera y archivo para guardar documentación proporcionada por la Caja, dispone de un teléfono fijo digital con pantalla con línea interior y exterior, un teléfono móvil facilitado por la demandada con línea interna y externa cuya factura abona la Caja, un terminal informático facilitado por la empresa demandada, tiene acceso a la Intranet de la Caja y tiene una cuenta de correo electrónico con referencia a la Caja. Los bolígrafos, carpetas, folios y demás material que precisa utilizar se lo facilita asimismo la Caja. Recibe correo dirigido a la Caja, pero a su atención y también a través de valija interna. Cuando el demandante precisaba hotel o transporte por los desplazamientos que debía efectuar para visitar la obra, tras recibir un correo electrónico en el que se requería su presencia, presentaba una solicitud firmada por representante de la Caja y con el visto bueno del director del área. Durante el año 2006 los viajes se facturan directamente por una agencia de viajes a la Caja. Por otro lado, el actor ha acudido en varias ocasiones al médico de la Caja.

2. La fundamentación jurídica de la sentencia razona que en la decisión de cuestiones análogas a la ahora debatida la doctrina jurisprudencial más reciente contenida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 875) y 19 de junio (RJ 2007, 6828) y 7 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 299), viene declarando que, en primer término, es necesario poner de relieve que la calificación de los contratos no depende de la denominación que las partes les asignen, sino de la configuración efectiva de los derechos y obligaciones que se deriven de ellos, conforme así se ha declarado a través de una consolidada jurisprudencia de la que son muestra, entre otras muchas, las Sentencias de 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8947) y de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1427). Además, y conforme recoge la Sentencia de 7 de junio de 1986 (RJ

1986, 3487), la configuración de las obligaciones propias de un contrato de arrendamiento de servicios que tiene su cauce de regulación en el Código Civil (LEG 1889, 27), no viene a resultar totalmente incompatible con la del contrato de trabajo “al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente”. Si en el contrato de arrendamiento de servicios lo característico es la prestación de estos últimos mediante la contrapartida de un precio o remuneración pactada, en el contrato de trabajo, se produce también, ese intercambio de prestación de servicios por pago de un precio pero, a través de las notas específicas de ajenidad y dependencia que son, precisamente, las que permiten su encuadramiento en el ámbito de la legislación laboral. Continúa declarando la mencionada doctrina jurisprudencial que la dependencia y la ajenidad, como elementos esenciales de la relación jurídico-laboral, han de ser extraídas de un conjunto de indicios que, en algunos casos, se revelan específicos de determinadas actividades laborales o profesionales.

Entre esos indicios y en relación con el de dependencia, se hallan el de la asistencia al centro de trabajo del empleador, el desempeño personal del trabajo sin perjuicio de excepcionales suplencias o sustituciones, la inserción del trabajador en la organización productiva de la empresa, que es la que se encarga de programar la actividad laboral y la ausencia de organización empresarial propia por parte del trabajador. Por lo que hace a la nota de ajenidad propia del contrato de trabajo, son indicios a tener en cuenta la entrega o puesta a disposición del empresario de los productos elaborados o de los servicios realizados por el trabajador, el que sea el empresario y no el trabajador el que adopte las decisiones relativas a las relaciones del mercado o con el público, la fijación de precios o tarifas, la selección de clientela, la 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, de acuerdo con un criterio que guarde proporción con la actividad profesional prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, resulta que no se ha enervado la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), siendo notorio que cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución de éste nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral. Aplicados con resultado positivo los indicios comunes de laboralidad al supuesto de la relación de servicios en litigio, queda por ver, en primer lugar, si la jurisprudencia ha elaborado indicios de dependencia o ajenidad específicos de las profesiones liberales (médicos, abogados, arquitectos) y, en segundo lugar, si tales indicios conducen también a la misma conclusión.

En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [STS de 7 de junio de 1986 (RJ 1986, 3487), sentencia de

II. Trabajador

contraste] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles (caso de la sentencia recurrida), constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [STS de 20 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6784)]. Finalmente, destaca la doctrina jurisprudencial, que tanto en la profesión médica como, en general, en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de éstas [Sentencia de 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8947)].

Tampoco cabe apreciar en la resolución recurrida infracción de los artículos 14 y 15 del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro (RCL 2004, 693, 1628), y de su Disposición Adicional Primera, porque en aquélla no se adscribe al actor al Grupo I, Nivel II, por su titulación superior de Arquitecto, sino, porque estando en posesión de un título superior, como termina declarando la Juzgadora “asume en la realización de su trabajo una responsabilidad plena, no auxilia a ningún titulado del grado A, realiza su función con plena autonomía y responsabilidad, encargándose, incluso, de fiscalizar el trabajo de profesionales ajenos, por lo que su puesto debe equiparse al del titulado A del antiguo convenio colectivo y, por tanto, declararlo incluido en el grupo I, Nivel II”. Porque en el artículo 15 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros (RCL 2004, 693, 1628) se clasifica al personal de las Cajas en dos grupos, incluyendo en el Grupo profesional 1 a quienes estando incluidos dentro del ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, estén a su vez vinculados directamente con la actividad financiera, crediticia y cualquier otra específica de las cajas de ahorros, y desempeñen funciones o trabajos de dirección, ejecutivos de coordinación, de asesoramiento técnico o profesional, comerciales, técnicas, de gestión o administrativas. El grupo 2 está reservado para las personas que desempeñen funciones o realicen trabajos o servicios propios de oficios o especialidades, incluyendo el titulado superior A en el nivel II y el titulado superior B en el nivel IV. El convenio colectivo para los años 1995-1997 (RCL 1996, 904, 1452) definía al titulado de grado superior como los letrados, médicos, ingenieros, arquitectos y cualesquiera otros profesionales que ocupen puestos para los que sea condición necesaria la posesión de un título facultativo de grado superior y presten los servicios propios de su profesión colegiada en la Caja, distinguiendo entre titulado A “los que con el adecuado nivel de preparación desempeñan las gestiones propias de su titulación con el máximo grado de responsabilidad y extienden su competencia y actividad a todos los asuntos propios de su especialidad profesional” y titulado B “se asigna a aquellos titulados que o bien desempeñen funciones concretas que constituyen un aspecto parcial y de menor complejidad de la actividad profesional sin asumir la total responsabilidad de las mismas o bien cooperan y auxilian a otros de titulados de la categoría A”.

3. El caso expuesto se sitúa en la compleja frontera entre las actuaciones de los profesionales liberales que actúan, incluso simultáneamente, como tales y como trabajadores en régimen laboral. La aparente celebración inicial de un verdadero contrato de arrendamiento de servicios, sujeto a la disciplina civil, se complica en exceso por actos de prórroga y de superposiciones contractuales sobrevenidas, sin la suficiente transparencia contractual,

pero, sobre todo, se desvirtúa por la asignación al actor de funciones en las que se reflejan de modo inequívoco los presupuestos de laboralidad. Cuando tal cosa ocurre, la subsunción del supuesto de hecho en las categorías específicas del convenio colectivo ayudan todavía más a desechar la presencia de una relación contractual civil, manifiestamente excepcional desde los presupuestos con los que enjuicia el orden jurisdiccional social. Tiene interés en la sentencia comentada el esfuerzo que se hace para trasponer los indicios de laboralidad a las relaciones concertadas por quienes pueden actuar como profesionales liberales, pero el esfuerzo no pasa de ahí al utilizar ejemplos distintos y distantes al supuesto de hecho enjuiciado. En todo caso, queda claro una vez más que el contrato civil de arrendamiento de servicios no es una figura contractual de utilización alternativa con el contrato de trabajo, sino un contrato que sólo cuando rotundamente excluye el presupuesto laboral de dependencia puede sobrevivir como tal frente a las garantías de las leyes laborales.

J) Otros: trabajadores autónomos económicamente dependientes

STJ de Valencia de 11 de diciembre de 2008, Sala de lo Social (recurso de suplicación 3475/2008) I.L. J 1635.

1. La Sociedad Española de Librería, Diarios, Revistas y Publicaciones, SA (en adelante SGEL) venía contando desde 1985 –primero sin contrato por escrito y desde 1996 con él– con los servicios de don Cosme. Durante este tiempo el demandante en instancia se ocupó de la recogida, reparto, distribución y devolución de revistas distribuidas por la mercantil SGEL. Para llevar a cabo dicha tarea el trabajador usaba una furgoneta de su propiedad, provisto de la correspondiente autorización administrativa de la que él era el titular. Por estos servicios el actor percibía una cantidad fija por ruta, con un incentivo en caso de tener que efectuar un doblaje en la ruta a consecuencia de un retraso o una sobrecarga en las publicaciones imputables a SGEL. Asumiendo, sin embargo, el demandante el riesgo económico derivado de su responsabilidad en el retraso de la distribución o de los daños que las publicaciones sufrieran durante su traslado, y que provocaran que las revistas no pudieran ser comercializadas. El desempeño de estas funciones era llevado a cabo por el trabajador estando dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y girando las oportunas facturas, con el IVA correspondiente, a la empresa SGEL. Asimismo, cabe señalar que el trabajador recibía el cien por cien de sus ingresos de la mercantil.

La relación descrita finaliza el día 5 de mayo de 2008 a consecuencia de una notificación que le es entregada a don Cosme por la mercantil demandada en la cual se le hace partícipe del deseo de la empresa de dejar de contar con sus servicios.

Ante la extinción de la relación que venía uniendo a las partes el trabajador recurre ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Consumo como paso previo a la demanda, que más tarde interpuso ante el orden social por entender que su despido vulneraba la legalidad

II. Trabajador

vigente. La empresa contesta a la demanda alegando la excepción de incompetencia del orden social para conocer de un litigio sobre la terminación de un contrato entre dos empresas, al considerar que la relación que unía a demandante y demandada no era una relación de laboralidad.

El Tribunal de primera instancia llega a la conclusión de que debe desestimar la excepción de incompetencia del orden laboral al entender que el trabajador, aun cuando no venía relacionado con la mercantil a través de una relación de laboralidad, era en realidad un trabajador autónomo económicamente dependiente. En consecuencia a esta estimación el Tribunal rechaza la reclamación por despido interpuesta por el demandante. Frente a esta sentencia se interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia por la mercantil SGEL.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia confirma el pronunciamiento del Tribunal de la instancia al detectar en el caso que nos ocupa los requisitos exigidos por el artículo 11.2 del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio). Este precepto condiciona el reconocimiento de la dependencia económica del trabajador autónomo a que éste no tenga trabajadores por cuenta ajena a su cargo, a que no ejecute su actividad de manera diferencia a la del resto de la plantilla de la empresa de la que es dependiente, a que tenga una infraestructura propia, a que desarrolle la prestación de sus servicios ateniéndose a sus propios criterios organizativos, y a que perciba una retribución económica según el resultado final de sus servicios asumiendo los riesgos inherentes a éstos. A mayor abundamiento, señala el Tribunal que la suplencia que el trabajador encargaba a un tercero para poder disfrutar de un mes de vacaciones no implica que dicho trabajador sustituto se convierta en un asalariado del trabajador autónomo económicamente dependiente y, por lo tanto, no hay vulneración de los requisitos del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Respecto de la no comunicación de la condición de trabajador económicamente a la mercantil de la cual dependía, requisito fijado por el Estatuto del Trabajo Autónomo, no debemos considerar que nos encontramos ante una vulneración de las obligaciones impuestas por la Ley 20/2007, más concretamente su artículo 12.2, pues la Disposición Transitoria Tercera señala que los trabajadores autónomos del sector del transporte tendrán un plazo de un año, desde la publicación de la norma en el Boletín Oficial del Estado (BOE), para comunicar a las empresas de las que son dependientes dicha condición. Como quiera que la norma fue publicada en el BOE el 12 de julio de 2007, el plazo para llevar a cabo dicha comunicación finalizaría el 13 de julio de 2008, al haber sido comunicado al trabajador el cese de la relación que les unía en fecha 5 de mayo de 2008, entiende el Tribunal que no hay vulneración de los requisitos contemplados en el Estatuto del Trabajo Autónomo que sea óbice para poder reconocer el carácter de trabajador económicamente dependiente al demandante en instancia y, en consecuencia, la competencia del orden social.

3. El caso enjuiciado debe ser diseccionado en dos fases, primero debemos dilucidar si entre las partes hay o no una relación de laboralidad. Respecto de la laboralidad de la relación debe quedar patente que la relación que unía a las partes en ningún caso podría cumplir los requisitos impuestos por el Estatuto de los Trabajadores. Como bien señala la empresa recurrente, la relación que vinculaba a las partes no cumple con los requisitos impuestos

por el artículo 1.3.g) del propio Estatuto, el cual excluye del ámbito de la laboralidad a aquellos transportistas que sean titulares de la correspondiente habilitación administrativa para el desempeño de sus funciones, tal y como era el caso de autos.

La segunda de las reflexiones que deben ser vertidas a la vista del caso enjuiciado es que una vez excluida la laboralidad de la relación y, compartiendo el criterio del Tribunal, no queda más que certificar, a la vista de la literalidad del Estatuto del Trabajador Autónomo, el carácter de económicamente dependiente del trabajador demandante en instancia.

Para finalizar, convendría realizar una breve advertencia a la luz del caso objeto de la sentencia pues, aunque no en el presente supuesto, podrían llegar a producirse casos que encubran realmente una relación laboral bajo la apariencia de una relación de las previstas en el Estatuto del Trabajo Autónomo, debido al difuso límite entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajador económicamente dependiente al cien por cien de los ingresos de un pagador. El error podría fácilmente provenir de considerar que un trabajador que figure inscrito en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que perciba el cien por cien de sus rentas de un único pagador, y que formalmente se haga constar dispone de su propia infraestructura, desarrollando ésta conforme a su propio criterio, es un trabajador económicamente dependiente. Sin duda, en la mayoría de los casos así será. No obstante, no sería extraño que en otros muchos se estuviera encubriendo una verdadera relación laboral, entre empresario y trabajador, en la cual el trabajador cuente con un alto grado de independencia en su actuación, y se haya pretendido simular el resto de los requisitos previstos en la norma 20/2007 a fin de sustraer al trabajador la protección del Estatuto de los Trabajadores.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (COORDINADORA)

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

LUIS GORDO GONZÁLEZ

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

III. EMPRESARIO**Sumario**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Atribución de la condición de empleador a una unidad empresarial formada por padre e hija en el caso de la relación laboral especial del hogar familiar. B) Aplicación de la teoría del levantamiento del velo en supuestos de empresas formalmente distintas que actúan en el ámbito laboral como únicas. C) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. D) Límite de la responsabilidad de la Administración en centro privado de enseñanza concertada. **3. Grupo de empresas.** A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. B) Consecuencias de la existencia de grupo de empresas en supuestos de despido. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Concepto de propia actividad. C) Vinculación de la duración del contrato para obra o servicio a la duración de la contrata. D) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad. E) Sucesión de contratas y sucesión de empresa. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Aplicación del artículo 43 ET a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. C) Efectos del reconocimiento de cesión ilegal: cómputo de la antigüedad y responsabilidad solidaria. D) La existencia de cesión es planteable en el proceso de despido. **6. Sucesión de empresas.** A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Consecuencias de la sucesión: cómputo de la antigüedad.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2008 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1633 a 2163) 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 su Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Atribución de la condición de empleador a una unidad empresarial formada por padre e hija en el caso de la relación laboral especial del hogar familiar

La STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1827, que comentaremos con más detenimiento en el apartado 5.B), analiza un supuesto de prestación de servicios de forma indistinta y simultánea en el hogar familiar de dos sujetos bajo la cobertura formal de un único contrato con uno de ellos. En tal situación, despedida la trabajadora y declarado improcedente su despido por la sentencia de instancia, que condena solidariamente a los dos sujetos que reciben la prestación de servicios, la Sala de suplicación valora tangencialmente la posibilidad de que esta situación jurídica se califique como de unidad empresarial, “en el sentido de atribuir a cada uno de los demandados indiferenciadamente la condición de empresario de la actora en los términos del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores”. Posibilidad, no obstante, en la que no se abunda al considerar que lo que se produce es una cesión ilegal de trabajadores, como más adelante veremos.

B) Aplicación de la teoría del levantamiento del velo en supuestos de empresas formalmente distintas que actúan en el ámbito laboral como únicas

La STSJ de Murcia de 22 de diciembre de 2008, I.L. J 2021 y la STSJ de Murcia de 22 de diciembre de 2008, I.L. J 2022, abordan idéntico supuesto de hecho por lo que las analizaremos conjuntamente. En ambos casos el problema se centra en buscar, a efectos laborales, quién es el verdadero empresario, por encima de apariencias y formalidades jurídicas, y, por tanto, a quién cabe imputar las responsabilidades derivadas e inherentes a tal condición. Como enseguida comprobaremos, la teoría del levantamiento del velo servirá de instrumento útil a tales objetivos. En los dos supuestos, el trabajador formula demanda en solicitud de extinción de contrato derivada de incumplimiento del empresario contra las empresas Construcciones y Accesorios Turbopaconsa, SA y Freshliner Transport & Logistic, SL, solicitando se declare extinguido el contrato de trabajo y se condene solidariamente a ambas empresas al abono de la indemnización correspondiente. La sentencia

III. Empresario

de instancia estima la demanda y frente a ella interpone recurso de suplicación Freshliner Transport & Logistic, SL, al objeto de que se reconozca que no es posible declarar su responsabilidad solidaria. La Sala, en los dos pronunciamientos que examinamos, desestima el recurso y en “aplicación de la teoría del levantamiento del velo del empresario que el artículo 1.2 del ET define, cuya finalidad es que prevalezca la realidad por encima de las formas jurídicas, para evitar así el abuso del derecho o el fraude de ley, artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil”, llegará a la conclusión de que si bien “desde el punto de vista de las relaciones laborales, la apariencia de una única empresa es indudable e innegable, pues aun cuando formalmente Construcciones y Accesorios Turbopaconsa SA y Freshliner Transport & Logistic SL, son dos empresas distintas, actúan en realidad como una única”, lo cierto es que, bajo la apariencia formal del contrato de prestación de servicios de gestión que han suscrito, “la realidad es la prestación de trabajadores pertenecientes a la plantilla de Construcciones y Accesorios Turbopaconsa SA en las instalaciones de Freshliner Transport & Logistic SL, que, al menos, tres trabajadores dados de alta en Construcciones y Accesorios Turbopaconsa SA prestan servicios en las instalaciones de Freshliner Transport & Logistic SL, (...); que muchos de los trabajadores de Construcciones y Accesorios Turbopaconsa SA han pasado a formar parte de la plantilla de Freshliner Transport & Logistic SL, (...), respetándose a algunos de ellos los derechos que tenían reconocidos, entre ellos la fecha de antigüedad, (...) y, fundamentalmente, que es obvio que Construcciones y Accesorios Turbopaconsa SA se encuentra en una situación de mínima o nula actividad que incluso ha puesto en alquiler el local en el que están ubicadas sus instalaciones (...)”. Si a ello se une que “la flota de camiones de Construcciones y Accesorios Turbopaconsa SA (...) se encuentra en las instalaciones de Freshliner Transport & Logistic SL, y (...) no consta documento que acredite en virtud de qué modalidad contractual esta empresa ha adquirido dichos camiones (compraventa, leasing, renting, ...)”, es evidente, finaliza la Sala que tales hechos

“se contraponen a la situación formal de estructuras separadas y de independencia aparente de las empresas demandadas, evidencian la apariencia de una única empresa, lo que conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas y que la condición de empresario recaiga en las mercantiles que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única con la consiguiente responsabilidad solidaria de todas ellas”.

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

Pese a que la cuestión del alcance material y cuantitativo de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos ya ha sido resuelta por la doctrina unificada del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, de nuevo nos encontramos en el período analizado con bastantes pronunciamientos que abordan esta cuestión, tanto de la doctrina de suplicación como del Alto Tribunal. Por lo que a la primera concierne, la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 19 de noviembre de 2008, I.L. J 1865, la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 19 de noviembre de 2008, I.L. J 1978, la STSJ de Castilla y León (Valla-

dolid), de 19 de noviembre de 2008, I.L. J 1979, la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 19 de noviembre de 2008, I.L. J 1980, la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 17 de diciembre de 2008, I.L. J 2103 y la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 23 de diciembre de 2008, I.L. J 2149, tras reconocer que la cuestión a que aludimos ya ha sido resuelta por la Sala en múltiples sentencias y exponer los argumentos en ellas recogidos, reconocen que su criterio no es el mantenido por el Tribunal Supremo, al que se remiten y asumen, fallando en consecuencia. Recordemos, brevemente, cuáles son los términos del debate y la tesis del Alto Tribunal.

La cuestión se centra en determinar si en el importe de la paga extraordinaria por antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos deben computarse los complementos retributivos autonómicos, como sostienen las sentencias citadas del TSJ de Castilla y León (Valladolid), o por el contrario, la cuantía de aquélla debe limitarse a los conceptos de salario, antigüedad y complementos específicos, como afirmará el Tribunal Supremo. El artículo 61 del IV Convenio mencionado reconoce a los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa el derecho a una paga cuyo importe será el equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. El precepto, según la doctrina de suplicación que comentamos, debe interpretarse en el sentido de no atribuir al calificativo “extraordinaria” otro alcance que el correspondiente a la naturaleza no común de la paga, por lo que “la mensualidad que constituye el referente de la cuantía de la citada paga no puede ser otra que el conjunto de las ordinarias percepciones salariales lucradas por el trabajador mensualmente, percepciones que incluyen el discutido ‘complemento analógico’ (complemento retributivo de carácter autonómico)” [STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 23 de diciembre de 2008, I.L. J 2149; STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 19 de noviembre de 2008, I.L. J 1865]. Por el contrario, el Tribunal Supremo, en las sentencias reproducidas por estos pronunciamientos del TSJ de Castilla y León (Valladolid) y en sus más actuales STS de 17 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1723, STS de 23 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1730 y STS de 26 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1752, reiterará su doctrina a tenor de la cual

“el calificativo mencionado (‘extraordinaria’), en la oración gramatical expresada en el artículo comentado (artículo 61 del IV Convenio), va unido al sustantivo ‘mensualidad’, formando ambas palabras un único sintagma, lo que impide su separación o desgajamiento; por lo que si se separan, se distorsiona totalmente el significado de la frase comentada, dando lugar a confusiones interpretativas manifiestamente equivocadas. La finalidad esencial de la frase ‘mensualidad extraordinaria’ que expresa el precepto comentado es la de determinar cuál es el importe de esa paga de antigüedad que el mismo establece, lo que implica que tal frase nunca se puede referir a la propia paga que tal norma estatuye, sino que necesaria e ineludiblemente se refiere a otra paga o mensualidad distinta. Sólo de este modo, sólo conectando la cuantía de esa paga de antigüedad con el importe ya conocido de otra paga diferente se puede saber el montante de aquélla” (STS de 26 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1752).

III. Empresario

Llegados a este punto, en el que se afirma que la paga extraordinaria por antigüedad del artículo 61 del IV Convenio tiene el mismo importe que las pagas extraordinarias que en él se regulan, la conclusión no puede ser otra que la de fijar la cuantía de aquélla en los mismos términos que la norma convencional cuantifica ésta, por lo que, como argumenta el Tribunal Supremo, si el artículo 59 del IV Convenio establece que el montante de las pagas extraordinarias que en él se regulan asciende “a una mensualidad del salario, antigüedad y complementos específicos”,

“Es claro, por consiguiente, que los ‘complementos retributivos autonómicos’ no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad debatida, pues, según el citado artículo 59, no se computan tampoco para calcular el montante de las pagas extraordinarias que este último precepto prevé” (STS de 26 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1752). En el mismo sentido y con idéntico argumentos, STS de 17 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1723 y STS de 23 de diciembre de 2008, u.d., I.L. J 1730.

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

Junto a la litigiosidad derivada de la determinación de la cuantía de la paga extraordinaria por antigüedad pactada en los Convenios Colectivos de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, el otro gran tema de conflicto suscitado en este ámbito ha sido el representado por la concreción del alcance de la obligación de pago delegado de salarios que corresponde a la Administración educativa de conformidad con la normativa vigente sobre el particular. A esta cuestión aluden la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008, I.L. J 1798 y la STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2008, I.L. J 2090. No obstante, con carácter previo al examen de estos pronunciamientos, y al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, LODE –derogados casi en su totalidad expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, LOCE, cuyo artículo 76 recogía un contenido similar; esta última Ley, a su vez, ha sido derogada por la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que no obstante en sus artículos 116 y 117 regula, de forma similar a sus precedentes, lo relativo a centros privados concertados y conciertos educativos– y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos) se desprende que “en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”.

Ahora bien, esa obligación de pago delegado que recae sobre la Administración –que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial–, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”.

Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro.

No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999,

“el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales...’, y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de los establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores”.

Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

Con estas premisas, la **STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008**, I.L. J 1798, debe pronunciarse acerca de la eventual responsabilidad de la Comunidad de Madrid del pago del complemento salarial por jefatura de departamento que reclama una profesora que ha prestado servicios en un centro de enseñanza concertado. La Sala, reiterando doctrina de pronunciamientos anteriores, y tras incardinar el complemento de jefatura en el apartado c) del artículo 13 del RD 2377/1985 –en línea con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular–, deberá determinar los topes aplicables para fijar la responsabilidad de la Administración; si los globales o conjuntos, en función de la totalidad de las sumas que la Administración debe satisfacer con ocasión del concierto educativo (tesis de la sentencia de instancia), o si, por el contrario, esta responsabilidad actúa de manera separada y diferenciada en función de los tres módulos (salarios del personal docente; otros gastos y

III. Empresario

cantidades destinadas al pago de antigüedad del personal docente, de las sustituciones del profesorado y del ejercicio de la función directiva docente y de las obligaciones derivadas del artículo 68 ET) a que hace referencia el artículo 76.3 de la LOCE –vigente hasta 24 de mayo de 2006– (tesis del recurso). El análisis de los términos en que se pronuncian las Leyes de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, así como la invocación de sentencias precedentes de la Sala sobre la cuestión, llevan al juzgador a la estimación del recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid, concluyendo que “la Administración demandada sólo está obligada a afrontar el pago del complemento reconocido hasta alcanzar la cuantía máxima fijada por la normativa presupuestaria de ámbito autonómico, lo que supone que por los períodos reclamados, y en proporción al tiempo trabajado, no proceda imponer ninguna otra responsabilidad solidaria con cargo a la Comunidad de Madrid”.

Idéntica problemática y similares argumentación y conclusión se recogen en la **STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2008**, I.L. J 2090, donde la Sala recordará la doctrina jurisprudencial como la que indica que la obligación de pago delegado de la Administración “no es absoluta, sino que está limitada por la cuantía de la que están dotados los módulos, a cuyo pago se compromete la Administración y aceptan los centros privados que deciden acogerse al régimen de conciertos”, o la que, como acabamos de señalar, establece que el complemento de Jefe de Estudios es un concepto de naturaleza salarial que “está comprendido en el apartado c) del artículo 13.1 del RD 2377/1985” [que desarrolla el artículo 49.3 de la LODE y coincide sustancialmente con el artículo 76.3.b) de la LOCE].

También alude a la eventual responsabilidad de la Administración educativa del pago de las diferencias retributivas derivadas de complementos por cargo directivo la **STSJ de Andalucía (Granada), de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1921, aunque en esta ocasión la desestimación del recurso interpuesto por la trabajadora con tal pretensión no recoge más extensión argumentativa que la derivada de la acreditación durante el período reclamado del agotamiento y consunción de la dotación presupuestaria de los módulos concertados, así como de la consistente en señalar que el Acuerdo entre la Consejería competente y los sindicatos y organizaciones patronales de Enseñanza Privada Concertada con el que pretendía la recurrente hacer inaplicable la doctrina del Tribunal Supremo a tenor de la cual “la Administración sólo podrá asumir las cargas salariales de los centros concertados hasta la cuantía máxima global fijada en las Leyes de Presupuestos para los módulos concertados, y que, por consiguiente, las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos (...) sólo podrán ser asumidas por la Administración si no superan el citado límite”, había perdido vigencia al finalizar el curso 2002/2003 “y no consta prorrogado y por lo tanto no puede obligar a la Consejería codemandada a satisfacer a la recurrente las diferencias que reclama, que van referidas a un devengo producido a partir del curso 2004/2005”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

Pese a la consolidada doctrina jurisprudencial acerca de los requisitos necesarios para derivar de la existencia de un grupo de sociedades interrelacionadas la presencia de un

único empleador y, por tanto, afirmar la responsabilidad solidaria de todas respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, los frecuentes pronunciamientos judiciales sobre el particular parecen evidenciar la dificultad de trasladar al caso concreto los mencionados presupuestos. La riqueza de situaciones fácticas posibles, la inexistencia de una definición genérica de grupo de empresas, así como la diversa fisonomía de las responsabilidades que eventualmente pueden imputarse al grupo pueden ser la causa de tan habitual litigiosidad. En este contexto, la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2008**, I.L. J 1657, rechazará la existencia de responsabilidad solidaria por el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el caso enjuiciado, al llegar a la conclusión de que realmente no existe un grupo de empresas como tal sino una mera designación comercial unitaria. El supuesto de hecho se resume en los siguientes términos: el trabajador accidentado prestaba servicios para “MSC Aerospace, SL”, siendo el 100% de su capital propiedad de Tegraf Ingeniería SL. Esta última empresa contrató con CASA la fabricación y montaje de elementos y útiles para la realización de ensayos en el centro de Getafe de CASA, lugar donde acaeció el accidente laboral. La sentencia de instancia estimó la procedencia del recargo impuesto por el INSS y afirmó la responsabilidad solidaria de CASA, “MSC Aerospace, SL” y “Tegraf Ingeniería, SL” en relación al mismo, al tiempo que señaló que no cabía imputar responsabilidad al Grupo Tam, “al estar constituido por las sociedades Tegraf y MSC y constituir la designación comercial de la unión de ambas”. La Sala de suplicación, tras recordar los criterios del Tribunal Supremo para apreciar responsabilidad solidaria en supuestos de grupo de empresas, a saber, confusión patrimonial, prestación de trabajo indistinta o común, actuación unitaria del grupo, apariencia externa de unidad empresarial y de dirección, desestimará el recurso interpuesto por CASA afirmando que

“Son las empresas condenadas las que se encuentran comprendidas en el supuesto de solidaridad, sin que la responsabilidad solidaria pueda extenderse al grupo Tam y al resto de las empresas que lo conforman, (...), ya que el grupo Tam es una mera designación comercial, que carece de personalidad jurídica propia. Además, el resto de las empresas que forman el grupo comercial no tiene relación alguna con la actividad productiva de ‘MSC Aerospace, SL’, de la que el 100% del capital pertenece a ‘Tegraf Ingeniería, SL’, en el momento del accidente. En ese instante, ni existía confusión patrimonial ni existía un funcionamiento integrado o unitario entre las empresas condenadas y el resto de las empresas que formaban la Agrupación de Interés Económico denominada Tam, por lo que no puede aplicarse la teoría del levantamiento del velo.”

Similares criterios jurisprudenciales a los comentados servirán a la **STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2008**, I.L. J 1817, para rechazar la existencia de responsabilidad solidaria de las empresas del grupo en un supuesto de despido. El trabajador demandante venía prestando servicios como oficial tercero en el puerto de Sitges, como empleado de la empresa Náutica Emilio, SL, dándose la circunstancia de que esta empresa tiene el mismo domicilio social y administrador que la empresa Cypsela Servicios Náuticos, SL. Frente a la pretensión del trabajador de que se declare la existencia de un grupo de em-

III. Empresario

presas ficticio, por considerar que, en aplicación del artículo 1 ET, ambas sociedades son su empresario, la Sala desestimaré el recurso señalando que

“No se duda de que ambas empresas constituyan o pertenezcan al mismo grupo empresarial, pero lo que no consta es que estén confundidas o sean utilizadas por sus socios de manera fraudulenta o para eludir responsabilidades, sin que tampoco conste, y ello sería lo esencial en este procedimiento, que el trabajador recurrente haya realizado trabajos de forma indistinta para una u otra empresa, ya que ambas llevan a cabo actividades diferentes, ya que mientras la empresa del trabajador tiene por objeto la venta de productos náuticos y su colocación, la entidad Cypsela vende embarcaciones, actividad esta última que no se ha demostrado que haya ejercido en ningún momento el trabajador, siendo su único indicio de prueba el hecho de que las vacaciones en exceso (...) le fueron concedidas en un impreso de la empresa Cypsela, pero que posteriormente fue corregido por su empresa, Náutica Emilio, SL.”

Tampoco estiman la existencia de responsabilidad solidaria derivada del uso irregular de la figura del grupo empresarial la **STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1668 y la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 23 de diciembre de 2008**, I.L. J 2129. Con todo y pese a resultar reiterativo y simple, conviene aclarar, porque en ocasiones los términos en los que se manifiestan los pronunciamientos judiciales pueden prestarse a confusión, que la imputación de responsabilidad a las empresas que conforman el grupo por las obligaciones laborales asumidas por una de ellas no deriva del hecho mismo de la existencia del grupo en sentido genérico sino de una serie de circunstancias adicionales que lo que vienen a demostrar es o bien la propia inexistencia del grupo como tal desde la perspectiva de la recepción de la prestación de servicios, por cuanto que en la práctica lo que existe es una única entidad que actúa como empresario, o bien el uso abusivo e irregular de la personalidad jurídica independiente de las empresas que conforman el grupo en perjuicio de los derechos de los trabajadores. En otras palabras, cuando en las sentencias del orden social se alude a la existencia o no de un grupo de empresas “a efectos laborales”, pues tal es la dicción literal utilizada, lo que realmente se está valorando es la presencia o no de una utilización fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de las diversas sociedades que integran el grupo; presencia cuyo reconocimiento se traduce en la comunicación de responsabilidades entre las diversas empresas que conforman el grupo. De ahí que, como indica la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 23 de diciembre de 2008**, I.L. J 2129, en estos supuestos “el problema será siempre encontrar el fundamento necesario para imputar la responsabilidad solidaria como empresario a las empresas que forman parte del grupo y para determinar esa solidaridad es preciso atender a la pérdida de independencia de cada una de las empresas”. En esta labor, señalará la sentencia citada, que aunque no existe una regulación unitaria del fenómeno del grupo de empresas, “sí existen las suficientes expresiones de derecho positivo que ponen el acento en la unidad de dirección como característica definitoria y primordial del grupo”, tales como los artículos 3 y 4 de la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa, el artículo 42 del Código de Comercio o el artículo 51.14 ET. De ahí que, recordando pronunciamientos de otros Tribunales Superiores, se argumente que “en definitiva, quien organiza, quien dirige, aunque sean cometidos de alta organización o dirección que se filtran mediatamente con

otros entes económicos o empresariales interpuestos que a su vez organicen el propio trabajo, estarán afectados por la responsabilidad y el concepto de empresa laboral”; y que, reiterando doctrina del Tribunal Supremo, se añade que “cuando diversas sociedades convergen en un fin común, aunque por razones prácticas de operatividad mantengan cada una su personalidad jurídica propia ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia, se impone el principio de solidaridad que descansa fundamentalmente en el de la realidad consistente en buscar dicha realidad auténtica más allá de los formulismos y formalidades jurídicas”. Sobre la base de estas consideraciones y recalcando que “la existencia del grupo, en cuanto tal, no se determina por la presencia de lazos entre los socios o accionistas de las diversas sociedades, ni siquiera por un común administrador, sino por la sujeción a un poder único de decisión”, y “que para que la condición de empresario recaiga en todo el grupo se precisa no sólo ese poder de decisión común, sino que además, incida en el ámbito de las relaciones laborales, de tal forma que el receptor de los servicios sea el grupo y no la sociedad”, la Sala concluirá que

“Atendiendo a lo expuesto no se desprende que aplicando las notas características reseñadas del grupo de empresa, Patdeni pueda estar comprendida en ese grupo. Y ello, porque tiene sustento real, porque los patrimonios de las diferentes empresas demandadas y los de Patdeni están diferenciados, no consta que haya confusión de plantilla, ni tampoco una unidad única de dirección.”

En esta misma línea, la **STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1668, tras recordarnos la doctrina del Tribunal Supremo según la cual “el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho mercantil”, aplicará al caso enjuiciado esos criterios jurisprudenciales que permiten la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo a los que ya nos hemos referido, y que son, en palabras de este pronunciamiento, “la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales”, para llegar a la conclusión de que

“(…) no consta que entre las distintas empresas demandadas que han suscrito con los demandantes contrato de trabajo, exista otra relación que la familiar (...), no puede entenderse que exista entre ellos un grupo de empresas pues nada consta sobre que tengan una organización común del trabajo en su relación con los demandantes y se insiste en que el juzgador de instancia mantiene que cada uno de ellos gestiona con autonomía sus explotaciones agrícolas y ganaderas, adoptando sus propias decisiones personales, sin que tampoco conste acreditado ninguno de esos rasgos que, aunque existiera alguna relación empresarial entre ellos, determina la extensión de responsabilidad respecto de los actos de uno, como sería el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo, la creación de empresas aparentes sin sustento real determinantes

III. Empresario

de una exclusión de responsabilidades laborales o la confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad de empresarial y unidad de dirección”.

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2008**, I.L. J 1931, con los mismos soportes argumentales que venimos apuntando llegará a la conclusión de que sí hay confusión patrimonial y de plantilla en el supuesto enjuiciado y, por ende, responsabilidad solidaria de las empresas implicadas.

B) Consecuencias de la existencia de grupo de empresas en supuestos de despido

Ya hemos comentado en otras ocasiones cómo la doctrina jurisprudencial viene exigiendo que cuando estemos en presencia de un grupo de empresas, la apreciación de la existencia de causa económica que permite el despido objetivo o colectivo de trabajadores se realice en relación al grupo en su conjunto. En esta línea, la **STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2008**, I.L. J 1817, comentada en el apartado 3.A), de manera tangencial, también se refiere a esta cuestión, diferenciando las consecuencias que la existencia de un grupo de empresas puede conllevar en los casos de despido del trabajador al señalar que

“(…) la posible responsabilidad solidaria de ambas empresas tendría lugar únicamente en el caso en que el despido del trabajador fuera declarado como improcedente, al objeto de su readmisión o alternativamente del pago de la indemnización legal prevista y de los salarios de tramitación, de manera que si su despido es declarado procedente la existencia de un grupo de empresas que responda frente al mismo devendrá una cuestión intrascendente, máxime en un supuesto de despido disciplinario que a estos efectos también es diferente a un supuesto de despido por causas objetivas, fundamentalmente por motivos económicos, en cuyo caso sí que podría valorar más pormenorizadamente la existencia de un grupo de empresas y sus efectos de tipo económico respecto de dicho tipo de despidos”.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

B) Concepto de propia actividad

En muchas ocasiones hemos aludido a la importancia del concepto de “propia actividad” en relación con las consecuencias laborales de las operaciones de descentralización productiva. Noción que, pese a contar hoy con una consolidada doctrina jurisprudencial que, frente a tesis ampliatorias pasadas, la identifica con las operaciones inherentes al ciclo productivo de la empresa principal, no deja de plantear dudas a la hora de su aplicación al caso concreto. La **STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2007**, I.L. J 1855, centrada

en el análisis de la determinación de los sujetos responsables del recargo de prestaciones en casos de subcontratación de obras y servicios y a la que nos referiremos en el epígrafe siguiente, se pronuncia también sobre el correcto entendimiento de aquella expresión en el caso enjuiciado, señalando que, de conformidad con la tesis del Tribunal Supremo, el mencionado concepto debe interpretarse “en el sentido de ser una actividad inherente a la de la principal sin que las labores no nucleares queden excluidas de la propia actividad y puesto que como su propio nombre indica Construcciones Goncesco se dedica a la construcción y la contratista a la colocación de forjados y encofrados es visto que esta última no es que enlace directamente con el proceso productivo de aquélla sino que es parte integrante del mismo”.

En el mismo sentido, también la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1990, relativa igualmente a un caso de responsabilidad por el recargo de prestaciones y a la que también aludiremos en el apartado siguiente, recuerda las dos interpretaciones posibles que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han barajado sobre el concepto de “propia actividad”, a saber, la que entiende que propia actividad es la “actividad indispensable”, de tal manera que se integrarían en el concepto, además de las actividades que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas las que resulten necesarias para la organización —es decir, se incluirían como propias las labores complementarias—; y la que únicamente incluye en aquella noción las actividades inherentes, de forma que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo se entenderán propia actividad —en este caso no se incluirían como propias las labores complementarias—. Recuerdo que va acompañado del expreso acogimiento de la tesis de la inherencia, señalando cómo en aplicación de tal doctrina el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de marzo de 2008 ha considerado que “la contratación con una empresa de distribución no conlleva responsabilidad solidaria en base al artículo 42 ET, que no parte del supuesto de que toda empresa haya de realizar por sí misma todas las actividades necesarias para la producción, embalaje, distribución, seguridad, y tantas otras en definitiva necesarias, pues ello obligaría a todas las empresas a realizar prácticamente un gran número de actividades por sí mismas, si no querían responder por la actuación de otras”.

C) Vinculación de la duración del contrato para obra o servicio a la duración de la contrata

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2008**, I.L. J 2106, a la que nos referiremos en el apartado 6.B), reitera y reproduce la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la licitud de la cláusula contractual establecida en los contratos para obra o servicio determinados, que limita su vigencia a la duración de una contrata suscrita entre la empresa contratante del trabajador y una tercera. Recogiendo diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, la Sala recordará que la modalidad del contrato para obra o servicio determinado “puede ser utilizada tanto en el supuesto de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin o de un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización como en el supuesto de una necesidad de trabajo temporalmente

III. Empresario

limitada para la empresa y objetivamente definida, como es el caso de una actividad que se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga dicho encargo”, a lo que no cabe objetar el que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa o que dicha actividad constituya una exigencia permanente de la entidad comitente, “ya que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial”. En consecuencia, concluye la Sala, “el cese del trabajador al término de la contrata que servía de soporte a su contrato temporal no constituye despido sino lícita extinción del contrato de trabajo”.

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

Ya hemos aludido en crónicas precedentes (véanse, por ejemplo, crónicas 31 y 37), la dificultad interpretativa que la variedad de normas que disciplinan la responsabilidad derivada de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo ocasiona a la hora de determinar el concreto sujeto responsable de éstas. En el caso concreto del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, el artículo 123.2 LGSS hace recaer esa responsabilidad en el “empresario infractor”, expresión laxa que, para el supuesto de las contrataciones de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. Sin embargo, esta labor no ha sido fácil, dando lugar a una fuerte litigiosidad, en la que en muchas ocasiones ha sido el dato de que la actividad descentralizada deba corresponder o no a la “propia actividad” de la empresa principal a estos efectos el que ha estado en el centro del debate. Así acontece en parte en el caso de la **STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2007**, I.L. J 1855, a la que ya hemos aludido en el apartado 4.B), pues junto a la cuestión de si se trata o no de una actividad correspondiente a la propia de la empresa principal, que se resuelve en sentido positivo, la controversia se centra en la determinación del alcance que quepa atribuir a la obligación de vigilancia que en materia de seguridad y salud en el trabajo se impone al empresario que contrate con otro la realización de obras que se desarrollen en su propio centro de trabajo. En el supuesto enjuiciado la empresa Construcciones Goncesco, SA firmó un contrato de ejecución de obra con la empresa Encofrados del Acebo SL, para la fabricación de soleras, zapatas, muros, pilares y forjados de un edificio de la primera. Durante la realización del trabajo, algunos trabajadores de la empresa Encofrados sufrieron un accidente, a resultas del cual, y tras la constatación de infracción en materia de prevención de riesgos laborales, se declara la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y el incremento en un 50% de todas las prestaciones de Seguridad Social que pudieran reconocerse derivadas del accidente de trabajo a cargo de la empresa Encofrados El Acebo, SL, y, solidariamente, de la empresa Construcciones Goncesco, SA. Recurre en suplicación Construcciones Goncesco argumentando que su obligación de vigilancia no puede ir más allá de lo razonablemente exigido bajo los parámetros de la LPRL y en el caso examinado “el accidente consistió en un hundimiento de parte del forjado, lo que constituye una cuestión puntual dentro de la ejecución de forjados que la empresa Encofrados El Acebo asumió en exclusiva por vía contractual con Construcciones Goncesco y en consecuencia imputable en exclusiva a aquélla ya que el sistema de apuntalamiento es competencia de dicha empresa y no cabe llevar la obligación de vigilancia

del empresario principal a extremos como el presente lo que supondría una exigencia desproporcionada contraria al efecto de solidaridad establecido en la normativa de referencia”. La Sala desestimará el recurso, confirmando la sentencia de instancia, al entender que el principio de efectividad de la acción preventiva consagrado en el artículo 15.4 LPRL exige que el empresario evalúe los riesgos, teniendo presente tanto las distracciones como las imprudencias no temerarias de los trabajadores, no resultando acreditado que

“Construcciones Goncesco haya actuado conforme a dichas exigencias, en su condición de principal, ni hubiera cumplido con las de coordinación no meramente formal sino real de la empresa contratada para llevar a cabo los forjados del edificio, no que haya cuidado del cumplimiento de dichas normas, puesto que si bien es cierto que la elección del sistema de apeo corresponde a la empresa de encofrado y debe figurar en el plan de seguridad y salud también lo es que dicho plan debe ser aprobado por el coordinador de la obra que pertenece a la empresa principal por lo que de no ser el adecuado debe efectuar las correcciones que correspondan, de ahí que no quepa eximir a dicha empresa de la responsabilidad impuesta por el INSS, debiendo recordarse a este respecto el alcance de las obligaciones de los contratistas y subcontratistas, en relación al empresario principal en los casos de contratadas de obras y servicios de las previstas y definidas en los artículos 42 ET y 24.3 y 42.2 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales [hoy derogado], que vincula a todos ellos solidariamente respecto del período de duración de la contrata.”

Un supuesto similar es el examinado por la **STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2007**, I.L. J 1824, pero en esta ocasión el planteamiento argumentativo es algo diverso. Los elementos fácticos son los siguientes: una Comunidad de Propietarios contrata a la empresa Agbar Instalaciones, SL, para realizar la sustitución de las canalizaciones de gas y agua, bajantes de aguas residuales y la pintura de los patios y escalera de la finca; Agbar Instalaciones SL, a su vez, subcontrató con Manrique Pintures, Rehabilitació i Decoració, SCP los trabajos de pintura en dos patios de luces. Realizando estas labores un trabajador de esta última empresa sufre un accidente de trabajo con resultado de muerte. La sentencia de instancia ratifica la Resolución del INSS que declaró la responsabilidad solidaria de Agbar Instalaciones, SL, y Manrique Pintures, Rehabilitació i Decoració, SCP por falta de medidas de seguridad e higiene e impuso un recargo en las prestaciones de Seguridad Social del 50%. Recurre en suplicación la empresa principal que afirma haber cumplido con todas las responsabilidades derivadas del artículo 42 ET pese a no tratarse los trabajos de pintura de su propia actividad. La Sala centrará su argumentación no en la determinación de si estamos o no ante la propia actividad de la empresa principal, sino en la constatación de si cabe imputar o no a Agbar Instalaciones, SL, la condición de sujeto infractor ex artículo 123 LGSS a la luz de la interpretación que a tal expresión ha dado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En esta línea, la Sala, trayendo a colación diversos pronunciamientos del Alto Tribunal, señalará que lo decisivo es que “el trabajo se desarrolle bajo el control y la inspección de la empresa principal (...) y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella (...)”, de tal manera que es “el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de

III. Empresario

seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad de la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”.

Y siendo así, es necesario establecer las obligaciones correspondientes en estos casos a la empresa principal, para lo que la sentencia que comentamos continúa acudiendo a la doctrina del Tribunal Supremo. Según ésta, del deber de colaboración entre empresas que desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo del artículo 17 del Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, ratificado por España, parece lógico deducir que en casos de contratas, si hay base suficiente para ello, la responsabilidad del recargo pueda alcanzar tanto al empresario directo o contratista como al empresario principal; tal doctrina, se añade, debe entenderse reforzada en su aplicación judicial a partir de la entrada en vigor de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Desde este planteamiento, la Sala desestimará el recurso de Agbar Instalaciones, SL, pues “no consta que hubiese cooperado positivamente y de forma eficaz en la coordinación de la actividad por él subcontratada”, dado que “la persona a la que la empresa Agbar había encomendado la coordinación de la obra no era experto en cuestiones de seguridad y prevención de riesgos, no habiendo impartido la empresa Manrique Pintures formación ni información al trabajador fallecido en materia de seguridad y prevención en trabajos en andamios y alturas”, y si bien es cierto que no se puede imponer a los legalmente obligados por su deuda de seguridad “la exigencia de un control máximo y continuado que, ciertamente, podría hacer ineficaz esta modalidad productiva (...) sí que se les debe exigir un control efectivo, que no puede afirmarse que se haya producido cuando no consta que quien recurre hubiera acometido una eficaz inspección de los términos en que se desarrollaba la actividad por él subcontratada”.

La **STSJ de Valencia de 2 de diciembre de 2008**, I.L. J 2081 confirma igualmente la procedencia del recargo impuesto solidariamente a la empresa principal y contratista en un supuesto de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad. Sin embargo, en esta ocasión, el recurso y su posterior desestimación no se centran tanto en la determinación de si cabe o no apreciar la existencia de responsabilidad solidaria derivada de tratarse de una contrata cuanto en la fijación de si se han cumplido o no las obligaciones de seguridad que eximirían de la imposición del recargo mismo. De ahí que dejemos su análisis más detenido para el apartado temático correspondiente. Lo mismo acontece con la **STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1942, que dedica su argumentación a demostrar la existencia de incumplimientos empresariales de las obligaciones de seguridad y salud como causa del accidente producido, descartando que aquél se debiera a imprudencia de la trabajadora, como se sostenía en uno de los motivos del recurso, y que sólo como fundamento de cierre señala que

“Respecto a la determinación del empresario ‘infractor’, el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de abril de 1992 y 16 de diciembre de 1997, ha estimado la existencia de responsabilidad solidaria de la empresa principal, junto con la contratista, en el recargo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de falta de medidas de seguridad. Y asimismo

lo afirma literalmente la Ley, concretamente el artículo 42.1 de la LPRL, y el artículo 42.3 de la LISOS (que derogó el párrafo segundo del artículo 42 de la LPRL) que dispone que 'la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 LPRL, del cumplimiento durante la contrata de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal'."

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1990, debe pronunciarse acerca de la responsabilidad del recargo de prestaciones en el siguiente supuesto de hecho: el trabajador de la empresa Decalinox, dedicada a la fabricación de depósitos metálicos que se realizan en el interior de la nave, recibió la orden de colaborar en los trabajos de extracción de un depósito para su traslado al exterior. Para realizar tal operación, se requirió a la empresa Grúas del Penedès, SL, para que colaborara con la aportación de una grúa móvil; grúa que la empresa del Penedès había adquirido dos meses antes a la empresa Manensmann Dematic SA (a la que sucedió Demag Cranes & Components, SA y Demag Mobile Cranes, SA), sin haber cumplido las revisiones y reparaciones necesarias desde el momento de la compra. Fue justamente al accionar la grúa cuando se produjo el accidente del que el trabajador resultó con unas lesiones que determinaron que fuera reconocido en situación de Incapacidad Permanente Total. Con estas premisas, la sentencia de instancia absuelve a Grúas del Penedès, SL, del recargo del 50% impuesto con carácter solidario con la empresa Decalinox, SA por el INSS, al no relacionarse su actividad con la propia de la principal Decalinox, SA. Recurrida en suplicación, tanto por el trabajador accidentado, que reclama la responsabilidad de la empresa Grúas del Penedès, SL, como por la propia Grúas del Penedès, SL, que, pese a contar con un pronunciamiento de instancia en principio favorable, solicita la responsabilidad solidaria de los codemandados Demag Cranes & Components, SA y Demag Mobile Cranes, SA en el recargo de prestaciones, la Sala acogerá el recurso formulado por el trabajador, rechazando el interpuesto por la empresa Grúas del Penedès, SL.

La sentencia comentada, tras un inicial análisis de la cuestión de si la responsabilidad de prevención a efectos del recargo debe extenderse o no a los suministradores del material empleado en la realización de la actividad de riesgo, que escapa de nuestro ámbito temático, reitera la recién comentada doctrina jurisprudencial según la cual "es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño", de tal manera que la responsabilidad de la empresa principal por el recargo de prestaciones no deriva de que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia, sino de una interpretación de la noción de "empresario infractor" del artículo 123 LGSS en la que lo decisivo es "que el trabajo se desarrolle bajo el control y la inspección de la empresa principal". De ello concluye en la responsabilidad de la empresa Grúas del Penedès, SL, que, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderle frente a la empresa suministradora –pues el accidente se produjo por un estado deficiente del mecanismo de

III. Empresario

seguridad de la grúa—, no adoptó las medidas de precaución exigibles para comprobar el buen estado de funcionamiento de la máquina que, junto con sus propios conductores, se integraba en el proceso productivo de la empresa principal, con riesgo para la integridad física de sus trabajadores. Y tal extensión de responsabilidad resulta predicable, finaliza la Sala, no sólo en virtud de la obligación de coordinación que el artículo 24 LPRL impone a los empresarios que desarrollen su actividad en un mismo centro de trabajo, sino incluso aunque se optara, como realiza la resolución administrativa del INSS, por encardinar el supuesto en el artículo 42 ET, con la consiguiente exigencia de que se trate de actividades correspondientes a la de la empresa principal.

E) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

5. CESIÓN ILEGAL

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

Como ya hemos comentado en otras ocasiones, la recepción normativa de los criterios e indicios elaborados por la jurisprudencia para distinguir entre la lícita contrata de obras y servicios y la prohibida cesión de mano de obra no parece, al menos de momento, haber disminuido, como, por otra parte, era de suponer, la litigiosidad en este tema. En el período examinado el grueso de los pronunciamientos recaídos se refieren a cuestiones ligadas con este tema, lo que pone de manifiesto que pese a encontrarnos ahora con “una definición legal más precisa”, que “concreta y define como verdaderas presunciones iuris diversos supuestos del mecanismo interpositorio entre varias empresas” (STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008, I.L. J 693), el problema está lejos de solucionarse. De las sentencias de suplicación que abordan la cuestión, algunas referidas a supuestos de hecho respecto a los cuales aún no resultaba de aplicación la reforma operada en el artículo 43 ET por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1735; STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1736; STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008, I.L. J 1879; STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1633; STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2064; STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 2019; STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008, I.L. J 1648; STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007, I.L. J 1734), cinco se decantan por la respuesta positiva en el debate sobre la existencia o no de cesión ilegal, mientras que tres rechazan tal posibilidad. Dado que la doctrina y argumentos utilizados en todas ellas son muy similares, reiterando en términos generales los criterios consolidados del Tribunal Supremo (y ahora ratificados en el apartado 2 del artículo 43 ET) a la hora de distinguir entre la contrata de obras y servicios y el fenómeno prohibido de la cesión, parece más operativo, como otras veces hemos realizado, exponer en primer lugar un resumen de la mencionada tesis jurisprudencial para, a continuación, referirnos a la aplicación de tales criterios a los supuestos de hecho concretos enjuiciados en cada pronunciamiento.

– En la cesión de trabajadores se produce una relación triangular en la que un empresario contrata a uno o varios trabajadores que seguidamente pone a disposición de otro empresario distinto, que es quien en realidad utiliza sus servicios en su propia organización (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007, I.L. J 1734). Es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador, y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008, I.L. J 1648; STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1633; STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2064). Pero “ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 ET” (STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1633; STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2064).

– Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio (STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1735; STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1736; STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2064). Pero hay que tener presente que la determinación del fenómeno no depende de la literalidad de las condiciones pactadas en el instrumento contractual utilizado para justificar la contrata del servicio, sino del modo en el que día a día se ha venido ejecutando por los trabajadores afectados tal prestación (STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1735).

– Por ello la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, entre los que pueden citarse la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista (STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1735; STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1736; STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 2019; STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2064). No obstante, los problemas más importantes de delimitación surgen cuando la contratista es una empresa real y cuenta con una organización e infraestructura propias (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007, I.L. J 1734). Cuando la empresa contratista tenga existencia propia y cuente con organización e infraestructura deben tenerse en cuenta otras notas diferenciadoras, a su vez no excluyentes, sino complementarias (STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008, I.L. J 1879). La línea de distinción no está tanto en la determinación de que la empresa cedente existiera realmente sino si actuaba como verdadero empresario (STSJ de Galicia

III. Empresario

de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1633; STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 2019). Cuando el objeto real de la obra o servicio es la mano de obra, entonces no nos hallamos ante una contrata, aunque sea para realizar labores que son propias de la actividad de la principal (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007, I.L. J 1734).

– Dado que la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales, cuando la organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose la actividad de la contratista al suministro de mano de obra (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007, I.L. J 1734; STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1736; STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008, I.L. J 1648; STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 2019; STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2064), para constatar si existe cesión ha de actuarse mediante el examen de aquellos indicios de los que quepa inferir la mera puesta a disposición de trabajadores de un empleador a otro, entre los que destaca que sea la empresa cesionaria la que organice y dirija el trabajo del personal afectado (STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1735). De hecho, se ha entendido que “sólo tiene sentido la cesión ilegal cuando confluyen dos empresas reales, entre las que pueda establecerse una relación efectiva, aunque sea el cesionario quien actúa como solo y auténtico empleador; ya que, en el otro supuesto, lo que existe es un mero testaferro, que no tiene la condición de empresario y aunque la cesión se efectúe con intención de permanencia” (STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008, I.L. J 1879).

– La actuación empresarial en el marco de la contrata es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal (STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008, I.L. J 1736; STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 2019). Pero hay que matizar que la contrata lo es, ex artículo 42 del ET, cuando el empresario que arrienda su servicio sigue el programa o las prescripciones fijadas por el principal, quien no por el hecho de que ejerza una función de control o supervisión global de la actuación del contratista deviene en cesionario ilícito, sobre todo cuando, como se da en el caso de la gestión de un determinado apartado de un servicio público, es el Organismo contratante quien fija e impone las condiciones de su prestación, mas –puntualizando también– sin necesidad de llegar a convertirse en la práctica en empresario de los trabajadores pertenecientes a la contratista, como ocurre cuando es aquél quien ejercita la dirección de su trabajo (STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007, I.L. J 1734). Ahora bien, en la medida en que esta diferenciación no sea posible o no se lleve a cabo, y la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de la ejecución de la labor de los empleados de la contratista, entonces se habrá quedado reducida a la mera provisión de la mano de obra para que sea la empresa principal quien directamente reciba los frutos de su trabajo, ejerciendo el poder de dirección que incumbe a la contratista, por lo que habrá que apreciarse que existe una cesión ilícita y no una contrata (STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 2019). Eso sí, teniendo presente en este contexto, que una cierta gestión empresarial inmediata por la empresa contratista, como el abono salarial o la detención oficial de poder disciplinario, no es obstáculo para la existencia de cesión ilegal de trabajadores (STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1633).

– La naturaleza jurídica pública de las empresas o empresarios real y/o formal no impide la posibilidad de cesión ilegal, pues las expresiones “contratas o subcontratas” no se refieren solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privada ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídica pública; de modo que no puede ser obstáculo a la posibilidad de apreciar la cesión el dato de que exista una aparente contratación administrativa o convenio efectuado por un ente público y un ente privado o de naturaleza semipública (**STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008**, I.L. J 1633; **STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 2019). La formalización de un contrato administrativo no puede servir de garantía de impunidad frente al control judicial (**STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008**, I.L. J 1879).

Aplicando los anteriores criterios al caso de autos, la **STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007**, I.L. J 1734 confirmará la sentencia de instancia que declaró la existencia de cesión ilegal entre la entidad empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, como empleadora cesionaria y la empresa Eulen, SA, como empresa cedente al entender probado “que es la empresa principal quien en la práctica ejerce las funciones organizativas, de dirección y control del proceso productivo o de servicios, impartiendo instrucciones y directrices a los trabajadores de la contratista, configurándose así como el verdadero y auténtico empresario o empleador real (...) no [se] menciona dato alguno en relación con la existencia de empleado perteneciente a Eulen, SA, que tenga asumida la función de control efectivo y real del trabajo de los demandantes, así como la de emisión de instrucciones o de exigencia de la oportuna responsabilidad por la actividad prestada, relatándose por la sentencia de instancia que la coordinadora de dicha empresa somete a la consideración de la jefa de protocolo de Aena su conformidad para aprobar el cuadro de vacaciones del personal de la contratista, así como de las nuevas contrataciones, siendo en definitiva el cargo referido del Organismo codemandado de quien dependen los actores en su ordinario y habitual desempeño de los cometidos profesionales respectivos; distinto sería el caso en que la vinculación entre éstos y la jefa de protocolo de Aena se redujera a alguna orden concreta sobre el trabajo realizado, mas en los términos expuestos por la sentencia de instancia, esta relación no es esporádica o puntual sino continuada. En definitiva se verifica que la coordinadora referida dependiente de Eulen, SA, es un cargo intermedio de carácter aparente o meramente formal que no lleva a cabo verdaderas funciones de dirección, control, organización y otras que son propias del empresario real (...) Sí es hecho incontestable que los actores trabajan en las instalaciones de Aena (...) recibiendo instrucciones de la jefa de protocolo de este Organismo, que fija los criterios de organización del trabajo, supervisa y da conformidad al cuadro de vacaciones propuesto por la coordinadora del proyecto, así como a las nuevas contrataciones (lo que tendría que ser ajeno al control de la principal mientras se ejecute la contrata ajustadamente a lo estipulado) sin intervención de cargo de Eulen, SA que desempeñe funciones organizativas, de dirección y las demás inherentes a las que el empresario tiene reconocidas por el ordenamiento jurídico, la conclusión a la que este transcendental antecedente conduce no puede ser otro que la coincidente con el pronunciamiento de la sentencia de instancia”.

III. Empresario

A favor de la existencia de cesión se pronuncia también la **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008**, I.L. J 1735, pues en las circunstancias configuradoras de la prestación de servicios hay datos de significada relevancia que lo evidencian, tales como “el sometimiento de la actora a la dirección e instrucciones de trabajo del coordinador de Telefónica, la identidad en las funciones y relevos en turnos de los trabajadores de ambas empresas, la titularidad de dicha empresa (Telefónica) sobre los medios materiales para la prestación del servicio, el hecho de que Preservi y 2004 tenga una organización mínima a nivel central y totalmente inexistente en el ámbito provincial, sin más trabajadores que los destinados a Telefónica, con carencia de infraestructura de personal administrativo, y con imposibilidad de que puedan existir cadenas de mando separadas para los trabajadores dedicados al servicio de socorro para la seguridad de la vida humana en el mar, asumiéndose por la principal la responsabilidad del funcionamiento de dicho servicio público controlando a todo el personal ocupado como operador en la red (...) todo lo cual revela que la actividad de Preservi y 2004, SA, se limita, sin tener la condición de ETT, a poner a disposición de Telefónica mano de obra para la realización del servicio, con alejamiento de la figura propia de descentralización productiva legalmente materializada a través de la contrata regulada en el artículo 42 del ET, norma en la que no encaja el supuesto enjuiciado, actuando en definitiva la cedente como un simple medio instrumental para realizar el servicio para el que la demandante fue contratada”.

Tanto la **STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008**, I.L. J 2064, como la **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008**, I.L. J 1633, en sendos supuestos en los que entre las empresas implicadas en el presunto mecanismo interpositorio figura la Administración Pública, llegarán a la conclusión de la presencia del fenómeno ilícito. En la primera de ellas, el demandante, contratado por la empresa Inforhouse SL, prestaba servicios en la delegación provincial de la Consejería de Trabajo y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia, en virtud del contrato de asistencia o servicio celebrado entre la citada Consejería y la empresa Inforhouse SL. Entre las condiciones de realización de su trabajo destaca que el demandante recibía órdenes del Jefe de Servicio, utilizaba los vehículos del parque móvil, cobraba la nómina de Inforhouse SL y era esta empresa la que le autorizaba las vacaciones. Con estos antecedentes, la Sala señalará que la relación de la empresa Inforhouse SL con el trabajador demandante “se basó en la simple suscripción formal de un contrato laboral, sin facilitarle absolutamente ningún medio de trabajo, limitándose simplemente a abonarle el salario por su cesión a la Consellería demandada, para realizar las funciones de apoyo técnico a las oficinas de empleo de la provincia de Ourense, sometido a las mismas condiciones laborales que el resto de los funcionarios que prestan servicios en las Oficinas de Empleo de la Delegación de Orense, y todo ello bajo las órdenes directas y el control del Jefe de Servicio de la Consellería”. Y respecto al ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa contratista como elemento determinante de la inexistencia de cesión ilegal, el pronunciamiento que comentamos argumentará que “aquí debe distinguirse, (...), entre gestión empresarial mediata y gestión empresarial inmediata. Con relación a esta última (en la que deberían incluirse únicamente aquellas potestades empresariales necesarias para la gestión diaria de la actividad ...), no ofrece duda que todo este poder escapa de la empresa cedente, y se viene ejerciendo por la Administración cesionaria, que es quien controla toda la actividad del trabajador. Por lo que se refiere a la gestión empresarial mediata (esto es, abono de salarios, sanciones, etc.), cierto que los salarios los abona la

empresa cedente y la circunstancia de que dicha empresa cedente conserve la facultad disciplinaria (no es) obstáculo para la existencia de cesión ilegal de trabajadores según la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1997. En resumen, todos estos datos evidencian la plena sujeción y supeditación del actor al ámbito rector y, organicista del Centro público, junto con la correlativa ausencia de vinculación real con la empresa cedente que lo contrató, que no aportó elemento alguno que condicionara, dirigiera o mediatizara su prestación de servicios, limitándose a contratar al actor para cederlo a continuación a la Administración Autonómica, lo que pone de manifiesto la efectiva existencia de un cese ilegal del trabajador accionante”. Y frente a la pretensión de la Administración de buscar apoyo legal a su actuación en lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) la previsión legislativa de admisión de los contratos de consultoría y asistencia técnica para el desarrollo de actividades en el ámbito de las Administraciones Públicas, la Sala estimará que la actividad pactada no encuentra adecuado apoyo normativo en dicha Ley, porque se trata de una necesidad de mano de obra permanente y tales contratos tienen una duración limitada, pero, sobre todo, porque la actividad regulada en dicha Ley no excluye la aplicación del régimen legal del artículo 43 ET, por lo que si la Administración codemandada viene asumiendo las facultades que siempre e indefectiblemente son consustanciales al empleador, como son las de dirección, orientación y organización del trabajo, “y que es el personal de este Organismo quien resuelve las dudas o problemas surgidos en el desempeño del trabajo del demandante, precisando autorización del Jefe de Servicio correspondiente para ausentarse del trabajo, y hasta por los Órganos competentes de la Xunta de Galicia le ha sido expedida autorización por tiempo indefinido para la utilización de vehículos propios de la Administración Autonómica”, independientemente de que la concertación del servicio a prestar por la empresa codemandada esté legalmente amparada por las correspondientes normas administrativas y que el objeto de la actividad contratada sea de las previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ello “no evita la constatación de suministro de mano de obra, legalmente prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, salvo que se haga a través de empresas de trabajo temporal”.

Por su parte, la **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008**, I.L. J 1633, declarará que pese a la existencia formal de contratos de obra o servicio entre la trabajadora demandante y el Colegio Oficial de Ingenieros de Minas del noroeste de España y de convenios de colaboración entre esta entidad y la Xunta de Galicia, lo cierto es que “no hay armonía (...) entre los contratos temporales suscritos, convenios de colaboración y actividad laboral desarrollada”, ya que “la demandante, (...) trabajó y se la mantuvo en circunstancias y situación laboral conformantes de cesión ilegal. Contratada por el Colegio Oficial demandado, en realidad (...) prestaba servicios exclusivamente en las dependencias de la Xunta de Galicia, donde realizaba las funciones propias de su categoría de ingeniera de minas; disponía de despacho propio en la Delegación, N-07 y situado en el mismo pasillo que los demás técnicos y administrativos funcionarios y trabajadores del Servicio de Minas; todo el material se lo proporcionaba la Consellería, así como el número de teléfono, cuenta de correo electrónico corporativo y clave de usuario propia; tenía horario, al igual

III. Empresario

que el personal de la Delegación; disponía de tarjeta identificativa para acceder a las dependencias, autorización para aparcar (...); sus vacaciones se organizaban conforme a los demás compañeros del servicio técnico (...); las funciones que desarrollaba eran propias y ordinarias del centro, (...) y excedían de las de los convenios, y consecuentemente a todo ello y conforme explícita —fáctica y conclusivamente— la sentencia recurrida (...), su actividad, el control de la misma y su ejecución, correspondía a la Consellería demandada. Todo esto implica, ciertamente, que la trabajadora estaba inserta en el ámbito de organización y dirección de la Consellería demandada, al margen de que formalmente la contratación hubiese sido articulada, con convenios de colaboración como contexto, por el Colegio de Ingenieros de Minas y de que éste, por derivación de esta realidad formal, expidiese nóminas y abonos. La Xunta de Galicia, en suma, era el empresario real de la demandante, que recibía sus servicios e incorporaba la utilidad patrimonial de su trabajo, estando aquélla inmersa en su organización e infraestructura, y que ejercía la dirección de la actividad laboral y el control de la misma (...), mientras que el Colegio de Ingenieros de Minas aparece para con la demandante —concordadamente con la empresa real—, con convenios de colaboración al efecto y si bien éstos —como empresario meramente formal—, al no poner en juego su organización ni ejercer la condición de empresa en sus aspectos propios y definitorios, constituyendo consecuentemente fenómeno interpositorio en que los contratos resultan meros instrumentos al efecto”.

La última de las sentencias recaídas en el período analizado que estima la presencia de una conducta prohibida ex artículo 43 ET en el caso de autos es la **STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 2019, recaída también en un supuesto donde aparece implicada la Administración Pública. Datos como que sea el director de la Oficina de la Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid quien coordine los cambios de turno así como las vacaciones de los trabajadores demandantes y dirija su actividad (“y en este punto se ha declarado probado que el mencionado Director era quien daba las instrucciones sobre criterios uniformes de interpretación de normas y resolución de consultas contenidos en unas guías informativas elaboradas a petición del citado Director, quien reunía a los demandantes con periodicidad semanal para dar cuenta y mejorar la marcha del servicio, hasta el 1 de marzo de 2006, prosiguiendo desde entonces los actores su labor con autonomía técnica, si bien con las oportunas matizaciones y correcciones concretas por parte del Director); que los servicios se prestaran en las dependencias de la Oficina de la Vivienda de la Comunidad Autónoma; que los medios materiales básicamente pertezcan a la Comunidad Autónoma, y, sobre todo, que los trabajadores estén sujetos al control y dirección de la Comunidad Autónoma en el desarrollo cotidiano de su prestación de servicios (“La pertenencia de los medios materiales puede recaer, y así lo ha admitido esta Sala en algunos supuestos, según el objeto de la contratación administrativa, sobre la Administración, pero en cambio no hay flexibilidad alguna en lo tocante al ejercicio de las facultades de control de la actividad laboral, de tal modo que si lo lleva a cabo la Administración —o la empresa principal en una contrata privada— resulta insoslayable apreciar la figura de la cesión ilegal, pues la empresa contratista no pone en práctica las facultades que la singularizan como empleadora, sino que las abandona a favor de quien tiene que ser calificado como cesionario de la mano de obra que se le facilita”), son los que para el pronunciamiento que examinamos conducen a la ratificación del criterio de la sentencia de instancia y a la apreciación de una situación de cesión ilegal.

Por el contrario, la aplicación de la expuesta y resumida doctrinal jurisprudencial sobre las notas caracterizadoras de la cesión de trabajadores y su diferenciación con la contrata, conducen a la **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008**, I.L. J 1736, la **STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008**, I.L. J 1648 y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008**, I.L. J 1879, a rechazar la existencia del fenómeno prohibido en el supuesto enjuiciado. En el caso de la **STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008**, I.L. J 1648, porque se trataba de “empresas reales con medios propios, que abonaban los salarios a los actores, (...) por la prestación de sus servicios; siendo de especial relevancia que la empresa y la Universidad estaban vinculados mediante un contrato administrativo, que servía de fundamento a la prestación de servicios audiovisuales por parte de los actores y en este sentido es de destacar que el artículo 196 del RD-Ley 2/2000 establece como contratos de asistencia aquellos que tengan por objeto ‘llevar a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión las prestaciones que en dicho precepto se establecen’, siendo en consecuencia razonable que el jefe del servicio de la universidad ejerciese una supervisión, con relación a los actores, y siempre dentro del contexto del contrato administrativo (...)”. Y con argumentación similar, en el supuesto de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008**, I.L. J 1879, porque “se trata de dos empresas reales, que han suscrito un contrato perfectamente lícito al amparo del cual prestó servicios el actor, y una vez finalizado el mismo, se procedió a la consiguiente comunicación de fin de obra al mismo, no pudiendo olvidar que es además al actor a quien incumbía la carga de la prueba sobre la cesión ilegal que postula, deber probatorio con el que no ha cumplido”.

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2008**, I.L. J 1736, estimará el recurso de suplicación interpuesto por las dos empresas condenadas en la sentencia de instancia por cesión ilegal, Unitono Servicios Externalizados, SAU, contratista o cedente, y Telefónica Móviles España, SAU, empresa principal o cesionaria, argumentando que “la empresa contratista, Unitono, es una empresa real, que cuenta con su propia organización y estructura operativas, y que, y en virtud de la contrata suscrita, ha asumido el desarrollo de una actividad de *telemarketing*, por encargo de un tercero, Tme, lo que supone un supuesto de descentralización lícita –artículo 42 del ET–, que escapa de su actividad principal, a la que complementa, y que goza de plena autonomía y sustantividad –STS de 24 de noviembre de 1998–, en cuanto actividad accesorio, no inherente a su ciclo productivo, y que por ello es plenamente externalizable –artículo 14.b) del convenio colectivo–. Además ha aportado los medios técnicos y materiales necesarios para el desarrollo de la contrata, ha sufragado los costes del local, y ha dispuesto los métodos para la prestación del servicio, lo que es distinto al Manual de los productos y servicios de Tme que la contratista ha de gestionar, que es el objeto de la contrata, asumiendo el riesgo de la operación”.

B) Aplicación del artículo 43 ET a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar

La **STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2008**, I.L. J 1827, aborda una cuestión ciertamente singular, cual es la de la eventual aplicación del artículo 43 ET a la relación laboral del hogar familiar. La sentencia de instancia, estimando la demanda interpuesta por la

III. Empresario

trabajadora, declaró la improcedencia de su despido y condenó solidariamente a don Carlos y a doña Blanca a las consecuencias derivadas de tal declaración. La trabajadora, formalmente contratada como empleada del hogar por don Carlos en 1990, ha prestado desde entonces servicios en su domicilio familiar de lunes a viernes y de 9 a 13 horas, y a partir del mes de agosto de 2003 y dentro de la misma jornada de trabajo pasa a prestar servicios indistintamente en el domicilio de éste y en el de su hija, doña Blanca, en función de las instrucciones que cada semana recibía de ambos codemandados. En esta situación, la primera pregunta que se plantea la Sala es la de la eventual aplicación del artículo 43 ET a esta relación especial, que cuenta con su propia normativa reguladora, el RD 1424/1985, de 1 de agosto. La solución será positiva pues aunque la materia no venga expresamente contemplada en dicha norma, la aplicación supletoria de la legislación laboral común en lo que resulte compatible con las peculiaridades de la relación establecida en la Disposición Adicional del citado RD permite concluir en tal sentido. Eso sí, señala la Sala, “tales peculiaridades impiden que se puedan traer a colación los criterios jurisprudenciales sobre la cesión ilegal de trabajadores en la relación laboral común, que se sitúan en el ámbito de la subcontratación de obras y servicios del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, pues “es evidente que en el caso de la relación laboral especial de empleadas de hogar es difícilmente imaginable una subcontratación de obras o servicios”. Ahora bien, si lo normal en el supuesto examinado es que estuviéramos ante un caso de pluriempleo, como sostienen los recurrentes, la sentencia que comentamos rechazará tal posibilidad argumentando que en el concreto supuesto de autos “se da la particularidad de que la actora ha venido realizando indistintamente las tareas domésticas en los domicilios familiares de ambos codemandados, mientras que tan sólo con uno de ellos ha concertado formalmente el contrato de trabajo, ha sido dada de alta en la Seguridad Social, y lo que es más importante y absolutamente fundamental para la resolución de este asunto, tan sólo uno de tales empleadores le ha venido pagando el salario, sin que ni tan siquiera exista un contrato, negocio jurídico o cualquier otro título entre ambos empleadores que pudiese justificar tan anómala situación”. De ahí que, finaliza la Sala su argumentación, si cada codemandado hubiera abonado a la trabajadora la retribución correspondiente a la parte de jornada realizada en su domicilio, no habría la menor duda de que estaríamos ante dos empleadores diferentes e individualizados, pero no es eso lo acontecido en el supuesto enjuiciado, en el que sólo el padre ha venido abonando a la actora la retribución por ambos trabajos, adoptando unilateralmente la decisión de despedirla de los dos, por lo que

“Si a esto se añade que no hay contrato o negocio jurídico alguno entre el padre y la hija que pudiese justificar esta situación desde la perspectiva del derecho laboral, la conclusión no puede ser otra que la de entender que nos encontramos ante una situación de cesión ilegal de trabajadores o, en su caso, de unidad empresarial, en la que ambos codemandados han pasado a ser indistintamente empleadores de la trabajadora y deben responder por ello solidariamente de las obligaciones laborales con la misma.”

C) Efectos del reconocimiento de cesión ilegal: cómputo de la antigüedad y responsabilidad solidaria

Aceptada la existencia de cesión ilegal de trabajadores, la STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1827, que acabamos de comentar, debe determinar las consecuencias

exactas de tal declaración, en particular en lo que respecta al cómputo de la antigüedad del trabajador sometido a tráfico ilegal y el alcance de la responsabilidad solidaria. Recordemos que en el supuesto enjuiciado la trabajadora demandante había sido despedida improcedentemente, habiéndose condenado solidariamente a los dos titulares del hogar familiar para los que prestaba servicios, padre –cedente– e hija –cesionaria–, a las consecuencias de la citada declaración de improcedencia. Ante la reclamación de la hija en el sentido de que la antigüedad a reconocer a la trabajadora se inicie desde que comenzó a prestar servicios en su domicilio, la Sala indicará que tal argumento es inatendible,

“porque la limitación de la antigüedad que se hace en el artículo 43.4º del Estatuto de los Trabajadores a la fecha en que comenzó la cesión ilegal, sólo es aplicable para el cesionario en el caso de que el trabajador hubiere adquirido la condición de fijo en esa empresa, lo que no se produce cuando se ha consumado ya el despido con extinción de la relación laboral”,

a lo que se añade que

“de cualquier manera, esta previsión no es incompatible con lo dispuesto en el artículo 43.3º, que obliga a los empresarios cedente y cesionario a responder solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores objeto de la cesión de mano de obra, sin contemplar ningún tipo de limitación de dicha responsabilidad solidaria”.

Se aboga así por una interpretación integradora de los dos apartados, 3 y 4, del artículo 43 ET, distinguiendo entre los efectos de la solidaridad en la relación externa de los empresarios deudores frente al trabajador acreedor y los que se producen en la relación interna entre empresa cedente y cesionaria. Así, se señala que

“en la relación externa, ambos empresarios han de responder solidariamente de todas las obligaciones pendientes frente al trabajador, como disciplina el artículo 43.3º; mientras que en la relación interna, el artículo 43.4º permitiría al empresario cesionario que hubiere pagado la totalidad de la deuda al trabajador, repetir contra el cedente por toda aquella parte que exceda de la correspondiente a la antigüedad generada en su empresa desde el inicio de la cesión. Pero frente al trabajador, la responsabilidad solidaria de las dos empresas es ilimitada y abarca la totalidad de obligaciones pendientes como preceptúa el artículo 43.3º del Estatuto de los Trabajadores”.

D) La existencia de cesión es planteable en el proceso de despido

En otras ocasiones (véanse, por ejemplo, crónicas 35 y 37) nos hemos referido a los problemas de índole procesal que en la constatación judicial de la existencia de cesión ilegal pueden suscitarse, especialmente cuando, como es frecuente, la presencia de la conducta prohibida se alega en el curso de un proceso por despido. La doctrina judicial, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha admitido y señalado la pertinencia de que

III. Empresario

en supuestos de dificultad en la delimitación del empleador y de posible existencia de cesión ilegal, en el pleito seguido por despido se dilucide la figura del verdadero empleador. A esta situación alude, *obiter dicta*, la **STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008**, I.L. J 1633, a la que nos hemos referido en el apartado 5.A), estableciendo que la “cesión ilegal es planteable —y así lo ha sido en el presente caso— en el proceso de despido, pasando a materializar un presupuesto de necesaria resolución en el mismo a sus propios efectos y a los del despido”.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

Los pronunciamientos judiciales continúan poniendo de manifiesto que el más importante foco de litigiosidad del artículo 44 ET sigue estando en la configuración y determinación de su supuesto de hecho. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una vez acotada, incluso normativamente, la laxa interpretación de la transmisión empresarial que venía a representar la tesis de la mera asunción de la actividad, parece inmersa en una línea de “ampliación contenida” del ámbito de aplicación de la Directiva, presidida por la doctrina de la asunción de plantilla, a la que nuestro Alto Tribunal no acaba de encontrar plena justificación. En el apartado siguiente volveremos sobre ello. En este período han recaído, además de los que comentaremos en el epígrafe siguiente, tres pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia relativos al supuesto de hecho del artículo 44 ET. En dos casos la solución será favorable a la existencia de la sucesión empresarial y en un tercero se rechazará la presencia de tal fenómeno. En la **STSJ de Extremadura de 16 de diciembre de 2008**, I.L. J 2160, los datos de hecho son los siguientes: un Ayuntamiento aprueba el correspondiente pliego de cláusulas por el que se rige el procedimiento de concesión de la gestión de los servicios de abastecimiento de agua y depuración de agua residuales a una empresa privada; concesión que fue adjudicada a la empresa Magenta Gestión Integral, SA. En el pliego se estipula que el adjudicatario quedaría obligado a subrogarse en los contratos de trabajo de todo el personal laboral del Ayuntamiento, entre los que se encontraba el demandante, trabajador liberado dada su condición de representante de personal. Frente a la pretensión del actor de seguir perteneciendo a la plantilla del Ayuntamiento y no pasar a la empresa concesionaria, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación estimarán que se trata de un supuesto de transmisión de empresa con la consiguiente adscripción del personal a la nueva empresa adjudicataria. Los argumentos esgrimidos por la Sala se condensan en la reproducción casi íntegra y literal de la STS de 29 de mayo de 2008 (que ya comentamos en nuestra crónica 37), si bien indicando que aquí se llega a una solución contraria a la que en aquel momento mantuvo el Alto Tribunal. La única cuestión a destacar reside en el dato de que ante la alegación del recurrente de que en el pliego de condiciones se recogía la reversión al Ayuntamiento de todos los bienes e instalaciones transferidos al término de la contrata, la sentencia comentada recordará que para que exista sucesión de empresa en los términos del artículo 44 ET “no es necesario transmitir la propiedad de los bienes”.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2008**, I.L. J 1819, al resolver sobre la procedencia de imputar la responsabilidad solidaria por el recargo de prestaciones a la empresa sucesora, ex artículo 127 LGSS, nos recordará que

“Es doctrina judicial consolidada (recogida entre otras por la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1999), que la transmisión o sucesión empresarial, en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, requiere la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, representado por el cambio de titularidad o transferencia del antiguo al nuevo empresario, siendo lo determinante que el empresario anterior y el nuevo se hagan sucesivamente cargo de la actividad empresarial sin solución de continuidad; esto es, se exige que no se haya producido con anterioridad al cambio de titularidad una previa extinción o cesación de la empresa, y, en segundo lugar, un elemento objetivo, consistente en la entrada efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la empresa no es tanto los elementos materiales o patrimoniales como la existencia de una actividad organizada, de manera que cabe la existencia de una empresa que carezca de elementos materiales y tenga solamente organización, hasta el punto de que en el Estatuto de los Trabajadores la empresa se concibe, ante todo, como el marco organizativo de la relación de trabajo. Así, ese carácter de la empresa como unidad socioeconómica de producción de bienes o servicios se constituye en presupuesto de aplicación de la normativa sucesoria, de forma que el elemento objetivo de la sucesión consiste en la entrega efectiva del total conjunto de los elementos esenciales de la empresa que permite la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido, lo que excluye la aplicación del artículo 44 ET en los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales integrantes, junto con otros, de la industria o negocio, debiendo añadirse que como fuera que la cesión empresarial exige que subsista la actividad del anterior titular, el cambio de titularidad de la empresa no se identifica con el cambio de titularidad de los bienes, de ahí que no se dé aquél en el supuesto de simple venta de acciones, o en aquellos casos en que meramente existe una coincidencia de la actividad y de algunas personas. Y todo ello, ha de matizarse en el sentido de que el factor determinante de la subrogación empresarial no es tanto la transmisión de los elementos instrumentales o patrimoniales como ‘la continuidad en la actividad empresarial’, producida a virtud de cualquier negocio jurídico.”

Y, después de aludir a las discordancias interpretativas entre nuestro Alto Tribunal y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, finalmente aparentemente solventadas al asumir expresamente el Tribunal Supremo la doctrina comunitaria en varios pronunciamientos de 2004, la sentencia que analizamos concluirá afirmando que

“En el presente supuesto, la sociedad demandante está constituida por los hijos de los anteriores titulares de la empresa declarada responsable del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene, ocupan la misma nave industrial, en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con su titular, madre de los propietarios, dedicándose ambas empresas a la misma actividad, inyección de plásticos o transformación de materias

III. Empresario

plásticas, constando también que determinados trabajadores de la anterior han pasado a prestar servicios de la nueva. La anterior empresa no pudo hacer frente al recargo impuesto, por lo que, en tal situación, cabe entender que se ha producido una continuidad entre una y otra empresa. La anterior sociedad cambió su domicilio (...) en fecha próxima al inicio de la actividad por la nueva sociedad. Los elementos buscados en la realidad, que son la superposición y continuidad de la anterior empresa, bajo una nueva forma jurídica, aparecen claramente definidos en la situación que se enjuicia, siendo irrelevante a estos efectos que la nueva entidad tenga un objeto social más amplio, pues la misma se dedica también a la misma actividad que la anterior.”

A favor de la inexistencia de sucesión de empresa en el caso enjuiciado se pronuncia la **STSJ de Valencia de 4 de noviembre de 2008**, I.L. J 1905, que, curiosa y significativamente, utiliza como apoyo argumental la ya citada (y, reiteramos, comentada en nuestra crónica 37) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008. Decimos curiosamente porque, aunque como mera intuición por el momento, el pronunciamiento del Alto Tribunal parece inaugurar una nueva tendencia algo más limitativa en la apreciación de la presencia del supuesto de hecho del artículo 44 ET. En este caso, la sentencia que comentamos señala que, aplicando a la litis las consideraciones y criterios expresados por el Tribunal Supremo en el citado pronunciamiento,

“es forzoso sostener que en el mismo no concurren los requisitos y elementos necesarios para que se pueda apreciar la existencia de transmisión o sucesión de empresa, habida cuenta que si bien es cierto que existe similitud entre la actividad a la que se dedicaba Electrónica Microchip SL, y la actividad a la que se dedica Electrónica CYC, SL, por cuanto que el objeto social de aquélla era la reparación, venta y conservación de aparatos de radio, televisión, electrodomésticos, telefonía y de otro material eléctrico de uso doméstico y personal, así como la instalación y reparación de antenas de televisión y telecomunicaciones, mientras que el objeto social al que se dedica Electrónica CYC SL, es el mantenimiento y venta de equipos electrónicos y que esta última realiza su actividad en el mismo local en el que antes la realizaba Electrónica Microchip, SL, el cual es titularidad de don Bernardo que era el administrador único de Electrónica Microchip, SL, que presta sus servicios para la empresa demandada, manteniendo Electrónica CYC SL el mismo número de teléfono que su precedente y siendo titular del vehículo Citroen C15 que también lo fue de ésta, teniendo a su cargo a un total de 10 trabajadores en alta en Seguridad Social, los indicados datos no bastan para entender que ha habido la transmisión de un conjunto de elementos patrimoniales de la empresa que como unidad organizada pueda servir de soporte a una actividad independiente, pues como tal no se puede configurar la mera transmisión de un local, un vehículo y el mismo número de teléfono”.

Y, por lo que respecta a la posible aplicación al caso de autos de la tesis comunitaria sobre la “asunción de plantilla”, la Sala rechazará tal opción argumentando que

“la empresa demandada si bien ha asumido a uno de los dos trabajadores que prestaban servicios en Electrónica Microchip, SL, (...), la contratación del mismo se llevó a cabo en fecha 27 de enero de 2006, habiendo cesado aquél en Electrónica Microchip, SL, el 4 de febrero de 2004, tras lo cual percibió la prestación por desempleo del 5 de febrero de

2004 al 26 de enero de 2006, lo que pone de manifiesto, con nitidez, que no existe en el supuesto de autos la denominada ‘sucesión de plantilla’ a que tal doctrina se refiere”.

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

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

Los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas siguen representando un observatorio privilegiado a la hora de analizar la evolución de nuestra doctrina jurisprudencial y judicial en la delimitación de los elementos del supuesto de hecho del artículo 44 ET. En el período analizado de los cinco pronunciamientos recaídos sobre el particular, todos han concluido en la inexistencia del fenómeno de la sucesión de empresa en el caso enjuiciado. Uno de ellos, como enseguida veremos, aborda un supuesto ciertamente singular, pero el resto, centrados en situaciones más comunes y habituales de las que se enjuician bajo este epígrafe y remitiendo y reproduciendo los criterios y tesis ya comentadísimos del Tribunal Supremo, parecen apoyar esa intuición de la que antes hablábamos acerca de una tendencia algo más rígida en la constatación de la existencia de sucesión empresarial.

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de octubre de 2008, I.L. J 1694, analiza la presencia o no de transmisión de empresa en el siguiente supuesto de hecho: La trabajadora ha prestado servicios para la empresa Apeles Díaz Talavera como limpiadora, realizando sus labores en el centro de trabajo de una determinada Comunidad de Propietarios. Finalizado el contrato de arrendamiento entre la citada Comunidad y la empresa Apeles, la primera suscribe contrato de arrendamiento de servicios con doña Irene, por el que se le confiere la ejecución de los servicios de limpieza de portales, escaleras pasillos, garage y otras zonas comunes. En tales circunstancias, Apeles comunica a la trabajadora la extinción de su contrato de duración determinada por obra o servicios al estar superada su duración a la finalización del contrato de arrendamiento con la Comunidad de Propietarios. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, condenando a la empresa Apeles Díaz Talavera y absolviendo a la Comunidad de Propietarios y a doña Irene. Recurre en suplicación la empresa Apeles alegando incumplimiento del Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales y argumentando que el magistrado *a quo* había absuelto a la contratista demandada porque era persona física y trabajadora autónoma, “obviando el contenido del contrato de arrendamiento de servicio suscrito por ésta con la Comunidad de Propietarios”. La Sala, recordando un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de febrero de 1998, rechazará tal pretensión señalando que

“El recurrente identifica en el motivo al empresario individual con trabajadores a su cargo con el trabajador autónomo, que en calidad de persona física, realiza las propias tareas de limpieza, que es el supuesto que ahora se enjuicia y sobre el cual el TSJ de Asturias en Sentencia de 13 de febrero de 1998 mantiene el criterio de que resulta contrario a toda

III. Empresario

lógica o razón, además de ilegal, pretender convertir a una trabajadora que, de forma personal y directa, presta servicios por cuenta propia, en la empresa que define el artículo 1.2 del ET y obligarle a asumir al trabajador de una empresa de limpieza por el mero hecho de realizar ahora tal tarea”,

a lo que añade que la pretendida infracción del Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales por parte de la Comunidad de Propietarios no puede prosperar pues a ésta no le es de aplicación el mencionado convenio.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de diciembre de 2008**, I.L. J 2032, centrado en el examen de un supuesto de sucesión en la concesión del servicio de auxiliares de servicio y control en diversas bases, acuartelamientos y establecimiento del ejército de tierra por el Ministerio de Defensa, al margen de reiterar brevemente la evolución ya tan comentada de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la correcta interpretación del artículo 44 ET y su adaptación a las directrices de la jurisprudencia comunitaria, recordando cómo esta última “incluye en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior”, aporta como singularidad la expresa cuantificación de lo que cabe entender por asunción de un núcleo considerable de la plantilla de la adjudicataria anterior. Así, remitiéndose a un pronunciamiento precedente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) la Sala señalará que en los supuestos de cambio de adjudicatario en los que no se ha producido transmisión de bienes patrimoniales “ha de acreditarse para que opere la subrogación que se ha transmitido una parte sustancial de la plantilla de la empresa precedente que sería sobre un 50% de la plantilla”. Pues bien, aplicando tal doctrina al caso de autos, como ninguno de los tres trabajadores que prestaban servicios para la empresa adjudicataria inicial han pasado a hacerlo para la nueva adjudicataria, la conclusión a la que llega la sentencia que comentamos es que no se ha producido la transmisión de una “entidad económica”.

Para la **STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2008**, I.L. J 2150, la falta de previsión del efecto subrogatorio tanto en el convenio colectivo de aplicación como en el pliego de condiciones de la contratación, así como la inexistencia de una transmisión de la infraestructura y organización básica suficiente para la prestación del servicio en cuestión son los argumentos esenciales que determinan la imposibilidad de apreciar sucesión de empresa en el supuesto enjuiciado. Los datos de hecho son los siguientes: el trabajador demandante prestaba servicios para la empresa Eysa con contrato por obra o servicio cuya duración era equivalente a la de la contrata que la mencionada empresa tenía con un Ayuntamiento para la prestación del servicio público de inmovilización, retirada y depósito de vehículos mal estacionados en la vía pública. Tras la resolución del contrato con la empresa Eysa, el Ayuntamiento asume directamente el servicio de retirada de vehículos mal estacionados, suscribiendo contratos menores con diversas empresas (GSC, Dornier SA, Grúas Barragán y Ombuds Servicios, SL), hasta que publica el nuevo pliego de condiciones y adjudica el citado servicio público a la empresa Dornier, SA. En el momento de la rescisión de su contrato de prestación del servicio público, la empresa Eyssa comunicó al trabajador su baja en ésta y su paso a la plantilla del Ayuntamiento. Con posterioridad, y dado que Dornier, SA se comprometió con el Ayuntamiento a la contratación del personal anterior-

mente adscrito al servicio, el actor y esta última empresa suscriben contrato de trabajo indefinido. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido realizado por la empresa Eyssa, condenándola a la readmisión o abono de la indemnización correspondiente y absolvió a las empresas Dornier, SA, GSC, SA y Ombuds Servicios, SL. Interpuesto recurso de suplicación por la empresa Eyssa, que alega vulneración del artículo 44 ET al haberse producido una sucesión de empresa entre ella y el Ayuntamiento y entre éste y Dornier, SA, la Sala lo desestimaré argumentando que

“(…) aunque al término de la contrata de Eyssa se devolvieron al Ayuntamiento de Albocendas determinados elementos patrimoniales necesarios para el servicio de retirada de vehículos de la vía pública entregando al Ayuntamiento como consecuencia de la reversión 66,6 euros, y también se establecía la reversión de elementos patrimoniales en la contrata con Dornier, en el Pliego de Condiciones se establecía que al término de la contrata el Ayuntamiento no asumirá al personal de la contrata, sin que tampoco conste que Eyssa hubiese transmitido la infraestructura u organización básica mínima para la explotación del servicio además de grúas, cepos y ficheros tal como contemplan para la sucesión empresarial las STS de 14 de diciembre de 1994 y SSTJCE de 11 de marzo de 1997 entre otras, y en cualquier caso, el Ayuntamiento nunca asumió con recursos propios el servicio contratado tras la resolución de la contrata de Eyssa, sino que tuvo que contratar a diversas empresas para servicios puntuales de recogida de vehículos, su traslado hasta el depósito municipal y su desplazamiento dentro de éste: Grúas Barragán, Ombuds Servicios SL, y Dornier, hasta la adjudicación del servicio de inmovilización, retirada y depósito de vehículos de la vía pública a favor de Dornier el 9 de octubre de 2007(…). La misma argumentación que se acaba de exponer es aplicable a Dornier SA que no está obligada a subrogar a los trabajadores que prestaron servicios para Eyssa por no exigirlo ni el Convenio de Aplicación ni el Pliego de Condiciones, ni haber recibido del Ayuntamiento la infraestructura y organización básicas suficientes para la prestación del servicio contratado”.

La STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2008, I.L. J 2011, llama la atención especialmente por la jurisprudencia alegada y recogida como fundamento de su decisión. Se trata de unos pronunciamientos, de fecha no muy próxima, años 1998 y 1999, en los que el Alto Tribunal, en la aplicación del artículo 44 ET al cambio de contratas y concesiones administrativas, mostraba un criterio restrictivo, señalando que “la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos”; a lo que se añade que “no se da la transferencia del antiguo empresario al nuevo de la titularidad de la empresa o del centro de trabajo, elemento subjetivo, o de los de carácter patrimonial de la empresa o del conjunto operante de ella, que permita la continuidad de la actividad empresarial y, como dice la Sentencia de la Sala de 14 de diciembre de 1994 ‘ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación’”. En aplicación de esta doctrina al caso examinado, la Sala de suplicación afirmará que “no existe asomo de transferencia patrimonial alguna, ya que la salida de una Fundación y la entrada de

III. Empresario

la otra no implica transmisión de elementos del activo o patrimonio de la primera a la segunda. Ambas tienen un convenio de gestión de servicios con el Gobierno Autonómico, promotor de la actividad, y la finalización de un convenio supone la salida de una entidad en la gestión, con todo su activo, y la entrada de otra entidad con el suyo, la cual, salvo disposición expresa que lo establezca, no asume activo alguno de la entidad anterior”.

Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2008**, I.L. J 2106, reproduce también la misma línea argumental recién reseñada, ahora con cita de pronunciamientos más recientes y reproduciendo como colofón y síntesis de la jurisprudencia comunitaria sobre la sucesión de empresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008, ya comentada en otras crónicas y muy aludida en ésta. Repasemos brevemente el iter argumental de la sentencia en examen. Inicia la fundamentación de su rechazo a la existencia del fenómeno sucesorio en el caso de autos indicando que la doctrina jurisprudencial viene manteniendo que “en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de la misma sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones, o se derive de normas sectoriales”. Siendo ésta la regla de principio, la sucesión de empresa requerirá, salvo las excepciones apuntadas, que se transmitan “los elementos patrimoniales significativos que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación”. Y si bien, continúa la Sala, “esta doctrina ha sido matizada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), de fecha 18 de junio de 2008 en cuanto a las contratas en las que se sucede la misma empresa en idéntica actividad y centro de trabajo”, eso no acontece en el supuesto enjuiciado, por lo que, teniendo en cuenta que

“no ha existido transmisión alguna entre las entidades implicadas de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación, ni se ha producido el traspaso de una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”; que “tampoco se prevé en el pliego de condiciones de adjudicación de la contrata la subrogación de la nueva contratista en los contratos de trabajo de la adjudicataria saliente”, y que “el convenio colectivo aplicable al caso tampoco prevé la subrogación en los supuestos de sucesión de contratas”, la conclusión es que “en el presente caso no existe sucesión empresarial del artículo 44 del ET, que obligue a la nueva adjudicataria a subrogarse en los contratos de trabajo de la adjudicataria anterior, entre ellos el del actor”.

C) Consecuencias de la sucesión: cómputo de la antigüedad

Aceptada e incombata la existencia de un supuesto legal de sucesión de empresa en el caso enjuiciado, la **STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2008**, I.L. J 2154, aborda alguna de las consecuencias ligadas a tal declaración, en concreto la que concierne al cómputo de la antigüedad del trabajador afectado por el fenómeno sucesorio, indicando que si el empresario cesionario quedó subrogado

“en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior’, es decir, el cedente, tal como dispone el artículo 44.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, si este último, “o sea, la Mancomunidad Sierra del Rincón, tenía reconocida a la recurrente de manera expresa, y sin ningún distingo en cuanto a su alcance, una antigüedad que data de 18 de junio de 1989, (...) cualquiera que fuese su naturaleza, bien legal, bien convencional, a esa antigüedad habrá que estar a todos los efectos, también en lo que concierne a la cuantificación de la indemnización por despido improcedente”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario**

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Período de prueba.

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) Conversión en indefinido. c) Extinción del contrato. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.**

A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. C) Contrato de relevo.

5. Contratación en la Administración Pública.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en la presente crónica las sentencias correspondientes a los números 13 a 16 de 2008 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia. En este período conviene remarcar la **STS de 12 de diciembre de 2008**, LN 24, en punto al período de prueba y la interrupción por incapacidad temporal.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES**A) El período de prueba**

Destaca en materia de pacto de prueba la **STS de 12 de diciembre de 2008**, LN 24, que resuelve una cuestión novedosa sobre la que hasta el momento no había habido pronunciamiento alguno. Se trata del tema del alcance de las facultades empresariales durante el período de prueba pactado con el trabajador pero interrumpido por incapacidad temporal, según el propio pacto alcanzado entre trabajador y empresario.

Concretamente se cuestiona si en esta situación ha de entenderse que, aunque ha quedado interrumpido el cómputo del período de prueba, se mantiene el derecho del empresario a la resolución acausal del contrato, o, si bien, esa interrupción concertada entre las partes alcanza también a la especial posición jurídica que el empresario mantiene durante el pacto probatorio por lo que a la extinción del contrato se refiere. Y, en relación con la misma, ha venido a resolver el TS en la mencionada sentencia que

“En el supuesto aquí contemplado la situación tiene la peculiaridad de que se ha producido un acuerdo entre partes en virtud del cual se decidió que ‘las situaciones de incapacidad temporal o maternidad (...) que afecten al trabajador durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo’, y se trata de deducir si de dicho acuerdo celebrado conforme a lo previsto específicamente por el artículo 14.3 del Estatuto, se puede interpretar que lo único que se produce en estos casos es una interrupción del cómputo del plazo como en su literalidad dispone el precepto, o si, por el contrario, no sólo produce la interrupción en el mismo establecida sino, además, una inhibición de la facultad de desistimiento que viene reconocida como regla general en el apartado 2 del propio precepto legal, que sólo volvería a actuarse cuando se reanudara la prestación laboral después del alta en la IT. En relación con ello, a partir de una interpretación meramente literal del precepto, la única conclusión que puede extraerse es la de que lo en él previsto es que aquella situación de enfermedad lo que produce es meramente la interrupción del cómputo, o, lo que es igual, que en el cómputo del período de prueba se introduce un paréntesis contable de forma que tales períodos no computarían para aceptar como válido el período pactado con la consecuencia de que, en tal caso, alargado el plazo legal por los días de baja por enfermedad, no podría ser calificado de excesivo. Esta primera conclusión interpretativa podría ser contrarrestada por otra decisión si del precepto estatutario se desprendiera una voluntad legislativa claramente encaminada a modificar el régimen jurídico del período de prueba, o si pudiera sostenerse que en situaciones análogas la conclusión legalmente establecida es otra; pero ni de la lectura del precepto ni de la ubicación del apartado 3 del artículo 14 se puede desprender que fuera otra la intencionalidad en el mismo recogida, ni por otra parte de situaciones semejantes legalmente previstas se puede desprender otra solución pues, como señala la sentencia recurrida, incluso en los supuestos de suspensión previstos en el artículo 45 que son los más parecidos al que aquí se enjuicia, la facultad de extinguir el contrato de trabajo por cualquier causa legal permanece viva en cuanto que conforme a su apartado 2 el único efecto que produce la suspensión es la exoneración de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo. En definitiva, el pacto de prórroga de la duración del período de prueba que la norma legal autoriza a celebrar inicialmente constituye una garantía para ambas partes en cuanto a que el período de prueba puede ser alargado más allá de los límites legales, pero de ello no se desprende que la facultad empresarial de desistir del contrato quede enervada por la existencia de dicho paréntesis, de conformidad con el criterio mantenido sobre tal particular por la sentencia recurrida. Por lo que, cuando el desistimiento se produce en el período de interrupción debe estimarse que los efectos extintivos que le son propios, sin poder por ello hablar de despido improcedente como entendió la sentencia de contraste, en tanto en cuanto no puede considerarse abusivo ni discriminatorio en el caso aquí contemplado.”

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Las resoluciones que en el período analizado se centran en esta modalidad de contratación entran a resolver diferentes cuestiones controvertidas.

IV. Modalidades de Contratación

En primer lugar, puede destacarse la STSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2008, I.L. J 1712, que aborda una cuestión muy concreta, cual es si se ajusta a derecho la relación laboral que se instrumentalizó a través de un contrato temporal para obra o servicio determinado, siendo su objeto el Convenio de inserción previamente suscrito por las partes y cuya duración se acomodaría a la de dicho Convenio –tres años–, siendo su contenido la realización de tareas de peonaje –rebaba– en la empresa. Es más, se cuestiona el Tribunal si el contrato a utilizar en este caso no debiera haber sido el, hoy extinto, contrato de inserción. En relación con ello viene a considerar, que

“No es posible concluir que la relación de trabajo suscrita entre las partes hubiera debido ser instrumentalizada a través del entonces vigente contrato de inserción. Dos razones se oponen a ello de manera clara: de un lado, que el contrato de inserción vigente desde 2001 tenía como objeto la prestación de obras o servicios de interés general o social, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, dentro del ámbito de programas públicos reglamentariamente determinados. Así, en el presente caso, no se aprecia que los servicios prestados por la demandante guarden relación alguna con obras o servicios de interés general o social dentro de ningún programa público, sino que se trata de trabajos propios de la empresa demandada, sin que se haya acreditado conexión alguna con ese tipo de obras o servicios; de otro lado, porque, por más que la instancia sostenga que la empresa demandada fue calificada por el Gobierno Vasco como empresa de inserción, ello lo ha sido al amparo del Decreto 305/2000, de 26 de diciembre –BOPV de 2 de febrero de 2001–, y en fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio. Además, ha de resaltarse que, al momento de preverse esas tareas de inserción, no se hallaba aún vigente el contrato de inserción a que venimos refiriéndonos. De ahí que no quepa vincular necesariamente y en todo caso una empresa de inserción con un contrato laboral temporal de inserción. En definitiva, la relación de trabajo entre las partes no debió haber sido sustanciada mediante el entonces vigente contrato de inserción, lo que supone que ha de analizarse si su instrumentalización a través de un contrato temporal para obra o servicio determinado, en el modo en que lo fue en realidad, es o no ajustada a derecho.”

No obstante, resuelto esto, tampoco la modalidad temporal que nos ocupa se considera adecuada en el caso planteado. Y, de este modo, en segundo término se reseña en la sentencia citada que

“En efecto, aunque se ha celebrado por escrito y se ha instrumentalizado como un contrato para obra o servicio determinado, lo cierto es que la obra en que consistía su objeto era un Convenio de inserción firmado entre las propias partes del mismo y el contenido de los trabajos a realizar era referido a la actividad normal de la empresa, sin vinculación a interés general alguno y sin que se aprecie sustantividad o autonomía propias. La instancia resalta el hecho de que el objeto del contrato se refiriera al Convenio de inserción que poco más de un mes antes habían firmado las partes, así como al conocimiento que, desde ese momento, tenía la trabajadora demandante de la duración de su contrato. Poca relevancia cabe dar a estos datos: de una parte, porque la autonomía y sustantividad propias que el contrato de referencia exige lo son en relación con la actividad normal de la empresa y no en relación con las expectativas de la persona trabajadora y, de otra parte, porque la

duración pactada en el contrato carece de toda virtualidad si, en una modalidad contractual como la que nos ocupa, no se halla vinculada a la duración de su objeto. En definitiva, la modalidad contractual pactada entre las partes, de contrato temporal para obra o servicio determinado, no puede entenderse de ninguna manera sustituida válidamente por la modalidad entonces vigente del contrato de inserción, a lo que ha de añadirse que el contrato celebrado carecía de válida y hábil causa para su concertación en esa cualidad temporal.”

En segundo lugar, cabe también detenerse en las **SSTSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 1916 y 2011, que, en relación con el objeto del contrato de obra, considera que no cabe duda de que se ajusta a derecho cuando se celebra con motivo del desempeño de una actividad limitada en el tiempo, “actividad que consistía en la gestión global de los Telecentros que se adjudicaba anualmente a la Fundación CTIC por el Principado de Asturias, por lo que su naturaleza temporal viene determinada por la realización de un actividad determinada, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es, en principio, de duración incierta, no por la existencia de una subvención”.

A la misma conclusión llegan la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2008**, I.L. J 2106, que viene a concluir que se ajusta a derecho el contrato de obra concertado con una duración determinada coincidente con la de la contrata de obra concertada por la empresa, y la **STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2008**, I.L. J 1796, que entiende que sí puede considerarse como obra o servicio con autonomía y sustantividad la actividad referida a la realización de la Encuesta Nacional de Salud para la que se contrata al trabajador por parte del INE:

“Por regla general el Tribunal Supremo ha entendido que debe acudir a la contratación en la modalidad de fijos discontinuos cuando se trata de realizar por el INE encuestas que se repiten de forma regular y reiterada durante varios años, pero en el presente caso existen diferencias entre los supuestos de hecho de los que partía el Tribunal Supremo y el que ahora se examina, que llevan a la Sala a entender que la modalidad utilizada por el organismo recurrente para contratar a las actoras, el contrato para obra o servicio determinado, fue correcta, ya que el objeto de sus contratos fue la elaboración de las tareas relacionadas con la Encuesta Nacional de Salud, prevista en el Plan de actuación del Instituto Nacional de Estadística para el año 2006-2007. El INE y el Ministerio de Sanidad y Consumo habían suscrito un acuerdo marco de colaboración para elaborar la Encuesta Nacional de Salud de 2006, al igual que ya había ocurrido en el año 2003. La elaboración de una Encuesta Nacional de Salud está incluida en la programación anual 2007 del Plan Estadístico Nacional 2005-2008. En el supuesto de autos los actores fueron contratados por el Instituto demandado entre 13 de julio de 2006 y 21 de febrero de 2007 en los términos que constan reseñados en el hecho segundo del relato histórico en el apartado 1 titulado ‘Exposición y referencias a la elaboración de las tareas relacionadas con la Encuesta Nacional de Salud’, entendiéndose la misma hasta el momento en que finalicen las tareas específicas para las que es contratado.”

IV. Modalidades de Contratación

En sentido contrario, la **STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2008**, I.L. J 1965, no considera que la actividad de investigación para la que es contratada una investigadora por la Universidad de Alcalá de Henares pueda considerarse como obra o servicio determinado porque en modo alguno se puede atribuir a esas funciones una sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa, ya que se trata de un servicio de investigación, habitual, ordinario, y con vocación de permanencia, que se sigue prestando por la Universidad de Alcalá de Henares, en el ámbito de sus competencias, y ello, pese a la existencia de una subvención, pues resulta evidente que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones:

“Las tareas que realiza el personal investigador en el marco de un proyecto de investigación en un Centro Educativo, cual es, la UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HENARES, constituyen la actividad natural y ordinaria en el mismo y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes del centro educativo. Por otra parte, tampoco es acertado decir que la labor de investigación desarrollada en el CÍRCULO DE INNOVACIÓN DE TECNOLOGÍAS MEDIOAMBIENTALES Y ENERGÍA (CITME), al que está formalmente adscrita la trabajadora, sea de duración incierta, ni tampoco limitada en el tiempo, por su apriorística vocación de permanencia.”

A la misma conclusión llegan la **STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2008**, I.L. J 1960, que tampoco entiende que quepa considerar como obra o servicio determinado la actividad de Agente de Empleo y Desarrollo desempeñada por un trabajador contratado por la Agencia para el Empleo de Madrid, y la **STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2003**, I.L. J 1881, que viene a considerar que la actividad subcontratada con la empresa TRAGSA por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y consistente en la realización y ejecución del plan de actividades del Centro Nacional de Tecnología de Regadíos no es sino una actividad permanente, por lo cual se habilitan en su favor fondos presupuestarios coincidentes con cada anualidad, no con un proyecto específico, los cuales se abonan a TRAGSA, quien certifica al terminar cada ejercicio económico los trabajos correspondientes a ese año, no la finalización de una obra o servicio mensurable conforme a unos límites temporales de ejecución. Así pues, en relación con los diferentes contratos para obra suscritos con el trabajador en cuestión, concluye el Tribunal que

“(…) la actividad permanente que desarrolla TRAGSA no puede ser atendida mediante contratos de obra o servicio determinado coincidentes en su duración con la cobertura presupuestaria que recibe del Ministerio, porque, de entenderlo así, resultaría, como bien dice el recurrente, que todas las relaciones laborales de las Administraciones públicas serían temporales, puesto que todas sus contrataciones de personal requieren la habilitación de los correspondientes presupuestos anuales. Así pues, una cosa es la duración de un proyecto de una Administración y otra distinta la duración de la dotación presupuestaria del personal laboral que ejecuta ese proyecto”.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

En relación con esta modalidad contractual cabe destacar la **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1962, que viene a concluir que no se ajusta a derecho la inclusión

como causa justificativa del mismo de la expresión “necesidades del servicio que no pueden ser atendidas con la plantilla fija”:

“(…) ya que tal expresión es genérica e indeterminada, no constando circunstancia alguna de la que quepa deducir el verdadero y real carácter temporal de la contratación examinada. Por tanto, no constando las circunstancias objetivas que constituyen la causa del contrato alegada por la empresa, a la que incumbe tal carga y no al trabajador, el mismo debe reputarse fraudulento, conforme reiterada jurisprudencia cuyas líneas esenciales, por conocidas, no precisan ser reproducidas”.

c) Interinidad

En punto al contrato de interinidad existe algún pronunciamiento que aborda la cuestión problemática de la identificación de los contratos de interinidad por vacante realizados para una Administración pública a los efectos de determinar la lícita terminación de los contratos de los interinos cuando se produce su cobertura definitiva por un concurso-oposición. A estos efectos, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de octubre y 14, 19 y 26 de noviembre de 2008**, I.L. J 1683, 1945, 1975, 1977 y 1948, señalan:

“No es exigible jurídicamente que la plaza vacante esté identificada en el contrato de interinidad mediante números o códigos (aunque es evidente la utilidad que tendría dicha identificación en los supuestos en los que el número de plazas de idéntico contenido y localización es elevado), sino que es suficiente con que la plaza quede identificada por su categoría, encuadramiento orgánico en su caso y lugar de prestación de servicios, siendo cuestión de prueba y su valoración judicial el determinar si corresponde a la plaza que se ha cubierto con la que se venía ocupando.”

En segundo lugar, habría un grupo de sentencias que analizan irregularidades diversas en el contrato de interinidad, considerando, no obstante, que ello no determina su conversión en contratos indefinidos, ni que el cese del interino pueda calificarse de despido. En primer término, la **STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2008**, I.L. J 2035, aplica la doctrina de no reputar en fraude de ley el contrato de interinidad para sustituir a trabajadores en vacaciones o que estén disfrutando un permiso retribuido. En segundo término, algún pronunciamiento estima que la superación del período máximo de interinidad (en el caso por 11 años) no determina su conversión en un contrato indefinido, sino que faculta a la entidad empleadora a dar por terminada la relación con el interino [**STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de octubre de 2008**, I.L. J 1698]. También para este tipo de contratación, se estima que el retraso durante cuatro meses en el cese del interino tras la cobertura reglamentaria de la plaza no invalida el cese (**STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2008**, I.L. J 1753).

En fin, reseñar algún pronunciamiento que califica el cese de una interina precedido de diversos contratos anteriores con irregularidades como un despido improcedente, retrotrayendo el cálculo de la antigüedad al tiempo de servicios al primer contrato [**STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de noviembre de 2008**, I.L. J 1851].

IV. Modalidades de Contratación

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

En relación con esta cuestión, ha de hacerse referencia a la **STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2008**, I.L. J 2067, que, en relación con la conocida cuestión del cómputo de la antigüedad para el cálculo de la indemnización por despido, cuando se han sucedido diferentes contratos temporales, viene a significar, en un supuesto en el que han transcurrido entre dos y tres meses entre los diferentes contratos, percibiendo el trabajador la prestación por desempleo correspondiente, que

“(…) en primer lugar hay que partir de que el hecho de que a la finalización de los distintos contratos temporales se hayan suscrito por el trabajador recibos de saldo y finiquito, no impide, por sí solo, el cómputo del tiempo de tales contratos a los efectos de que tratamos. Pero, en cambio, en este caso se da la circunstancia de que, como se alega por la recurrida y se razona en la sentencia, la interrupción entre los distintos contratos temporales habidos entre las partes es significativa, de entre dos y tres meses y medio, en los que el demandante percibió prestaciones por desempleo, no como en los casos en que, a pesar de que entre los diversos contratos se superó el plazo de caducidad de la acción por despido, el Tribunal Supremo entendió computable todo el tiempo de prestación de servicios, en que, o bien el exceso era pequeño o, incluso, coincidía con las vacaciones que correspondían al trabajador”.

b) Conversión en indefinido

Varias sentencias determinan la conversión en indefinida de una relación de trabajo pactada inicialmente como temporal. La primera de ellas es la **STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2008**, I.L. J 1826, que en relación con un contrato pactado por obra o servicio, considera que éste se convierte en indefinido cuando, aún habiendo sido concertado en el marco de un convenio temporal de colaboración con la Generalitat, la empresa tiene la voluntad de mantener esa actividad en el futuro una vez que ha expirado aquel convenio de colaboración, de forma que el trabajador continúa desarrollando exactamente esas mismas tareas tras la extinción del contrato de trabajo del actor al término de aquel convenio de colaboración.

A la misma conclusión llegan la **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1962, en un supuesto en el que el contrato temporal eventual concertado no especifica causa de temporalidad alguna y la **STSJ de Asturias de 21 de noviembre de 2008**, I.L. J 2006, que considera que es indefinida la relación laboral de un trabajador contratado a través de varios contratos para obra o servicio concertados en el marco del programa de Escuelas Taller y Casas de Oficio, para insertar en el mercado de trabajo a jóvenes desempleados. Y viene a concluir el Tribunal en este sentido porque éste

“(…) es un programa sin duración predeterminada pero con vocación de continuidad, lo que explica el tiempo transcurrido desde su implantación en 1985 y se desprende de su regulación, contenida hoy día en la Orden de 14 de noviembre de 2001 y antes en las

Órdenes de 29 de marzo de 1988 y de 3 de agosto de 1994. La temporalidad a la que alude la recurrente, citando el artículo 3 de la Orden Ministerial, se predica no del programa en sí de Escuelas Taller y Casas de Oficio, sino de los proyectos de Escuelas Taller y de Casas de Oficio (artículos 3 y 4 de la orden) esto es, de las etapas formativas y de aprendizaje que han de desarrollar sus alumnos-aprendices; indica que la permanencia de cada uno de estos últimos en la Escuela Taller o la Casa de Oficio es necesariamente temporal. El sistema de selección del director y personal docente, en el que participa la entidad promotora de la Escuela Taller o la Casa de Oficio y el INEM (hoy día, regulado en el artículo 10 de la Orden de 2001) no predetermina la fórmula contractual a utilizar con el personal, ni impone directa o indirectamente modalidades de contratación temporal. Tampoco las medidas de financiación del programa y su sujeción a disponibilidades presupuestarias, constituyen características que determinen la temporalidad de las relaciones laborales del personal docente, ni hacen sin más pertinente la utilización del contrato de trabajo para obra o servicio determinado, cuyo régimen en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y en las sucesivas disposiciones reglamentarias que lo han desarrollado no queda condicionado por ese tipo de operativa, general por otra parte en las Administraciones Públicas.”

En este mismo sentido, las **SSTSJ de Madrid de 12 y 24 de noviembre de 2008**, I.L. J 1960 y 1965, consideran que es indefinida la relación de una investigadora contratada a través de la modalidad temporal para obra o servicio por la Universidad de Alcalá de Henares y de un trabajador contratado también por obra por la Agencia para el Empleo de Madrid; aplicando ambas la doctrina jurisprudencial sobre que la existencia de una subvención no es un elemento determinante de la temporalidad de la contratación:

“(…) esta Sala no ha elevado, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal’, precisando que ‘del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian. Y en el mismo sentido se pronuncia el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que, al reconocer como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación”.

c) Extinción del contrato

En materia de extinción del contrato, la **STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 2008**, I.L. J 1898, considera que se ajusta a derecho la extinción de un contrato por obra cuando la causa que se alega es la finalización de la contrata de obra que lo justificaba, no habiéndose producido la sucesión de contrata, con lo que no es de aplicación el conocido cambio de criterio jurisprudencial en la materia:

“En el caso presente ya se dijo que el contrato de recogida y transporte de residuos entre Ence y Cespa, que constituyó el objeto del contrato por obra o servicio determinado sus-

IV. Modalidades de Contratación

crita entre el demandante y Cespa, se extinguió el día 31 de marzo de 2008, adjudicando Ence el servicio a otra empresa distinta mediante nuevo contrato desde el 1 de abril de 2008. Esto propició la comunicación de la extinción del contrato del demandante para el día 31 de marzo de 2008 por finalización del mismo, extinguiéndose debidamente por aplicación del artículo 49.1.C) ET, y en armonía con la doctrina del TS que se dejó consignada. Efectivamente, la obra o servicio que constituía el objeto del contrato de trabajo temporal suscrito quedó realizada a la fecha referida, y el contrato fue lícitamente concertado y sin fraude alguno, por modalidad, objeto y servicios prestados, al amparo del artículo 15 ET y RD 2720/1998. Agotado su objeto o finalizada la obra o servicio de que se trataba, y tampoco habiendo lugar a sucesión empresarial o sucesión en la plantilla o a subrogación del personal por vía acogible alguna, se produce legalmente la extinción del contrato de trabajo de conformidad con el artículo 49.1.C) del ET.”

En el mismo sentido, se pronuncian la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008**, I.L. J 1879, en un supuesto en el que también se acredita la finalización de la contrata concertada entre la Consejería de Bienestar Social y la empresa Eulen SA, para la grabación de datos requeridos en la gestión de ayudas económicas a personas en estado de viudedad; las **SSTSJ de Asturias de 5 y 12 de diciembre de 2008**, I.L. J 2135 y 2111, en casos en los que queda probado que la empresa contratista que ha contratado por obra al trabajador ha concluido la contrata que lo justificaba, considerándose así finalizada la obra, y la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de noviembre de 2008**, I.L. J 1946, que también admite que se ajusta a derecho la extinción del contrato por obra pactado con un trabajador en el marco de la contrata de obra suscrita por su empresa para la realización de trabajos de construcción cuando se acredita que

“la obra está acabada, pendiente sólo de remates para cuya realización permanecen algunos empleados de la demandada (...) y la circunstancia de que todavía quede personal en la obra no excluye el hecho que justifica el fin del contrato ya que (...) resulta que quedan remates y repasos de albañilería para la puesta en marcha. No consta, por tanto, que la fase de la construcción para la que fue contratado el recurrente hubiera continuado más allá de la fecha en que la empresa decidió la extinción de su contrato de trabajo, con independencia de que la obra no hubiera finalizado en su totalidad, puesto que cabe la finalización por fases”.

A la solución contraria llega sin embargo la **STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 1913, que resuelve un supuesto de vinculación del contrato de obra a contrata, pero dándose la circunstancia de que ésta se extingue antes del tiempo previsto y sin concluir todas sus fases por considerar la empresa la inviabilidad del proyecto de investigación; motivo este que según argumenta el Tribunal:

“El hecho de que la empresa considere que no era viable o lo que es igual, que no era posible concluir en su integridad no es suficiente para justificar la extinción. Se debió aportar una prueba concluyente de que tal investigación se había realizado. Recordemos que corresponde a la empresa y no al trabajador (como apunta la resolución recurrida), acreditar que dicho proyecto ha concluido. Cosa distinta ocurriría caso de que en el contrato se hubiese vinculado su duración a una de las diferentes fases del proyecto, en concreto a

la primera, que sí finalizó. (...) En consecuencia, no puede apreciarse una válida y eficaz extinción del contrato celebrado con el actor, por la causa regulada en el artículo 49, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, sino que la decisión extintiva constituye un despido improcedente.”

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 **STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre de 2008**, I.L. J 1757, que deniega una prestación de incapacidad permanente total por falta del período de carencia, aplicando la regla establecida en la Disposición Adicional Séptima, segunda, de la LGSS.

En segundo lugar, 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** (recurso 1971/2008), que declara la ilegalidad de la fórmula de pago a unos trabajadores a tiempo parcial, en que no se les abonaba los períodos de descanso computables como de trabajo. En la misma línea interpretativa de matización al principio de proporcionalidad retributiva, la **STSJ de Baleares de 9 de junio de 2008**, I.L. J 1654, establece que para el devengo de los trienios de estos trabajadores ha de estarse a todos los días trabajados, y no a las horas trabajadas. Así se señala, “la norma de proporcionalidad es aplicable a la hora de establecer la cuantía del premio de antigüedad, pero no a los efectos de computar el tiempo necesario para computar un trienio, a cuyo fin debe computarse todo el tiempo en que está vigente la relación laboral”.

B) Contrato fijo discontinuo

En primer lugar, debe reseñarse la **STSJ de Murcia de 22 de diciembre de 2008**, I.L. J 2023, que rechaza la aplicación de esta modalidad contractual al personal contratado por la Agencia Tributaria como personal de apoyo para la declaración del IRPF. En apoyo de esta conclusión se aduce la falta de reiteración de los contratos temporales (la trabajadora demandante sólo había trabajado una campaña), pero sobre todo conviene llamar la atención sobre la argumentación establecida por esta Sala de que es requisito para aplicar la figura del indefinido discontinuo que los servicios se presten dentro de la actividad normal de la empresa y no tienen tal naturaleza las tareas de apoyo en la declaración de la renta.

En cambio, se reconoce el derecho a una relación indefinida, pero no fija, de carácter discontinuo, de una trabajadora que había suscrito diversos contratos temporales para el Instituto Nacional de Estadística (**STSJ de Cantabria de 18 de diciembre de 2008**, I.L. J 2144).

IV. Modalidades de Contratación

La STSJ de Murcia de 9 de diciembre de 2008, I.L. J 2096, aplica la doctrina sobre la no transformación de los contratos fijos discontinuos por el hecho de prestar servicios durante todos los días laborables del año siempre que la actividad de la empresa sea de temporada o campaña, aunque enlace varias campañas durante siete años. Esta argumentación permite justificar que el cese del trabajador por finalización de la campaña al disminuir la actividad de la empresa no constituye despido.

En otro orden de cosas, se admite el acceso a la jubilación parcial de una trabajadora fijo-discontinua, que poco días antes de su solicitud suscribe un contrato indefinido continuo con la empresa (STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2159).

En fin, reseñar algunos pronunciamientos sin interés como aquel en que no se admite la contradicción necesaria en la STS de 12 de diciembre de 2008, I.L. J 1729.

C) Contrato de relevo

En cuanto al requisito establecido en el artículo 12.6 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 Cataluña de 6 de noviembre de 2008, I.L. J 1870, establece que no es impedimento el que los trabajadores tengan diferente nivel retributivo y grupo de cotización, si las funciones eran similares, en este caso de carácter administrativo.

Por otra parte, es importante destacar la STS de 20 de enero de 2009 (recurso 4605/2005), referida a la jubilación parcial que permite el acceso a esta figura a un trabajador que había cotizado al Régimen General un tercio de su vida laboral y los restantes dos tercios al RETA. La sentencia considera que ello no obligaba a jubilarse en el RETA, no siendo de aplicación, a estos efectos, la doctrina de que la pensión de jubilación se causa en el régimen donde se tenga acreditado un mayor número de cotizaciones. Lo esencial –señala la sentencia antedicha– es determinar si el beneficiario ha “ganado” con sus cotizaciones el derecho al acceso a una pensión de jubilación contributiva en el momento del hecho causante.

En fin, reseñar algún pronunciamiento en el que no se admite la concurrencia de fraude en el acceso a la jubilación parcial y la suscripción del contrato de relevo, como el de la STSJ de Cantabria de 5 de noviembre de 2008, I.L. J 1845.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En relación con la figura de la relación laboral de carácter indefinido, sin fijeza de plantilla, cabe destacar, en primer lugar, la STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1802, que estima que para la terminación de esta relación por amortización de la plaza, no es preciso seguir los trámites del despido objetivo o colectivo. Asimismo, rechaza la

alegación de vulneración del derecho a la indemnidad de la trabajadora cesada, sobre la base de que pese a la litigiosidad mantenida con el Ayuntamiento empleador, no había indicios de represalia.

La **STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 2008**, I.L. J 1918, reconoce el carácter indefinido, pero al mismo tiempo el carácter fijo-discontinuo, para la prestación de servicios de un monitor que impartió clases de calderería y de interpretación de planos durante 18 años mediante sucesivos contratos de obra o servicio determinado, reputando éstos en fraude de ley. Como consecuencia de esta calificación se entiende que la falta de llamamiento era calificable como despido improcedente, pero dadas las especiales características de esta figura, el organismo demandado quedaba obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de la plaza. También se reconoce el carácter indefinido no fijo de un trabajador contratado al amparo de contratos de obra o servicio determinado, declarando que la vinculación de éstos a una subvención no era determinante de la temporalidad, al ser objeto del contrato una actividad propia y ordinaria de la Administración demandada (**STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2008**, I.L. J 2062).

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de octubre de 2008**, I.L. J 1684, ahonda en las diferencias entre el contrato indefinido no fijo y el contrato de interinidad por vacante. Sin embargo, considera que en ambos casos se puede proceder al cese válido por provisión reglamentaria de la plaza, aunque ésta se produzca mediante un concurso de traslado interno.

Un caso particular se dilucida en la **STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2008**, I.L. J 2060, que examina un supuesto donde el convenio colectivo fijaba que los trabajadores indefinidos antes de una determinada fecha quedarían convertidos en fijos. El trabajador reclamante había solicitado el reconocimiento de un complemento de antigüedad como indefinido, no fijo, y la sentencia declara que ello no equivale a que ostentara esa condición con anterioridad a la fecha fijada en el convenio, y que dicho término no era arbitrario, sino fruto de la negociación colectiva.

En fin, en este período se reitera 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 (**STS de 4 de diciembre de 2008**, I.L. J 1733).

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) Paga por antigüedad: no debe incluir el complemento autonómico. b) Retribución variable por incentivos: titularidad mancomunada del crédito salarial. c) Complemento salarial: limitación de responsabilidad de la Administración hasta la cuantía máxima establecida en la Ley de Presupuestos. d) Condición más beneficiosa: inexistencia por incumplimiento de los requisitos exigidos. e) Stock options: validez de las cláusulas limitativas del derecho de suscripción. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores. b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización por despido acordada verbalmente entre empresario y trabajador. c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de indemnización, salarios de tramitación, saldo y finiquito pactada en acto de conciliación. d) Responsabilidad directa: procede. Abono a la empresa del 40% de la indemnización por despido objetivo por causas económicas y organizativas que abonó previamente a los trabajadores. Fraude de ley no acreditado. e) Indemnización: cuantía. Cálculo por el módulo establecido en el artículo 51.8 ET. Extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador por impago de salarios. Empresa declarada en concurso. **2. Jornada de trabajo.** A) Calendario elaborado unilateralmente por la empresa que altera los días de trabajo y descanso anual constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo. B) Descanso semanal. Interpretación de normativa vigente. C) Horas extra. Prueba. Corresponde a la parte que lo alega: el demandante. **3. Clasificación profesional.** A) Naturalezas de la exigencia de titulación y similitud de la delimitación convencional de funciones propias de diversas categorías. B) Funciones asignadas al trabajador y acomodo a las pautas del convenio colectivo estatal de aplicación en la empresa. C) Desempeño de funciones propias de categoría

superior y derecho a las diferencias salariales: pluses y complementos no compensables.

4. Movilidad geográfica. A) Comunidad Autónoma. Traslado injustificado. Reincorporación al centro de trabajo en el que venía prestando servicios la actora. B) Movilidad geográfica. La empresa no acredita las “necesidades de servicio” e incumple los requisitos formales establecidos en el Convenio Colectivo. Traslado injustificado. Incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 40 ET. C) Cambio de puesto de trabajo que no implica cambio de residencia. No es un supuesto de movilidad geográfica en sentido jurídico. No requiere justificación de causas objetivas. Esfera del poder de dirección.

D) FEVE. Indemnización por traslado forzoso. Desestimación. **5. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.**

A) Condición más beneficiosa. Concepto. Existencia. Requisitos para su modificación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Calendario laboral. Variación respecto a años sucesivos que supone un aumento de jornada. Nulidad. Necesidad de seguir los trámites del artículo 41 ET. B) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Calendarios confeccionados por la empresa. C) Conflicto colectivo. Adecuación de procedimiento. Desestimación caducidad. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Desestimación. Cumplimiento de lo acordado. D) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Desestimación. Incumplimiento de los trámites del artículo 41 ET. Impugnación por el proceso ordinario no sujeto a plazo de caducidad. Falta de acreditación de las causas de la modificación. Contraria a derecho. E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Tramitado proceso ordinario. Sentencia favorable. Incumplimiento. Ejecución:

extinción de la relación laboral. El trabajador con sentencia favorable ha de tener las mismas opciones que si hubiera seguido procedimiento especial. F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cambio de puesto de trabajo. Los complementos salariales vinculados no tienen carácter consolidable salvo acuerdo en contra.

G) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cambio en el sistema retributivo. Cálculo de las comisiones o incentivos. Mayor nivel de esfuerzo para mantener el nivel de ingresos. Procedimiento ordinario al no seguirse los trámites del artículo 41 ET.

H) Extinción del contrato de trabajo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cambio de horario. Perjuicio. Disminución de retribuciones. I) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Incumplimiento del artículo 41 ET. Impugnación

V. Dinámica de la Relación Laboral

proceso ordinario. Acción no sujeta a plazo de caducidad. Condición más beneficiosa. Incorporación al nexo causal. Derecho adquirido. La empresa no puede modificarla o extinguirla unilateralmente. J) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Existencia de dos etapas con relaciones laborales distintas, primero de artista y después común, con las obligaciones y derechos que ello conlleva. K) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Reducción de 15 minutos al día de la jornada laboral. Desestimación. 6. **Excedencias.** A) Excedencia voluntaria. Imposibilidad de reingreso. Empresa cerrada. B) Excedencia voluntaria. Ausencia de reingreso. Derecho a percibir la indemnización pactada en despido colectivo. C) Excedencia por cuidado de hijo: Cómputo de antigüedad a efectos de despido. D) Excedencia por cuidado de familiar. Hija de 5 años. E) Excedencia voluntaria: Incumplimiento de la obligación de readmitir. Indemnización de daños y perjuicios. Naturaleza y cálculo. F) Excedencia voluntaria: Despido. Derecho al percibo de salarios de tramitación. G) Excedencia voluntaria. Reingreso denegado por superación de plazo. Inaplicación de convenio colectivo posterior. H) Excedencia voluntaria: reingreso. Grupo profesional.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2008 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1633 a 2163).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Paga por antigüedad: no debe incluir el complemento autonómico

STS de 26 de diciembre de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 252/2008), I.L. J 1752.

1. La actora viene prestando servicios en el centro de educación concertado XXX desde el 1 de octubre de 1975, con la categoría profesional de profesora de educación primaria, rigiéndose su relación laboral por el Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanzas Privadas sostenidas total o parcialmente con Fondos Públicos. Tras solicitar ante la Dirección Provincial de Educación el abono de la paga extraordinaria por antigüedad, conforme al artículo 61 del Convenio Colectivo, le fue reconocida por importe de 9.866 euros. La actora reclama la cantidad de 1.791 euros, correspondientes al concepto de complemento

de analogía, que no ha sido incluido en la paga de antigüedad. Estimada la pretensión de la actora en la instancia, recurre en suplicación la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León. La sentencia de la Sala de lo Social de dicho Tribunal desestima el recurso al entender que al utilizar el precepto la expresión “mensualidad”, deben comprenderse todos los conceptos que se abonan mensualmente al trabajador, incluidos los complementos retributivos autonómicos. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 12 de septiembre de 2005.

2. La sentencia dictada en casación para unificación de doctrina por el TS examina si en la paga extraordinaria por antigüedad, regulada en el artículo 61 del Convenio Colectivo, ha de incluirse el concepto denominado “complemento de analogía” o complemento autonómico, o dicho de otra forma, si el importe de la paga por antigüedad debe ser igual al de una paga extraordinaria del artículo 59 del Convenio Colectivo o por el contrario debe ser el de una mensualidad ordinaria, con inclusión por tanto del complemento autonómico. Tras una interpretación literal y finalista del citado artículo 61, el Tribunal concluye que este artículo prescribe que el importe de la paga extraordinaria de antigüedad es igual a la cuantía de las pagas extraordinarias que se regulan en el artículo 59. De un lado, porque el calificativo “extraordinario” en la oración gramatical va unido al sustantivo “mensualidad” formando ambas palabras un único sintagma, por lo que si se separan, se distorsiona totalmente el significado de la frase, dando lugar a conclusiones interpretativas equivocadas. De otro lado, porque la finalidad esencial de la frase “mensualidad extraordinaria” es la de determinar cuál es el importe de esa paga de antigüedad, lo que implica que tal frase nunca se puede referir a la propia paga que instituye, tal y como pretende la sentencia recurrida.

3. La cuestión que se debate en esta sentencia ha sido unificada ya por la Sala de lo Social del TS en varias sentencias, entre las que podemos citar la de 30 de junio de 2008, que recoge el criterio de la Sentencia de 4 de junio del mismo año. En ambas ocasiones el TS estableció que los complementos retributivos autonómicos no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad, puesto que el importe de esta paga es igual al de las pagas extraordinarias, cuyo importe asciende a una mensualidad del salario, antigüedad y los complementos específicos. Puesto que no se han producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, la sentencia se atiene a la jurisprudencia ya establecida.

b) Retribución variable por incentivos: titularidad mancomunada del crédito salarial

SAN de 15 de diciembre de 2008 (procedimiento 172/2008), I.L. J 1841.

1. El IV Convenio Colectivo de la empresa XXX regula en su capítulo VIII las retribuciones de los trabajadores y dentro de ese marco general, establece un sistema de retribución variable –regulado en su artículo 33– en el que se incluyen dos componentes. De un lado,

V. Dinámica de la Relación Laboral

un “incentivo de zona” que se devenga en función de los resultados obtenidos en la zona o unidad productiva y, de otro lado, un “incentivo de grupo” conectado a los resultados del denominado “grupo emisor”. Aplicando el porcentaje establecido convencionalmente para el año 2007 la cuantía del “incentivo de grupo” asciende a 659.120 euros, de los cuales la empresa ha abonado en concepto de “incentivo zona” la cantidad de 513.726 euros, puesto que la empresa entiende que tienen derecho al incentivo de grupo los trabajadores pertenecientes a zonas que han tenido resultados positivos. Por el contrario, los sindicatos dan prevalencia al *quantum* del incentivo de grupo, entendiendo que la parte del incentivo de grupo que hubiera correspondido a las zonas con resultados propios negativos, debe acrecer la parte del incentivo a repartir entre los trabajadores.

2. La sentencia de la Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo planteada por los sindicatos, declarando que el denominado incentivo de grupo y su importe total debe repartirse entre los trabajadores de la empresa. En función del artículo 33.b).2 del Convenio Colectivo, la aplicación del porcentaje pactado del 7% arroja un incentivo de 659.120 euros. Resulta así, que se trata de una cantidad fija predeterminada de naturaleza salarial y de titularidad colectiva, de carácter mancomunado, retributiva del trabajo por cuenta ajena, de incentivo variable por razón de los resultados económicos de la explotación empresarial.

Siendo esto así, el siguiente paso del razonamiento jurídico para resolver el litigio planteado consiste en determinar quiénes son los titulares del crédito salarial colectivo. Pues bien, según se desprende del artículo 33.1 la titularidad conjunta del derecho, como acreedores del crédito global, es de aquellos trabajadores que perteneciendo a los Grupos III, IV y V del Convenio Colectivo no tienen otro sistema de incentivos, en consecuencia, el empresario no es acreedor sino deudor de esa suma salarial.

A continuación, la siguiente cuestión debe ser la atribución individualizada de la porción del crédito conjunto que corresponde a cada uno de los acreedores. El artículo 33.b).3 reparte el crédito común entre los integrantes de aquellas zonas que han obtenido un resultado positivo. Pero si alguna zona no lo obtiene sus integrantes no son titulares del crédito común. En consecuencia, siempre que haya zonas con resultados negativos, existirán dos porciones crediticias salariales: una, repartida en función de los criterios establecidos en el Convenio y, la otra, la remanente del conjunto del crédito colectivo que el empleador sigue debiendo a los trabajadores titulares del crédito global. Ahora bien, esta vez el reparto ha de hacerse en la forma igualitaria que prevé el artículo 1138 CC, y en consecuencia ese remanente ha de ser abonado en partes iguales a los trabajadores titulares del crédito conjunto.

3. El Magistrado Navarro Fajardo disiente de la sentencia y formula un voto particular. En este sentido, entiende el ponente que una interpretación literal y sistemática del precepto que regula el incentivo de grupo y su devengo por los trabajadores, avala claramente la tesis de la empresa de que la cantidad total del incentivo de grupo es un importe máximo teórico para el caso de que todas las zonas hayan tenido un resultado positivo. Y ello es así, porque en ninguna parte del precepto se reconoce la consecuencia jurídica pretendida para el caso de que alguna zona no haya tenido un resultado positivo. Puesto que el

precepto en cuestión no establece previsión alguna para el caso de que una o varias zonas no obtengan un resultado positivo, no existe tal derecho de acrecer, puesto que no está reconocido en la norma convencional, en consecuencia, esta cantidad no es una partida salarial pendiente de reparto, sino una parte de los beneficios empresariales. De esta forma, sólo si el convenio colectivo estableciera de modo incuestionable ese pretendido derecho de acrecer, sería pertinente su reconocimiento por la Sala.

c) Complemento salarial: limitación de responsabilidad de la Administración hasta la cuantía máxima establecida en la Ley de Presupuestos

STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2008 (recurso de suplicación 1578/2008), I.L. J 2090.

1. El actor presta servicios para la Fundación XXX titular del Colegio YYY desde el 1 de septiembre de 1998 y categoría profesional de profesor de ESO. Durante el curso escolar 2005/2006 el actor desempeñó el puesto de Jefe de Departamento de Física de ESO, puesto que ha desempeñado desde 1998. En el período de septiembre de 2005 a agosto de 2006, el importe del complemento de Jefe de Departamento con dos trienios de antigüedad, asciende a 3.840 euros. La cuantía máxima establecida por la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2005 y 2006, para la financiación de funciones directivas en un centro educativo, asciende a 2.757 euros. Frente a la sentencia de instancia que estimó la reclamación de cantidad del demandante, por el desempeño del puesto de trabajo de Jefe de Departamento, la Comunidad de Madrid interpone recurso de suplicación.

2. La sentencia dictada en suplicación estima el recurso planteado y entiende que la cuantía máxima por centro concertado para la financiación de funciones directivas de carácter docente, de acuerdo con el apartado 9 del Anexo V de la Ley 4/2004, asciende a 2.757 euros. Efectivamente, los salarios del personal docente (de los centros concertados) han de ser abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro. Ahora bien, esta obligación no es absoluta resultando claro que la Administración no podrá responder más que hasta ese importe global fijado en las sucesivas Leyes de Presupuestos, que son las que cuantifican “el módulo económico por unidad escolar”. En consecuencia, el legislador a través de los módulos determina el límite máximo de la responsabilidad que incumbe a la Administración, siendo los colegios libres de acogerse o no al sistema de conciertos; y dicho límite no puede ser alterado por una decisión tomada por las partes negociadoras del convenio colectivo. Así pues, si las partes negociadoras pactan modificaciones retributivas, que excedan de las cuantías fijadas para los módulos, el pago del importe excedido correrá exclusivamente a cargo de la empresa empleadora. En consecuencia, no existe norma alguna que obligue a la Administración, durante la vigencia del concierto educativo, a ampliar el límite presupuestario fijado legalmente.

3. Esta sentencia aplica la doctrina establecida por la Sala de lo Social del TS, en la Sentencia de 28 de abril de 2005, según la cual, la Administración sólo podrá asumir las cargas sala-

riales de los centros concertados, hasta la cuantía máxima global fijada en las Leyes de Presupuestos para los módulos concertados, y que, por consiguiente, las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores, bien para incrementar los conceptos retributivos previstos, bien para crear otros nuevos, sólo podrán ser asumidos por la Administración si no superan el citado límite legal.

d) Condición más beneficiosa: inexistencia por incumplimiento de los requisitos exigidos

STSJ del Principado de Asturias de 19 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 2264/2007) I.L. J 1777.

1. El actor presta servicios desde el año 1970 para la empresa XXX con la categoría profesional de Analista Informático. El 26 de marzo de 1992, la empresa propuso al demandante su inclusión dentro del grupo denominado “Fuera de Convenio”, quien de forma voluntaria, aceptó ser incluido en él. El personal fuera de convenio se rige por la norma datada de 1 de junio de 1974. La remuneración de estos trabajadores se establece multiplicando una puntuación que se asigna dentro del nivel al que el trabajador se encuentre adscrito, por el denominado coeficiente X, percibiendo su retribución al margen de lo previsto en el convenio colectivo y reservándose el Presidente la facultad de revisar el citado coeficiente cuando las circunstancias lo aconsejen. La empresa desde el año 1998 viene aplicando a este personal el mismo incremento salarial que el establecido en el convenio colectivo y una prima por “cumplimiento de objetivos” que perciben desde el año 1998 al 2003. El actor ha cumplido los objetivos establecidos por la empresa en 2004 y 2005, sin que ésta le haya abonado la prima correspondiente, reclamando su pago al igual que la cantidad de 1617 euros en concepto de incremento salarial conforme al Convenio de empresa. Desestimada en la instancia su pretensión, interpone recurso de suplicación.

2. Aduce el demandante para que la Sala estime su pretensión, infracción por no aplicación de la jurisprudencia relativa a la “condición más beneficiosa”. De esta forma, considera el actor que la actuación de la empresa debe entenderse como una condición más beneficiosa ya que la empresa desde el año 1998 ha venido aplicando al personal denominado “Fuera de Convenio” el mismo incremento salarial que el establecido en el Convenio y una prima por cumplimiento de objetivos que percibe desde 1998 hasta 2003. En consecuencia, hay una voluntad manifiesta y expresa de la empresa de mejorar, o al menos modificar, las condiciones salariales del personal fuera de convenio, al suprimir la aplicación del coeficiente K por el incremento de los salarios de dicho personal, en el mismo porcentaje que establece el convenio colectivo, a partir de 1998.

A continuación el Tribunal examina, teniendo en cuenta los hechos declarados probados, si efectivamente se cumplen, en este supuesto, los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial, para poder apreciar la existencia de una condición más beneficiosa. Así pues, y conforme a los hechos probados, al demandante le es de aplicación la “norma” de 1974, que sigue vigente, ya que no por vieja ha perdido su virtualidad, quedando probado que en ella se configura un sistema retributivo propio, así como la discrecionalidad de la que goza el Presidente para actualizar las retribuciones. En consecuencia, las

subidas que se aplican desde el año 1998 sólo mejoran, desde dentro del propio sistema retributivo, las retribuciones presentes y futuras de la norma del 74, formando un todo, dinámico, dentro del mismo y referido a cada año en concreto, sin vocación de futuro, siendo indiferente que el porcentaje aplicable coincida en todo o no con el de un artículo del convenio colectivo.

Siendo esto así, no se cumple en este supuesto uno de los requisitos más importantes exigidos por la doctrina jurisprudencial para poder apreciar la existencia de una condición más beneficiosa. Se trata de la acreditación de la voluntad de la empresa de aplicar esa mejora con carácter indefinido, es esta voluntad empresarial el requisito exigido por la jurisprudencia para que esa mejora deje de ser una prerrogativa empresarial y pase a configurarse como un derecho a favor de los trabajadores.

3. En esta sentencia sigue el TS el mismo razonamiento que ya sostuviera, en un supuesto casi idéntico, la Sentencia de 10 de junio de 1998. Razona en esa ocasión la Sala que no existía una base para sostener la existencia de una práctica de empresa, puesto que la empresa no se limitaba a mantener en el tiempo un comportamiento o uso sobre el particular, sino que exteriorizaba su voluntad cada año, reiterando el incremento salarial para el colectivo afectado, en los términos que estimaba oportunos.

e) Stock options: validez de las cláusulas limitativas del derecho de suscripción

STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 5975/2007), I.L. J. 1781.

1. El actor ha venido trabajando para la empresa XXX con la categoría profesional de Product Manager, con una antigüedad de 3 de septiembre de 1996. Además de su salario bruto mensual, el actor tenía reconocido como parte de su retribución un plan de suscripción de acciones (*stock options*). El día 20 de junio de 2003 es despedido, reconociendo la empresa el acto extintivo como improcedente, pactando las partes una indemnización de 59.000 euros. El actor realizó reserva expresa de derecho respecto de las opciones de compra sobre acciones que tenía reconocidas en el “Plan de opciones de suscripción de acciones del grupo XXX” según acuerdos de los Consejos de Administración de 2001 y 2003. El 29 de diciembre de 2005, el actor remitió carta certificada al grupo XXX, manifestando su intención de ejercitar el derecho de opción. Interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Social, la sentencia estima la pretensión del actor, interponiendo contra la misma, la parte demandada, recurso de suplicación.

2. En primer lugar, analiza el Tribunal la legislación que resulta aplicable al caso, llegando a la conclusión de que la legislación aplicable es la francesa. La pretensión del recurso es la de que se aplique una cláusula restrictiva contenida en ambos escritos de oferta de acciones, la cual establece que las opciones caducarán de pleno derecho en caso de ruptura del contrato. En consecuencia, se trata de analizar si la legislación francesa y la jurisprudencia de sus Tribunales interpretándola admiten o no la validez de las cláusulas restrictivas de

V. Dinámica de la Relación Laboral

derechos en las *stock options*. En este sentido, la “Cour de Cassation” francesa ha admitido la validez de estas cláusulas que limitan el ejercicio del derecho, sujetándolo a la circunstancia de permanecer en la empresa en el momento en que pueda ser ejercitado éste, sin mayor concreción de las causas por las que se haya extinguido el contrato. Así pues, la aplicación de dicha doctrina al caso que nos ocupa implica que debemos considerar válidas las cláusulas limitativas y estimar el recurso planteado.

A continuación se plantea el Tribunal aplicar la teoría internacionalista de la “equivalencia de instituciones” debiendo analizarse si en nuestro ordenamiento las cláusulas limitativas son válidas o no. Partiendo de que se trata de cláusulas de contenido mercantil, entiende el Tribunal que debe aplicarse la Teoría General de Obligaciones, concluyendo que se trata de obligaciones condicionales y sujetas a plazo que exigen para su cumplimiento la concurrencia de ambos requisitos, es decir, que se llegue a la fecha preestablecida (circunstancia que concurre en el supuesto que nos ocupa) y que en dicha fecha el trabajador continúe prestando servicios para la empresa (circunstancia esta que no concurre), y ésta es la razón por la que entiende que no debe exigirse la obligación a la empresa.

3. Existen numerosas sentencias de los tribunales españoles en las que se ha establecido que la extinción del contrato por causa ajena a la voluntad del trabajador no es motivo suficiente para privar de validez a los derechos derivados para el trabajador de las *stock options*. En esta sentencia, la Sala de lo Social se aparta de esa doctrina y sigue el criterio que ya mantuviera en su Sentencia de 5 de diciembre de 2007, manteniendo el criterio de que el documento firmado por ambas partes no expresa un despido real. En ese supuesto, la empresa remitió lo que formalmente es un carta de despido al actor, pero la Sala entendió que se trataba de un documento cuya apariencia formal era beneficiosa para ambas partes, en consecuencia, el cese del trabajador no derivaba de un acto unilateral de la empresa sino de la voluntad de ambas partes de dar por extinguida la relación laboral a cambio de una indemnización aceptada por el demandante.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores

SSTSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008 (recurso de suplicación 2743/2008), I.L.J 1882.

1. La empresa finalizó la relación laboral con toda la plantilla, superior a cinco trabajadores, acudiendo a la vía de amortización individual que contempla el artículo 52.c) ET y sin tramitar el correspondiente expediente de regulación de empleo regulado en el artículo 51 ET. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda planteada contra el FOGASA. Se plantea si el incumplimiento de los límites numéricos y temporales que establecen los mencionados preceptos afecta a la responsabilidad del FOGASA, directa y subsidiaria.

2. Para resolver la cuestión planteada, el TSJ de Madrid aplica la doctrina jurisprudencial establecida en SSTs de 16 de noviembre de 2004, y de 31 de enero de 2008, concluyendo,

con la juzgadora de instancia, que en estos casos no existe responsabilidad del FOGASA, ni directa ni subsidiaria.

Por lo que respecta a la responsabilidad directa, recuerda el TSJ de Madrid que en la STS de 16 de noviembre de 2004, I.L. J 2027, que aplica el criterio contenido en la precedente STS de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1899, señaló el TS que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del artículo 52.c) ET o por despido colectivo del artículo 51 ET a que se refiere el artículo 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma. Por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogándose el empresario a lo que dispone el artículo 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del artículo 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los artículos 52.c) y 51.1 ET. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado artículo 33.8 ET.

Por lo que respecta a la responsabilidad subsidiaria, se cita la STS de 31 de enero de 2008, referida a 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 del ET, pero que no fue puesta a disposición del trabajador, en un caso de despido que la empresa llevó a cabo bajo la forma de despido objetivo del artículo 52.c) del ET, (...) no (...) impugnado por el empleado despedido”. En ella se señala que “no cabe duda, por tanto, que la reclamación de autos se basa en el mandato del artículo 33.2 del ET. (...) Así pues, la pretensión mencionada en la demanda se basa en la existencia de un despido objetivo. Pero, es indiscutible que en el caso de autos no ha existido ningún despido objetivo, pues se superaron los toques que para esta clase de despido fijan los artículos 52.c) y 51.1 del ET. Si no se respetan estos toques, no existe despido objetivo alguno, y en consecuencia el FOGASA no puede ser declarado responsable de una indemnización correspondiente a un despido objetivo que no existió como tal”.

3. La Sentencia comentada aplica la doctrina jurisprudencial expuesta en las SSTS citadas. Como en ella misma se señala, razones de seguridad jurídica obligan, ante tal contundente conclusión, que se extiende también a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, a asumir y aplicar el criterio indicado. Al respecto, citar también la STS de 24 de abril de 2002, I.L. J 1003, que aplica el mismo criterio para los supuestos a que se refiere el artículo 51.1, último párrafo, ET.

b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización por despido acordada verbalmente entre empresario y trabajador

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de noviembre de 2008 (recurso de suplicación 1272/2008), I.L. J 1968.

V. Dinámica de la Relación Laboral

1. El trabajador fue despedido el 22 de enero de 2008. La empresa reconoció la improcedencia del despido y le ofreció una indemnización de “X” euros que el trabajador aceptó. Como consecuencia de ello, el trabajador no impugnó dicho despido, pero tampoco percibió la indemnización ofrecida que posteriormente reclama, dirigiendo su pretensión no sólo contra la empresa demandada, que fue condenada, sino también contra el FOGASA, que fue absuelto por la sentencia de instancia.

2. El TSJ de Castilla y León (Valladolid), desestima el recurso planteado por el trabajador. A tal efecto se señala que no se niega que el actor actuara de buena fe al aceptar el ofrecimiento verbal del empresario de abonarle una indemnización por el despido reconocido improcedente, pero que lo cierto es que dicho despido no se impugnó y que el artículo 33.2 ET subordina la obligación del FOGASA de abonar la indemnización por despido a que ésta haya sido reconocida en sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa, de tal suerte que sólo las Resoluciones Judiciales o Administrativas citadas constituyen título habilitante para exigir que el mencionado organismo de garantía asuma su obligación en caso de insolvencia empresarial, y puesto que en el supuesto analizado la indemnización se pactó verbalmente, es evidente que ninguna responsabilidad cabe exigir al FOGASA.

3. Aplicación literal de lo dispuesto en el artículo 33.2 ET, y en reiterada doctrina jurisprudencial —entre otras, STS de 18 de septiembre de 2000, I.L. J 1851—, en donde se ha señalado que la responsabilidad del FOGASA no se atiende sin más, sino que es preciso disponer, a tal efecto, de un título habilitante que la norma exige. Todo ello impide admitir la pretensión basada, en el caso, en un mero acuerdo verbal entre empresario y trabajador.

c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de indemnización, salarios de tramitación, saldo y finiquito pactada en acto de conciliación

STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008 (recurso de suplicación 3116/2008), I.L. J 2018.

1. En el supuesto que resuelve la Sentencia comentada se cuestiona de nuevo la responsabilidad del FOGASA en orden al pago de ciertas cantidades ofrecidas en acto de conciliación, donde la empresa reconoció adeudar al trabajador determinada cantidad en concepto de indemnización, salarios de tramitación, saldo y finiquito. Posteriormente, declarada la insolvencia de la empresa, se reclamó del FOGASA el pago y el FOGASA deniega la solicitud por entender que la omisión o imprecisión de la deuda reclamada impide que dicho Organismo asuma su responsabilidad legal subsidiaria.

2. Para resolver esta cuestión, el TSJ de Madrid insiste, de nuevo, en la necesidad de cumplir con los presupuestos legalmente exigidos por el artículo 33 ET para que pueda prosperar la reclamación ante el FOGASA. En síntesis se indica que para que el FOGASA pueda abonar cantidades por salario, es necesario que dicha cantidad se haya reconocido como tal en acto de conciliación, y que como quiera que en el presente caso se pactó una cantidad en concepto de indemnización, salarios de tramitación, saldo y finiquito, sin

expresar la cantidad que se corresponde a cada concepto, ni el período de los salarios de tramitación que comprendería, no puede obligarse al demandado al abono de cantidad alguna, dada la inconcreción de los términos “saldo y finiquito”, que puede referirse a conceptos no salariales, como gastos de locomoción, dietas y otros igualmente excluidos de la responsabilidad del FOGASA.

3. Con este pronunciamiento se aplica la doctrina jurisprudencial plasmada en SSTs de 17 de enero de 2000, I.L. J 28, de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, y en la más reciente de 22 de enero de 2008, I.L. J 270, entre otras, en donde señaló el TS que al fijarse en acto de conciliación una cantidad global por el concepto de salarios de trámite, saldo y finiquito, sin especificar, ni concretar individualizadamente cada uno de dichos conceptos, y consecuentemente cuál de ellos tiene naturaleza retributiva, decae la posibilidad de que prospere la pretensión por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos para ello.

d) Responsabilidad directa: procede. Abono a la empresa del 40% de la indemnización por despido objetivo por causas económicas y organizativas que abonó previamente a los trabajadores. Fraude de ley no acreditado

SSTJ de Asturias de 19 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 596/2008), I.L. J 1646.

1. La sentencia de instancia desestimó la demanda formulada por la empresa actora frente al FOGASA con la que se pretendía que dicho organismo le abonara el 40% de la indemnización derivada de la extinción de la relación laboral por causas objetivas de cuatro trabajadores que fue abonada íntegramente por la empresa. La sentencia impugnada desestimó la demanda planteada en base a dos razones. Por un lado, en el hecho de que las indemnizaciones abonadas por la empresa a los cuatro trabajadores superaron con creces el importe que les hubiera correspondido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1.b) ET, que en el supuesto de despido objetivo fija la indemnización en 20 días de salario por año de servicio, en tanto que la empresa, en el caso, la fija en 45 días de salario por año de servicio, como si se tratase de un despido improcedente. Por otro lado, en que, de la prueba aportada por el FOGASA no se apreció una situación empresarial de crisis económica que justificara la decisión empresarial extintiva, para que se pudiera considerar la existencia de un despido por causas objetivas.

2. Para resolver la cuestión planteada, el TSJ de Asturias aplica la doctrina jurisprudencial establecida en SSTs de 27 de junio y 12 de diciembre de 1992, que conduce a declarar la responsabilidad pura, directa y limitada del FOGASA al abono de la indemnización, es decir, en sus límites legales, y no a la mejorada que la empresa haya podido convenir con sus trabajadores, respondiendo, por lo tanto, del 40% de la indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año de servicio.

Por otro lado, se indica que esta responsabilidad quedaría sin efecto en caso de acreditarse la existencia de fraude del empresario o de éste en connivencia con sus trabajadores, pero

V. Dinámica de la Relación Laboral

que dicho fraude debe acreditarse plenamente, no simplemente suponerse, de modo que la obligación que tiene el FOGASA de desestimar las solicitudes en las que se aprecie la existencia de fraude de Ley o abuso de derecho, no le exonera de la prueba del mismo.

3. En las SSTs citadas se señala, en referencia “(...) al problema planteado, relativo a si debe, o no, responder el Fondo de Garantía Salarial del 40% de la indemnización legal por expediente de crisis, cuando, la pactada, supere el tope máximo legalmente establecido, bien asuma el abono íntegro de aquélla la propia empresa, reservándose el derecho al reintegro de la parte proporcional que le compete frente al expresado Organismo Público, bien asuma, dicha empresa, únicamente, el importe del 60% de la indemnización legal más el incremento pactado, es de señalar, para ambos casos, que la responsabilidad establecida en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores es ‘(...) pura, directa y limitada: a) no está sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse ‘sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario’ (...); b) los términos imperativos del precepto, explícita y exclusivamente referidos al Fondo, ponen de manifiesto que éste tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores; c) la significación económica de dicha obligación se traduce en un mínimo, un porcentaje (el cuarenta por ciento) de la indemnización legal, no de la pactada’. Referidas a la responsabilidad directa del FOGASA, los topes máximos y los efectos sobre la responsabilidad empresarial, las SSTs de 24 de noviembre y de 16 de diciembre de 1992, y de 23 de julio de 1994.

e) Indemnización: cuantía. Cálculo por el módulo establecido en el artículo 51.8 ET. Extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador por impago de salarios. Empresa declarada en concurso

SSTJ de Madrid de 28 de noviembre de 2008 (recurso de suplicación 3261/2008), I.L. J 1964.

1. La empresa “X” promovió ante el juzgado de lo mercantil núm.1 de Madrid su declaración en situación de concurso voluntario y por auto de dicho órgano judicial de fecha 6 de febrero de 2006 se declaró la apertura del concurso y el nombramiento de administradores judiciales. En el curso de dichas actuaciones se sucedieron, de forma cronológica una serie de hechos. El día 14 de julio de 2006 la empresa instó expediente de regulación de empleo (ERE) por causas económicas, solicitando autorización para extinguir las relaciones laborales de la totalidad de su plantilla. Por Auto de 19 de julio de 2006, el juzgado de lo mercantil admitió a trámite dicha resolución y acordó apertura de pieza separada para su sustanciación conforme al procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal. Por escritos de fecha 7 septiembre y 31 de octubre de 2006 los trabajadores afectados por el indicado ERE solicitaron del mismo juzgado de lo mercantil la declaración de extinción de sus contratos por impago de salarios, al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.1.b) ET. El 6 de noviembre de 2006 la empresa desistió del ERE iniciado en julio de 2006, accediéndose a tal petición por Auto de 8 de noviembre de 2006. El día antes de dictarse dicha resolución se había presentado ante el juzgado de lo mercantil el acuerdo de fecha 3 de noviembre de 2006 al que habían llegado los representantes de los trabajadores con la administración concursal, por medio del cual ésta admitía extinguir

los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa en concurso, abonándoles una indemnización de 32,5 días de salario por año trabajado con el tope de una anualidad. El 8 de noviembre de 2006, el juzgado de lo mercantil dictó Auto por el que tuvo por solicitada, a instancia de los trabajadores, apertura de ERE. El 22 de diciembre de 2006 el juzgado dictó auto de extinción de las relaciones laborales en los términos establecidos en el mencionado acuerdo entre los trabajadores y la administración concursal. Extinguidas las relaciones laborales, los trabajadores solicitaron del FOGASA el abono de las indemnizaciones previstas en el artículo 33.2 ET y dicho Organismo las hizo efectivas, tomando en consideración a efectos de su cuantificación el módulo establecido en el artículo 51.8 ET. Los trabajadores, en cambio, entienden que el módulo a considerar es el señalado en el artículo 50.2 ET y así lo reclaman en su demanda, estimada por sentencia del juzgado de lo social núm.26 de Madrid que es recurrida por el FOGASA.

2. El TSJ de Madrid estima el recurso planteado por el FOGASA en base a una serie de motivos, que pueden sintetizarse del siguiente modo.

En primer lugar, se señala que se trata de igualar el trato legal de dos situaciones similares, haciendo así cabal aplicación del principio de igualdad. Al respecto se indica que ciertamente, si la crisis económica que afecta a una empresa en concurso es el motivo que lleva a la extinción colectiva de los contratos de sus trabajadores, es justo que éstos reciban un trato igual por la extinción fundada en dicha crisis, independientemente de que el término de los contratos de trabajo se haya articulado como despido colectivo o como incumplimiento empresarial del pago de salarios.

Una segunda razón se basa en lo dispuesto en el artículo 64, apartado 7, de la Ley Concursal, en relación con lo previsto en el artículo 208.1.1.a) de la LGSS. Se dice que en esta regulación subyace de nuevo el propósito del legislador de convertir el proceso de extinción contractual del artículo 50.1.b) ET seguido en el seno de un procedimiento concursal en proceso de despido colectivo.

Una tercera razón, según el TSJ de Madrid, es que si se diese un trato legal distinto a una y otra modalidad de extinción contractual colectiva de los trabajadores de la empresa en concurso, beneficiando a la que se ampare en el artículo 50.1.b) ET, es evidente que nadie querría pactar un expediente de los previstos en el artículo 51.2 ET para obtener la indemnización establecida en el artículo 51.8 ET, sabiendo que las mismas dificultades económicas que conducen al ERE permiten la extinción de los contratos a través del artículo 50.1.b) ET con acceso a una indemnización superior, conforme lo dispuesto en el artículo 50.2 ET.

Finalmente, en coherencia con todo lo anterior, se considera que la extinción contractual de los trabajadores debe recibir en estos casos el tratamiento legal establecido en el párrafo primero del artículo 33.2 ET para los despidos del artículo 51 ET. A ello se añade que mientras el segundo párrafo del artículo 33 ET seguirá siendo de aplicación en caso de extinciones contractuales amparadas en el artículo 50.1 ET cuando afecten a empresas que no estén en concurso, así como a las extinciones que, aun afectando a empresas en

V. Dinámica de la Relación Laboral

concurso, responden a incumplimientos de los apartados 1.a) y 1.c) del artículo 50, o incumplimientos del apartado 1.b) del mismo precepto pero de carácter individual, y que precisamente por no dar lugar al ejercicio de acciones colectivas de extinción contractual, no son competencia de los juzgados de lo mercantil.

3. En la STSJ de Madrid comentada, se exponen y desarrollan ampliamente los motivos que conducen a la estimación del recurso planteado por el FOGASA y que han sido reflejados, en síntesis, en el presente comentario. Destacar de lo que en ella se expone, la necesidad de igualar el trato legal dispensado a dos situaciones objetivamente similares, y la evidente tendencia, en caso contrario, a canalizar las extinciones contractuales a través de la vía que permitiría alcanzar indemnizaciones cuantitativamente superiores.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Calendario elaborado unilateralmente por la empresa que altera los días de trabajo y descanso anual constituye modificación sustancial de las condiciones de trabajo

STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008 (recurso de suplicación 3263/2008), I.L. J 1716.

1. La sentencia recurrida estimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Comité de empresa en la que pretendía se dejara sin efecto los calendarios elaborados por la empresa para el año 2008. La empresa había sido condenada en un previo procedimiento de conflicto colectivo a computar los 20 minutos de descanso como tiempo de trabajo efectivo. En cumplimiento de esta Sentencia, la empresa elabora unas nuevas planillas para el año 2008 que el Comité rechaza toda vez que se recorta el tiempo de trabajo diario a telefonistas, auxiliares de farmacia y auxiliares de quirófano lo que implica prestar servicios entre 11 y 30 días más que el año anterior. En el caso de los auxiliares de planta, pasan a prestar menos días de trabajo en turno de noche, de tres o cuatro, a uno o dos, pasando a considerarse como día de descanso el día saliente, descansando entre 10 y 15 días menos al año.

2. El TSJ desestima la tesis de la empleadora, la cual justificaba citadas modificaciones en el *ius variandi* empresarial regulado en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Para el Tribunal las modificaciones unilaterales introducidas en la plantilla que afectan a los días de trabajo y a los días de descanso anual, superan con creces el ámbito de dirección u organización empresarial, constituyendo una modificación sustancial y no meramente accesorio. A ello no obstaría el que se trate de una modificación no expresamente listada en el artículo 41 ET toda vez que es reiterada la doctrina que sienta que el listado contenido en citado precepto es ejemplificativa y no exhaustiva. Para el TSJ de Galicia la modificación introducida en la planilla cumple los criterios de sustancialidad de la modificación al alterar y transformar los aspectos fundamentales de la relación laboral.

3. Con este pronunciamiento se reitera la doctrina de casación recogida del Tribunal Supremo, pudiendo citarse entre otras las siguientes: STS de 14 de junio de 2006 (recurso 141/1995) (Caso ThyssenKrupp Elevadores S.A); STS de 17 de enero de 2007 (recur-

so 3789/2005) (elaboración de calendario laboral con jornada diaria de 7 horas y 52 minutos, en 222 días al año en lugar de 8 horas día y cuatro de descanso); STS de 9 de diciembre de 2003 (recurso 88/2003) (variación de horas de reajuste para compensar el desfase entre la jornada anual y la que resulta de aplicar la jornada diaria). Igualmente, cabe citar la STS de 16 de junio de 2005, I.L. J 1375, esta última valorando la existencia de condiciones más beneficiosas de los trabajadores respecto a la fijación de los días de descanso compensatoria en los correspondientes calendarios laborales.

B) Descanso semanal. Interpretación de normativa vigente

SAN de 19 de noviembre de 2008 (Procedimiento de conflicto colectivo), I.L. J 1840.

1. El presente procedimiento tiene como objeto fijar la forma correcta de descanso semanal de los trabajadores de la empresa Leroy Merlín con convenio colectivo propio. Más concretamente, se centra en los trabajadores que tienen jornada partida y prestan servicios en sábado.

Como antecedente necesario de este procedimiento, debe citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de julio de 2004, ratificada parcialmente por la STS de 10 de octubre de 2005. Fijaba aquella Sentencia cómo debe computarse el día y medio de descanso semanal previsto en el artículo 24.1 del Convenio Colectivo de Empresa, fijando como interpretación correcta la siguiente: 1. Cuando el día de descanso coincida en domingo, el descanso semanal comprenderá la tarde del sábado o la mañana del lunes y es acumulable a las 12 horas de descanso diario. 2. Igual regla se aplicará cuando no coincida el día principal de descanso en domingo, por lo que el semanal incluirá el principal y la tarde del antecedente o mañana del día siguiente, sin afectar tampoco a las horas de descanso diario. 3. Cuando, excepcionalmente, el día y medio de descanso se tenga que desglosar en un día y medio día, el descanso semanal será de un día completo en una semana y dos en la siguiente. Ello con independencia de la jornada anual pactada.

En aplicación literal de este pronunciamiento, la empresa Leroy Merlín viene aplicando el descanso a los trabajadores que ostentan jornada partida de la siguiente forma: habitualmente trabajan seis días a la semana y descansan uno; aunque cada dos, tres o cuatro semanas descansan otro día adicional. Para la parte social esta aplicación no es correcta, y reclama, en definitiva, que cuando el trabajador concluya su jornada de trabajo diaria, sea la hora que sea, el resto del día debe imputarse al descanso diario y en ningún caso al semanal. La representación procesal de la empresa entiende que este régimen de descanso respeta siempre que entre el momento final de una jornada y el inicio de la que sigue al descanso semanal medien al menos cuarenta y ocho horas: doce correspondientes al descanso diario y más las 36 del descanso semanal.

2. La AN desestima la demanda de conflicto colectivo, al entender que los preceptos en liza (37.1 y 34.3) no avocan a una interpretación única coincidente con la que se postula en la demanda.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Defiende la Sentencia que ninguno de los preceptos exige que deba ser sucesivo del descanso entre jornadas y el descanso semanal. Teniendo en cuenta que el número de horas anuales no puede excederse, para la Audiencia Nacional, la interpretación conforme la cual el descanso de día y medio podría comenzar nada más acabar la jornada diaria de trabajo ni beneficia ni perjudica a ninguna de las partes.

Por otro lado, se argumenta que esta suma teórica de las horas del descanso diario a las horas de descanso semanal, se ajusta a la Directiva 2003/88/CE que también suma las horas mínimas que esta directiva fija para uno y otro descanso, al establecer en relación con el descanso semanal que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten por cada período de siete días de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

3. Cabe lamentar la ausencia de hechos probados suficientes en esta Sentencia que nos permitan contraponerla a las dictadas por la Sala de lo Social del TS de 23 de octubre de 2008, I.L. J 1398 (caso de Makro Autoservicio Mayorista) y la STS de 25 de septiembre de 2008, I.L. J 1103 (caso Carrefour). En ambas se pretendía por ambas empresas computar como descansado semanal la mañana o la tarde previa al descanso, pese a haber realizado el trabajador su jornada completa.

Señala el Alto Tribunal en estas Sentencias que no cabría solapar el descanso diario y el descanso semanal, los cuales deben ser acumulativos. Ya se dejaba entrever en ambas Sentencias que esta doctrina resultaría difícil de aplicar en aquellos sectores donde se trabajan seis días a la semana, pues resulta obvio que en estos casos el módulo semanal no permite garantizar el disfrute de ambos descansos.

Éste es el caso que analiza precisamente la Sentencia que comentamos, con trabajo de seis días semanales y descanso de 1 día semanal y otro día adicional cada 2, 3 o 4 semanas. En ella la Audiencia Nacional parece apartarse del criterio del TS al afirmar que no hay obstáculo legal en permitir el disfrute de ambos descansos de forma solapada.

Cabe entender que la Audiencia Nacional lo reconduce a un supuesto de ajuste anual de prestación de servicios, ya que respecto al descanso entre jornadas no hay norma imperativa que así lo impida, al contrario de lo que ocurre con el descanso semanal donde sólo se permite su disfrute acumulado por períodos de hasta dos semanas. En cualquier caso, a priori, habrá que esperar a la firmeza de este pronunciamiento y al análisis que el TS en su caso pueda realizar de éste atendiendo a sus recientes pronunciamientos en los dos casos anteriormente señalados.

C) Horas extra. Prueba. Corresponde a la parte que lo alega: el demandante

STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2008 (recurso de suplicación para la unificación de doctrina 384/2008), I.L. J 1867.

1. Se desestima en este caso el recurso de suplicación formalizado por el trabajador, ayudante de cocina, el cual interesa el reconocimiento de horas extraordinarias al afirmar que cumple una jornada semanal de 52 horas y no de las 40 previstas legalmente.

2. El TSJ analiza la normativa existente sobre carga de la prueba en relación a las horas extraordinarias. Recuerda la doctrina general existente sobre la materia en la jurisprudencia del TS, entre otras, STS de 26 de junio de 1990, conforme la cual, la carga de la prueba sobre la realización de las horas extraordinarias corresponde al trabajador debiendo acreditarse éstas “día a día y hora a hora”; igualmente recuerda la doctrina sentada en la STS de 11 de junio de 1993 según la cual, correspondería al demandante la prueba de los elementos constitutivos de lo reclamado y, en materia de horas extraordinarias, se exige estricta y detallada prueba de la realización del número de horas realizadas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas realizado.

Ello no obstante, también se señala la existencia de una excepción a esta regla general contenida entre otras en SSTS de 10 de abril de 1990, 21 de enero de 1991 o 22 de diciembre de 1992. Conforme el contenido de estas Sentencias, esta regla general que impone la carga probatoria al actor cede ante el habitual desarrollo de una jornada uniforme superior a la ordinaria, que supone una habitualidad de la jornada extraordinaria, pues siendo obligación de la empresa llevar registro de las horas y días totalizándose semanalmente el cómputo, es por lo que, dominando esta acreditación obligada que no es factible conseguir al trabajador, ni está próxima a sus medios, se grave al empresario incumplidor con las consecuencias de la ausencia de prueba del número concreto de horas, de los días en que se prestaron y de su naturaleza, en el sentido de condenarle por las reclamadas.

3. En esta Sentencia la Sala de Extremadura se alinea con la doctrina más clásica que exige al actor una prueba rigurosa, estricta y detallada de la realización de las horas extraordinarias, y puede verse en otras Salas como la del TSJ de Cataluña de 27 de enero de 2006, I.L. J 439 o en STS de Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2001, I.L. J 1203.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Naturalezas de la exigencia de titulación y similitud de la delimitación convencional de funciones propias de diversas categorías

1. La STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2008 (recurso 138/2008) I.L. J 1652, analiza el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora del Grupo Endesa en demanda del reconocimiento de su encuadramiento profesional en el Grupo II del Convenio Colectivo Marco del Grupo Endesa y consiguientes diferencias salariales generadas en el período comprendido entre julio de 2006 y junio de 2007 respecto de su reconocida categoría de especialista técnico de gestión de bases de datos, incluida en el Grupo III. La trabajadora presta sus servicios sin responsabilidad de mando, ni autonomía o posibilidad

V. Dinámica de la Relación Laboral

de toma de decisiones independientes. La Sentencia de instancia desestimó la pretensión por no observar las circunstancias requeridas por el Grupo II y, en particular, apreciar la ausencia de la titulación demandada por éste.

2. La Sala desestima igualmente la pretensión bien por considerar que la delimitación de las funciones realizada para ambos grupos profesionales por el convenio es tan genérica que las realizadas por el actor podrían perfectamente encuadrarse en cualquiera de ellos –habla así el convenio de “autonomía”, “actividad intelectual”, “iniciativa” o “interrelación humana”–, bien por emplear términos equivalentes en ambos grupos como “complejidad” y “complejas” o “responsables directos”, “supervisión” y “responsabilidad de mando”. Siendo igualmente determinante para ella la inobservancia del requisito de la titulación universitaria de Grado Medio, o conocimientos equivalentes equiparados por la empresa y adquiridos por experiencia profesional exigido por el artículo 22.2.c) del convenio colectivo de aplicación. Requisito que en modo alguno cumple la demandante, que únicamente acredita el título de oficial industrial, título de formación profesional de primer grado sin ostentar conocimientos equivalentes a la titulación universitaria antedicha equiparados por la empresa.

3. Titulación que consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha erigido como requisito de insoslayable cumplimiento sea su exigencia de origen legal o convencional, cara al encuadramiento profesional del trabajador. Cuestión distinta es que este mismo origen determine, caso de ser convencional, el derecho a las diferencias salariales existentes por el desempeño de un puesto propio de una clasificación profesional superior a la de encuadramiento del trabajador. Doctrina esta apreciable en la **STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2008** (recurso 7947/2007) I.L. J 1822, que conoce del recurso de suplicación interpuesto por dos trabajadoras de TVE, SA que, a resultas de la entrada en vigor del XVII Convenio colectivo de empresa, son clasificadas como documentalistas reclamando sin embargo el reconocimiento de la categoría de Técnico de Archivo y Documentación y consiguientes diferencias salariales, incluidas las propias del denominado “complemento de polivalencia”, propio del operador montador. Ambas pretensiones estimadas en la instancia.

Revoca parcialmente la Sala dicho pronunciamiento por entender, en primer lugar, que no procede la percepción del citado complemento de polivalencia, toda vez que al tenor de los artículos 64.g) y 7.2 del Convenio, y en sintonía con la STS de 11 de junio de 2008 es precisa la creación de un puesto polivalente y su desempeño por las actoras, que no consta. Afirma así esta Sentencia citada que el puesto polivalente se vincula “no a la realización de determinadas funciones que pueden ser más o menos tocantes a varias categorías profesionales” sino que “es el creado por la empresa de acuerdo con las necesidades de cada momento, dentro de las previsiones establecidas al respecto por el Reglamento de Régimen Interior”. Amén de lo anterior las funciones realizadas por las actoras tampoco se efectúan en régimen de polivalencia, ya que sólo ocasionalmente y de forma esporádica han asumido funciones de producción propias del operador montador, editando el audio y el vídeo.

En segundo lugar, recupera la Sala de suplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmando que ésta distingue dos supuestos: “a) Que la exigencia de una titulación determinada constituya verdadero presupuesto habilitante para el desempeño de la acti-

vidad de que se trate, en cuyo supuesto ni la categoría puede lograrse sin aquélla ni en fin procede percibir las superiores retribuciones. B) Que el título no constituya requisito inexorable para ejercer la actividad, sino que sea una mera exigencia convencional, a fin de mejorar el perfil o preparación del trabajador, en cuyo caso, si no procede la superior categoría, sí proceden las superiores retribuciones conforme al artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores (SS de 20 de enero de 1994 y 27 de enero de 1995)". Caso, este último, el presente a juicio de la Sala, procediendo el abono de las diferencias salariales por el desempeño de la categoría superior pero no así el reconocimiento de ésta.

Otro ejemplo más en la doctrina de suplicación de que no siempre el título constituye exigencia legal necesaria para el ejercicio de una actividad laboral, lo constituye la **STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2008** (recurso 2854/2008) I.L. J 1797, exponente igualmente del segundo de los supuestos advertidos. Conoce ésta de una reclamación de diferencias salariales más interés por mora de un trabajador de la Sección de Ocio y Cultura de la empresa Periodista Digital, SL que trabajando como auxiliar administrativo ejerce desde el inicio de la prestación de servicios las funciones propias de Redactor. El actor ostenta la titulación de Maestro en Arte Dramático por la Universidad de Kent, no habiéndose acreditado que dicho título esté homologado oficialmente en España. Estima la demanda el Juzgado de lo Social e interpone recurso de suplicación la empresa.

Desestima la Sala el recurso confirmando la Sentencia de instancia y juzgando que al amparo del artículo 39.4 ET el trabajador tiene derecho a las diferencias salariales pretendidas. Advierte igualmente la Sentencia que no existe norma prohibitiva al respecto y ni siquiera el artículo 22 del II Convenio Colectivo Estatal del Sector de la Prensa Diaria, de aplicación al caso, exige "la titulación de forma taxativa pues admite que el trabajador pueda desempeñar la categoría aunque no tenga esa titulación si tiene una de grado medio complementada con experiencia profesional en el medio, por lo que se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia".

Tiene presente la Sala la doctrina del Tribunal Supremo con cita expresa de la Sentencia de este Alto Tribunal de 26 de octubre de 1999 advirtiendo que si bien en algunos casos el título puede constituir requisito inexcusable de orden público para realizar una actividad profesional "en otros casos el título no constituye elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición por convenio colectivo tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada".

B) Funciones asignadas al trabajador y acomodo a las pautas del convenio colectivo estatal de aplicación en la empresa

1. La **STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2008**(recurso 1789/2008) I.L. J 2136, resuelve el recurso de suplicación interpuesto por 12 trabajadores de la empresa Corporación Alimentaria Peñasanta SA, especialistas de 2ª en la sección de envasado de yogur

V. Dinámica de la Relación Laboral

que se niegan a controlar la calidad del producto degustando las primeras unidades de yogures –antes de la finalización del proceso de elaboración– tras los cambios de producción a fin de comprobar que la etiqueta es correcta y se corresponde con su sabor. Control previo al más exhaustivo, y anteriormente único, realizado por el departamento de control de calidad. El convenio colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados define a estos especialistas de 2ª como “aquellos trabajadores que conocen varias fases de elaboración del producto y realizan alguna de ellas; o los que teniendo conocimientos de un oficio auxiliar realizan los trabajos de complejidad media debiendo conocer el funcionamiento de las máquinas y vehículos lo suficiente para detectar cualquier anomalía, subsanando las que no tengan especial dificultad”. No se contempla riesgo profesional alguno relativo al puesto de trabajo por degustación del producto o empleo de la cuchara de degustación. La Sentencia de instancia estima la demanda de conflicto colectivo planteada por los trabajadores.

2. Confirma la Sala el pronunciamiento de instancia desestimando la existencia de concurrencia de convenios así como la inaplicabilidad del convenio colectivo estatal sostenido por la recurrente. Defiende la Sala la aplicación al caso concreto del convenio colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados por las siguientes razones: no existe concurrencia de convenios, entiéndase colisiva, con el convenio colectivo de empresa, pues éste no regula las categorías profesionales de los trabajadores; en segundo lugar, parte de las categorías profesionales del convenio estatal son visiblemente acogidas por la tabla salarial del convenio de empresa, y, por último, en los recibos de salarios de los litigantes consta la categoría profesional de especialista de 2ª advertida en el convenio estatal.

C) Desempeño de funciones propias de categoría superior y derecho a las diferencias salariales: pluses y complementos no compensables

1. La STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2008 (recurso 2869/2008) I.L. J 1929, conoce de las demandas acumuladas de dos trabajadoras de Telefónica España, SAU que ostentando categorías –de Asesor Base, una y Técnico de Ventas, otra– correspondientes a una titulación media realizan en realidad funciones propias de una categoría que demanda titulación superior. Trabajadoras que, además, iniciaron su vinculación con la empresa como becarias encuadradas en distintos programas y que pretenden hacer valer la reclamación, por diferencias salariales y reconocimiento de categoría superior, incluido el período propio de tal condición. La Sentencia de instancia estima parcialmente las demandas en lo concerniente a las diferencias salariales, no así en el reconocimiento de categoría superior.

2. La Sala confirma el pronunciamiento de instancia y, en lo que más nos concierne ahora, precisa que las diferencias salariales son procedentes rechazando el argumento expuesto por la recurrente consistente en que las actoras venían percibiendo un salario que en cómputo anual supera el correspondiente a un Titulado Superior de 3ª (entrada). Advierte por el contrario la Sala que “el incremento del salario base de un trabajador por aplicación de un nivel salarial de superior categoría, no conlleva la merma de una cantidad equivalente a los pluses o complementos que venga de hecho percibiendo el trabajador, porque estos últimos no son compensables”.

3. Doctrina esta consolidada de la Sala e igualmente apreciable en sus Sentencias de 10 de noviembre de 1998 y 28 de junio de 2006 (RJ 1127/2006).

4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Comunidad Autónoma. Traslado injustificado. Reincorporación al centro de trabajo en el que venía prestando servicios la actora

STJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de octubre de 2008, I.L. J 1699.

1. La trabajadora venía prestando servicios para la Comunidad Autónoma desde el 15 de marzo de 1992 como Auxiliar de Servicios Complementarios en el CEIP Teobaldo Power en Guía de Isora, con jornada de 17 horas semanales. El 2 de octubre de 2007 la Consejería le comunica el traslado al CEIP de Granadilla de Abona. En el curso 2006-2007 había 6 auxiliares de Servicios Complementarios asignados al CEIP Teobaldo Power en Guía de Isora. En el curso julio de 2007-2008 se asignan cinco auxiliares. En el curso 2006-2007 había 173 comensales en el CEIP Teobaldo Power, en el curso 2007-2008 había 178, y llegando a haber 180 comensales.

2. La sentencia de la Sala de lo Social fijando como principio que “Los Convenios Colectivos pueden modificar las normas legales siempre que su contenido no sea de derecho necesario y precisamente el convenio de aplicación es un ejemplo de retroceso de la norma estatal en favor de la convencional con la finalidad de que se enriquezca el contenido de la negociación colectiva buscando mayores cotas de adaptabilidad” es por ello que como aparece en dicha norma colectiva como elemento para el traslado de los trabajadores la disminución del número de comensales en los comedores escolares y como quiera que en el presente supuesto se ha producido un aumento en el número de comensales determina que la decisión de traslado de la demandada no se ajusta a derecho y por tal confirma la sentencia de instancia.

3. La cuestión es el respeto al Convenio Colectivo cuando éste mejora las normas legales y por tal retroceso de ésta a favor de la norma colectiva.

B) Movilidad geográfica. La empresa no acredita las “necesidades de servicio” e incumple los requisitos formales establecidos en el Convenio Colectivo. Traslado injustificado. Incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 40 ET

STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2008, I.L. J 1932.

1. La actora viene prestando sus servicios para la empresa demandada, antigüedad 3 de diciembre de 1998, como Tripulante Cabina de Pasajeros (TCP), categoría profesional de

V. Dinámica de la Relación Laboral

Auxiliar de Vuelo. En su cláusula segunda del contrato de trabajo suscrito, el 1 de diciembre de 1998, las partes pactaron que la demandante “prestará sus servicios en el centro de trabajo de la Compañía ubicado en Madrid que tendrá la consideración de base habitual”. Ésta con fecha 15 de marzo de 2002 solicitó el traslado a la base de Ibiza, donde permaneció hasta el 31 de octubre de 2002, siendo voluntariamente trasladada a la base de Alicante, en la que permaneció hasta el 31 de mayo de 2003, desde la que también a petición propia volvió a la base de Ibiza, a la que fue adscrita el 10 de marzo, volviendo a petición propia efectuada el 30 de julio de 2003, a la de Madrid, en la que permaneció hasta el 31 de mayo de 2004, regresando, también a petición propia a la base de Ibiza, permaneciendo en ésta hasta el 30 de septiembre de 2004. Interesada solicitud de base a BCN Invierno 2004/2005, estuvo en tal base hasta 11 de julio, salvo un período que a petición propia estuvo en Ibiza. La empresa con fecha 16 de julio de 2007 comunicó que “aquellos TCPs eventuales e interinos que deseéis cambiar de base para la próxima temporada de invierno 2007/2008 debéis haceros llegar vuestra solicitud al Departamento TCPs antes del próximo 15 de agosto”, remitiendo la actora un correo electrónico, el 28 de julio de 2007, con el siguiente contenido: “te escribo por referencia a vuestro e-mail sobre cambio de base para la temporada de invierno. Actualmente estoy en BCN y quiero seguir aquí para este invierno. Te lo digo porque creo que mi contrato es en MAD y que tengo la obligación de informaros para evitar problemas en el último momento”. La empresa con fecha 15 de septiembre de 2007 comunicó a la demandante el traslado a Madrid, de manera forzosa, con efectos desde el mes de noviembre, para el período “invierno 2007-2008”, concretamente “mediante esta carta te informo que tu base de invierno 2007/2008 será MAD. Te trasladarás a primeros de noviembre”. La trabajadora impugnó declarando injustificado el desplazamiento de la demandante.

2. Dos son las cuestiones que trata la sentencia objeto de examen, por un lado, la caducidad alegada por la recurrente-empresa y otra respecto al fondo en cuanto no estamos ante causas organizativas, económicas, técnicas y de producción del artículo 40 sino necesidades de servicio en virtud de pacto contractual de libre asignación de base.

Respecto a la caducidad, reitera la doctrina jurisprudencial en cuanto “la decisión patral 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 del ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, e incluso estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores y al régimen de carencia de recursos. 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”, ni rige la inexistencia del recurso”. En el presente supuesto no habiendo seguido la empresa el procedimiento del artículo 40 ET habrá de seguirse el procedimiento ordinario. En lo que se refiere al fondo, la Sala partiendo de que efectivamente el contrato fija como base principal Madrid pero que ha permanecido en la base de Barcelona de 2004 a 2007, entiende que no se cumplió por la empresa lo dispuesto en el Convenio Colectivo, esto es, en los supuestos de desplazamiento o de traslado, en orden a armonizar el mejor servicio, siguiendo los criterios de

preferencia, antigüedad, circunstancias familiares, condiciones de salud y otras similares, ni tampoco acredita las manifestadas “necesidades del servicio”, por ello llega a la misma conclusión que el Juzgado de instancia.

3. La Sala no debate si estamos ante un traslado justificado o injustificado conforme lo previsto en el artículo 40 ET, sino que se atiende a los requisitos del Convenio Colectivo de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de SPANAIR, SA (BOE 232/2007, de 27 de septiembre), para con ello entender que no se acredita por la empresa las circunstancias que permiten el desplazamiento por necesidades de servicio y por tal declara la decisión injustificada.

C) Cambio de puesto de trabajo que no implica cambio de residencia. No es un supuesto de movilidad geográfica en sentido jurídico. No requiere justificación de causas objetivas. Esfera del poder de dirección

STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2008, I.L. J 1957.

1. La trabajadora viene prestando servicios para la UGT en la localidad de Alcobendas y habiéndosele notificado verbalmente su traslado a la localidad de Tres Cantos, solicita la reposición en su centro de Alcobendas. El Juzgado de lo Social aplicando el artículo 40 ET declaró el derecho a reponer a la trabajadora en Alcobendas.

2. La Sala recogiendo la doctrina jurisprudencial “(...) pese a esta enumeración abierta no puede pasarse por alto que en su listado especificatorio la norma para nada cita los supuestos de movilidad geográfica [a diferencia de la funcional que exceda de los límites del artículo 39, mencionada en el apartado f)], y que muy al contrario el número 5 del precepto se cuida de normar que ‘En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley’, con lo que es evidente que la materia relativa a traslados –sea configurable o no como modificación sustancial– tiene un régimen jurídico diferenciado y de obligada aplicación. Y desde el momento en que la movilidad geográfica que disciplina aquel precepto, artículo 40, exige cambio de residencia (Sentencias de 14 de octubre de 2004; 27 de diciembre de 1999; 18 de septiembre de 1990; 5 de junio de 1990; 16 de marzo de 1989), hasta el punto de que tal presupuesto se ha calificado de ‘elemento característico del supuesto de hecho del artículo 40.1 ET’ (Sentencia de 12 de febrero de 1990) y de que la movilidad geográfica haya de considerarse ‘débil o no sustancial’ cuando no exige ‘el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET’ (Sentencias de 18 de marzo de 2003; 16 de abril de 2003; 27 de diciembre de 1999), con ello resulta obligado colegir que los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio (bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento) están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los artículos 5.1.c) y 20 ET, no estando sujeto a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa [artículo 64.1.4º.b) ET], para el supuesto de traslado, total o parcial, de ins-

V. Dinámica de la Relación Laboral

talaciones)” (STS 26 de abril de 2006, u.d.). Y asimismo continúa recogiendo dicha sentencia “‘Como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el artículo 39 del ET sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el artículo 40 los de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, algún sector de la doctrina científica, ha optado por incluir los cambios de puesto de trabajo desde un centro a otro sito en la misma localidad, como supuestos de movilidad funcional. Pues bien, tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional (a los citados cambios de centro), como si se califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica *lato sensu*, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del artículo 40 ET y deben ser incardinados en la esfera del *ius variandi* del empresario’ (en el mismo sentido, considerando tales supuestos como expresión del poder de dirección, también la STS de 19 de diciembre de 2002)”. Por tanto entiende que estamos ante un *ius variandi* común, facultad de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales, frente al especial que supone acordar las modificaciones sustanciales a que se refiere el artículo 41 ET. En el presente supuesto el cambio de centro sin cambio de residencia, distando el nuevo centro a escasos kilómetros del anterior y constando con medios de transporte público, se trata de una movilidad geográfica débil o no sustancial por lo que la decisión entra dentro del campo de ejercicio del poder de dirección empresarial y por tal revoca la sentencia de instancia.

3. La Sala insiste sobre las diferencias entre movilidad geográfica con cambio de residencia y movilidad geográfica débil sin cambio de residencia, siendo esta última, ejercicio del poder de dirección empresarial y por tal, dándose en el supuesto la última, entiende que no estamos ante movilidad geográfica del artículo 41 ET y sí por el contrario ante un ejercicio del poder de dirección por lo que entiende el Tribunal que se trata de una movilidad geográfica no sustancial o bien movilidad funcional.

D) FEVE. Indemnización por traslado forzoso. Desestimación

STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 2008, I.L. J 2007.

1. El actor es trabajador de FEVE y desde el 22 de abril de 1982 con la categoría de Especialista de Estación prestó servicios en Candas. La empresa publicó la Circular 10/2006, que lleva fecha 27 de noviembre de 2006 para anunciar un convenio de traslados entre Especialistas de Estaciones. En cuanto a las vacantes figuraban con un signo negativo delante del número de vacantes (-), tal que la residencia de “Candas” con “- 2 vacantes”. La residencia de “Aboño” figuraba con “4 vacantes”. Presentó petición de vacante con indicación de las residencias de Aboño y de Trasona, lo que le fue reconocido e interesando la indemnización garantizada por traslado forzoso según número de cuatrienios y el nivel salarial. Ello fue desestimado en la instancia.

2. La Sala de lo Social del TSJ de Asturias examina la Normativa Laboral de FEVE, y a pesar de que el recurrente mantiene que su traslado es forzoso, pues la plaza que ocupaba tiene signo negativo, ello es negado pues para tal debe ser declarado sobrante lo que no acontece a pesar de que la plaza que ocupa salga con signo negativo. Como señala la sentencia,

“La convocatoria de concurso de traslados es clara al establecer que las plazas se ofertan para ser cubiertas en régimen de traslado por el personal con categoría de especialista de estaciones, nivel salarial 2, que lo soliciten dentro del plazo señalado, y que los únicos obligados a solicitar alguna de las plazas convocadas son los trabajadores de esa categoría, si su residencia laboral es de carácter provisional, circunstancia ausente en el caso”. En su consecuencia no procede la indemnización por traslado y se confirma la sentencia de la instancia.

3. La sentencia fija los límites indemnizatorios de la Normativa Laboral y no se contempla en el traslado a pesar de que las plazas salgan con signo negativo, ello sólo se produce cuando sea declarado vacante lo que no resulta por ser sacadas las plazas con signo negativo.

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Condición más beneficiosa. Concepto. Existencia. Requisitos para su modificación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Calendario laboral. Variación respecto a años sucesivos que supone un aumento de jornada. Nulidad. Necesidad de seguir los trámites del artículo 41 ET

STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2008, I.L. J 1644.

1. El demandante viene prestando servicios con categoría de conductor, en virtud de contrato de trabajo en el que se establece una jornada semanal de 40 horas de lunes a viernes y con sujeción al convenio colectivo provincial de transporte por carretera, garajes y aparcamientos de Burgos, en el que se dispone una jornada anual de trabajo efectivo de 1.785 horas para 2005, 1.777 para 2006, 1.769 para 2007 y 1.761 para 2008, con 33 días naturales de vacaciones y un día de licencia por asuntos propios. Desde hace 16 años la jornada del demandante ha estado adaptada al calendario escolar por el que se rige el centro ocupacional de Belorado, realizando el traslado de los usuarios del centro y de los niños al colegio y la guardería, con disfrute de vacaciones y festivos en los días marcados como tales en el referido calendario. Con fecha 9 de enero de 2008 se reunió la Comisión de Personal del Ayuntamiento de Belorado en la que estuvo presente el demandante y, entre otros temas, se trató el del calendario laboral del personal, proponiéndose el que debía regir en 2008. El 16 de enero de 2008 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Belorado acordó la aprobación del calendario laboral de 2008 y su notificación a los trabajadores afectados, que como consecuencia de nueva jornada tendrían que realizar unas 19 jornadas más al año. Celebrada nueva reunión de dicha Comisión a la que acudió el actor y en la que se trató el tema relativo al personal del centro ocupacional, los trabajadores asistentes manifestaron no aceptar el calendario laboral aprobado para 2008 ya que no se ajustaba al calendario escolar. El juzgado estimó la demanda declarando la nulidad de la jornada.

V. Dinámica de la Relación Laboral

2. La Sala de lo Social del TSJ examina dos cuestiones, si nos encontramos ante una condición más beneficiosa respecto la jornada y si el cambio de ella supone una modificación sustancial. Respecto a lo primero, y recogiendo la doctrina jurisprudencial de la condición más beneficiosa (STS de 25 de junio de 2002, recurso para unificación de doctrina 3462/2001; así como las de 14 de mayo de 1993, 30 de junio de 1993, 25 de enero de 1995) razona a la luz de los hechos probados que se han producido los requisitos necesarios para que estemos en presencia de una condición más beneficiosa pues el trabajador con conocimiento y aplicación directa de la empleadora ha venido realizando, al igual que sus compañeros, una jornada de trabajo conforme al calendario escolar, no aceptando que se tratara de algo graciable y una mera tolerancia sino que por el contrario era la forma que la demandada aprobaba para cada año y así se venían prestando los servicios en el referido Centro, y como esto se ha venido realizando durante 16 años supone una consolidación de ese derecho. Así se ha incorporado por la regulación de su disfrute y la persistencia de éste en el tiempo, al nexo contractual de forma que estas condiciones han de ser respetadas por el empresario, que no puede modificarlas o suprimirlas unilateralmente.

En lo que respecta a la modificación sustancial de condiciones de trabajo después de recordar la conceptualización por la jurisprudencia en cuanto supone básicamente que ha de producirse una transformación de aspectos básicos de la relación laboral que haga que la prestación resulte trascendente para el trabajador atendiendo a la intensidad de la misma la condición de trabajo a la que se refiera la modificación y su duración en el tiempo (STS de 15 de marzo de 1991), entiende que sí se ha producido una modificación sustancial puesto que el trabajador venía prestando sus servicios para la demanda con sujeción al calendario escolar, salvo en el mes de julio, y ello no sólo en cuanto a la distribución del horario y jornada sino también en cuanto a las vacaciones y descansos, y el calendario laboral aprobado, no sólo no es coincidente con la distribución de horario, jornada y descansos con el calendario escolar sino que además viene a suponer la realización de unas 19 jornadas más de trabajo. Por tanto, la conclusión es que se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo pues le altera y transforma aspectos fundamentales de la relación laboral y materias sobre la que el trabajador ostenta un auténtico derecho subjetivo. Por ello al no haberse seguido los trámites del artículo 41 confirma la sentencia.

3. Esta sentencia reitera la doctrina científica, respecto al llamado “principio de respeto a la condición más beneficiosa adquirida por el trabajador (como) una de las varias manifestaciones de la relación que existe entre autonomía privada y regulación general de las condiciones laborales. El supuesto viene a concretarse en el disfrute por un trabajador, o varios, de determinadas condiciones, las cuales, con posterioridad, son reguladas con carácter general de forma menos favorable. La aplicación del principio, plenamente consolidado en nuestro ordenamiento laboral, implica el mantenimiento de aquellas condiciones anteriores, como derecho adquirido por el trabajador e incorporado a su relación de trabajo; condiciones que, se ha dicho, quedan inmunes frente al establecimiento de una normativa general sobrevenida. Numerosas decisiones jurisprudenciales han aclarado aspectos esenciales del principio. Ante todo, se ha subrayado que la condición más beneficiosa debe ser fruto de la voluntad deliberada de establecerla, ya sea de forma bilateral o unilateral. Aunque tal voluntad puede manifestarse tanto de forma expresa como de

manera tácita, la misma es exigencia indispensable para el reconocimiento de la incorporación de la ventaja o condición más beneficiosa al nexo contractual”. Y respecto al concepto de modificación sustancial el carácter ejemplificativo y no exhaustivo del artículo 41 ET y si a ello sumamos el concepto de sustancialidad en la modificación tal como se ha mencionado antes se llega a la conclusión de encontrarnos ante tal y, como quiera que no se siguieron los trámites del artículo 41 ET, es por lo que se confirma correctamente la sentencia de instancia.

B) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Calendarios confeccionados por la empresa

STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1716.

1. Por sentencia de conflicto colectivo en el año 2006 se declaró el derecho de los trabajadores a 20 minutos de descanso diario como de trabajo efectivo. En fecha 30 de octubre de 2007, la dirección de la empresa comunica al Comité de Empresa el calendario de reuniones para la elaboración de las planillas del año 2008. Por el Comité de empresa se llevó escrito de alegaciones respecto a los turnos facilitados manifestando entre otros aspectos que no se aceptan las planillas con exceso de jornadas. En fecha 28 de diciembre de 2007 se hace entrega al Comité de planillas de turnos de todo el personal para el año 2008, excepto fisioterapia. En fecha 10 de enero de 2008 se hace entrega de nuevas planillas modificadas por la dirección del hospital. En dichas planillas consta producido un recorte de tiempo de trabajo diario, entre otros a los telefonistas, auxiliar de farmacia y auxiliar de quirófano, lo que implica que presten servicios entre 11 y 30 días más al año que respecto al año anterior. Respecto a los auxiliares de planta, pasan a prestar menos días de trabajo en turno de noche, de tres o cuatro, a uno o dos, pasando a considerarse como día de descanso el día saliente, descansando entre 10 y 15 días menos al año.

2. La Sala de lo Social examina el recurso planteado por la demandada alegando diversas cuestiones; en primer lugar, la inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo, y respecto a ello, después de examinar una prolífica doctrina jurisprudencial, concluye la Sala que “el conflicto aquí planteado, siquiera presenta aspectos indudablemente individuales, es más, aunque tenga una clara y directa trascendencia en el contrato de cada empleado (el calendario es el elemento que sirve para determinar la jornada y el tiempo de trabajo), se ha presentado como meramente jurídico, ya que todo ha versado sobre el cumplimiento o no por parte de la recurrente de los requisitos exigidos en el artículo 41 para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En concreto, sobre su obligación a negociar de buena fe una solución satisfactoria para las partes implicadas. Aquí no es ni exigible justificar la concurrencia de un número suficiente de individuos, desde el momento en que lo que se altera son las planillas de todos los integrantes de la comercial, excepto fisioterapia”.

V. Dinámica de la Relación Laboral

La otra cuestión, esto es el fondo de la litis, la sustancialidad o no de la modificación operada; a pesar del concepto indeterminado que contiene el artículo 41 ET, por el elemento de la incidencia en los aspectos esenciales de la jornada laboral y no accidentales, entiende que “las alteraciones introducidas por la empleadora en las circunstancias y condiciones laborales del colectivo superan con creces el ámbito de dirección u organización empresarial (*ius variandi*) y, por lo tanto, concurre una modificación sustancial y no meramente accesorio. Ello implicaba la necesidad de seguirse el procedimiento marcado por el artículo 41 ET para proceder a las alteraciones colectivas, mas al haber sido ése incumplido (falta de negociación efectiva de buena fe) –circunstancia ésta que ni se ha llegado a dudar por la empresa recurrente”. Por tanto se confirma la declaración de dejar sin efectos los calendarios elaborados por la demandada.

3. La sentencia que se examina hace una reflexión sobre la diferencia entre conflicto colectivo y conflicto individual y a tal efecto insiste en las diferencias tal y como se recogen en la jurisprudencia, pero incide que a pesar de incidir directamente en cada contrato de cada afectado es jurídico por afectar a las formalidades del artículo 41 ET. Asimismo la segunda parte se refiere al debate sobre la sustancialidad o no sustancialidad de una medida y cuando por tal afecta a los elementos del artículo 41 ET o ejercicio del poder de dirección empresarial, artículo 39 y artículo 20 ET.

C) Conflicto colectivo. Adecuación de procedimiento. Desestimación caducidad. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Desestimación. Cumplimiento de lo acordado

STSJ de Cataluña de 23 de septiembre 2008, I.L. J 1754.

1. En los diversos Convenios Colectivos y acuerdos de los años 2005, 2006, 2007 se establecieron unas jornadas anuales. En el intento de acuerdo del año 2008 al no llegar al mismo con la parte social, la empresa remitió a cada uno de los trabajadores comunicación escrita con la exigibilidad de la jornada en los términos previstos en el último convenio colectivo y en la forma de cumplimiento del horario que cada uno hubo optado en su momento –trabajo efectivo en turno de 24 horas–, de tal modo que las 150 horas que hasta la fecha no eran de atención directa al usuario pasaban a ser de trabajo efectivo, sin perjuicio de considerar que 40 horas son para formación y que gozan de 2 días de libre disposición y, por tanto, debían realizar, en conclusión, 62 horas más de prestación de trabajo directo con usuarios, que no se venían realizando.

2. Asimismo se plantea en el presente conflicto la excepción de inadecuación de procedimiento al entender que no se está ante un conflicto colectivo sino un conflicto plural; la Sala de lo Social señala que “Existe un colectivo homogéneo, en los términos en que lo hemos descrito (trabajadores con jornada anual de 1.494 horas a cumplir en turnos de 24 horas), considerando la situación de la que venían y en la que pretenden seguir en lo relativo a su pretensión, relativa a la forma de cumplimiento de su respectiva jornada laboral, independientemente de cuales fueran otras características”, por ello manifiesta que se trata de un pronunciamiento de contenido de conflicto colectivo.

En lo que se refiere al fondo se trata de examinar si estamos ante una modificación sustancial o el ejercicio del poder de dirección empresarial, y por ello señala que “(...) la decisión empresarial de exigir el cumplimiento efectivo de 1.454 horas para la jornada anual no supone una modificación sustancial de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por cuanto, vencido el plazo acordado para la efectividad del último pacto (de 20 de marzo de 2007), esto es, llegado el año 2008, la empresa, ateniéndose al convenio colectivo, procede a exigir el cumplimiento de la jornada conforme y en la duración prevista en él”. No se trata de un derecho adquirido o condición más beneficiosa, pues en ésta se impone incorporar determinada ventaja o beneficio a favor de uno o varios trabajadores; y en el presente caso no hay actuación empresarial alguna que se haya manifestado en tal sentido puesto que ese derecho se sustentaba en el citado pacto de 2007, en el cual se establecía su propio límite temporal, el año 2007, y agotada tal anualidad la empresa ha procedido a exigir el cumplimiento del convenio. Y respecto a los días asignados para descanso y trabajo, no estamos ante ninguna modificación sustancial, sólo se ha variado el número de días a trabajar no cuáles sean los asignados. Por tanto concluye en la desestimación de la demanda.

3. La sentencia recoge correctamente el análisis de la diferencia entre conflicto colectivo plural y colectivo, y así llega a la conclusión del carácter colectivo de la modificación y por tal es correcto el ejercicio de la acción colectiva.

La otra cuestión referida al fondo es la sustancialidad o no de la decisión, lo que se ajusta a la adecuación del Convenio Colectivo ante la no consecución de acuerdo, y las alteraciones operadas respecto a las condiciones anteriores en nada suponen respeto a derechos reconocidos o condición más beneficiosa, concluyendo en que no es modificación sustancial sino ejercicio de poder de dirección y adecuación al Convenio Colectivo.

D) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Desestimación. Incumplimiento de los trámites del artículo 41 ET. Impugnación por el proceso ordinario no sujeto a plazo de caducidad. Falta de acreditación de las causas de la modificación. Contraria a derecho

STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de septiembre de 2008, I.L. J 1780.

1. El demandante, profesor de universidad privada, impugna a través del procedimiento ordinario la reducción de las asignaturas, en concreto pérdida de la docencia en una asignatura, como una minoración en el salario (1.508 a 911 euros).

2. La Sala analiza la cuestión de la forma para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo para así ser reconocible por el trabajador y poder aplicar el plazo de caducidad de los 20 días. En este supuesto no cumple las exigencias formales del artículo 41 ET, por ello el cauce aplicable no es el del artículo 138 LPL, siendo el del proceso ordinario y el plazo no es el de caducidad de los 20 días sino el general del artículo 59 ET.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Asimismo la empresa aduce que sigue tratándose de un contrato a tiempo parcial y que la empresa ha justificado esa necesidad de modificación de las condiciones de trabajo, cuando se notifique con 30 días de antelación, existiendo causa que justifique la medida. Pero lo cierto es que para la Sala, en virtud de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, ni se ha seguido la forma prevista en el artículo 41 ET, ni se acredita por la empresa la necesidad de la supresión de la asignatura cuando no consta la inexistencia de alumnos.

3. El debate que reitera esta sentencia es el de adecuación de la modalidad procesal del artículo 138 cuando la empresa acude al procedimiento del artículo 41 ET, si ello no se realiza en tal caso se debe acudir al proceso ordinario y el plazo para impugnarlo es de un año. Respecto a la modificación sustancial al alterar el contenido de la jornada con una reducción de ésta y una reducción del salario, ello claramente supone una modificación sustancial y al no efectuarse conforme las formalidades del artículo 41 ET y no probarse las razones económicas, organizativas o de producción no cabe la modificación pretendida y por tal la sentencia confirma la dictada por la instancia.

E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Tramitado proceso ordinario. Sentencia favorable. Incumplimiento. Ejecución: extinción de la relación laboral. El trabajador con sentencia favorable ha de tener las mismas opciones que si hubiera seguido procedimiento especial

STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2008, I.L. J 1782.

1. Los trabajadores ejecutantes tuvieron una sentencia a través de proceso ordinario, por cuanto la empresa no acudió a la forma prevista en el artículo 41 ET, en la que se declaró reponer a los trabajadores en sus condiciones de trabajo, lo que incumplió la empresa y por tal éstos instaron ejecución de sentencia declarando el Juzgado de instancia la extinción de los contratos de trabajo con las indemnizaciones previstas para el despido improcedente. Por tanto estamos ante la ejecución de una sentencia firme que ha recaído en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, por más que el cauce procesal seguido no haya sido el previsto en el artículo 138 LPL, debido a la actuación ilícita de la empresa que no respetó en su momento los requisitos formales previstos para la adopción de este tipo de decisiones.

2. Recurrido el auto por la empresa, la Sala da respuesta al planteamiento e insiste que nos encontramos ante un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, por más que no se hayan seguido los trámites del artículo 138 LPL por incumplimiento de la empresa de los requisitos formales, por ello, no puede la empresa pretender que los trabajadores hagan uso de las posibilidades legales previstas para tal precepto de haber seguido la forma contenida en el artículo 41 ET. “Admitir lo contrario, sería tanto como premiar a la empresa que ha infringido la legalidad vigente al no respetar las condiciones previstas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, permitiéndole obtener una ventaja de su propio incumplimiento”. Es irrelevante que se haya seguido una u otra modalidad procedimental, porque de lo que se trata es de establecer las consecuencias jurídicas que hayan de derivarse del hecho de que la empresa no proceda a reintegrar a los trabajadores a sus anteriores condiciones de trabajo. “Lo que el legislador ha querido es que

el trabajador en esta situación pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo, equiparándolo al supuesto de no readmisión o readmisión irregular del despido de los artículos 277 a 279 de la Ley de Procedimiento Laboral, para lo que lo fundamental es únicamente que la materia sobre la que verse el procedimiento sea una modificación sustancial del artículo 41”. Pero, además, y ante el alegato efectuado por la recurrente de no ser tan grave para justificar la extinción del contrato de trabajo, ello se rechaza al entender que los artículos 50.1.c) ET y 138.6 LPL tipifican *ex lege*, de manera automática, como incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario la negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, esto es, la negativa a dar cumplimiento a las consecuencias jurídicas que se derivan de la sentencia firme que ha dejado sin efecto tales modificaciones. Aquí la gravedad no viene determinada por la mayor o menor relevancia y afectación a de las condiciones de trabajo, sino de la negativa a cumplir lo dispuesto en la sentencia, que constituye “en sí mismo un incumplimiento empresarial especialmente grave y enormemente relevante, por cuanto se está con ello ignorando los efectos de una sentencia conseguida a su favor por el trabajador que se ha visto incluso obligado a litigar contra una previa decisión de la empresa que se ha considerado finalmente ilícita”. Por tanto, desestima el recurso.

3. La sentencia de la Sala, acertadamente, resuelve la posibilidad de ejecutar un incumplimiento de la empresa de reponer al trabajador en sus condiciones anteriores que fueron consideradas como modificación sustancial y tramitadas ante el incumplimiento por la empresa de la forma prevista en el artículo 41 ET, por el procedimiento ordinario, a través de los mecanismos del artículo 138.6 ET, y ello debe ser atendido pues, como resalta la sentencia, lo determinante es que se haya producido la modificación sustancial y ello haya sido declarado por la sentencia condenando al empresario a reponer en las condiciones anteriores, con lo que el incumplimiento permite acudir a las previsiones contenidas en tal precepto que son idénticas a las previstas en el artículo 50.1.c) ET. Por tanto ello se puede llevar a cabo a través del incidente de los artículos 277, 278 y 279 LPL.

F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cambio de puesto de trabajo. Los complementos salariales vinculados no tienen carácter consolidable salvo acuerdo en contra

STSJ de Asturias de 7 de noviembre 2008, I.L. J 1858.

1. El trabajador viene trabajando para una entidad bancaria, primero, como director de sucursal y después como director de empresas en dicha sucursal, donde percibía un complemento de puesto de trabajo. El trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal y durante ésta la empresa acordó traspasar el negocio que llevaba el trabajador a otra oficina. El trabajador se reincorporó a la prestación de servicios siendo acoplado al cargo de gestor comercial en otra sucursal, un mes antes se le había dejado de abonar el complemento. Reclamado esto por el trabajador la sentencia de instancia desestimó la pretensión.

2. La Sala, recogiendo la doctrina del STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2001 y analizando lo que es modificación sustancial de ejercicio del *ius variandi* al amparo de los artículos 5.c) y

V. Dinámica de la Relación Laboral

20.1 ET, señala que el acoplamiento en otra oficina como gestor comercial se enmarca dentro del legítimo ejercicio del poder empresarial y no vulnera precepto legal o convencional ni afecta a la dignidad o promoción profesional, tampoco se modifica la categoría profesional pues no existe como tal la de director de sucursal o de empresas y el propio artículo 7 del Convenio Colectivo de la Banca determina que tales puestos son de libre designación por parte de la empresa, sin perjuicio del mantenimiento del sueldo del nivel consolidado.

Respecto a las retribuciones recoge la doctrina jurisprudencial (STS de 7 de julio de 1999 que resume otras muchas): “(...) al interpretar el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores resolvieron que el cambio del puesto de trabajo por decisión empresarial supone la pérdida de los complementos de puesto de trabajo, salvo que ‘una garantía específica asegure su mantenimiento’ o ‘concurran reglas específicas más favorables que permitan sostener la tesis de una garantía que comprenda el mantenimiento de las retribuciones por puesto de trabajo en caso de movilidad funcional’. Esta doctrina se elaboró con la redacción del artículo 39 anterior a la redacción que le da la Ley 42/1994 y que expresaba ‘La movilidad funcional en el seno de la empresa se efectuará sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del trabajador (...)’. Es decir el texto legal contenía una garantía genérica de los ‘derechos económicos’ expresión que esta Sala interpretó, como se ha dicho, en el sentido de que no alcanzaba a los complementos del puesto de trabajo, y es que estos complementos no constituyen propiamente retribución salarial del trabajo ordinario sino retribuciones específicas vinculadas a circunstancias concretas e individualizadas”. Doctrina que entiende la Sala aplicable al supuesto, pues el complemento obedecía a las características del puesto que desempeñaba, siendo netamente funcional y no consolidable y es que el artículo 26.3 ET al determinar los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo destaca que no tienen carácter consolidable, a no ser que se hubiera acordado lo contrario. En su consecuencia la Sala confirma la sentencia de la instancia.

3. Dos aspectos examina la sentencia de la Sala de lo Social, el cambio de puesto, resaltando correctamente lo previsto en el Convenio Colectivo de la Banca en cuanto que los puestos del Grupo de Técnicos son de libre designación y por tal es facultad de la empresa la remoción de éstos, y el aspecto del complemento de puesto de trabajo, que, en este caso, al no ser propiamente retribución salarial del trabajo ordinario sino devenir por mor del puesto que ocupa, ello no es consolidable salvo que así se hubiere convenido, lo que no es el supuesto. Por consiguiente, la Sala reitera la doctrina autonómica como jurisprudencial sobre tales aspectos.

G) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cambio en el sistema retributivo. Cálculo de las comisiones o incentivos. Mayor nivel de esfuerzo para mantener el nivel de ingresos. Procedimiento ordinario al no seguirse los trámites del artículo 41 ET

STSJ de Valencia de 4 de noviembre de 2008, I.L. J 1903.

1. La trabajadora presta servicios en una empresa concesionaria de venta de automóviles con categorías de jefa de ventas y funciones de responsable de equipo comercial para la venta de coches nuevos y de ocasión. La trabajadora disponía para realizar su trabajo de

un teléfono móvil y un vehículo facilitados por la empresa, con tarjeta visa para el pago del combustible. Ésta percibía como parte de la remuneración unos incentivos en razón de las ventas que hasta diciembre de 2006 consistían en un porcentaje sobre el precio de la venta. La empresa a partir de enero de 2007 ha cambiado el sistema de pago de la parte variable del salario, dividiéndose entre un incentivo anual, trimestral y venta directa, éste consiste en cantidades fijas sobre la venta. La trabajadora desde el mes de junio de 2006 se encontraba en situación de incapacidad temporal y en el mes de agosto de 2006 la empresa la interesó la devolución de las llaves de la empresa y la visa. La sentencia de instancia en su fundamento jurídico contiene elementos de hecho que refieren “(...) el nuevo sistema de cálculo sustituye el devengo de comisiones en función del importe neto de las ventas por el de cálculo en función de las unidades vendidas; c) los nuevos criterios para el cálculo de los incentivos no ha supuesto una merma de sus retribuciones; d) el cambio afecta al modo en que debe trabajar la actora para mantener el mismo nivel de ingresos”. La sentencia de instancia declaró la nulidad del sistema de incentivos.

2. El primer debate que se plantea es la nulidad del procedimiento por inadecuación de procedimiento, pues la trabajadora ha acudido a los trámites del procedimiento ordinario y no a la modalidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 138 LPL), y a ello da respuesta la Sala reiterando la doctrina jurisprudencial (STS de 15 de marzo de 2005) destacando que “no se ha vulnerado el artículo 138 de la LPL toda vez que la modalidad procesal prevista en este precepto sólo debe tramitarse cuando se impugna una decisión empresarial de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo que se ha adoptado cumpliendo las exigencias de forma previstas en el artículo 41 del ET y, en consecuencia, puede ser reconocible e identificada como tal. En caso contrario, la acción habrá de seguir el cauce del proceso ordinario (...)”, y tampoco hay indefensión del recurrente, pues éste ha alegado y probado lo que ha estimado conveniente.

La cuestión sometida a decisión de la Sala es si el cambio del sistema de remuneración supone una modificación sustancial o ejercicio del *ius variandi* del empresario. Y la Sala entiende que la modificación del sistema de cálculo de los incentivos llevado a cabo por la empresa demandada sobrepasa los límites del *ius variandi*, ello al margen de que a la actora no la suponga un daño cuantitativo pero si la supone un mayor esfuerzo para mantener el nivel de ingresos, esto es, daño cualitativo. Y por tal confirma la sentencia de instancia.

3. Como se ha destacado dos son los problemas que en esta sentencia se analizan, proceso ordinario versus modalidad procesal y la Sala, recogiendo una reiterada doctrina jurisprudencial, señala que el proceso ordinario es el que debe seguirse cuando la empresa no acude al procedimiento del artículo 41 ET y por tal no es reconocible por el trabajador. Y la otra cuestión es la determinación y diferenciación entre lo que es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las que no son y por tal ejercicio del poder de dirección empresarial. Y la Sala acudiendo a los criterios jurisprudenciales en cuanto “diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta (a) el contexto convencional e individual, (b) la entidad del cambio, (c) el nivel de perjuicio o el sacrificio que

V. Dinámica de la Relación Laboral

la alteración supone para los trabajadores afectados”, valorando correctamente el aspecto cualitativo entiende que la decisión supone una modificación sustancial.

H) Extinción del contrato de trabajo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cambio de horario. Perjuicio. Disminución de retribuciones

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de noviembre de 2008, I.L. J 1950.

1. La trabajadora viene prestando servicios como teleoperadora, primero, con contrato temporal y, después, indefinido, en jornada nocturna de 0,00 a 8,00 horas. La empresa notificó al Comité de Empresa la apertura de período de consultas para proceder a la modificación del turno de trabajo por razones organizativas y productivas a los trabajadores del turno de noche de las plataformas, entre ellas de la trabajadora, llegándose a acuerdo con los representantes de la sección sindical de CCOO. El 23 de abril de 2008 la empresa comunica a la trabajadora que con fecha 24 de mayo de 2008 va a proceder a modificar su turno de trabajo por razones organizativas y productivas pasando a ser de 10:00 a 14:00 y de 16:00 a 20:00. Ésta remite escrito a la empresa alegando que la modificación le causa perjuicio porque le impide realizar otras actividades familiares y económicamente pierde 300 euros al mes y que opta por la extinción del contrato conforme al artículo 41.3 ET en fecha 24 de mayo de 2008 con la indemnización prevista en éste. La empresa se opone al entender que dicho perjuicio no es suficiente. Impugnada tal decisión el Juzgado de lo Social estima la pretensión.

2. Parte la Sala, como ya había dicho en su Sentencia de 7 de marzo de 2008, de que son tres los requisitos que establece el artículo 41.3 para que proceda la extinción del contrato de trabajo: “– Una modificación de las condiciones de trabajo relativas a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración u otras de las materias que a título de mero ejemplo determina el artículo 41.1 del ET . – Un perjuicio para el trabajador. – La existencia de un nexo causal entre la modificación y el perjuicio de modo que aquélla sea el factor productor de éste”. Lo discutido entre las partes es el perjuicio a la trabajadora. Asimismo destaca, conforme a la jurisprudencia –STS de 18 de julio de 1996–, primero, que no toda modificación sustancial de las condiciones laborales lleva un perjuicio para el trabajador; y, en segundo lugar, que no basta con la mera alegación por éste de la existencia del perjuicio, sino que es preciso que pruebe ante el Tribunal que el perjuicio existe real y objetivamente y que tiene, además, una cierta trascendencia. En el presente supuesto entiende la Sala que concurre tal alegado perjuicio, pues no sólo pierde algunos complementos, disminuyendo su retribución global hasta en un 15’42%, sino que además el cambio en el horario de trabajo la ocasiona lógicamente muchas disfunciones para realizar otras varias actividades de la vida diaria que hasta el momento en que se produjo la modificación horaria sí podía llevar a cabo normalmente. Por consiguiente, la Sala confirma la sentencia de instancia.

3. Como hemos destacado la Sala recoge la doctrina en cuanto a los requisitos para que proceda la extinción al amparo del artículo 41.3 ET, y analizando la Sala las vicisitudes del cambio en la prestación de servicios, pérdida retributiva por no trabajar en horario

nocturno y alteración de la jornada pasando a mañana y tarde, con consecuencias lógicas de alteración de la vida, determina que tal cambio supone un perjuicio a la trabajadora y por tal procede la extinción del contrato de trabajo con la indemnización legalmente prevista.

I) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Incumplimiento del artículo 41 ET. Impugnación proceso ordinario. Acción no sujeta a plazo de caducidad. Condición más beneficiosa. Incorporación al nexo causal. Derecho adquirido. La empresa no puede modificarla o extinguirla unilateralmente

STSJ de Cantabria de 29 de diciembre 2008, I.L. J 2040.

1. Los demandantes vienen prestando servicios para una empresa dedicada a automóviles con la categoría de viajantes vendedores de calle. En la empresa, los Comerciales de calle o sector –a diferencia de los Comerciales de exposición–, tenían derecho a la utilización de vehículo de empresa, lo que significaba la utilización de éstos de forma privativa: la empresa abonaba el seguro puesto a su nombre; los detentaban en horas fuera de trabajo, fines de semana o vacaciones y la empresa pagaba la gasolina y mantenimiento sin exigir ningún tipo de justificación, además la empresa iba periódicamente renovándolos. La empresa en razón a una reestructuración dispuso la supresión del coche para los Vendedores de calle, con efectos de 2 de enero de 2008. Impugnada tal decisión el Juzgado de lo Social considera estimatoria la pretensión de los demandantes.

2. La Sala examina diversas cuestiones y la primera de ellas es la correspondiente al proceso adecuado y reitera la doctrina jurisprudencial en el sentido que ‘la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL. Y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estarán sometidas a plazo de caducidad’.

Otro aspecto de la sentencia es si la utilización de los vehículos para usos privados es una condición más beneficiosa, y, recogiendo la doctrina jurisprudencial, llega a la conclusión de que se trata de una condición de tal naturaleza, pues tal se ha incorporado a su nexo contractual por el transcurso del tiempo (en alguno de los demandantes más de veinte años), por ello no está autorizada la empresa, por su propia voluntad, a restringirla o abolirla, y es que, “lo convierte en exigible y obligatorio, por revelar la consciente intención de asumir el cumplimiento de lo ofrecido, surgiendo así la vida del derecho un vínculo perfecto con la eficacia jurídica que le otorga el artículo 1091 CC, y en el que es principio básico en el derecho laboral, como tuitivo de los trabajadores, que cualesquiera condiciones más beneficiosas que las estrictamente exigibles, según la normativa apro-

V. Dinámica de la Relación Laboral

piada que las empresas otorguen o reconozcan de hecho, se incorporen al nexo de trabajo y han de ser las mismas respetadas como derecho adquirido en tanto subsista la relación contractual [STS de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982496)]”.

3. Como hemos destacado la sentencia reposa sobre dos puntos, la adecuación al procedimiento ordinario, pues la empresa no acudió, para la modificación de una condición que entendió la Sala, implícitamente, como de carácter sustancial, al procedimiento del artículo 41 ET. Y asimismo entiende correctamente que el uso privativo del vehículo puesto a disposición por la empresa es una condición más beneficiosa incorporada a sus condiciones laborales y por ello no está autorizada unilateralmente a suprimirlo.

J) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Existencia de dos etapas con relaciones laborales distintas, primero de artista y después común, con las obligaciones y derechos que ello conlleva

STSJ del Madrid de 3 de diciembre de 2008, I.L. J 2061.

1. La demandante viene prestando servicios para RTVE desde el año 1987, en virtud de contrato especial de artistas, si bien y en virtud del acuerdo de fecha 27 de julio de 2006 de la Comisión Mixta constituida por la Dirección y la Representación Legal de los trabajadores de RTVE para la integración en la Corporación RTVE de empleados no fijos y como consecuencia de los acuerdos posteriores que lo complementan, se dispuso aprobar la incorporación de la actora como personal fijo de plantilla en la empresa, con las condiciones laborales de informadora, nivel económico C3, antigüedad en la categoría y nivel económico 2007 y a efectos de trienios 1998. La demandante hizo constar no estar conforme con las condiciones. En octubre de 2007 instó demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo que fue estimada, reconociéndola un puesto y una actividad laboral efectiva propia de la categoría profesional de locutor-presentador o de redactor. La demandante tiene ejercitada otra pretensión sobre reconocimiento de antigüedad la cual se haya suspendida. En la presente litis pretende la existencia de una modificación sustancial de condiciones laborales y que se la reponga en sus condiciones salariales, en concreto existen unas diferencias salariales entre su prestación laboral con relación laboral especial de artista y la retribución como trabajadora común, lo que ha sido rechazado por el Juzgador de instancia.

2. La Sala, asimismo, rechaza que nos encontremos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo pues son dos etapas de la relación laboral: una primera, marcada por la contratación temporal consentida, con relación laboral de artista, etapa que finalizó; y una segunda, como trabajadora laboral común fija, en virtud de un contrato distinto y con las condiciones que de él se derivan. Si no está de acuerdo con éstas, podrá efectuar las impugnaciones que tenga por pertinentes, pero no insistir en la existencia de una modificación como si estuviésemos ante una única relación laboral porque no ha sido así.

3. Con criterio correcto la Sala, ante dos contratos de naturaleza distinta, contrato especial de artista y contrato común, no cabe entender una modificación sustancial,

pues las condiciones de uno no son trasladables al otro y ello al margen de ser interrumpidas.

K) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Reducción de 15 minutos al día de la jornada laboral. Desestimación

STSJ de Asturias de 12 de diciembre de 2008, I.L. J 2139.

1. El trabajador viene prestando servicios con la categoría profesional de Oficial de 3ª y en los dos últimos años ha venido desarrollando horario de 8 a 13 horas y de 14 a 17 horas. Al comienzo del presente año éste fue destinado al centro de trabajo existente en Sotroñdio. Para todos los trabajadores adscritos en dicho centro de trabajo y desde el comienzo del año en curso, la empresa comunicó verbalmente que el tiempo de trabajo efectivo diario es de siete horas con cuarenta y cinco minutos, quedando fijado el horario en dicho centro de 8 a 13 y de 14 a 16,45. Según el CC la jornada anual es de 1.736 horas, 228 días laborables. La sentencia de instancia desestimó la demanda al entender inexistente una modificación sustancial.

2. La Sala acude a la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de sustancialidad, “por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.1 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; (SSTS de 17 de julio de 1986, 3 de diciembre de 1987, 11 de noviembre de 1997 y 10 de octubre de 2005). Si la modificación impuesta no tiene importancia cualitativa, o no altera con alguna intensidad aspectos de la relación laboral, la mera circunstancia de afectar a una de las materias contempladas en el artículo 41.1 ET resulta insuficiente para catalogarla como sustancial”. Y continúa la Sala que “La reducción de 15 minutos en el horario del actor, que adelanta la finalización del trabajo por la tarde, no modifica sustancialmente esa condición laboral, ya que ni le grava la prestación de servicios, ni tiene entidad para ocasionarle una alteración en su desarrollo”. El interés del trabajador en mantener la situación previa obedece a que, rebasando con la jornada efectiva anterior la prevista en el convenio colectivo, tenía derecho a descanso compensatorio, de acuerdo con la normativa convencional. Pero, lo único establecido en la norma colectiva es el disfrute del derecho compensatorio si efectivamente se producen los excesos sobre la jornada anual, mas no reconoce al trabajador el derecho a trabajar ese tiempo de más para así generar el descanso compensatorio.

3. La Sala aplica la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de sustancialidad y llega con recto criterio a que la reducción de 15 minutos en la jornada no supone tal carácter de sustancial. Asimismo las razones esgrimidas por el trabajador, sobre el descanso compensatorio por exceso de jornada, no tienen respaldo convencional pues sólo opera cuando

V. Dinámica de la Relación Laboral

efectivamente se generen, lo que no es el caso por haber sido suprimido ese exceso a través de la minoración de 15 minutos.

6. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria. Imposibilidad de reingreso. Empresa cerrada

STS de Cataluña de 2 de octubre de 2008, I.L. J 1828.

En el supuesto objeto de enjuiciamiento, la actora solicitó la excedencia voluntaria en el mes de julio de 2002, que se ha venido prorrogando hasta que solicita mediante burofax su reincorporación en el mes de julio de 2007, y al no obtener respuesta se persona en la empresa y encuentra cerradas sus dependencias el 17 de agosto de 2007, dándose la circunstancia de que la sociedad ya había sido declarada en situación de concurso en fecha 14 de marzo de 2006, acordándose la liquidación y disolución de la sociedad por Auto del Juzgado Mercantil de 11 de diciembre de 2006.

Según la sentencia a partir de ese momento no es que dejara ya sólo de existir un puesto de trabajo vacante de categoría profesional adecuada para la reincorporación de la actora, sino que desaparecieron todos los puestos de trabajo en la empresa tras su disolución.

Consecuentemente, si la empresa no está obligada a reservar un puesto de trabajo vacante al trabajador en excedencia voluntaria; si el puesto que ocupaba ese trabajador antes de la excedencia puede ser amortizado mediante su desaparición del organigrama de la empresa, es obvio que ningún derecho a reingreso puede tener el excedente voluntario que solicita la reincorporación tras haber sido declarada judicialmente la liquidación y disolución de la empresa, con la consiguiente desaparición de los puestos de trabajo existentes en ella. En conclusión, no es exigible a la empresa la inclusión del trabajador que se encuentra en excedencia voluntaria en un eventual expediente de regulación de empleo o en las extinciones individuales, acuerdos u otros mecanismos legales que lleven finalmente al cierre de una empresa en proceso de liquidación y disolución judicial, toda vez que no tiene derecho a reserva del puesto de trabajo y esto permite que el puesto de trabajo que ocupaba antes de la excedencia pueda ser amortizado o simplemente suprimido sin mayores exigencias formales.

B) Excedencia voluntaria. Ausencia de reingreso. Derecho a percibir la indemnización pactada en despido colectivo

STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2008, I.L. J 1834.

La sentencia reitera el criterio sustentado por las SSTS de 19 de enero de 2007 y 29 de noviembre de 2006, que, en un supuesto análogo al de estos autos, declararon que a un trabajador en excedencia voluntaria no le corresponde la indemnización pactada en un despido colectivo, porque la finalidad de ésta es la compensación por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo, y de los medios de vida que su desempeño le pro-

porciona, daño que se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe, o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador sólo es titular de un derecho “expectante” de reingreso.

C) Excedencia por cuidado de hijo: Cómputo de antigüedad a efectos de despido

STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2008, I.L. J 1803.

La empresa demandada formula recurso por aplicación indebida del artículo 46.3 del ET, discrepando de la indemnización fijada en el fallo de la resolución de instancia que computa el período de excedencia por cuidado de hijo como tiempo de servicios.

La sentencia cita como fundamento de su decisión la STS de 28 de junio de 2002, cuando establece que “Desde esta perspectiva, la norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad. No cabe entender que la norma estatutaria admita que ese reconocimiento de antigüedad lo sea a los solos efectos de acumulación del tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores, al no contener distinción alguna, y no producirlos en otros ínsitos en el propio concepto como es el ‘premio de antigüedad’”.

Independientemente de la cita jurisprudencial, la resolución comentada considera que “esa interpretación se compagina perfectamente con lo que es la voluntad del legislador a que antes se ha hecho mención, el llevar a cabo esta regulación con la intención de facilitar todo lo posible la conciliación de la vida familiar con el trabajo, tratando de eliminar cualquier distanciamiento entre la situación de trabajador en activo y de aquel que disfruta de la excedencia para el cuidado de un hijo. Cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que, durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos, como el que aquí se discute, lo que en definitiva supone un alejamiento entre la norma y el cumplimiento de su verdadero fin”.

D) Excedencia por cuidado de familiar. Hija de 5 años

STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2008, I.L. J 1880.

La parte actora solicitaba en la demanda rectora de las actuaciones el derecho a la excedencia para cuidado de un familiar, en este caso una hija de 5 años, que no puede valerse por sí misma.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Frente a la sentencia desestimatoria, se formaliza recurso de suplicación, por infracción del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, del artículo 3 del Código Civil y de las Directivas del Consejo 92/85 y 96/34, por entender que “una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo. También avala esta interpretación la propia Directiva 96/34/CE cuando prevé la concesión de un permiso parental para ocuparse del cuidado de hijos de ‘hasta ocho años’ (cláusula 2.1)”.

La sentencia empieza por citar la normativa aplicable al caso. Así el artículo 57.4 del Convenio Colectivo, relativo a la excedencia por cuidado de familiares, establece:

“Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida. La concesión de esta excedencia y sus efectos se hará extensiva al cuidado del cónyuge o conviviente debidamente acreditado.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante este período tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de quince meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de dieciocho meses si se trata de categoría especial.

La excedencia contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres.

No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección gerencial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

La excedencia por cuidado de familiar concedida a los trabajadores con contrato temporal en el Ente Público (...) finalizará si cesara la causa que motivó el contrato de trabajo.”

Por su parte, el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, en la nueva redacción dada por la Disposición Adicional Undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo,

para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 71/2007, de 23 de marzo), establece:

“Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.”

Partiendo de la citada normativa la sentencia considera que tanto el legislador como los firmantes del Convenio Colectivo de aplicación quisieron distinguir entre una y otra clase de excedencia y marcaron el límite temporal para la excedencia por cuidado de hijos en tres años, y si bien tal lapso temporal puede mostrarse insuficiente en aras a conciliar la vida laboral y familiar, la implantación de otro superior no puede obtenerse en vía judicial.

En conclusión, debe entenderse que los sujetos causantes de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón

V. Dinámica de la Relación Laboral

de accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, lo que aquí no acontecía en el caso enjuiciado

E) Excedencia voluntaria: Incumplimiento de la obligación de readmitir. Indemnización de daños y perjuicios. Naturaleza y cálculo

STSJ de Cantabria de 25 de noviembre de 2008, I.L. J 1912.

La sentencia aborda la cuestión referente al abono de la indemnización de los daños y perjuicios causados por la decisión empresarial de impedir la reincorporación de un trabajador desde la situación de excedencia voluntaria.

Respecto de la naturaleza de dicha obligación, la sentencia afirma que “Ninguna duda cabe de que dicha obligación dineraria tiene una naturaleza indemnizatoria y no salarial, toda vez que no satisface una prestación de servicios, sino el incumplimiento por parte del empresario de su obligación de readmitir, tan pronto le sea posible, al trabajador excedente voluntario –artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores– o que por cualquier otra causa tuviera derecho al reingreso.”

La sentencia cita la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencias de 21 de enero de 1997 (RJ 1997, 623) y 22 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3231), que ha reconocido el carácter indemnizatorio de dicha obligación pecuniaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 1101 del Código Civil, al señalar que conforme a dichos artículos queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, efectivamente causados y debidamente acreditados, el empresario que incurriera en mora en orden al cumplimiento de la obligación que tuviera de proceder al reingreso del trabajador excedente voluntario, titular del correlativo derecho, que dedujera petición al respecto; indemnización que, como establece la misma jurisprudencia, debe ser cifrada –normalmente y salvo la demostración de hechos impeditivos–, en el importe de los salarios que se hubieran devengado, de haber sido atendida oportunamente la referida petición.

No obstante esta doctrina general, en el caso enjuiciado, desde la fecha de conclusión de la excedencia hasta la reincorporación, el actor había prestado servicios para dos empresas, por lo que en dicho período no existió perjuicio durante este período determinado, por lo que debe excluirse del cómputo indemnizatorio.

F) Excedencia voluntaria: Despido. Derecho al percibo de salarios de tramitación

STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2008, I.L. J 2025.

El recurso se interpuso frente a un auto dictado en ejecución de sentencia en el que declaraba no haber lugar a los salarios de tramitación reclamados, ya que la parte solicitante, la actora, se encontraba en excedencia voluntaria, y la sentencia dictada declaraba que debía

volver a dicha situación, aclarando que si no se trabaja no se podría condenar al pago de salarios.

El objeto principal del recurso es determinar el deber o no de la empresa condenada de abonar salarios de tramitación a la recurrente desde la fecha en que se produjo el despido hasta la fecha en que se tuvo a la trabajadora por reincorporada a su puesto de trabajo.

La sentencia procede a confirmar la resolución recurrida declarando la inexistencia del derecho a la percepción de dichos salarios, tras realizar un recorrido por la naturaleza jurídica y los efectos de la excedencia voluntaria.

G) Excedencia voluntaria. Reingreso denegado por superación de plazo. Inaplicación de convenio colectivo posterior

STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 5 de diciembre de 2008, I.L. J 2127.

En el supuesto analizado, el actor solicitó excedencia voluntaria por un año que le fue reconocida por Resolución de 5 de diciembre de 2001, pasando a dicha situación el 10 de diciembre, haciéndosele saber que en caso de que no solicitara el reingreso pasaría a excedencia voluntaria por interés particular, por el plazo máximo de dos años prorrogable previa solicitud.

En enero de 2006 se publicó un nuevo Convenio Colectivo en cuyo artículo 28 se establece:

“a) Por interés particular:

(...) La duración de esta situación no podrá ser inferior a un año ni superior a diez y el derecho a esta situación sólo podrá ser ejercido otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido tres años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.”

Con fecha 30 de octubre de 2006, el actor solicita que se amplíe su excedencia a diez años, en virtud de lo establecido en ese nuevo convenio, siéndole denegado al entender el Consorcio que ello no era posible al ser una situación creada con anterioridad al mismo. El actor solicita la reincorporación y se le deniega por haber transcurrido el plazo para ésta.

Según la sentencia, la norma que estipula la excedencia en el Convenio Colectivo no puede serle aplicada al actor por cuanto su situación se generó antes de la publicación de éste, no pudiendo tener efectos retroactivos la misma, por así indicarlo el artículo 2 del Código Civil, al preceptuar que “las leyes no tienen efectos retroactivos, a no ser que la propia norma lo establezca”. De ello se deduce que el Convenio Colectivo prevé esa situación o sistemas de excedencias para situaciones futuras pero nunca para las anteriores.

V. Dinámica de la Relación Laboral

En conclusión, “A la vista de ello, si la excedencia le fue concedida por un año en principio y, luego, al no haber reingresado pasaba a excedencia voluntaria por interés particular por dos años, el plazo para haber reingresado se cumplía el 10 de diciembre de 2004, por lo que al no haberlo hecho, razón tiene la parte demandada en desestimar dicho reingreso. Pero es que, a mayor abundamiento, en la Resolución de 5 de diciembre de 2001, se le indica que el plazo de dos años era prorrogable previa solicitud, cosa que no hizo, sin que en ningún momento la Resolución de 12 de diciembre de 2006, por la que se le denegaba la ampliación de excedencia por diez años, suponga un reconocimiento de una prórroga por cinco años, puesto que esa resolución era una contestación ante una petición concreta de ampliación a los diez años.

H) Excedencia voluntaria: reingreso. Grupo profesional

STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2008, I.L. J 2091.

Se plantea por una trabajadora la existencia de vacante que posibilita su reingreso, dado que se acredita la contratación de 11 puestos de administrativos que ha cubierto la empresa y el puesto de secretaria de dirección que cubría la actora.

Según la sentencia, una de las exigencias legales para que el derecho del trabajador excedente se haga efectivo es que exista vacante de igual o similar categoría en la empresa, lo que debe entenderse como vacante para un trabajo similar en puestos de trabajo que pertenecen al mismo grupo profesional. Ello viene corroborado por la propia dicción del número 3 del artículo 22 del ET, conforme al cual se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.

Como en el presente caso, además, la aptitud profesional y la titulación no varía para el puesto de secretaria de dirección o de administrativo sino que es la misma, estando el contenido general de la prestación directamente relacionado con el desempeño de tareas administrativas, no existe razón alguna para alegar la inexistencia de vacante como pretende la empresa.

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, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, números 13 a 16 del año 2008.

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

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

intensidad— en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

Las SSTSJ de Asturias de 5 y 12 de diciembre de 2008, I.L. J 2135 y 2111 (recursos 1623/2008 y 2176/2008) desestiman, respectivamente, la existencia de sendos despidos, al estimar la extinción de los dos contratos de trabajo por realización de las obras o servicios determinados.

Asimismo, la STS de 22 de diciembre de 2008, I.L. J 1732 (recurso de casación para la unificación de doctrina 294/2008) niega la existencia de dimisión de un trabajador ante la falta de abono de salarios durante un largo período. La Sala argumenta que el incumplimiento es de tal gravedad como para extinguir la relación laboral.

Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque “La evolución de la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa descrita en la letra b) del número primero del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no ha sido siempre uniforme, como se evidencia en una primera fase de la lectura de alguna Sentencia como la de 7 de abril de 1987, con cita de la doctrina anterior contenida en las Sentencias de 26 de marzo, 24 de abril y 30 de noviembre de 1985, así como en las de 5 de mayo, 3 de noviembre y 4 de diciembre de 1986, en la que se afirma que en ‘la aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores deben ser valoradas las circunstancias concurrentes, por lo que ha de examinarse, al igual que en el supuesto de despido del trabajador, si existe incumplimiento contractual grave y culpable’, añadiendo que la norma del artículo 50.1.b) no es susceptible de aplicación extensiva, pues los retrasos en el abono de la remuneración del trabajador, han de merecer como presupuesto o condición esencial la conceptualización de gravedad y trascendencia continuadas, y que el retraso en el pago de los salarios han de ser motivados por culpa del empresario, pues si ‘no concurre alguna de estas circunstancias, no se produce el incumplimiento grave y culpable requerido para que se pueda dar lugar a la resolución de la relación laboral por voluntad o a instancia del trabajador’. Por su parte, la Sentencia de 24 de octubre de 1988 pondera a efectos del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores la situación económica cuando señala que ‘la conducta de la cooperativa no ha respondido a una voluntad deliberada de incumplir sus obligaciones, sino que ha venido impuesta por su adversa situación económica’, por lo que no es lícita la posición de privilegio y de insolidaridad adoptada por el actor en perjuicio de los demás socios cooperativistas y en consecuencia carece del derecho de solicitar la resolución del contrato mediante indemnización al am-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

paro del artículo 50 del Estatuto. De ahí se concluye que ‘es indiferente dentro del artículo 50 que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial’. Este criterio ha sido reiterado en las Sentencias posteriores de 29 de diciembre de 1994 (recurso 1169/1994), 25 de noviembre de 1995 (recurso 756/1995) –aunque en este caso el retraso de tres meses no tenía gravedad y continuidad suficientes para la extinción–, 28 de septiembre de 1998 (recurso 930/1998) y 25 de enero de 1999 (recurso 4275/1997), especificándose en esta última que para determinar tal ‘gravedad’ del incumplimiento ‘debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex artículos 4.2.f) y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)’. La Sentencia de 5 de abril de 2001 señala incluso que ni siquiera la iniciación por la empresa de un expediente de regulación de empleo es susceptible de enervar la acción resolutoria fundada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, argumentado que ninguna previsión existe en este sentido en nuestro ordenamiento y que confiere esta acción sin ninguna limitación”.

La **STSJ de Granada de 8 de octubre de 2008** (recurso 2039/2008) I.L. J 1789, y la **STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008** (recurso 4195/2008) I.L. J 1825, razonan cómo para que pueda considerarse existente la dimisión de los trabajadores es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato, y declara su inexistencia en el supuesto de abandono de los dos trabajadores, consistente en una conducta de omisión de acudir al puesto de trabajo durante varios días consecutivos, habiendo sido debidamente comunicado a la empresa.

Justifican el fallo en que

“la inexistencia más o menos prolongada no es algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión, sino que, y éste sería el resultado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante que el empleado desea terminar el contrato. Es evidente que en el presente supuesto en que las mismas se basan precisamente en la afirmación, aceptada por la sentencia de la instancia, de un despido previo, no pueden ser expresivas de un abandono unilateral del trabajador (...) dado que la situación de suspensión procede de una situación legal de obligado cumplimiento para el trabajador”.

En sentido análogo, la **STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2008** (recurso 5555/2008) I.L. J 1821, niega la existencia de despido ante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Para que ésta opere como causa de extinción del contrato es necesario, que cause perjuicios al trabajador, inexistiendo presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados.

Razona la Sala:

“En el caso que nos ocupa, lo que resulta probado del firme relato fáctico de la sentencia recurrida es que la empresa desde octubre de 2002, por una parte, trató de introducir

cambios en las condiciones de trabajo de los vendedores de vehículos, entre los que se encontraban los demandantes y, por otra, que a dichos trabajadores les recriminaba su forma de actuar con expresiones amenazantes, insultos y descalificaciones. De esas dos circunstancias, ninguna supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que permitía la extinción del contrato de trabajo según el artículo 50 del ET.”

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 Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 5 de diciembre de 2008** (recurso 685/2008) I.L. J 2127, desestima la demanda de despido, al abordar la situación de un trabajador, que cesa debido a la cobertura de la plaza que venía ocupando, al solicitar su reincorporación una vez transcurrido el plazo máximo de excedencia por asuntos particulares.

Según la Sala:

“No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los internos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.”

En sentido análogo, la **STSJ de Murcia de 9 de diciembre de 2008** (recurso 948/2008) I.L. J 2096, estima la inexistencia de despido de un trabajador fijo discontinuo, ante el cese voluntario del trabajador por disminución de la actividad.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

A la cuarta de las causas motivadoras de un despido disciplinario, consistente en la transgresión de la buena fe contractual [artículo 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Valencia de 7 de octubre de 2008** (recurso 2531/2008) I.L. J 1740, que confirma la improcedencia del despido de un trabajador. La Sala, respecto a la transgresión de la buena fe contractual, reafirma su improcedencia dada la falta de intención defraudatoria del trabajador afectado:

“Viene insistiendo la doctrina jurisprudencial (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1984, 18 y 28 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio,

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

11 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 15 de octubre de 1990 que en aquellas cuestiones situadas en el área de disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de las cosas no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elemento han de alzarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones contractuales o con ocasión de aquéllas. De igual forma, el Tribunal Supremo interpretando el artículo 54 del ET ha precisado que es necesario quede evidenciado que se trate de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en derecho laboral obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas del despido si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos impugnados, si bien son merecedores de sanción no lo son de la más grave, como es el despido. Respecto del apartado d) en su número 2, que tipifica como justa causa del despido la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: que el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajadores es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y que la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (...) la jurisprudencia requiere –como hemos visto– para que el trabajador sea despedido por transgresión de la buena fe contractual, que haya actuado de un modo consciente y doloso, excluyéndose de esta causa la imprudencia. Se afirma así que el trabajador debe actuar en conciencia de que su conducta vulnera el deber de fidelidad para con la empresa, por lo que exige que la conducta sancionable con despido sea calificable de dolosa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 28 de junio de 1985 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de junio de 1992).”

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 STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2008 (recurso 945/2008) I.L. J 2114, falla la improcedencia de una extinción contractual individual, argumentando que ésta es incompatible con una extinción colectiva (ERE).

La Sala en su FJ razona:

“En el supuesto enjuiciado, partiendo de la certeza jurídica del relato fáctico de instancia y de la fundamentación jurídica la de confección con igual valor, acreditado que el cierre de una sección de la empresa que era deficitaria, contribuye a asegurar los puestos de trabajo

del resto de empleados de la empresa, como señala el juzgador *a quo*, que parte de la doctrina jurisprudencial según la cual no es necesario valorar la situación global de la empresa o del grupo empresarial sino que es suficiente que la medida afecta a una sola mitad productiva o sección de la empresa; ha de estimarse que concurre la causa organizativa invocada, y en consecuencia declara la procedencia del despido de las demandantes.”

Asimismo, las **SSTSJ de Cantabria de 6, 24 y 27 de octubre de 2008** (recursos 841/2008, 861/2008 y 801/2008) I.L. J 1680, 1681 y 1682, respectivamente, declaran la improcedencia de las extinciones contractuales laborales por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello, las Salas razonan que los empleados no fueron contratados para la actividad que fue suprimida, ni se dedicaban a ella, sino que realizaban tareas ordinarias que continúan desarrollándose y sin que en esa actividad exista necesidad alguna de amortizar puestos de trabajo.

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de noviembre de 2008** (recurso 2265/2008) I.L. J 1922, falla la procedencia de la extinción contractual de cinco trabajadores, argumentando que, dado el número de trabajadores afectados, no es necesario seguir el procedimiento previsto en el artículo 51 del ET.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de diciembre de 2008** (recurso 1037/2008) I.L. J 2107, tres **SSTSJ de Extremadura, dos de 18 de noviembre y una de 4 de diciembre de 2008** (recursos 427/2008, 484/2008 y 465/2008) I.L. J 1934, 1982 y 2161, y la **STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2008** (recurso 5805/2008) I.L. J 2017, revocan las sentencias de instancia, que declararon la improcedencia de la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores demandantes basadas en la disminución importante de la jornada por absentismo laboral que impide el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, las Salas razonan:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...). De modo que, como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (...) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...). Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante.”

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de distintos despidos disciplinarios fundados en ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [artículo 54.1.c) ET], entre ellas;

– La STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2008 (recurso 5872/2008) I.L. J 1869, declara la procedencia del despido de una trabajadora que realiza un acto prohibido, haciendo un corte de mangas a compañeros de trabajo. Para la Sala es un hecho probado la conducta llevada a cabo por el trabajador suficiente, por su gravedad, para motivar el despido.

– La STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008 (recurso 3718/2008) I.L. J 1927, falla la procedencia del despido efectuado a un trabajador basado en su conducta insultante y amenazante, tanto a compañeros de trabajo, como al gerente de la empresa.

– La STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2008 (recurso 5624/2008) I.L. J 1941, determina la procedencia del despido de un trabajador por agresión física a la gerente de la empresa.

– La STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2008 (recurso 4428/2008) I.L. J 1939, resuelve la procedencia del despido efectuado a un trabajador por insultos y amenazas a un superior jerárquico.

– La STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2008 (recurso 6024/2008) I.L. J 2096, confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador que, de forma reiterada, desobedece las órdenes empresariales sobre el trabajo a realizar. Para la Sala el hecho probado, la conducta llevada a cabo por el trabajador, alegado en la carta de despido, es suficiente por su gravedad para motivar el despido.

– En el mismo sentido, la STSJ de Asturias de 12 de diciembre de 2008 (recurso 1614/2008) I.L. J 2108, al declarar la procedencia del despido efectuado a un trabajador, basado en el incumplimiento de órdenes empresariales, analiza las exigencias de culpabilidad y gravedad, aplicando para ello la teoría gradualista, necesarias para motivar el despido.

– Asimismo, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 2 de octubre de 2008 (recurso 523/2008) I.L. J 1670, califica el despido procedente en un supuesto de injurias y amenazas a trabajadores superiores jerárquicos, por la incidencia negativa que supone para la imagen de la empresa.

Para las Salas:

“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”.

Igualmente, son varias las Sentencias que fallan la procedencia de los despidos de varios trabajadores basados en la sustracción de material de trabajo de las empresas. Así, la **STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008** (recurso 1488/2008) I.L. J 1857, y las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 y 26 de noviembre de 2008** (recursos 1356/2008 y 1449/20080) I.L. J 1970 y 1951, resuelven la procedencia de los despidos efectuados, al margen de su mayor o menor valor económico. Las Salas motivan los despidos por la gravedad del acto realizado.

La **STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2008** (recurso 5284/2008) I.L. J 1817, aprecia, asimismo, la existencia de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador de un grupo de empresas. Para la Sala “el cargo de quien acciona le obliga a desplegar un grado de diligencia y de atención muy superior al de quienes quedan a él subordinados, respecto de los cuales ha de poner un exquisito cuidado, a fin de contrastar, al menos cada cierto tiempo, que despliegan esa lealtad que con mayor razón es exigible al inmediato colaborador”.

De otro lado, la **STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2008** (recurso 5261/2008) I.L. J 1823, y la **STSJ de Valencia de 9 de septiembre de 2008** (recurso 2192/2008) I.L. J 1783, fallan la procedencia de los despidos disciplinarios de dos trabajadores, basados, también, en la transgresión de la buena fe contractual, aportando, sendas sentencias, las pautas a seguir en su valoración.

Para las Salas:

“Existe un quebrantamiento de la confianza, apreciable sin necesidad de que se produzca una reiteración de la conducta infractora y con independencia de la cuantía de la cantidad extraída, ya que la esencia de la transgresión de la buena fe contractual no radica en la causación de un daño evaluable económicamente, sino en la vulneración de la lealtad debida, de la buena fe recíprocamente exigible en cualquier relación contractual y significadamente en la laboral.”

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Extremadura de 2 de diciembre de 2008** (recurso 492/2008) I.L. J 2070, y la **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008** (recurso 4562/2008) I.L. J 1959, estiman la improcedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, en sendos supuestos de

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

competencia desleal. Las Salas argumentan, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que las faltas cometidas no están revestidas de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutivas de despido.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección.”

Asimismo, las **SSTS de 22 de diciembre de 2008, Sala Cuarta** (recursos de casación para la unificación de doctrina 856/2007 y 3460/2006) I.L. J 1767 y 1812, y la **STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2008** (recurso 3409/2008) I.L. J 1658, fallan la improcedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, por haber superado el límite máximo de edad para trabajar establecido en convenio colectivo, aduciendo la falta de adopción por la empresa de medidas de mantenimiento o mejora del empleo.

Razonan los Tribunales: “La Doctrina –inicial– de la STC 22/1981 que fue seguida por la jurisprudencia social, al sostener la validez de la jubilación pactada en Convenio cuando la misma se estableciese con la finalidad de promover una política de empleo y de mitigar en lo posible una situación de paro (así se expresan las SSTS de 28 de marzo de 1983; 11 de mayo de 1983; 30 de mayo de 1983; 11 de julio de 1985; 11 de julio de 1985; 12 de julio de 1985; 2 de junio de 1986, y 9 de diciembre de 1986]; siquiera con posterioridad se hubiese impuesto el criterio rectificador de la STC 58/1985, afirmando el TS que ‘no resulta obligado que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados’ y ‘que es constitucional el pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación del Sistema de la Seguridad Social’ (así, las SSTS de 27 de octubre de 1987; 27 de octubre de 1987; 18 de diciembre de 1989, y 27 de diciembre de 1993 –recurso para unificación de doctrina 4180/1992–). 3. Algunos años más tarde la inicial formulación constitucional se incorporó al Texto Refundido del ET (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), con una Disposición Adicional Décima por cuya virtud se habilitaba expresamente al Gobierno y a la negociación colectiva para incorporar edades de jubilación forzosa, pero como medida de fomento del empleo; con lo que –es claro– se descartaba de forma definitiva la fijación de una jubilación forzosa de alcance general, pero a la par se ofrecía a la negociación colectiva –también al Gobierno– un instrumento para minorar el desempleo padecido en algunos sectores de producción. Y en la interpretación del precepto, la doctrina constitucional indica que ‘las precondiciones que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, con arreglo a nuestra doctrina (SSTC 22/1981, de 2 de julio y 58/1995, de 30 de abril), las siguientes: 1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si (...) procede la percepción de pensión de jubilación. (...) 2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún

caso, una amortización de puestos de trabajo' (SSTC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6º; y 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3º). Y que 'la confluencia de un compromiso en el convenio que favorece la estabilidad en el empleo (...) durante toda su vigencia, y la constatación de que la empresa, en la aplicación de la cláusula de jubilación obligatoria, ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador, permiten apreciar la existencia de una justificación de la medida convencional y de un fundamento legítimo de la decisión empresarial, ligados a políticas de empleo' (STC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6º; en términos parecidos, la 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3º)".

En sentido análogo, las **SSTSJ de Madrid de 10 de septiembre y 21 de octubre de 2008** (recursos 3351/2008 y 3288/2008) I.L. J 1737 y 1800, y la **STSJ de Extremadura de 3 de julio de 2008** (recurso 145/2008) I.L. J 1666, al fallar la improcedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores, cuya actuación indisciplinada no afecta a la confianza de los clientes de la empresa, analizan el requisito de gravedad contenido en el artículo 54.2 ET. Las Salas determinan que la actuación de los trabajadores no está revestida de la gravedad suficiente contenida en el artículo 54.2.b) del ET como para ser merecedora un despido disciplinario, basado en la indisciplinada o desobediencia en el trabajo.

Asimismo, la **STSJ de Valencia de 9 de diciembre de 2008** (recurso 3486/2008) I.L. J 2084, desestima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador cuya conducta, basada en la desobediencia de órdenes empresariales, carece de la gravedad suficiente para ser sancionados con el despido:

Según la Sala:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.2 del ET, las infracciones a que se refiere dicho precepto deben, en todo caso, alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, para constituirse en causa de despido. El motivo debe prosperar, y con ello el recurso, dado que la conducta que se imputa al actor, tal y como resulta acreditada en el hecho probado tercero de la Sentencia de instancia, no tiene la entidad y gravedad suficiente para constituir una falta muy grave sancionable con el despido, por cuanto las expresiones proferidas y la aptitud observada en todo momento, no pueden ser tipificadas ni de insultos o amenazas y mucho menos de coacciones o agresiones, tal como se contempla en el artículo 54.2.c) del ET."

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STSJ de Castilla y León de 11 de junio 2008** (recurso 246/2008) I.L. J 1650, la **STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2008** (recurso 2006/2008) I.L. J 1690, y la **STSJ de Madrid de 29 de noviembre de 2008** (recurso 4198/2008) I.L. J 1885, haciéndose

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

eco de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, en recientes sentencias, determinan la nulidad objetiva y directa de los despidos efectuados a sendas trabajadoras embarazadas, a pesar de que su estado de gestación era desconocido por la empresa.

Las Salas fundamentan el fallo en los siguientes términos:

“La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa a la interpretación que deba darse al artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y en particular se trata de determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario. (...) Finalmente y como argumento de refuerzo, se alude a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento. Sentencias dictadas en Sala General de 19 de julio de 2006 (recursos 387/2005 y 1452/2005), reiteradas por la de 24 de julio de 2007 (recurso 2520/2006). Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en Sentencia de 17 de octubre de 2008 (recurso 1957/2007), en la cual se señala: ‘Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en Sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales que se haga por dicho Tribunal’.”

De otro lado, las **SSTSJ de Galicia de 10 y 15 de octubre de 2008** (recursos 2930/2008 y 3738/2008) I.L. J 1679 y 1633, respectivamente, 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 trasgresión de la buena fe contractual.

– En el segundo supuesto, desestima la existencia 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.

La **STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2008** (recurso 4752/2008) I.L. J 2151, al desestimar la nulidad de un despido, por haber superado el trabajador el límite máximo de edad para trabajar establecido en convenio colectivo, se centra en determinar si la jubilación forzosa acordada por el empresario a tenor de lo dispuesto en un convenio colectivo, es válida como tal para extinguir la relación laboral entre las partes o, por el contrario, la extinción acordada por la empresa debe entenderse injustificada y considerada como despido.

Razona el Tribunal:

“En relación con la primera cuestión planteada, la posibilidad de pactar cláusulas en los Convenios Colectivos suscritos tras la derogación de la Adicional Décima, entiende esta Sala, de un lado, que no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa (...). De todo lo hasta ahora expuesto cabe alcanzar dos conclusiones. La primera es que, derogada la Disposición Adicional Décima, derogación que por supuesto no resucita la vigencia de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en los artículos 4.2 y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores ‘A no ser discriminados (hoy ‘directa o indirectamente’) para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley (...) ‘y el segundo prevé que ‘Se entenderán nulos y sin efecto (...) las cláusulas de los convenios colectivos (...) que contengan discriminaciones (hoy ‘directas o indirectas’) desfavorables por razón de edad’. Esos dos preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo –aunque ahora con rango de Ley– que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de ‘mínimo de derecho necesario absoluto’. Por lo que no es actualmente posible establecer en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa.”

Por lo demás, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Entre otras, la **STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008** (recurso 4628/2008) I.L. J 2066, la **STSJ de Valencia de 9 de diciembre de 2008** (recurso 3499/2008) I.L. J 2078, la **STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2008** (recurso 1563/2008) I.L. J 2005, y las **SSTSJ de Cataluña de 23 y 16 de octubre de 2008** (recursos 5284/2008 y 5261/2008) I.L. J 1817 y 1823, respectivamente, desestiman la existencia de 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.

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) Contenido esencial y contenido adicional. b) El impago de subvención a sindicato por parte de la Administración constituye aspecto de legalidad ordinaria. c) Es lícito el pacto que tiene por objeto la compensación por renuncia al crédito horario y la financiación por gastos de la actividad sindical. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Resulta inexistente en caso de carecer el sindicato de legitimación. b) La actividad de la empresa no atenta al derecho de huelga si se limita a informar sobre su alcance y se ajusta a las previsiones legales y convencionales. c) Cabe la cesión del crédito horario hecha por representante en situación de incapacidad permanente a favor de otro miembro del comité de empresa. d) No es antijurídica la negativa de la empresa al disfrute de crédito horario en determinadas circunstancias por necesidades del servicio debidamente justificadas. **2. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto. B) El proceso de conflicto colectivo: Competencia territorial. **3. Huelga.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2008 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Contenido esencial y contenido adicional

La Jurisprudencia constitucional tiene firmemente asentada la denominada teoría del “núcleo o contenido esencial”, en cuya virtud el derecho fundamental a la libertad sindical

recogido en el artículo 28 CE se encuentra integrado por una serie de facultades esenciales, sin cuya presencia tal derecho no resultaría “recognoscible” (STC 11/1981). Tales facultades se encuentran fundamentalmente en la CE y en la LOLS.

Sin embargo, como bien recuerda la STS de 14 de julio de 2007, que sintetiza la anterior doctrina, existen otras garantías y facultades que no forman parte de aquél. Estas últimas, que no forman parte de la Ley Orgánica ni de la Constitución sino de leyes ordinarias o de la negociación colectiva, constituyen el conocido como “contenido adicional”, el cual conlleva una ponderación, caso por caso, para determinar si constituyen una lesión del mencionado derecho.

Pues bien, mediante la utilización de esta teoría, la **STC 152/2008, de 17 de noviembre**, I.L. J 1761, otorga el amparo, por vulneración del artículo 28 CE, a una entidad a la que un laudo arbitral y posteriormente una sentencia habían denegado el carácter de sindicato. A este respecto, el TC entiende que lo que se enjuicia en este caso tiene que ver con el contenido esencial del mencionado derecho en tanto que “la controversia gira en torno a la falta de reconocimiento judicial del carácter sindical de la Federación recurrente”.

A partir de ahí, rechaza todos y cada uno de los argumentos utilizados por el juez de lo social al entender que: a) de los estatutos de la Federación puede deducirse claramente su finalidad sindical, encaminada a la defensa de los intereses profesionales de un colectivo concreto de funcionarios públicos; b) no puede rechazarse su naturaleza sindical bajo el pretexto de que se trata de una asociación profesional, pues el sindicato no es más que una especie del género asociación, que se distingue por una serie de especialidades entre las que destacan el ejercicio del derecho a huelga, la negociación colectiva y el conflicto colectivo; c) tampoco es obstáculo la naturaleza federativa de la entidad recurrente en amparo, pues el propio artículo 28 y la legislación vigente conceden al sindicato la posibilidad de articularse a través de estructuras federales o confederales; d) por último, que no puede negarse a la entidad recurrente su derecho a la libertad sindical por la circunstancia de representar y defender únicamente los intereses profesionales de los funcionarios integrados en las asociaciones federadas, pues no existe ningún impedimento legal a que el sindicato se articule de acuerdo con condicionantes profesionales, funcionales, territoriales o de cualquier otra índole.

Por todo lo anterior, reconoce el derecho a la libertad sindical de la Federación recurrente, constituyéndose así en sindicato y pudiendo realizar las funciones que le son propias.

b) El impago de subvención a sindicato por parte de la Administración constituye aspecto de legalidad ordinaria

El derecho de libertad sindical no se vulnera en el asunto que examina la **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008 (Sala de lo Social)** I.L. J 1808, a propósito del impago de subvenciones que la Consejería de Sanidad demandada lleva a cabo entre los sindicatos con representación en el sector.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Tras recordar la Sala los antecedentes que sobre el particular existen –fijando que no se vulnera el derecho fundamental cuestionado cuando la Administración Pública deja de abonar las cantidades a que viene obligada– y considerar que el cauce procesal resulta inapropiado, termina por desestimar la demanda “sin perjuicio en su caso de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso”. Y a dicho pronunciamiento llega al considerar que la percepción de una subvención o ayuda económica a cargo de la Comunidad Autónoma demandada no es derecho que forme parte del contenido esencial y fundamental de libertad sindical que proclama el artículo 28.1 de nuestra Constitución, sino que constituye facultad adicional que se anuda a aquél en virtud de la negociación colectiva y tomando en consideración el trato más favorable que proporciona al sindicato reclamante su condición de más representativo.

Siendo ello así, queda el objeto litigioso centrado en la falta de pago por parte de la Comunidad de Madrid del importe de la subvención para el mantenimiento en 2007 del local sindical, alcance este que impide pueda hablarse de vulneración del derecho a la libertad sindical al tratarse del incumplimiento de una obligación asumida en virtud de un pacto y por ello de una infracción de simple legalidad ordinaria.

Cuestión distinta hubiera sido la invocación de trato discriminatorio de haberse probado el abono a otros sindicatos de la ayuda reclamada en perjuicio del accionante, por cuanto ello sí hubiese comportado atentado al principio de igualdad. Sin embargo, en el debate se quedó a resultas de la prueba, y de ésta no se dedujo diferencia antijurídica alguna, conclusión que viene a reafirmar el signo desestimatorio de la resolución judicial por falta de infracción de derecho fundamental alguno.

b) Es lícito el pacto que tiene por objeto la compensación por renuncia al crédito horario y la financiación por gastos de actividad sindical

El contenido del derecho a la libertad sindical en su vertiente colectiva comprende los derechos de actividad relativos a los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones que le son propias conforme al artículo 7 de la Constitución.

La defensa y promoción de los intereses de los trabajadores como manifestación de la libertad sindical tienen como titulares a las organizaciones sindicales constituyendo aspecto indiscutible su naturaleza esencial que forma parte del llamado núcleo mínimo del referido derecho. Junto a éste es sabido que el contenido adicional, marcado por su carácter variable o provisional y estar regulado en normas infraconstitucionales, es igualmente objeto de protección en el proceso de tutela de derechos fundamentales cuando se imputa su infracción por acuerdo entre la Administración educativa y los sindicatos con representación en el sector de la enseñanza privada sostenida con fondos públicos, en virtud del cual se procede, de una parte, a la compensación económica por renuncia de liberados sindicales y, de otra, al percibo de determinadas cantidades para sufragar gastos derivados del cumplimiento de los fines que le son propios.

Es éste el supuesto que estudia la **STSJ de Aragón de 2 de diciembre de 2008**, I.L. J 2118, que desestima la demanda interpuesta por delegado sindical que entiende vulnerado su derecho a la libertad sindical toda vez que el pacto que cuestiona implica su limitación en el uso del crédito horario que pudiera corresponderle al representar su compensación una renuncia ilícita de sus derechos como delegado sindical, al tiempo que la financiación de actividades sólo supone a juicio del demandante una mera contraprestación por la simple realización del contenido del derecho de libertad sindical que de este modo viene a ofenderse.

Ambas pretensiones son desestimadas por la Sala que en el primer punto entiende no afecta al actor el pacto suscrito por carecer de derecho a crédito horario, al incumplir los requisitos legales para su devengo, siendo además que el acuerdo concede a las centrales sindicales el derecho a determinar los trabajadores en quien tal acumulación horaria puede tener lugar. Y en el segundo, sobre el percibo de financiación por gastos de negociación y funcionamiento, porque entiende el Tribunal que tal aspecto queda al margen del procedimiento especial de tutela del derecho individual de libertad sindical, en razón a la naturaleza del acuerdo suscrito en el ámbito de la enseñanza privada concertada en la Comunidad Autónoma de Aragón.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Resulta inexistente en caso de carecer el sindicato de legitimación

La legitimidad para negociar convenios —y con ello la de participar en Mesas Negociadoras de Retribuciones— debe ajustarse a la normativa sin que sea suficiente el hecho de haber estado presente con carácter previo en dicho ámbito “por invitación”. Obviamente, la eventual nulidad derivada de los acuerdos que con esa configuración se logren sólo puede cuestionarse por vía del procedimiento de impugnación de convenios y no por el de tutela del derecho a la libertad sindical, por cuanto la delimitación del ámbito objetivo, propio y exclusivo de esta clase de procesos se limita al conocimiento de la lesión del referido derecho fundamental “sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza”, conforme al “principio de cognición limitada” propio de esta modalidad procesal que deriva del artículo 176 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Sentada tal consideración general, es claro que, invocada la lesión de un derecho fundamental como en el presente caso acontece, debe entenderse adecuado el procedimiento de tutela de libertad sindical elegido, “sin perjuicio de que si dicha pretensión fuese desestimada ya no se entrase a enjuiciar las cuestiones de legalidad ordinaria”.

Aplicada la doctrina que precede al caso debatido en la **STSJ de Valencia de 16 de septiembre de 2008**, I.L. J 1784 —en que el sindicato reclamante queda excluido de la Mesa de Negociación de Retribuciones con merma de su actividad sindical por parte de la empresa y el resto de negociadores—, debe partirse del requisito de legitimación que regula

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 87.2.c), o, si por el contrario, su presencia a las reuniones previas sólo ha respondido a reglas del derecho civil común en cuyo ámbito rige la autonomía de la voluntad de las partes.

Resuelve la Sala la controversia suscitada trascendiendo el alcance constitucional de la libertad sindical, que diseña su contenido esencial atribuyendo al órgano de representación capacidad para negociar, pero que sólo adquiere contenido prestacional por vía de los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, “previo el cumplimiento de determinados formalismos y condiciones, que en el presente caso no concurren en el sindicato accionante”.

De ahí que su exclusión no constituya vulneración de su derecho a la libertad sindical, por cuanto no cabe albergar en éste las negociaciones sustentadas en un simple marco de autonomía civil pero al margen de las previsiones contenidas en el genuino ámbito legal por falta de legitimación necesaria.

b) La actividad de la empresa no atenta al derecho de huelga si se limita a informar sobre su alcance y se ajusta a las previsiones legales y convencionales

Las relaciones laborales se hacen complejas cuando los intereses enfrentados se tensan en los prolegómenos de una negociación colectiva: los comunicados de un lado y de otro, la negativa a proporcionar los medios necesarios para el ejercicio del derecho fundamental de huelga, la imposición abusiva y desproporcionada de los servicios mínimos en contra de los afiliados a sindicato demandante, unido a la falta de reconocimiento de los resultados electorales constituyen algunos de los episodios que analiza la **STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 1894.

Tomando como premisa el principio procesal de inversión de la carga de la prueba, que obliga al demandante a desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios que la vulneración del derecho fundamental pueda presentar a modo de “apariencia lesiva”, viene la Sala a fijar los presupuestos procesales en que apoya su postura con invocación de la doctrina constitucional en la materia, que admite “diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria (...)”.

Aplicado, pues, este criterio al supuesto estudiado, resulta que no es de apreciar concurrencia alguna de indicio infractor: (1) el local no fue solicitado conforme a las exigencias del convenio colectivo pues ni se había efectuado por el comité ni por al menos la cuarta parte de la plantilla; (2) el reproche a la asignación discriminatoria de los servicios mínimos –con perjuicio de los afiliados al sindicato actor– no deja de descansar en una mera alegación retórica, careciendo de toda aptitud probatoria, y finalmente (3), la nota informativa que emite la empresa con carácter previo a la huelga –alusiva a su carácter injustificado e ilegal– en ningún momento “impedía a la central sindical actora llevar a cabo la huelga en la forma anunciada, afrontando en su caso el riesgo de esa calificación”, debiendo pues descartarse toda actitud conminatoria en la conducta de la empresa al no

apreciarse coacción o amenaza en la comunicación que ella dirige al conjunto de la plantilla al exclusivo propósito de proporcionar información sobre los aspectos centrales del paro convocado.

Una sola conclusión se impone a juicio de la Sala: “la conducta empresarial no ha lesionado el derecho fundamental de huelga que reconoce el artículo 28 CE a cada trabajador para su ejercicio de forma colectiva, lo que en definitiva viene a justificar el rechazo de la suplicación interpuesta por el sindicato actor y recurrente”.

c) Cabe la cesión del crédito horario hecha por representante en situación de incapacidad permanente a favor de otro miembro del comité de empresa

La negativa de la empresa a permitir la cesión del crédito horario en favor de un representante del comité de empresa, efectuada por quien permanece en situación de incapacidad temporal, ha sido declarada lesiva del derecho de libertad sindical por parte de la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de diciembre de 2008, I.L. J 2145.

Entiende la Sala de suplicación en el debate suscitado que el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores se limita a regular la disposición del crédito horario, “pudiendo pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa en uno o varios de sus componentes”, lo que implica que no exista prohibición alguna ni existe quebranto económico alguno para la empresa, toda vez que no se enjuicia la garantía de indemnidad económica sino la mera cesión de un miembro del comité a favor de otro, hecho que “no supone ningún perjuicio para la empresa puesto que no se incrementa el número global del crédito a disposición del comité sino simplemente se acumula en un solo representante lo que antes tenían dos”, sin que la situación de baja por enfermedad pueda ser pretexto para limitar la integridad del derecho que se debate en detrimento del derecho a la actividad sindical del órgano unitario de representación.

d) No es antijurídica la negativa de la empresa al disfrute de crédito horario en determinadas circunstancias por necesidades del servicio debidamente justificadas

La denegación del crédito horario a delegado sindical para ser disfrutado en fecha del 22 de diciembre en razón a que la ausencia “podría suponer una grave afectación a la regularidad del tráfico ferroviario” es el asunto que estudia la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de diciembre de 2008, I.L. J 2146.

Y tomando como premisa procesal el argumento de que en esta clase de proceso –en que se cuestiona la vulneración de la libertad sindical– nos encontramos ante un problema de actividad probatoria, advierte la Sala que por ello debe acreditarse al menos un indicio de prueba y, si esto no se consigue, alterado el orden de la prueba, será la empresa quien debe justificar su conducta. Y a tal efecto, y en aplicación de la doctrina del Tribunal Cons-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

titucional, se adentra en el fondo del asunto para, en definitiva, desestimar la pretensión actora analizando las circunstancias concurrentes.

De un lado, porque no acredita el demandante cuál era la función sindical que atendería en tan señalada fecha del 22 de diciembre, tras considerar que sólo se está denegando la oportunidad de la presunta actividad sindical en determinado día y no su ejercicio mismo que perfectamente puede ser realizado en otro tiempo. Así las cosas, no parece que exista indicio de atentado a la libertad sindical, ni intención antisindical por parte de la empresa.

Y de otro, sí se acredita la concurrencia de especiales circunstancias en el tráfico ferroviario que permiten entender justificada la decisión de la empresa, conforme en igual sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de marzo de 2007 y 24 de junio de 2003, toda vez que “no cualquier problema ordinario de la actividad organizativa de una empresa puede justificar el rechazo de un permiso sindical”, que goza evidentemente de la máxima protección pero que debe quedar sometido en su ejercicio a las necesidades del proceso productivo conforme al principio y expresión que recoge la propia LOLS 11/1985 en su artículo 9.

En suma, queda acreditado que no existe vulneración del derecho de libertad sindical por cuanto el disfrute del crédito horario por motivos sindicales no puede considerarse un derecho absoluto e incondicionado y debe sujetarse a las reglas de la buena fe y sin quebranto de las necesidades del servicio, máxime cuando éstas concurren con intereses generales.

2. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto

La STSJ de Navarra de 4 de noviembre de 2008, I.L. J 2053, resuelve un recurso de suplicación interpuesto por la Confederación Sindical ELA contra la empresa “Magotteaux Navarra” con un único motivo al amparo del artículo 191.1.a) LPL en el que se solicita la reposición de los autos al estado que se encontraban. La sentencia de instancia apreció la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para resolver una controversia en materia de distribución de jornada de los trabajadores temporales. Sin embargo, el TSJ recuerda, con abundantes referencias jurisprudenciales, que el artículo 151.1 LPL ordena que “se tramitarán a través del presente proceso (el de conflicto colectivo) las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores que versen sobre la aplicación de interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o una decisión práctica de la empresa”. En consecuencia, la determinación del concepto y del campo de acción propio del proceso de conflicto colectivo exige la concurrencia de dos requisitos: uno objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través del conflicto y, uno subjetivo, integrado por la referencia a la aceptación de un grupo genérico de trabajadores. En el supuesto litigioso, no se dan

ambos requisitos puesto que la controversia surge por la no aplicación de lo dispuesto en materia de jornada en el convenio colectivo a los trabajadores con contratos de duración determinada, controversia que no puede incluirse en el ámbito propio de la modalidad del proceso de conflicto colectivo, toda vez que falta el interés general en cuanto al suplico de la demanda. La decisión de la sentencia colectiva se proyectaría directamente y de manera inmediata sobre los trabajadores afectados sin respetar el carácter genérico de la pretensión colectiva. Este tipo de controversias, concluye la sentencia, han de resolverse en el proceso individual.

En la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de octubre de 2008**, I.L. J 1640, se dirime la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para resolver un litigio que tiene como origen una demanda interpuesta por el Comité de Empresa de la empresa “Sierra y González, SA” y “Yaiza Bus, SL” en relación al devengo de las retribuciones pactadas en el Convenio Colectivo Provincial de Transporte de Viajeros por Carretera de Santa Cruz de Tenerife. La empresa recurre la sentencia de instancia, que estimó íntegramente la pretensión deducida en la demanda, por entender que debía haberse tramitado vía proceso ordinario ya que el *petitum* excede del objeto del proceso de conflicto colectivo. El motivo debe prosperar pues la pretensión del Comité de Empresa excede del alcance de la interpretación de un precepto —objeto del procedimiento de conflicto colectivo—, habida cuenta que la resolución exige una valoración de las circunstancias particulares de cada trabajador al incorporarse retribuciones variables en el salario pactado.

En la **STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2008**, I.L. J 1716, se plantea la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo impulsado por una empresa al elaborar unilateralmente el calendario laboral. El TSJ señala que el cauce procedimental seguido por los recurrentes, presidente y vicepresidenta del Comité de Empresa, es adecuado ya que la demanda ha versado sobre el cumplimiento o no por parte de la empresa de los requisitos exigidos en el artículo 41 ET para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y por más que el conflicto planteado tenga una clara y directa trascendencia en el contrato de cada empleado, estamos ante un conflicto meramente jurídico de alcance colectivo.

En la **STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2008**, I.L. J 1775, se desestima el recurso de suplicación promovido por el Sindicato CCOO frente a la sentencia de instancia que a su vez desestimó una demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Enferbus, SL. La demandante promovió el conflicto colectivo en orden a declarar el derecho de todos los trabajadores afectados por el conflicto a comenzar y finalizar su jornada en el mismo centro de trabajo. El cauce procesal seguido por la demandante —conflicto colectivo— no se cuestiona, toda vez que se cumplen los requisitos: afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y versaba sobre la aplicación e interpretación de una norma convencional. En el presente caso concurren estos dos requisitos (objetivo y subjetivo), pues los afectados del conflicto constituyen un colectivo homogéneo formado por los trabajadores que ostentan la categoría de conductores-perceptores, y, por otra parte, porque la pretensión de la demanda, canalizada a través del cauce de conflicto colectivo, se centra

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

en la interpretación y aplicación de un determinado precepto del convenio colectivo, concretamente si éste reconocía un derecho de los trabajadores a percibir media-dieta. No se trata, en definitiva, de una condena al abono de cantidades concretas e individualizadas sino de reconocer un derecho que se afirma preexistente en el convenio colectivo.

La **STS de 23 de diciembre de 2008**, I.L. J 1771, resuelve un recurso de casación interpuesto por la Federación de Comunicación y Transporte de CCOO y el Sindicato Federal Ferroviario de la CGT frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que declaró la inadecuación del procedimiento ante la demanda promovida por los recurrentes en la que se solicitó la nulidad de un convocatoria de movilidad para el personal por no ajustarse a lo previsto en el CC de RENFE. La sentencia recurrida en casación desestimó la pretensión fundamentando dicha decisión en que las partes pedían destruir un acuerdo aprobado por las mayorías exigidas por la ley y no una mera interpretación de la norma convencional, lo que hubiese exigido acudir al proceso de impugnación de convenios colectivos. Elevado el recurso al TS, la demandante insiste en la necesaria tramitación por el cauce de procedimiento de conflicto colectivo. La sentencia recurrida consideró que el acuerdo en que se fijaron las bases de la movilidad funcional revestía el carácter de convenio colectivo aunque no fuese estatutario por lo que su declaración de ineficacia debía reservarse al trámite de impugnación de convenios colectivos. El TS acoge la tesis de los demandantes, remitiendo a la doctrina contenida en la STS de 5 de noviembre de 2008 (recurso 41/2007) en la que se señala que “lo pretendido por los demandantes no es la impugnación de un convenio colectivo, sino de una convocatoria de movilidad propia de decisión empresarial, que no queda desvirtuada por el hecho de que tal convocatoria haya sido acordada con los representantes”. A la luz del contenido del suplico de la pretensión ejercitada concurren los elementos propios del conflicto colectivo, dado que el objeto del litigio afecta a una generalidad homogénea e indiferenciada de trabajadores (los aspirantes a los plazos) y que su interés, aunque puede llegar a afectarles de manera individualizada, no persigue directamente tal efecto, sino la simple declaración genérica que pueda derivarse de la interpretación de las normas convencionales. El objeto propio del conflicto colectivo es, según lo preceptuado en el artículo 151.1 LPL, “la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de la empresa”.

En la **STS de 11 de diciembre de 2008**, I.L. J 1791, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la empresa Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE) frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 que estimó la demanda presentada por la Federación de Comunicación y Transporte de CCOO y reconoció el “derecho de los trabajadores a participar en el proceso de cobertura de las plazas de maquinista con independencia de que hayan realizado o no el curso de formación para la promoción a maquinista”. La empresa recurrente, disconforme con la decisión, reitera, en primer lugar, la inadecuación de procedimiento fundamentando su recurso en que no concurren en el presente caso la conjunción de los elementos objetivos y subjetivos exigidos para la tramitación por el procedimiento de conflicto colectivo. La Sala, recordando la abundante jurisprudencia sobre la determinación del concepto de conflicto colectivo, señala que “en cuanto a los procedimientos de selección de personal o promoción interna, al estar implicados de modo especial los intereses de los trabajadores individuales que participan

en el concurso, es doctrina de esta Sala que es posible la impugnación de las bases de la convocatoria y del concurso por la vía del conflicto colectivo, pero solamente mientras se encuentre en fases anteriores a su resolución”. Sin embargo, en esta controversia lo que está en juego es la declaración de nulidad de una circular de la empresa en la que se anunciaba la celebración de un curso para el acceso a la categoría profesional de maquinista, y la anulación y revocación de las actuaciones posteriores a la fecha de emisión del propio anexo, retrotrayendo las actuaciones a la fecha anterior de su publicación. No puede admitirse el cauce procesal seguido pues una declaración de nulidad de dicha convocatoria conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva de los concursantes designados en el concurso que podrían verse despojados de los derechos obtenidos como consecuencia de haber sido declarados aptos para la cobertura de las mencionadas vacantes, sin haber tenido la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa, lo que pone de manifiesto la falta de idoneidad de la vía del conflicto colectivo.

B) El proceso de conflicto colectivo: Competencia territorial

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de diciembre de 2008, I.L. J 2030, valora la competencia de los Juzgados de lo Social para conocer del Conflicto planteado por un Sindicato frente a la práctica de la empresa de llevar a cabo traslados sin informar previamente a los representantes de los trabajadores de la existencia de vacantes, en contra de lo previsto en el correspondiente convenio de empresa. La compañía, que recurre la Sentencia de Instancia, alega la incompetencia funcional del Juzgado de lo Social, pero la Sala desestima la demanda, reiterando su línea jurisprudencial, compartida por otros Tribunales Superiores de Justicia, en el sentido de afirmar que “si bien como regla general el objeto del proceso queda delimitado por la demanda y lo que en el suplico de la misma se solicita, que ello quiebra cuando (...) en el acto de la vista el conflicto queda delimitado a una determinada provincia”. En consecuencia, y dado que en el proceso queda acreditado que el conflicto sólo afecta a personal de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, es correcta la atribución de competencia al Juzgado de lo Social. En definitiva, lo que se destaca es que la competencia no viene atribuida por el ámbito de aplicación territorial de la norma en que se apoya el conflicto sino por la ubicación real de éste.

3. HUELGA

En la STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008, I.L. J 1829, se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por varios trabajadores de la empresa INGEMARGA SA, en un proceso de despido. La sentencia de instancia declara procedentes los despidos de los trabajadores, convalidando la decisión extintiva de la empresa, basando dicha decisión en el comportamiento tenido por los trabajadores (negativa a acudir a sus puestos de trabajo en sábados y domingos). La defensa de los recurrentes señala que el comportamiento de los trabajadores –inasistencia al trabajo– se engloba en una medida de conflicto colectivo,

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

diferente a la huelga, y encuadrable en los artículos 37 y 28.1 CE. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta tesis no puede prosperar pues de “los términos en que se ha planteado el recurso yugulan –y de qué forma– las posibilidades suplicatorias de esta Sala, pues si la parte niega –de manera clara y reiterada– la existencia de una huelga –o que la medida adoptada sea ésa–, nos coarta la posibilidad de apreciarla, debido al principio de contradicción y a la indefensión que se podría generar en la otra parte, ya que sería una cuestión sobre la que no ha podido alegar ni probar y que surgiría sorpresivamente, vulnerando el principio de justicia rogada”. Es cierto que la huelga, prosigue la sentencia, con ser la más importante, no es la única medida conflictiva que pueden adoptar y han adoptado históricamente los trabajadores, antes bien, pueden advertirse tres grandes grupos: uno, el integrado por instrumentos típicos de presión muy cercanos a ella, pero que no implican la cesación en el trabajo, sino la alteración del proceso productivo (por ejemplo, trabajo lento, trabajo a reglamento, etc.); otro, por los que frecuentemente la acompañan, como los piquetes –para la expresión de reivindicaciones y para la información de las razones del conflicto– o la ocupación del centro de trabajo (encierros, concentraciones, asambleas, etc.), y, finalmente, por aquellos que presentan cierta autonomía respecto a ella, aunque tratan, igualmente, de hacer patente de forma directa e inmediata el enfrentamiento con el empresario (por ejemplo, el boicot de sus productos o servicios). La primera cuestión que debemos plantearnos es la existencia jurídica –puesto que la material o fáctica es evidente– de una huelga de estas características y su trascendencia. De entrada, su realidad no puede negarse desde ningún plano, pues estamos ante una huelga “espontánea” o sin control sindical pero de la cual habían advertido al empresario mediante una carta en la que mostraban sus intenciones de iniciar una medida de conflicto. No obstante lo anterior, la Sala no puede imputar el ejercicio de un derecho fundamental –huelga– contra la voluntad de los recurrentes– y, por tanto, no puede calificar el despido como nulo, por ello sólo se puede aplicar la doctrina gradualista para determinar la procedencia o improcedencia del despido.

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) Consecuencias de la falta de tratamiento del sistema de clasificación profesional por el convenio de empresa. **2. Ámbito de aplicación.** A) Convenio colectivo del personal laboral de las Universidades públicas de una Comunidad Autónoma. Exclusión de los profesores universitarios contratados laboralmente por una de ellas y sujeción de éste a un convenio propio: no contradice el principio de igualdad ni resulta discriminatoria. B) Posibilidad de la inclusión de los Ayuntamientos en el ámbito de aplicación de los convenios sectoriales. **3. Convenios colectivos “extraestatutarios”.** A) Consecuencias de su naturaleza contractual.

4. Impugnación “directa” del convenio colectivo. A) Legitimación. B) Efectos de la ilegalidad de uno de los preceptos. **5. Administración del convenio colectivo. Por los Tribunales Laborales.** A) Criterios de interpretación. B) General primacía de la interpretación llevada a cabo por el juzgador a *quo*.

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 13 a 16, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2008, de Lex Nova. Resulta particularmente interesante la STS de 23 de diciembre de dicho año, en unificación de doctrina, sobre la sucesión del convenio “extraestatutario” por el estatutario, y llama la atención la STSJ de Asturias de 5 de diciembre, también de 2008, por llevar a la práctica una extensión “parcial” a la empresa con convenio propio del convenio colectivo que rige en otro ámbito (el de sector).

1. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO**A) Consecuencias de la falta de tratamiento del sistema de clasificación profesional por el convenio de empresa**

Procede estar al tratamiento que realiza el convenio de sector. Tal solución no contradice la prohibición de concurrencia de convenios que formula el párrafo primero del artículo

84 ET. Se pronuncia en este sentido, con argumentación poco o nada convincente, la STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2008, I.L. J 2137:

“Si bien es cierto que el convenio colectivo de empresa que rige las relaciones laborales no contiene una regulación expresa de las categorías profesionales, omitiendo consecuentemente la definición de las tareas y funciones que específicamente conforman los cometidos profesionales de los trabajadores de la empleadora recurrente, no lo es menos que tal regulación sí se contempla en la norma convencional estatal del sector que (...) resulta de plena aplicación al supuesto enjuiciado para dar cobertura a aquella laguna normativa.

(...)

En el caso que nos ocupa no existe concurrencia de convenios, visto que la norma convencional de empresa no regula (...) las categorías profesionales de los trabajadores, de ahí que haya de acudirse a la definición y contenido que de las mismas se contemple en otro convenio, que no podrá ser sino el convenio colectivo estatal del sector, al no haber sido alegada la existencia de otra norma convencional de ámbito inferior”.

La solución a que llega la Sala asturiana no convence desde el momento en que no consta que la omisión de la regulación del sistema de clasificación profesional en el convenio colectivo de empresa se hubiese realizado con la intención de las partes de remitir aquella regulación al convenio colectivo de sector. Si las partes no trataron del sistema de clasificación profesional ni remitieron al que pudiese establecer el convenio de sector es porque así lo quisieron, de modo que, con carácter general, han de ser ellas mismas las que decidan cómo superar las cuestiones generadas a raíz de la indicada situación. Si bien se mira, la decisión que toma la Sala es constitutiva de una “extensión” parcial de convenios colectivos, para la que carece de competencia.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) Convenio colectivo del personal laboral de las Universidades públicas de una Comunidad Autónoma. Exclusión de los profesores universitarios contratados laboralmente por una de ellas y sujeción de éste a un convenio propio: no contradice el principio de igualdad ni resulta discriminatoria

Así, en relación con el convenio colectivo del personal laboral al servicio de las Universidades públicas de Castilla y León y la sujeción a un convenio propio del profesorado contratado laboralmente por la Universidad de Valladolid, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de septiembre de 2008, I.L. J 1779:

“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

VIII. Negociación Colectiva

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 injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados.”

De las dos situaciones expresadas, es en la primera donde encaja la exclusión del profesorado contratado laboral de la Universidad de Valladolid del convenio del resto del personal laboral de las Universidades públicas de Castilla y León:

Tal exclusión

“no puede ser calificada de discriminatoria, puesto que obedece a una configuración querida por los representantes colectivos de los trabajadores (...), dentro de su ámbito de autonomía organizativa y de acción sindical, sin que las decisiones al respecto contraríen ninguna de las prohibiciones del artículo 14 de la Constitución, sino que, al contrario, aparecen investidas con un elemento justificatorio (sic) suficiente como son las peculiaridades, respecto del resto del personal laboral, del profesorado universitario laboral, por su proximidad a las relaciones funcionariales y administrativas del restante profesorado y su inserción organizativa en los departamentos y centros en los cuales sus funciones y su participación aparecen netamente diferenciadas respecto del resto del personal laboral”.

B) Posibilidad de la inclusión de los Ayuntamientos en el ámbito de aplicación de los convenios sectoriales

Confirma la validez y eficacia de la cláusula de éstos disponiendo tal inclusión la **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2008**, I.L. J 2120. Siguiendo la doctrina sentada por el TS, en sus Sentencias de 7 de octubre de 2004 y 1 de junio de 2005 (véase su reseña en *Justicia Laboral* núms. 23 y 26, respectivamente), cuyos términos reproduce en buena parte, no ofrece duda a la Sala aragonesa que el personal laboral que presta servicios en las instalaciones deportivas gestionadas por el Ayuntamiento de Épila se encuentra sujeto al convenio colectivo del sector de locales de espectáculos y deportes de la provincia de Zaragoza, el cual no limita su ámbito de aplicación a las empresas de titularidad privada dedicadas a la actividad constitutiva de su ámbito funcional (artículo 1: “el presente convenio se aplicará a todas las empresas de deportes de la provincia de Zaragoza y a los trabajadores de las empresas que ejecuten actividades nucleares y/o auxiliares en instalaciones deportivas propiedad de cualquier Administración Pública”).

3. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

A) Consecuencias de su naturaleza contractual

Entre las situaciones en las que se manifiestan tales consecuencias figura 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” [STS de 23 de diciembre de 2008 (I.L. J 1769), en casación para la unificación de doctrina y reproduciendo términos de la STS de 12 de igual mes y año (recurso 538/2008)].

4. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Legitimación

Basándose en la ilegalidad del convenio colectivo, está legitimado para llevarla a cabo el sindicato que lo hubiese firmado. “Denunciada la ilegalidad del convenio colectivo o de alguno de sus preceptos, no se convalida dicha ilegalidad a causa de que” éste “se hubiese firmado por el sindicato impugnante” (STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2008, I.L. J 2052).

B) Efectos de la ilegalidad de uno de los preceptos

Tal ilegalidad no comporta la nulidad de todo el convenio colectivo cuando del texto de éste no se deduce claramente aquella consecuencia. No puede entenderse que la mencionada ilegalidad pueda ser el efecto querido por las partes firmantes cuando se limitan a

VIII. Negociación Colectiva

manifestar que “las condiciones pactadas forman un todo orgánico indivisible y han sido aceptadas ponderándose globalmente”; tales términos sólo expresan “la actitud y comportamiento de los intervinientes en la negociación, pero (...) en modo alguno puede suponer que, caso de dejarse sin efecto una norma del convenio, los negociadores quisiesen la nulidad de todo el articulado” (STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2008, I.L. J 2052).

5. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES

A) Criterios de interpretación

Recuerda la necesidad seguir tanto las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos [“habremos de ajustarnos tanto a la normativa que regula la hermenéutica de las leyes (...) como a la que disciplina la de los contratos (...) como consecuencia de que los convenios colectivos, aunque encuentran su origen en el consenso de la voluntad de las partes negociadoras que los gestaron, están también dotados de eficacia normativa”], tomando como primer canon hermenéutico el literal, la STS de 15 de diciembre de 2008, I.L. J 1724. También, en casación para la unificación de doctrina, igual que la anterior, la STS de 18 de diciembre de 2008, I.L. J 1766 (“es doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala tan reiterada y reconocida que excusa cita concreta, que en la interpretación de los convenios colectivos deben ser utilizadas tanto las reglas de interpretación de las leyes como las de los contratos”). Ofrece un amplio resumen de la jurisprudencia del TS sobre el particular, con cita de la Sentencia de 22 marzo 2007, la STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2008, I.L. J 2133.

B) General primacía de la interpretación llevada a cabo por el juzgador *a quo*

Insiste en ello la STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2008, I.L. J 1775. El criterio de aquél debe prevalecer, por más objetivo, sobre el del recurrente, “a menos que sea ilógico o absurdo o se impugne por la vía adecuada el error sufrido, con cita concreta del documento que lo evidencie, sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio de recurrente la interpretación realizada por el órgano judicial”.

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 por daños y perjuicios. D) Agravación de enfermedad preexistente. 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

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

Convenio especial de la Seguridad Social en caso de expediente de regulación de empleo. Cotización de la empresa por sus trabajadores hasta el momento de su jubilación. Exclusión de trabajadores fijos discontinuos. En la **STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1849, la empresa demandada, que se dedicaba a la fabricación de azúcar y tenía dos centros de trabajo en Madrid y Linares, inició un expediente de regulación de empleo que fue aprobado por la autoridad laboral en septiembre de 2006 y que afectó a los 261 trabajadores de la plantilla. La empresa tenía tres tipos de categorías de trabajadores: trabajadores fijos, trabajadores fijos discontinuos de recolección y campaña y trabajadores fijos discontinuos de campaña. Los trabajadores pertenecientes a esta última categoría demandan a la empresa por entender que ha aplicado incorrectamente la previsión del artículo 15.5 ET. A tenor de este artículo, “cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no concursadas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores” mayores de 55 años. En desarrollo de esta previsión la Disposición Adicional Trigésima Primera de la LGSS señala que “las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo, o en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo y la fecha en que el trabajador cumpla los sesenta y cinco años”, de este período la empresa se hará cargo de aportar de forma exclusiva las cotizaciones hasta que cumpla los sesenta y un años de edad. En el acuerdo que se firmó entre la representación de los trabajadores y la empresa no se incluyó la suscripción del convenio especial para el grupo de trabajadores fijos discontinuos de campaña.

El Tribunal destaca que la regulación específica de los Convenios Especiales de Seguridad Social (Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre) exige que esta modalidad de convenio especial deba solicitarse durante la tramitación del expediente de regulación de empleo. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en este pronunciamiento entiende que la exclusión de este tipo de trabajadores de la suscripción del convenio especial no tiene apoyo legal en el artículo 51.15 ET y que infringe directamente la resolución administrativa que autorizó el expediente, la cual incluyó a todos los trabajadores dentro de la cobertura del convenio especial de la Seguridad Social.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La STSJ de Extremadura de 16 de diciembre de 2008, I.L. J 2163, declara accidente de trabajo *in itinere* aquel que aconteció al trabajador al desplazarse desde el lugar de trabajo hasta un restaurante cercano para desayunar, como era la costumbre no sólo del trabajador, sino de varios de sus compañeros. Por el contrario, no se declara accidente de trabajo aquel que acontece durante el desplazamiento para recibir la rehabilitación desde el lugar que no es la residencia del trabajador (STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 2008, I.L. J 2009)

En la STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2008, I.L. J 1954, se analiza el caso de un suicidio en el lugar de trabajo. Sin embargo, aunque el accidente se produjo en un lugar que cabe considerar de trabajo —por tratarse de una dependencia donde el trabajador debía asistir regularmente— no se entiende que posea etiología laboral, debido a que la depresión diagnosticada en su día fue declarada contingencia común (depresión) y no se cuestionó tal calificación.

No recibe la calificación de accidente de trabajo el caso de un accidente en misión que ocurrió durante el tiempo libre del trabajador. Para la STSJ de Baleares de 9 de junio de 2008, I.L. J 1655, se excluye dicha calificación porque el hecho lesivo aconteció durante el fin de semana y fuera de la localidad donde se hospedaba el trabajador.

En la STSJ de Canarias de 16 de octubre de 2008, I.L. J 1661, se descarta la consideración como accidente de trabajo debido a la acreditación por parte de la Mutua de la inexistencia de nexo causal entre el accidente y las lesiones. De manera que se admite una prueba por parte de la Mutua que acaba por contrarrestar la presunción de que el accidente acaeció en tiempo y lugar de trabajo.

B) Recargo de prestaciones

En la STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1854, se analiza el supuesto de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad —en el que se prueba el nexo causal adecuado entre el siniestro y la conducta pasiva del empleador—.

En la STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1855, se concluye en la responsabilidad solidaria a todas las empresas que han intervenido en una obra, al haber modificado el proyecto de obra sin que ello se tradujera en una modificación de la evaluación de riesgos y de los planes de seguridad y salud, y también por la inadecuación del procedimiento de apuntalado. En este sentido se pronuncia también la STSJ de Valencia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2081. Para la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1955, dicha responsabilidad también actúa debido a que la obligación de protección alcanza a todas las empresas que mantienen la actividad en un mismo centro de trabajo. Por el contrario, se desestima la responsabilidad solidaria empresarial en la STSJ de Madrid

de 12 de septiembre de 2008, I.L. J 1657, por inexistencia de confusión patrimonial, dado que el grupo empresarial es más bien una mera designación comercial, que carece de personalidad jurídica propia.

C) Indemnización por daños y perjuicios

La STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2008, I.L. J 2072, reitera la jurisprudencia según la cual la indemnización opera entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia –temporal o permanente–, supone que dichas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el lucro cesante.

Respecto a la indemnización fijada en convenio colectivo, la STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2008, I.L. J 2113, señala que, para que nazca este derecho, hay que estar a la fecha del hecho causante, es decir, del accidente de trabajo. Así pues, lo decisivo es la relación de causalidad entre el accidente y las secuelas que de él se derivan, no la fecha en que éstas se manifiesten o su constatación administrativa (médica o judicial). En esta línea, vid. la STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2008, I.L. J 2010.

D) Agravación de enfermedad preexistente

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008, I.L. J 1874, se analiza un caso en que el accidente –tras efectuar un movimiento brusco y sentir un fuerte tirón en su cadera izquierda– actúa como elemento agravante o desencadenante de las condiciones patológicas, considerándose el resultado de ambas causas como lesión determinada por el accidente de trabajo. En esta línea, hay que traer a colación aquí la STSJ de Valencia de 9 de diciembre de 2008, I.L. J 2086.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1663, determina el reintegro de gastos médicos reclamados por el recurso a la médica priva-

da, por entender que existe urgencia vital cuando no se realiza la biopsia en el servicio público de salud respecto a un carcinoma porque los aparatos para hacer las pruebas se encuentran averiados, sin que el centro público pueda establecer una fecha cierta para la realización de éstas.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En un proceso de incapacidad temporal por fractura de tobillo, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 9 de octubre de 2008, I.L. J 1659, entiende ajustado a derecho la tramitación de alta médica por no acudir a las revisiones para confirmación de bajas, puesto que dicha fractura no justifica la incomparecencia a dichas revisiones.

La STSJ de Extremadura de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1715, entiende que el asma padecido por el demandante, que le ocasiona la hiperreactividad bronquial, y que viene provocada por sus alergias a pólenes de gramíneas y a epitelio de perro, sin relación con las sustancias propias de la actividad profesional (panadería) debe calificarse como enfermedad común y no como enfermedad profesional, con independencia del momento en que sufra las crisis derivadas de dicha enfermedad.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de noviembre, I.L. J 1949, considera que el subsidio por incapacidad temporal, cuando la situación está prorrogada por haber propuesta de invalidez, se extingue en la fecha de la resolución que deniega la invalidez, dado que es causa de extinción de carácter objetivo, y no en la fecha en que se notifica la resolución al interesado.

Con relación al posible subsidio por riesgo durante el embarazo, ante la discrepancia entre el informe médico emitido por los facultativos del Servicio Público de Salud y el elaborado por los servicios dependientes de la MATEP, el conflicto debe resolverse en el sentido más favorable para la protección de la integridad física del feto o de la mujer gestante (STSJ de Murcia de 1 de diciembre de 2008, I.L. J 2098).

12. MATERNIDAD

Para la STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2008, I.L. J 1785, la razón por la que en el artículo 48.4 ET se entiende que el momento de realizar la opción es el inicio del período de descanso, tiene su sentido en intentar compatibilizar los derechos del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. En este caso el trabajador ya estaba disfrutando el descanso y por tanto como no se cuestiona que se cumplan los requisitos de acceso al derecho se le tiene que reconocer.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La STS de 5 de diciembre de 2008, I.L. J 1749, 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, 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, sin que fuera obstáculo para ello la Disposición Adicional Undécima bis.1 de la LGSS, que remite a la regulación prevista para el Régimen General, y éste exige en sus artículos 133 ter y 124.1 que para causar las prestaciones por maternidad debe hallarse la afiliada en situación de alta o asimilada. Aunque la cuestión es nueva y no había sido anteriormente analizada en casación en los mismos términos, 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.

Lo novedoso en esta sentencia es que se dicta en relación a una prestación causada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1251/2001 que reglamenta las pensiones por maternidad y riesgo durante el embarazo, sin que tal situación asimilada al alta se halle expresamente recogida, por lo que pudiera pensarse que se había derogado tácitamente por este reglamento posterior; sin embargo 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. Finalmente el Tribunal rechaza que pueda ser de aplicación, como pretendía el INSS, la doctrina dictada en la STS de 20 de enero de 2003, I.L. J 4, puesto que se trata de prestaciones distintas ya que dicha sentencia examinaba un supuesto de incapacidad temporal, y para tal prestación no existe ninguna disposición semejante que permita declarar subsistente la ya comentada situación asimilada al alta.

La STSJ de Valencia de 4 de noviembre de 2008, I.L. J 1981, se pronuncia acerca de la posibilidad de acceder a la jubilación parcial por parte de quien debe ver su pensión reconocida por el RETA en virtud de las normas de cómputo recíproco, al ser dicho régimen el que recogió la mayor parte de sus cotizaciones y no reunir el requisito mínimo de carencia en el Régimen General que era en el que se hallaba en alta el actor al momento de solicitar la citada pensión de jubilación parcial. El Tribunal realiza una cuidadosa distinción entre los mecanismos para determinar cuál es el régimen por el que debe reconocerse la pensión de jubilación, y los requisitos para causar la pensión de jubilación parcial; en relación a estos últimos, se observa que el requisito es fundamentalmente que al solicitar la pensión el causante debe ser trabajador por cuenta ajena, pero ello es compatible —y es

IX. Seguridad Social

el caso de autos— con el hecho de que la pensión deba serle reconocida por otro régimen en el que hubiera abonado la mayor parte de sus cotizaciones, tal posibilidad es evidente a la vista de que en el Real Decreto 1131/2002, se refiere siempre (véanse los artículos 12.1 y 18.1) a que la jubilación se calculará de acuerdo con las normas del “Régimen de la Seguridad Social de que se trate” y no necesariamente en el Régimen General, por lo que no debe excluirse la posibilidad de que quien sea trabajador por cuenta ajena pueda jubilarse parcialmente, por el simple hecho de que el cálculo de su pensión parcial deba realizarse de acuerdo con los requerimientos de otro régimen.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

IGNASI AREAL CALAMA

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

EUSEBI COLÁS NEILA

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario***

1. Desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras voluntarias b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

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

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

En el caso planteado en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1967, se resuelve el caso planteado por el actor ante la denegación de la prestación por desempleo por entender que no se encuentra incluido en el ámbito de esta protección al no querer trabajar y siendo el último contrato simulado, con objeto de que le sea reconocida la prestación por desempleo.

El artículo 208.1 LGSS recoge los supuestos en que un trabajador es considerado en situación legal de desempleo a efectos de la percepción de prestaciones del nivel contributivo. En el apartado f) del referido artículo se determina que se encuentra en situación legal de desempleo el trabajador por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador. Por tanto, la cuestión a dilucidar es si la causa referida se dio en realidad o si, por el contrario, no podemos tener en cuenta dicho contrato temporal celebrado por el actor con otra empresa, por considerar que éste encierra una finalidad fraudulenta, y por aplicación del artículo 6, párrafo 4º, del Código Civil, no impide la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impiden la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. El fraude de ley es una de las modalidades de los actos nulos por infracción de normas imperativas, constituyendo en sí misma una sanción y como tal sanción ha de interpretarse restrictivamente, de modo que para su apreciación debe acreditarse la existencia de circunstancias o hechos que de forma inequívoca permitan afirmar la existencia de una clara e indiscutible voluntad de defraudar; el fraude de ley, por tanto, no puede basarse en meras suposiciones, sino en hechos plenamente acreditados deducidos del análisis de las circunstancias concretas de cada supuesto.

En este sentido se ha pronunció nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de julio de 2003, en la que unificó doctrina en esta materia diciendo textualmente que

“La conclusión a la que se llega es la de que la formulación de una doctrina unificada es posible, en el sentido de declarar doblemente:

Que no existe precepto alguno que someta al trabajador, en los pleitos por desempleo, a justificar las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa; desde luego, ello no sería una consecuencia del viejo artículo 1214 CC, ni del nuevo artículo 217 LEC.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Que no cabe presumir, por la mera sucesión de contratos como los descritos, y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude. Ello sin perjuicio de que en casos en que concurran circunstancias especiales o significativas, sí quepa llevar a cabo una tal presunción.”

En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que se han de tener en cuenta otras circunstancias, entre otras, por ejemplo, el contexto social en el que se mueven hoy día los trabajadores, que no excluye, razonablemente que en una concreta relación laboral indefinida, aparezcan momentos de crispación o desasosiego, que lleven al trabajador a abandonar voluntariamente su puesto de trabajo, y después, a aceptar el que se le ofrezca, aunque sea de naturaleza temporal, acuciado por las necesidades propias y de los suyos.

En base a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, en el presente litigio, la Sala estima que el hecho de cesar el actor en su relación laboral por conclusión de un contrato de trabajo temporal eventual por circunstancias de la producción, para cinco días después celebrar un nuevo contrato de duración determinada, no permite afirmar la existencia, sin ninguna duda razonable, de una clara voluntad de celebrar este segundo contrato con el específico ánimo de defraudar y obtener las prestaciones de desempleo.

Por todo ello la Sala entiende que falta la plenitud de la prueba de la intención fraudulenta de la nueva contratación, no quedando suficientemente acreditada la inexistencia de una efectiva prestación de servicios.

c) Contenido y modalidades de la prestación

La cuestión que se suscita en la **STSJ de Valencia de 4 de noviembre de 2008**, I.L. J 1897, se refiere a la posibilidad de causar derecho a la prestación de desempleo parcial como consecuencia del paso de un contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial, que se suscribe con la misma empresa a la terminación del anterior.

Según el artículo 203.2.2º LGSS la autorización resulta exigible por tener la necesaria cobertura legal, por más que pueda resultar escasamente coherente que se exija a efectos de Seguridad Social una autorización administrativa que no se requiere a efectos laborales. Sin embargo esta regulación no puede aplicarse en el presente caso, porque en él no nos encontramos ante una reducción de jornada que se produce en el marco de un contrato de trabajo vigente, como modificación de una condición sustancial del mismo, sino ante un nuevo contrato que establece una jornada notablemente inferior a la que regía en otro contrato anterior ya extinguido con la misma empresa.

En supuestos como el del presente caso hay que tener en cuenta la regla del artículo 221.1 LGSS que, después de establecer que la prestación o subsidio de desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, introduce la salvedad para el primero de que tal trabajo concurrente se realice a tiempo parcial y en este caso añade el precepto que “se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional

al tiempo trabajado”. La finalidad de esta norma es desalentar la aceptación de empleos a tiempo parcial por parte de los desempleados. Pero en realidad lo que se produce como consecuencia de la aplicación de esta regla es una cobertura específica del desempleo parcial dentro de una situación de desempleo total que se transforma desde el momento en que, disfrutando ya de la prestación o del subsidio, se encuentra un empleo a tiempo parcial.

En esta situación ya no tienen sentido las reglas del artículo 203.3 LGSS sobre la necesidad de autorización administrativa y sobre el carácter definitivo de la reducción, porque la autorización administrativa no se puede exigir cuando la situación se origina con un nuevo contrato y lo mismo sucede con la limitación aplicable al carácter no permanente de la reducción en relación con una cobertura que por su naturaleza sólo está vinculada a la duración legal de la prestación. Esto es lo que sucede en el presente caso en el que es claro que, conforme al artículo 221.1 LGSS, el trabajador hubiera podido causar derecho a la prestación de desempleo a tiempo completo por el cese del primer contrato y luego compatibilizar la prestación reconocida con la reducción prevista en aquel precepto con el nuevo empleo a tiempo parcial. Lo único que ha sucedido es que al no existir solución de continuidad entre las dos contrataciones, se ha seguido la vía de no solicitar el desempleo total por el cese en el primer contrato y recurrir al empleo parcial, diferencia que no debe llevar a la exclusión de la protección.

e) Supuestos especiales

El caso resuelto por la **STSJ de Asturias de 12 de diciembre de 2008**, I.L. J 2034, tiene por objeto dilucidar si procede o no la pretensión de la actora de percibir la prestación por desempleo.

La actora tenía suscritos dos contratos temporales y a tiempo parcial con la misma empresa, sin embargo, estos contratos obedecían a distintas causas de temporalidad, siendo uno de interinidad por sustitución y el otro de eventualidad por acumulación de tareas.

No existe precepto alguno que impida esta contratación fraccionada con un mismo empleador, y únicamente dicha contratación podría ser tachada de ilegal cuando los contratos fueran concertados en fraude de ley, lo cual debe alegarse y probarse, cosa que no ocurrió en el presente caso.

Por tanto, el Tribunal entiende que admitida la posibilidad legal de la contratación plural, no cabe duda que la extinción de uno de los contratos, por la expiración del término pactado, ha de dar lugar a la percepción de la prestación contributiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 208.1.f) LGSS, sin que sean de aplicación las previsiones legales en orden a los supuestos de reducción de jornada a que se refiere el artículo 203.3 LGSS.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

La cuestión debatida en el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto en la **STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2008**, I.L. J 1987, es la de si, a efectos del subsidio por desempleo, han de considerarse rentas de cualquier naturaleza “los beneficios asistenciales”, sin más concreciones o especificaciones, percibidos por el marido de la beneficiaria en un mes.

El criterio seguido por el Tribunal para estimar si los beneficios asistenciales pueden ser considerados renta a efectos de la percepción del subsidio por desempleo es la de atender a la finalidad de las prestaciones asistenciales que no es otra que la de proteger a los ciudadanos, cuando se encuentran en situaciones de necesidad que hayan de ser socialmente atendidas.

Ahora bien, en cuanto a qué rentas deben computarse como ingresos y qué se entiende por rentas de cualquier naturaleza, el Tribunal entiende que son sólo aquellas cantidades de percepción periódica que son susceptibles de servir a las necesidades personales y de subsistencia de los beneficiarios, no debiendo tener la condición legal de rentas aquellas cantidades destinadas a compensar un gasto ajeno a estas necesidades como son el plus de transporte y otros.

Después de estas consideraciones el Tribunal concluye que lo percibido un mes por el concepto de beneficio asistencial tiene naturaleza extrasalarial, no teniendo el concepto de rentas de cualquier naturaleza dado su carácter indemnizatorio y episódico.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Insuficiencia de cotización

Sobre la falta de requisitos para tener acceso a la prestación de jubilación, por insuficiente cotización, se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 15 de diciembre de 2008**, núm. 1115, I.L. J 2143, considerando que se trata de un supuesto en que negada la cotización suficiente por la entidad gestora y la sentencia recurrida, no se aporta prueba documental fehaciente que sustente el recurso, sin que quepa la inversión de la carga de la prueba ordinaria, ya que no existe el déficit probatorio imputable a la entidad gestora. El recurrente no suscita impugnación alguna sobre el no cómputo del período en situación de servicio militar obligatorio, al no reconocerse la pensión en clases pasivas del Estado, ni tratarse de funcionario. Y frente a la conclusión fáctica de no período de cotización suficiente, el

demandante no acredita por los meros informes sobre alta, períodos de cotización superiores a los considerados en la sentencia atacada.

– Doctrina del paréntesis

El alcance de la doctrina del “paréntesis” se fija en la **STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de noviembre de 2008**, núm. 3233, I.L. J 1853, que resuelve sobre el no reconocimiento de derecho a la pensión de jubilación por no cubrir el período de carencia específica requerido al efecto. A partir de la profusa jurisprudencia sobre la doctrina del “paréntesis”, la Sentencia establece que la doctrina del paréntesis no se aplica cuando se accede a la pensión de jubilación desde una situación de no alta ni asimilada a la de alta, ni cuando se accede desde una situación de alta o asimilada al alta con obligación de cotizar. Sí se aplica, sin embargo, cuando se accede a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, en cuyo caso, el período inmediatamente anterior a la solicitud de la pensión en el que el interesado no cotizó por causa ajena a su voluntad es considerado un “tiempo muerto” y el inicio del cómputo del período de carencia cualificada se retrotrae a la fecha en que se dejó de cotizar y no a la fecha en que se solicita la pensión (se recuerda también que los criterios jurisprudenciales para la aplicación de la doctrina del paréntesis se resumen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2001). El fundamento de la doctrina del paréntesis no es otro que la constatación de un “alejamiento temporal” del mundo del trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador, la “brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo” y el demostrado “mantenimiento de la voluntad de incorporarse al trabajo”, que normalmente ha de evidenciarse mediante la inscripción actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente oficina de empleo. En el caso concreto al que se refiere la Sentencia, existe un largo período (año y medio) durante el que la actora no realizó acto alguno revelador de su voluntad de incorporarse al trabajo, sin que haya hecho la más mínima alusión a la concurrencia de un motivo que le impidiera inscribirse en demanda de empleo, y tampoco lo realizó después de ser titular de una pensión de invalidez no contributiva y declarada con una minusvalía del 65%.

–Jubilación forzosa y objetivos de política de empleo

La **STSJ de Madrid de 10 de septiembre**, núm. 511/2008, I.L. J 1658, declara injustificada la jubilación en la fecha en que se produjo, al no parecer que realmente haya servido como instrumento de interés general vinculado a una política de empleo, sino, por el contrario, que la plaza ha sido lícitamente amortizada, la extinción ha de ser calificada de despido improcedente. En la Sentencia se establece –una vez declarado aplicable por la sentencia impugnada el Convenio Colectivo de RTVE– que, conforme a lo actualmente exigido por el Estatuto de los Trabajadores, la jubilación forzosa establecida por el Convenio Colectivo no es incondicionada, sino que, en todo caso, requiere para su efectividad tanto el cumplimiento de los requisitos convencionalmente exigidos para el trabajador, esto es, alcanzar la edad de 65 años y tener completado el necesario período de carencia, como la obligación de no amortización asumida por RTVE, de manera que

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

producida la extinción del contrato de un trabajador por tal causa, la vacante ha de ser inmediatamente sacada a concurso público para su cobertura por el medio legalmente establecido y, lógicamente, en su caso, servida de forma interina hasta su ocupación por el nuevo titular, porque la plaza que no es amortizada, ha de ser ocupada en todo momento, sin solución de continuidad, no justificándose el cese de un trabajador sino hasta que ésta se cubra.

Sobre la misma cuestión se pronuncia la **STS de 22 de diciembre de 2008**, u.d., I.L. J 1767, en relación con la cláusula de jubilación forzosa contenida en el III Convenio Colectivo de AENA. Tras un amplio análisis sobre la doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario, sobre el principio de igualdad y sobre el equilibrio interno del convenio colectivo, 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”, 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 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 Sentencia cuenta con un Voto Particular formulado por el Magistrado Gilolmo López, al que se adhiere el Magistrado Moliner Tamborero, el que se manifiestan favorables a la doctrina anterior de la Sala, contenida en la Sentencia de 14 de mayo de 2008 y consideran válida la cláusula de jubilación forzosa del convenio colectivo de AENA. Sus argumen-

tos son los que, en su momento, expusieron en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3460/2006.

– Período de carencia en el trabajo a tiempo parcial

Son varias las cuestiones que se plantean en relación al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación respecto a los trabajadores a tiempo parcial. Por un lado, en la **STSJ de Valencia de 4 de noviembre de 2008**, núm. 3604, I.L. J 1981, la cuestión jurídica planteada es la de si el actor puede acceder a la jubilación parcial desde una jubilación que le debe ser reconocida en el Régimen de Autónomos. Declara, al respecto, la sentencia que, de acuerdo con la normativa vigente, es requisito para poder acceder a la jubilación parcial el ser un trabajador por cuenta ajena en el momento de solicitarla, bien en el Régimen General bien en algún Régimen Especial, lo que concurre en el caso concreto, ya que el actor era efectivamente un trabajador por cuenta ajena en el momento de la solicitud; todo ello con independencia de que, de acuerdo a las normas sobre cómputo recíproco de cotizaciones, le corresponda jubilarse con arreglo a las normas del Régimen de Autónomos por haber cotizado a éste mayor número de años, por lo que tiene derecho a la jubilación parcial. La cuestión no es si cabe o no la jubilación parcial en el RETA, sino la de si procede para un trabajador por cuenta ajena del Régimen General, cuando por la totalización de períodos cotizados, a efectos carenciales, y al no lucrar carencia en el último régimen donde trabajó, se debe reconocer el derecho a la pensión de jubilación en el RETA, por reunir allí mayor número de cotizaciones, como aquí se declara.

Por otro lado, en la **STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2008**, núm. 2891, I.L. J 1786, se plantea la determinación del período de carencia en un trabajo a tiempo parcial. Como se señala en la Sentencia, los Tribunales Superiores de Justicia están divididos al considerar la posible inconstitucionalidad de la actual normativa reguladora de la determinación de los períodos de cotización para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social de los trabajadores que prestan servicios a tiempo parcial a que se refiere la Disposición Adicional Séptima. 1 regla segunda de la LGSS y su desarrollo reglamentario contenido en el RD 1131/2002, de 31 de octubre. El criterio mantenido en la Sentencia es que para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La Sentencia recuerda que el Tribunal Constitucional ha indicado que no es contrario al principio de igualdad ni es discriminatorio que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo, consecuencia del menor esfuerzo contributivo que supone. Además de ello, lo que se declaró inconstitucional era el establecer un criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial, pero no si este criterio resulta atenuado con otras normas correctoras, como se realiza en la actual regulación normativa. Concluye la sentencia considerando que el actual sistema responde al sistema de contributividad con

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

reglas correctoras, por lo que no cabe estimar que concurra discriminación alguna por razón de sexo.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

La STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2008, núm. 8377, I.L. J 1938, reitera la doctrina ya sentada por esta Sala y por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de febrero de 2002, que reconoce la vigencia actual del artículo 6º de los Estatutos de la Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil aprobados por la Orden de 4 de marzo de 1955 en relación con la Disposición Transitoria Primera.9 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 por cuanto la citada Orden de 4 de marzo de 1955, ha sido considerada constitucional al no ser discriminatoria por la STC de 31 de enero de 1989. El presupuesto básico, según la citada Orden de 1967, es que el beneficiario hubiera iniciado su actividad en el sector textil con anterioridad a 1967, de forma que, pese a que la actora en el momento de solicitar la pensión de jubilación no estuviera encuadrada en ninguna empresa de dicho sector, procede reconocer el derecho pretendido, al no resultar exigible dicho requisito, teniendo en cuenta, además, que las empresas de la confección están encuadradas en el sector textil.

B) Jubilación no contributiva

c) Cuantía y dinámica

– Extinción del derecho y devolución de lo indebidamente percibido

El recurso planteado en la STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2008, núm. 952, I.L. J 2056, se centra en determinar si procede la exclusión, como “renta o ingreso” a computar, de la plusvalía generada por la venta de la vivienda habitual, con apoyo en el tenor del apartado 5 del artículo 144 LGSS, aplicable al caso por remisión del artículo 167 LGSS. En la Sentencia, sin embargo, se considera que la interpretación adecuada es la de que no deben computarse como rendimientos ficticios, o no efectivos, los derivados de la propiedad de la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario, a diferencia de lo que ocurre con los demás bienes muebles o inmuebles de que disponga el beneficiario, cuyos rendimientos deberán computarse, sean efectivos o reales o no lo sean, caso este en el que dichos rendimientos no efectivos “se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. No se excluye, pues, según esta norma, la ganancia patrimonial derivada de la venta de la vivienda habitual, pues la ganancia es un ingreso derivado del capital disponible, a considerar en la anualidad en que se produjo. De acuerdo con el artículo 167.2 LGSS, las rentas e ingresos propios o de la unidad económica de convivencia, así como la residencia, condicionan el derecho a la pensión y la conservación de ésta, lo que significa que, aunque se hubiera declarado ya el derecho a la pensión, la superación de los límites económicos legales en un momento posterior

a la concesión produce la extinción del derecho y la terminación del devengo y cobro de la pensión, que ya no se mantiene o conserva, y, en consecuencia, habrá de solicitarse por el interesado y concederse la pensión cuando concurren de nuevo los requisitos del derecho a su percibo, con los efectos retroactivos que procedan, en su caso, pero sin que éstos surjan automáticamente con el comienzo de la anualidad siguiente a aquélla en que tuvo lugar la extinción por superación del límite de ingresos, ya que tal cosa significaría la conservación del derecho anteriormente declarado, lo que no es posible por haberse extinguido éste, conforme al mencionado artículo 167.2 LGSS.

C) Gestión, financiación y pago

– Revisión de la pensión: retroactividad de los efectos

Nuevamente se plantea si la modificación de la cuantía de la pensión de jubilación reconocida ha sido debida a la rectificación de un error material, de hecho o aritmético, en cuyo caso no sería de aplicación la regla general de que la retroactividad de los efectos de la revisión sólo operaría desde los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, una vez operada la reforma legal introducida por la Disposición Final Tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, Ley 42/2006. En el caso analizado en la **STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2008**, núm. 650, I.L. J 2134, se declara que la revisión de la cuantía de la demandante no se ha debido a la rectificación de un error material, de hecho o aritmético, como se deduce claramente de las razones que da el Tribunal Supremo para el derecho de quienes prestaron servicios como vendedores de cupones para la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE). La entidad gestora reconoció la pensión con arreglo a las cotizaciones que la empresa había efectuado y si ésta lo había hecho en cuantía inferior a la que procedía con arreglo a la naturaleza de la relación que existía con la trabajadora fue por entender que tal relación era la de representantes de comercio y no la común, como resultó de una interpretación jurisprudencial al respecto, acogida después en los convenios colectivos aplicables, lo que no tenía reflejo en el expediente administrativo que se siguió para el reconocimiento de la prestación. En consecuencia no puede considerarse que concorra en la revisión de la pensión de la demandante la excepción a la regla general contenida en la norma añadida en el artículo 43.1 LGSS, por lo que los efectos económicos de la nueva cuantía reconocida tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de su solicitud.

También un supuesto de revisión de pensión, en relación con un trabajador de la ONCE, se plantea en la **STSJ de Aragón de 6 de noviembre de 2008**, núm. 732, I.L. J 2046. Debatida, en primer lugar, la excepción de cosa juzgada, la Sentencia establece las diferencias entre los supuestos en que la pensión la ha reconocido el INSS y aquellos otros en que la ha reconocido un tribunal. En el primer caso, no existe ninguna norma que impida impugnar jurisdiccionalmente la ulterior resolución denegatoria del INSS, dado que las pensiones se prolongan en el tiempo, y algunas son imprescriptibles, siendo prestaciones esenciales del Estado social y democrático de Derecho, por lo que cuando se constata un error de la entidad gestora es razonable que el beneficiario pueda solicitar su revisión

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

conforme a derecho. En cambio, cuando se trata de una pensión reconocida por sentencia firme, en la que se determinó el importe de la prestación, el artículo 222 LEC contiene un mandato impeditivo de un nuevo pleito con el mismo objeto; sólo cuando el objeto del nuevo pleito sea distinto porque haya habido un cambio en las circunstancias, será posible un nuevo pronunciamiento judicial. Sentado esto, la Sentencia declara que se debe partir de que “el intérprete supremo de la Constitución (artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), al concretar el alcance del artículo 14 de la Carta Magna, permite la revisión de las pensiones de la Seguridad Social en supuestos como el enjuiciado, estableciendo un criterio pro beneficiario que autoriza una revisión *in meius* de pensiones cuya inicial cuantificación se ha revelado errónea, lo que permite corregir una grave injusticia que perjudica a la actora”. Por otro lado, teniendo en cuenta que la petición de revisión de la pensión se presentó el 25 de octubre de 2007 y la demanda rectora se interpuso el 7 de marzo de 2008 (esto es, después del 1 de enero de 2007, fecha de efectos del artículo 43 reformado según la Disposición Final Tercera de la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para 2007) se debe considerar que los efectos del reconocimiento de la nueva pensión del demandante deben retrotraerse a los tres meses anteriores a dicha solicitud.

En idéntico sentido se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2008**, núm. 715, I.L. J 2069, que declara que, aun cuando se entendiera que el hecho causante de la pensión de que tratamos se produjo antes de la entrada en vigor de la reforma del artículo 43.1 LGSS, el nuevo párrafo que se ha añadido a dicho precepto hace que no se pueda impedir la aplicación de la nueva norma, porque el legislador parte de la solicitud como el hecho que determina el nuevo contenido económico de las prestaciones ya reconocidas y, por tanto, ha de determinar también la normativa aplicable. En virtud de la mencionada reforma legal, los efectos de la revisión sólo se producen desde los tres meses anteriores a la solicitud del interesado, a salvo de la excepción relativa a la rectificación de un error material, de hecho o aritmético. A falta todavía de pronunciamientos jurisprudenciales sobre dicho concepto de error material, la Sentencia considera que se puede acudir a la interpretación que sobre éste se contiene en el artículo 145 LPL cuando trata sobre la posibilidad de que las entidades gestoras revisen por sí mismas sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, en relación con la regulación contenida en el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que en la actualidad se recoge, con mayor precisión, en el artículo 105.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así la doctrina jurisprudencial del orden contencioso-administrativo ha establecido que el error: 1º) debe ser independiente de cualquier opinión, valoración o interpretación (Sentencias de 25 de enero de 1984 y 30 de mayo de 1985); 2º) tiene que ceñirse a los supuestos en que el propio acto administrativo o excepcionalmente el expediente revele una equivocación manifiesta y evidente por sí misma (Sentencia de 20 de julio de 1984); 3º) debe afectar a elementos accidentales del acto sin proyectarse sobre su contenido fundamental (Sentencias de 3 de octubre de 1986, 1 de febrero de 1991 y 3 de marzo de 1992), y 4º) ha de conservar los efectos del acto, sin implicar su revocación, de forma que el acto subsista después de corregido el error (Sentencias de 31 de octubre de 1984 y 6 de octubre de 1986). Aplicando aquí tal doctrina, no cabe duda de que la revisión de la cuantía de la pensión de la demandante no se ha debido a la rectificación de un error material, de hecho o aritmético, como se deduce claramente de las razones que nos da

también el Tribunal Supremo para el derecho de quienes prestaron servicios como vendedores de cupones para la ONCE (que se exponen en la Sentencia de 7 de octubre de 2004). De lo que señala el Tribunal Supremo se desprende que el inicial reconocimiento de la pensión en cuantía inferior a la que a la demandante correspondía no se debió a un error de la entidad gestora, que la reconoció con arreglo a las cotizaciones que la empresa había efectuado y si ésta lo había hecho en cuantía inferior a la que procedía con arreglo a la naturaleza de la relación que existía con la trabajadora fue por entender que tal relación era la de los representantes de comercio y no la común, como resultó de una interpretación jurisprudencial al respecto, acogida después en los convenios colectivos aplicables.

De igual modo se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de noviembre de 2008**, núm. 1309, I.L. J 1974. En esta Sentencia se establece que “las normas de Seguridad Social y los efectos económicos de las prestaciones vienen presididas por principios de solidaridad y así en el artículo 43 de la LGSS cuando el particular solicita la revisión de una prestación concedida, cuando no se trata de errores materiales, de hecho o aritméticos, los efectos retroactivos son de tres meses”. La excepción, es decir, mayor retroactividad, lo es para cuando se trata de rectificaciones, no para cuando, como en el caso litigioso, la administración considera que la categoría profesional a tener en cuenta es otra. Por tanto, el error no material de la Administración sólo concede al beneficiario la prestación con retroactividad de tres meses. En el caso analizado en esta Sentencia, ciertamente la Administración fijó una base reguladora que posteriormente fue rectificadada y aumentada en vía judicial, lo que abrió al actor una opción más beneficiosa que antes no tenía.

D) Previsión social voluntaria

b) Planes y fondos de pensiones

La **STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2008**, núm. 8732, se pronuncia sobre el derecho de los actores a movilizar los derechos consolidados en el plan de pensiones existentes en el momento de la extinción de sus contratos de trabajo, lo que se produjo antes de 21 de marzo de 1997, cuando se aprobó el Reglamento de Previsión de Personal de la Caja (...), de lo que la entidad recurrente [la Caja (...)] extrae la conclusión de que no tienen derecho al rescate del fondo de pensiones. De diversas Sentencias del Tribunal Supremo (que se citan por el TSJ de Cataluña en esta sentencia) que se pronuncian sobre esta cuestión se deriva que la reforma del Reglamento no supone una modificación de la naturaleza jurídica del fondo de pensiones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2006, que ponía fin al procedimiento de conflicto colectivo promovido por la parte social contra la empresa, señalaba, examinando la sentencia anterior de 31 de enero de 2001 que el reconocimiento en esa sentencia de los derechos de los ex empleados se basa en la regulación del citado reglamento de previsión del personal, partiendo del hecho de que los derechos de protección dispensados por el régimen de previsión de la Caixa tienen carácter de “mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones” y los derechos consolidados reconocidos

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

a los empleados comprendidos en el citado régimen de “mejora voluntaria” son, por decisión libre de los que han aprobado el reglamento equivalentes a los derechos de los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones del sistema de empleo, si bien la gestión y responsabilidad del plan establecido corresponda a un “fondo interno”. De modo que esta equiparación de los derechos consolidados de los empleados de la Caixa con los derechos de los partícipes y beneficiarios de un plan de pensiones, resulta de la exégesis del “reglamento” y en concreto de los pasajes de éste que se dedican a la caracterización general de dicho régimen de previsión (Plan del sistema de empleo), a la identificación de sus elementos subjetivos (promotor, partícipes, beneficiarios), a la descripción de sus principios e instrumentos financieros (sistemas financieros y actuariales de capitalización individual, aportaciones del promotor que no podrán revocarse) y la calificación de las obligaciones de protección estipuladas en el plan de “prestación definida”, lo que permite concluir que los trabajadores de la Caixa adquieren derechos consolidados de previsión social cuando cesan anticipadamente al servicio de la empresa y pueden rescatar y movilizar sus derechos consolidados en los supuestos y condiciones previstos en la legislación sobre planes de pensiones y, en su caso, percibirán como mejora voluntaria de la Seguridad Social las prestaciones del régimen de previsión del personal de la Caixa de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, los derechos consolidados reconocidos a los empleados comprendidos en el régimen de previsión social de la demandada, son equivalentes a los derechos de los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones y por ello habrá que estar a lo regulado por la Ley 8/1987 en la que se establece la irrevocabilidad de las aportaciones realizadas por la empresa promotora.

Por otro lado, se establece que de los pactos alcanzados en el momento del cese no puede deducirse que se incluyera la renuncia a prestaciones complementarias de Seguridad Social, ni a ninguna reclamación que pudiera tener relación con el específico régimen de previsión social de la empresa. Sí en el recibo de finiquito el trabajador señalaba que no tenía ninguna liquidación pendiente con la demandada al causar baja en ésta, así como en el Régimen de previsión social. Pero la referencia al régimen de previsión no era más que la constatación de que se cesa en él, pero en ningún modo implica una renuncia a efectuar reclamaciones con él relacionadas. Además debe señalarse que la STS de 27 de abril de 2006 analiza detalladamente la cuestión relativa a la naturaleza de transigibles o no de los derechos consolidados por los ex empleados de la Caixa en su régimen de previsión, llegando a la conclusión afirmativa.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

Sobre la valoración de los informes médicos contradictorios o no concordantes entre sí, resulta de interés la STSJ de Murcia de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1714; aplica la doctrina jurisprudencial en la materia y sostiene que debe “prevaler la convicción que

el juzgador ha obtenido, previa valoración conjunta de toda la prueba practicada” y en uso de las facultades que le otorga el artículo 97.2 LPL (valoración según reglas de la sana crítica) y atendiendo a aquellos informes médicos que le merezcan mayor grado de credibilidad y fiabilidad; este criterio no puede ser sustituido por el juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada, “salvo que los informes invocados por ésta, por la superior especialización, cualificación científica e imparcialidad de quienes los emiten, pongan de manifiesto que el Juez *a quo* incurrió en error en la valoración de la prueba”. La **STSJ de Canarias de 14 de octubre de 2008**, I.L. J 1706, también declara que en supuestos de dictámenes médicos contradictorios, debe prevalecer en principio el que haya servido de base a la resolución recurrida, de acuerdo con las facultades que los artículos 97.2 LPL y 218 LEC otorgan al Juzgador de instancia en cuanto a la valoración de la prueba “a no ser que dicha valoración no se ajuste a las reglas de la sana crítica”.

En cuanto a la valoración de las dolencias, la **STSJ de Cantabria de 10 de noviembre de 2008**, I.L. J 1846, precisa que se impone una valoración global de aquéllas, dado que el “estado físico no es susceptible de división en compartimentos estancos, de manera que habrán de valorarse las anteriores a la afiliación junto a las posteriores”. La calificación de la invalidez ha de operar sobre “el estado patológico considerado en su totalidad sin singularizar aisladamente los diversos padecimientos en atención al principio de que la prestación correspondiente se concede por la incapacidad resultante del conjunto de aquéllos y no por una determinada lesión entre las sufridas por el trabajador”.

c') Incapacidad permanente total

Aparte de los requisitos generales de toda IP, la IPT se integra de dos elementos: a) impotencia laboral para las tareas fundamentales de la profesión habitual (no es preciso que esté impedido para todas las tareas, bastando que lo esté para las esenciales, por lo que se ha de rastrear la profesión habitual y las tareas fundamentales de ésta; ello la diferencia de la invalidez parcial, en la que el interesado puede hacer su trabajo habitual); b) capacidad laboral para otras tareas, ajenas a su profesión habitual, lo que la separa de la invalidez absoluta, en el límite máximo de este grado total (el inválido total no puede desarrollar su trabajo habitual, pero sí puede trabajar en otra actividad distinta; esta posibilidad no ha de ser una mera utopía o posibilidad teórica, pero tampoco es esencial el simple dato de la dificultad de encontrar otro trabajo –esto puede influir en el incremento–) (**STSJ Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008**, I.L. J 1878; **STSJ Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008**, I.L. J 1876).

b) Requisitos del beneficiario

Cuando se trata de un trabajador a tiempo parcial, la carencia exigida para acceder a una IP deberá calcularse conforme a la regla establecida en la Disposición Adicional Séptima.2ª.a) de la LGSS, esto es, con las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, ordinarias y complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, y el número de horas trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cómputo de 1.826 horas anuales, y así al número de días teóricos de cotización obtenido se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se consideran acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización (STSJ de Valencia de 30 de septiembre de 2008, I.L. J 1757).

La situación de IP, a los efectos del reconocimiento de la pensión contributiva ha de ser sobrevenida, de manera que no se puede pretender justificar una declaración de IP para una profesión en base a una enfermedad padecida desde la mayoría de edad con la misma sintomatología e intensidad (STSJ de Murcia de 22 de diciembre de 2008, I.L. J 2024).

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

La base reguladora de las prestaciones por IP derivada de accidente de trabajo se integra por el salario realmente percibido por el trabajador. La Disposición Adicional Undécima del RD 4/1998 (que sustituye en parte al artículo 60.2 del Reglamento de Accidentes de Trabajo) regula la incorporación al salario base de los complementos salariales, pero nada dice de la antigüedad y pagas extraordinarias, cantidades estas que sin ninguna duda deben formar parte de dicha base reguladora, al amparo de lo establecido con carácter general en el artículo 120 LGSS (STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de diciembre de 2008, I.L. J 2028).

d) Dinámica de la protección

La STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008, I.L. J 1713, aplica la doctrina jurisprudencial relativa a la revisión de la incapacidad en grado superior al que ya se tiene reconocido. Al respecto, se requiere la concurrencia de dos circunstancias: a) que se haya producido un empeoramiento de las dolencias primitivas o que, por la concurrencia de éstas con otras aparecidas con posterioridad, se haya agravado el cuadro clínico del trabajador; b) que dicho empeoramiento o agravación repercuta en su capacidad laboral, de tal forma que le inhabilite para la realización de actividades que antes sí podía llevar a cabo y le provoquen un grado superior de invalidez (idéntica doctrina en la STSJ de Galicia de 2 de diciembre de 2008, I.L. J 2124). Siendo por ello imprescindible comparar las situaciones anterior y actual para poder determinar si se ha producido o no agravación. Así pues, no basta con la agravación o mejoría “sino que ésta ha de suponer una variación sustancial de la situación de invalidez” (STSJ de Cantabria de 10 de noviembre de 2008, I.L. J 1909).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

El artículo 124 de la LGSS establece que las personas incluidas en el campo de aplicación del Régimen General causarán derecho a las prestaciones de éste cuando, además de los

particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición expresa en contrario (una de las expresas situaciones asimilada a la de alta es la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo —véase el artículo 125 de la LGSS, desarrollado por el artículo 36 del RD 84/1996—); sobre este requisito y como se ha comentado ya en estas páginas, la doctrina unificada ha atenuado la exigencia de este requisito general, en relación especialmente con las prestaciones de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección (en lo relativo a las prestaciones por muerte y supervivencia, entre otras, SSTs de 19 de diciembre de 1996, 19 de noviembre de 1997 y 12 de marzo de 1998), estimándose, en general, que sí concurriría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y “es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido”.

Ahora bien, como recuerda la **STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1984, esta interpretación no puede llevarse a la anulación de un requisito legal, que incluso ha sido resaltado por el Real Decreto 84/1996 y no puede aplicarse al supuesto que juzga, en el que no se hace afirmación alguna en los hechos probados de los que pueda inducirse una racional dificultad o inutilidad de la continuada inscripción en la oficina de empleo (en el supuesto, el causante no se hallaba en el momento de su muerte en situación de alta o asimilada, ni se acredita enfermedad física o psíquica que al cesar voluntariamente en el trabajo fuera determinante de su decisión de extinción del contrato y de la inscripción en la oficina de empleo).

El artículo 174.1 de la LGSS (en su nueva redacción de todo el artículo dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social), establece que “en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”; es decir, en este supuesto, que el propio legislador califica de excepcional, el legislador además de los requisitos generales, adiciona otro requisito específico, llamado a desvirtuar la presunción de fraude en que pudiera verse envuelta la situación (el conocido como matrimonio de conveniencia); el requisito complementario se concreta en la necesidad de que “el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento”, si bien el incumplimiento de tal circunstancia (como cuando transcurren escasamente cuatro meses entre ambos acontecimientos), no

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

excluye la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad, porque el propio precepto establece una fórmula subsidiaria, “que en la fecha de la celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado tercero, que, sumado al de duración del matrimonio hubiera superado los dos años”.

La cuestión discutida en la **STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2008**, I.L. J 2119, es de si debe entenderse esta fórmula subsidiaria reducida a la exigencia de completar, hasta un mínimo de dos años, la suma del período de convivencia matrimonial (que en el supuesto que juzga es de sólo cuatro meses), con el de convivencia extramatrimonial estable y notoria, o bien, y además del anterior, es necesaria la inscripción en el registro específico de parejas de hecho. La sentencia, de forma acertada, niega la necesidad de inscripción en el registro, pues como concluye su razonamiento jurídico, la prestación solicitada no deriva del supuesto distinto que recoge el artículo 174 en su apartado tercero, y que como novedad reconoce la pensión de viudedad a las parejas de hecho. En efecto, en el supuesto en el que existe previo matrimonio, aun en el supuesto excepcional antes descrito –muerte por enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo matrimonial–, la excepcionalidad del caso sólo exige justificar un determinado período de convivencia estable y notoria entre los contrayentes inmediatamente anterior al fallecimiento del causante (lapso temporal cuyo transcurso no es controvertido y lo admite la Gestora demandada al constatar el empadronamiento en un domicilio común desde 1996).

c) Prestaciones a favor de familiares

En relación con el derecho a la pensión de familiares, el artículo 176.1 de la LGSS, se remite a los reglamentos generales de desarrollo para concretar aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezca y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por la muerte de éste; Así, por ejemplo, el apartado segundo de este artículo prevé que se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quienes se den las siguientes circunstancias –todas y cada una–: haber convivido con el causante y a su cargo, ser mayores de cuarenta y cinco años, ser solteros, divorciados o viudos, acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante y, por último, carecer de medios propios de vida; por su parte, el artículo 5 del Decreto 1646/1972, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, se refiere a este mismo colectivo –los hijos y hermanos del causante–, pero como condición necesaria y adicional a reunir los requisitos antes señalados, por remisión al artículo 40.1 del Reglamento General de Prestaciones Económicas, aprobado por Decreto 3158/1966, se señala que “no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil”.

Sobre esta última condición, la **STSJ de Asturias de 12 de diciembre de 2008**, I.L. J 2110, recuerda la doctrina unificada (SSTS de 8 de noviembre de 2006 y 7 de febrero de 2007), en el sentido de considerar que la normativa vigente solamente da derecho a la pensión a favor de familiares, cuando la hija del fallecido carece de rentas propias superiores al

salario mínimo interprofesional y además carece de familiares con obligación de prestar alimentos, o 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 por ser superiores igualmente a ese mínimo.

Por tanto, por una parte, debe haber una persona obligada a prestar alimentos que tenga, en el concreto momento del hecho causante, ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional y, por otra parte, éste, el obligado a prestar los 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. Este argumento y especificación de la condición es el que sirve a la sentencia antes citada, la pretensión de pensión, en un supuesto en que el hijo del demandante (con obligación de prestar alimentos a los que se refiere el artículo 143.2 del Código Civil), tenía unos ingresos brutos anuales que al dividirlos por dos, el importe resultante era superior al salario mínimo interprofesional vigente para el año 2007 –fecha de la pretensión–.

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. d) Infracciones en materia de extranjería. e) Infracciones por obstrucción a la labor inspectora.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objeto de la presente crónica es dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que en materia de Derecho Administrativo Laboral han sido publicados en los números 13 a 16 de 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, así como también de diversas sentencias que en el mismo ámbito han sido dictadas durante los meses de noviembre y diciembre de 2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Por lo general, se trata de pronunciamientos poco novedosos, en los que se reiteran criterios judiciales ya expuestos en crónicas previas. Quizá, no obstante, resulte de interés destacar dos de las sentencias comentadas en el epígrafe dedicado al procedimiento sancionador, una, relativa a las premisas que deben concurrir para que nazca el deber de la Administración de abrir el proceso de oficio *ex* artículo 149.1 LPL [STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 156/2008)] y, la otra, referida a las posibilidades de presentar recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando, habiéndose declarado la responsabilidad solidaria de dos empresas, sólo una de ellas interpone el recurso de alzada frente a la resolución administrativa

sancionadora [STSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 203/2007)].

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

En este terreno, diversas sentencias se encargan de recordar la más que conocida doctrina sobre la determinación de la *summa gravaminis* establecida por la ley para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa y que, según reiterada jurisprudencia, supone que, en materia de Seguridad Social, han de tenerse en cuenta las cuotas *mensuales*, por lo que, aun cuando el monto total del acta de liquidación supere dicha cifra legal, no procede el recurso en vía judicial cuando ninguna de las cotizaciones mensuales alcanza los 150.253,03 euros en el caso del recurso de casación [STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 664/2006)] o los 18.030,36 euros en el recurso de apelación [SSTSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 16/2007), y de 20 de noviembre de 2008 (recurso 18/2007) —que por la misma razón deniegan también el recurso frente a una resolución administrativa relativa a una sanción de 3.005,06 euros—].

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

En relación al inicio de la actividad inspectora, la STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008, Sala Social, I.L. J 1633, constituye un pronunciamiento más en que se aprecia vinculación causal entre la presentación de una denuncia ante la Inspección de Trabajo y la posterior finalización del contrato de la trabajadora, razón por la que se entiende vulnerada la garantía de indemnidad, con la consiguiente declaración de la nulidad del despido.

Ya en relación propiamente al expediente administrativo, la STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 156/2008), reflexiona sobre las circunstancias que deben concurrir para que la Administración quede obligada a suspender el procedimiento administrativo e iniciar el proceso de oficio *ex* artículo 149.1 LPL, como consecuencia de haberse impugnado el acta de infracción con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación. En concreto, la Sentencia se plantea la cuestión en relación a una infracción derivada de emplear extranjeros sin autorización de trabajo, y aun conociendo el criterio sentado por la STS de 8 de julio de 2004 (recurso 31/2003), acaba afirmando que la obligación de la Administración de incoar el proceso de oficio no surge por la mera alegación de inexistencia

XI. Administración Laboral

de relación laboral, sino que para que nazca este deber es necesario o bien aportar prueba de dicha circunstancia o bien formular discrepancias respecto a la interpretación jurídica de los hechos constatados.

“Cuando se plantea la disconformidad con las actas de infracción como fundamento de la iniciación del procedimiento de oficio debe exigirse un mínimo de seriedad y rigor sin que puedan tener cabida dentro del mismo cualquier ardid con fines dilatorios o como fraude para entorpecer el procedimiento sancionador, de lo contrario siempre se podría invocar el carácter amistoso de los trabajos, su ocasionalidad, o de pura benevolencia, por ejemplo. Entiende la Sala que deben ofrecerse pruebas que avalen la pretensión del presunto responsable o discrepancias de calificación o interpretación jurídica que reclamen un pronunciamiento propio de la jurisdicción social, incluso argumentos con un mínimo de razón. (...)

La Sala entiende que lo razonado hasta el momento es coherente con que el propio Tribunal Supremo en la sentencia invocada por la recurrente [STS de 8 de julio de 2004 (recurso 31/2003)], reconozca la existencia de casos límite en que la relación laboral es clara y en los que la exigencia de acudir al procedimiento de oficio que el precepto contempla, implicaría un retraso y fraude en la tramitación de los procedimientos sancionadores como antes se ha expresado.”

Por lo que se refiere al desarrollo del procedimiento, la **STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 669/2006), insiste en el alcance del artículo 18.4 RD 928/1998, que sólo contempla el derecho del administrado a nueva audiencia tras concluir la instrucción cuando de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta. Por tanto, el Tribunal señala que no procede reconocer este derecho cuando el imputado simplemente se limita a negar o interpretar de manera diferente los mismos hechos consignados en el acta.

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 203/2007), aclara que la empresa principal de una contrata, declarada como responsable solidaria en virtud del artículo 42.3 LISOS, no queda privada del derecho a recurrir ante la jurisdicción por el hecho de no haber interpuesto recurso de alzada frente a la resolución administrativa sancionadora que confirmó el acta de infracción, pues basta la presentación de dicho recurso de alzada por parte de la empresa responsable directa para considerar que la resolución administrativa no ha devenido firme para una y otra entidad.

“Pero también es verdad y esto es trascendental en el caso de autos que en sendas resoluciones a la vez que se declara la responsabilidad directa de la mercantil ‘XXX, SL’ se declara la responsabilidad solidaria por la infracción y sanción impuesta de la hoy demandante, la empresa ‘YYY, SA’, y que la primera empresa recurrió en alzada la resolución de fecha 8 de agosto de 2007, por lo que la interposición del citado recurso en vía administrativa ha impedido que la citada resolución y la sanción impuesta haya devenido en firme y consentida, pero no sólo para la recurrente en alzada sino también para la hoy actora como

responsable solidaria que es; y ello es lógico y evidente no sólo porque el deudor solidario puede hacer lo que sea útil a los demás, sino además y sobre todo porque en el supuesto de que con ocasión del recurso de alzada se hubiera estimado el mismo y se hubiera dejado sin efecto tanto la infracción imputada como la sanción impuesta a la empresa responsable directa, también hubiera dejado de existir la responsabilidad solidaria impuesta a la hoy actora. Este argumento, la naturaleza solidaria de la obligación que asume la parte demandante, unido al hecho de que fue recurrido en alzada por uno de los obligados solidarios la resolución de fecha 8 de agosto de 2006, es por lo que ha de concluirse que pese a que la hoy demandante no recurriera en alzada dicha resolución la misma no puede entenderse que haya devenido en resolución firme respecto de dicha parte, porque lo ha impedido el recurso de alzada formulado en tiempo y forma por la empresa responsable directa.”

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

De nuevo, son muchos los pronunciamientos en los que se recuerda el alcance de la presunción *iuris tantum* de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo –tanto de infracción como de liquidación–, y en los que, de conformidad con el artículo 53.2 LISOS, se declara que dicha eficacia queda limitada a los hechos constatados por el Inspector actuante –ya sea por percepción directa o por resultar acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta (testimonios, documentos,...)–, sin extender dicha fuerza probatoria a las apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas [SSTSJ de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recursos 168/2007 y 169/2007); Madrid de 12 de noviembre de 2008 (recurso 664/2006); Madrid de 14 de noviembre de 2008 (recurso 575/2006); Madrid de 19 de noviembre de 2008 (recurso 1105/2006); Islas Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2008 (recurso 261/2008); Madrid de 15 de diciembre de 2008 (recurso 977/2006); Extremadura de 16 de diciembre de 2008 (recurso 1100/2007)].

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales

En este ámbito, tan sólo cabe hacer mención a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 29/2008), por la que se confirma una sanción por vulneración del derecho a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, ante los reiterados insultos y vejaciones públicas a que el jefe de ventas de una empresa sometía a buena parte de los trabajadores de su departamento (artículo 8.11 LISOS). Centrado el debate en la graduación de la sanción, la Sentencia considera que no procede rebajar la cuantía al grado mínimo ni por el hecho de que el conocimiento de los hechos por parte de la empresa fuera “parcial” –dado que, ante las esporádicas quejas presentadas, no reaccionó de forma diligente e inmediata–, ni tampoco en atención al número total de la “plantilla” –pues el número de siete técnicos

comerciales afectados es significativo respecto a los doce que conforman el departamento en que se produce la infracción—.

b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

Como suele ser habitual, el apartado más nutrido en cuanto a número de pronunciamientos judiciales es el relativo a los incumplimientos relativos a la seguridad y salud de los trabajadores.

De entrada, cabe hacer referencia a la **STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 170/2006), dictada en relación a las siguientes conductas infractoras cometidas por el promotor de una obra de construcción: de un lado, la deficiente elaboración del estudio de seguridad a que queda obligado, conforme al artículo 4 RD 1627/1997, de 24 de octubre, en la medida en que el estudio realizado carece de la necesaria precisión y adaptación a las peculiaridades de la obra en cuestión; de otro, la falta de utilización efectiva del libro de incidencias y la inexistencia de actividades de coordinación y aplicación efectiva de las medidas preventivas. Respecto a estos incumplimientos del promotor, la Sentencia corrige la tipificación de la resolución sancionadora y considera que las infracciones señaladas no quedan incluidas entre las muy graves previstas en el artículo 13.8 LISOS, sino que, más exactamente, deben reconducirse a las tipificadas y calificadas como graves en el artículo 12.24 LISOS. Además, en relación a las obligaciones que el RD 1627/1997 impone directamente a los promotores, el Tribunal recuerda que éstos no quedan eximidos de responsabilidad ni por la existencia de contratista o subcontratista, ni por la designación del coordinador de seguridad, ni por encomendar la redacción del estudio de seguridad a una empresa externa.

El incumplimiento de las mismas obligaciones es objeto también de consideración en la **STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 23/2007), que asimismo confirma la sanción impuesta a una empresa en su condición de “promotora” de una obra, subrayándose que tal imputación procede con independencia de que su actividad empresarial no sea la de construcción —se trataba de una empresa dedicada a la fabricación de vidrio que había encargado a otra empresa la instalación de una cubierta y aislamiento perimetral de una nave de uso propio—.

Ya en relación a las infracciones muy graves, la **STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 832/2006), ratifica que asignar a un trabajador menor de edad la tarea de limpieza de una máquina potencialmente peligrosa constituye una infracción muy grave tipificada en el artículo 13.2 LISOS, por vulnerar, entre otras normas, el artículo 27 LPRL y el artículo 1.b) del Decreto de 26 de julio de 1957, en el que expresamente se prohíbe a los menores de 18 años el trabajo consistente en “el engrase, limpieza, examen o reparación de las máquinas o mecanismos en marcha que resulten de naturaleza peligrosa”.

En la **STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 4026/2007), se enjuicia la conducta consistente en la retirada de las

redes de protección a efectos de pintar el borde del forjado, dejando espacio suficiente para pasar un cuerpo y con peligro a una posible caída desde una altura de 11,6 metros. Tales hechos se consideran un incumplimiento de la obligación empresarial de prevenir riesgos de caídas de altura superior a dos metros mediante barandillas u otro sistema de protección colectiva equivalente [artículo 11.1.c) en relación con el Anexo IV.C.3.a) RD 1627/1997]. Por ello, dadas las características del riesgo, se ratifica la sanción impuesta a la empresa por comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 13.10 LISOS –falta de adopción de medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo de las que derive un riesgo grave e inminente–, sin que la responsabilidad empresarial desaparezca por el hecho de que fueran los trabajadores quienes soltaron las redes. Desde un punto de vista formal, la Sentencia añade que la cita en el acta del artículo 40.2.b) LISOS –referido a las sanciones por infracciones graves– constituye un error material que no neutraliza la expresa calificación del ilícito como muy grave que en ella se hace. A su vez, el mismo tipo infractor es objeto de confirmación de la sanción en la **STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 445/2006), también respecto a un supuesto en que existe riesgo de caída de los trabajadores desde una altura superior a dos metros, sin que aquéllos cuenten con equipos de protección individual.

Asimismo, la **STSJ de La Rioja de 10 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 212/2006), reafirma la sanción impuesta a una entidad que actúa como servicio de prevención de riesgos y realiza servicios de vigilancia de la salud de los trabajadores, sin tener autorización de la autoridad laboral ni aprobación de la Administración sanitaria (artículo 13.11 LISOS). A efectos de determinación de la cuantía de la sanción, la Sala admite la agravante consistente en atender al “número de trabajadores afectados”, teniendo en cuenta a tales efectos que la citada entidad llevó a cabo reconocimientos médicos a unos 84 trabajadores de la empresa con la que había concertado los servicios.

Por su parte, nuevamente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias ha vuelto a emitir un nuevo pronunciamiento en relación a la infracción muy grave consistente en suscribir pactos dirigidos a eludir, en fraude de ley, la responsabilidad prevista en el artículo 42.3 LISOS (artículo 13.14 LISOS): en concreto, se trata de la **STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2008** (recurso 174/2008), en la que, una vez más, se aprecia la concurrencia de este ilícito en un acuerdo celebrado entre la empresa principal y la contratista, en el que se estipula que la primera repercutirá sobre la segunda el importe de la sanción por incumplimientos en materia de prevención de riesgos cometidos durante la contrata, sin que la posibilidad del acreedor de dirigirse contra las dos entidades impida la existencia de la infracción.

También a propósito de un supuesto de responsabilidad solidaria en caso de contratas, la **STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 669/2006), se centra en dos cuestiones comunes a todas las infracciones en materia de prevención de riesgos. La primera, la prescripción del ilícito, a efectos de

poner de relieve que el plazo legal queda interrumpido por el inicio del proceso penal tramitado por los mismos hechos (artículo 7 RD 928/1998), razón por la que, en el caso enjuiciado, se descarta que la infracción estuviera prescrita al notificarse el acta al interesado. El segundo aspecto objeto de consideración es la aplicación del principio *non bis in idem*, respecto al que no se aprecia que haya existido vulneración, por no constatarse identidad de sujetos, en la medida en que la sentencia penal condena al representante de la empresa y la resolución administrativa sancionadora impone la responsabilidad a la empresa societaria.

Asimismo, otro ejemplo de suspensión del procedimiento administrativo por inicio del proceso penal y posterior vinculación de la Administración a los hechos probados en la sentencia penal –artículo 3 LISOS– puede verse en la **STSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 413/2006), que confirma la sanción impuesta por el incumplimiento del deber de coordinación que el artículo 24.1 LPRL impone a las empresas en el desarrollo de actuaciones en un mismo centro de trabajo –en concreto, se trataba de dos entidades que coincidían en el mismo tramo de calle, una para reparar una avería en el suministro de energía eléctrica y otra para solventar una fuga de gas–.

c) Infracciones en materia de Seguridad Social

En esta materia, las **SSTSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 575/2006) y **de 15 de diciembre de 2008** (recurso 977/2006), abordan un supuesto frecuente de infracción por descubiertos de cotización (artículo 22.3 LISOS): nos referimos a los casos en que no se cotiza por retribuciones que la empresa califica como “dietas y gastos de locomoción” y que, por el contrario, son consideradas por la Administración como percepciones de naturaleza salarial. Al respecto, las Sentencias recuerdan que, conforme a reiterada jurisprudencia, existe una presunción *iuris tantum* de que todas las percepciones recibidas por el trabajador de parte de la empresa son salario, por lo que corresponde al empresario acreditar que los conceptos excluidos de la cotización tienen la naturaleza alegada, no sólo nominativamente, sino de manera efectiva. En el caso enjuiciado, el Tribunal concreta que, entre otros aspectos, la prueba de la empresa debe consistir en la acreditación “del desplazamiento, su justificación, fecha, horario, distancia entre puntos de origen y destino, así como otros según sea necesario y procedente”. Y dado que la empresa no aporta dicha prueba se acaba confirmando la resolución sancionadora.

Ya en materia de competencia sancionadora resulta de interés la explicación dada por la **STSJ del País Vasco de 17 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 355/2006), que resuelve la impugnación de una resolución sancionadora dictada por la Dirección General de Trabajo –confirmatoria a su vez de la emitida por la Inspección Provincial de Trabajo de Vizcaya–, en relación a una infracción muy grave impuesta a una trabajadora por compatibilizar el percibo de la prestación de desempleo con un trabajo por cuenta ajena no considerado a tiempo parcial (artículo 26.2 LISOS). Al respecto, la Sentencia señala que, pese a tratarse de un supuesto en que la titular de la competencia

punitiva es la Comunidad Autónoma del País Vasco, no cabe apreciar incompetencia en el órgano sancionador, dado que, mientras no se haya procedido a la pertinente transferencia de servicios, resulta transitoriamente legítimo que el ejercicio de la potestad sancionadora se asuma por la Administración del Estado.

“De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que la titularidad de la competencia por parte de la CAPV, no legitima por sí sola el ejercicio *ipso iure* de la misma, si el mismo requiere la transferencia de los medios personales y materiales precisos en los términos previstos por la Disposición Transitoria Segunda de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y los artículos 16 y siguientes de la Ley 12/83, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico.

La Administración del Estado informó que el ejercicio de dicha competencia se halla condicionado por la necesidad de transferencia de medios por parte del Estado.

Partiendo de dicha premisa, esto es, de que la competencia para la imposición de sanciones, pese a ser competencia de la CAPV, su ejercicio se halla condicionado por la necesaria transferencia de servicios por parte de la Administración del Estado, forzoso resulta concluir que su ejercicio por parte de la Administración del Estado es legítimo transitoriamente en tanto no se alcance un acuerdo sobre la transferencia de servicios, y consecuentemente que se trata de Administración competente al efecto”.

Desde otra perspectiva, la **STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2008**, Sala Social, I.L. J 1884, constituye una muestra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, ante determinados incumplimientos del beneficiario, admite la competencia de las Mutuas para dar por extinguida la prestación de incapacidad temporal en tanto acto de “gestión”, sin perjuicio de la competencia sancionadora de la entidad gestora conforme al artículo 47 LISOS –en este caso, se trataba de un supuesto en que el beneficiario de la prestación deja de acudir de manera injustificada a un control médico a realizar por la Mutua–.

d) Infracciones en materia de extranjería

En este ámbito, la **STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 156/2008), se pronuncia en relación a un supuesto ya comentado en crónicas anteriores: se trata de los casos en que, a partir de que la Inspección constata la presencia de determinadas mujeres extranjeras en un club realizando labores de alterne, se imputa la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 54.1.d) LO 4/2000, de 11 de enero, consistente en la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido previamente la correspondiente autorización de trabajo. En el litigio se discute la prueba de la dependencia laboral, cuestión sobre la que la Sala aplica la doctrina del Tribunal Supremo y admite su acreditación por la Administración mediante prueba indiciaria, confirmando en el caso la procedencia de la sanción:

“De cara a reputar acreditada la dependencia laboral respecto de la actora realizando la actividad de alterne resultaría excesiva la exigencia de prueba directa como mantiene la recurrente para acreditar la contratación de trabajadoras extranjeras sin haber obtenido previamente la correspondiente autorización para contratarlas, pues al ser dicha contratación sin autorización una actividad ilegal [la del artículo 54.1.d) de la Ley de Extranjería] sería impensable la plasmación en un documento de aquel negocio en que se especificase la vinculación o dependencia respecto a la entidad titular del establecimiento. Por tanto, es perfectamente válida la prueba indiciaria de cara a la demostración relativa a la contratación de dichas trabajadoras extranjeras sin haber obtenido previamente la autorización de trabajo, de modo que probados determinados hechos, que suelen ser constantes y habituales en este tipo de situaciones (local de alterne, asistencia regular al local con continuidad en el tiempo, percepción de retribución dineraria a comisión en función del número de consumiciones que logran que el cliente solicite y abone, local clasificado como local de ocio pub, que la actividad se desarrolla a primeras horas de la madrugada, admisión en el acta por las ciudadanas extranjeras de que tenían horario de madrugada), por enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano se pueda deducir el hecho consecuencia de aquella contratación, todo ello junto a la presunción de laboralidad prevista en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores.”

e) Infracciones por obstrucción a la labor inspectora

Por lo que se refiere al tipo infractor previsto en el artículo 50 LISOS, la **STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1105/2006), confirma la sanción por obstrucción impuesta a raíz de la negativa de dos trabajadores a permitir a las Subinspectoras el acceso a determinadas dependencias de la empresa, considerándose que se trata de un incumplimiento a un requerimiento de los funcionarios actuantes (artículo 11 Ley 42/1997).

A diferente solución llega la **STSJ de Extremadura de 23 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 243/2008), en atención al sujeto que protagoniza los hechos. En este pronunciamiento, el Tribunal anula la resolución administrativa sancionadora, en la medida en que la conducta infractora se había llevado a cabo por una persona física que no ostentaba la representación de la entidad mercantil, ni tenía relación con ella: en concreto, los hechos se habían realizado por el padre de la administradora única de la sociedad, que, a su vez, con anterioridad había sido también administrador único de la entidad hasta ser declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. En tal sentido, la Sentencia remarca la falta de título para imputar la responsabilidad a la empresa, pues “sólo quien formal y legalmente podría vincular a la sociedad podría hacerla responder de sus consecuencias”.

Distinto es el tema de debate en la **STSJ de Extremadura de 16 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1100/2007), en la que se discute sobre la competencia sancionadora a propósito de una multa de 12.020,24 euros, correspondiente a una sanción impuesta en su grado mínimo por la comisión de una infracción muy grave derivada de la negativa de la empresa a identificar o dar razón de los trabaja-

dores existentes en su centro de trabajo (artículo 50.4.a] LISOS). Dictada la resolución sancionadora por la Jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Badajoz, la Sentencia no aprecia incompetencia en su actuación, dado que la Orden TAS/2268/2006, de 11 de julio, aprueba la delegación de la potestad sancionadora del Director General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social en relación a las infracciones por obstrucción, sólo con la excepción de las calificadas como muy graves en su grado medio y máximo (cfr. artículo 4.3 RD 928/1998 y Disposición Transitoria Tercera RD 138/2000). En la medida, por tanto, de que, en el caso enjuiciado, la sanción se había impuesto en su grado mínimo, la Sala no observa defectos de competencia.

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) Trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). B) Extinción de contratos de trabajo. Concurso de acreedores. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Profesor especialista. Régimen administrativo determinado por previsión legal. B) Personal estatutario de los servicios de salud. C) Tutela del derecho de libertad sindical de una asociación profesional. D) Trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). **4. Conciliación extrajudicial. 5. Actos de comunicación procesal. Citación edictal. 6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de acción. D) Falta de legitimación activa. E) Inadecuación de procedimiento. F) Litispendencia. G) Prescripción. **7. Práctica de la prueba.** A) Prueba testifical. a) Error en su valoración. b) Denegación. B) Carga de la prueba. **8. Sentencia.** A) Motivación. B) Incongruencia. a) Inexistencia. b) Existencia. **9. Despido. Salarios de tramitación.** A) Exención. B) Descuentos. C) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. D) Incapacidad temporal. **10. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Legitimación. c) Resoluciones contra las que procede. B) Modificación de hechos probados. C) Infracción de la normativa. D) Nulidad de actuaciones. E) Cuestión nueva. **11. Recurso de queja. 12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Inadmisión por razón de la cuantía. B) Inexistencia de núcleo básico de contradicción. C) Imposibilidad de revisar hechos probados. **13. Ejecución de sentencia.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 13 al 16 (ambos inclusive) del año 2008 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2008, I.L. J 1635, declara la competencia del Orden Social para conocer de la reclamación de un TRADE. El actor, que prestaba servicios a la empresa desde el 2 de mayo de 1985, no había comunicado a la empresa su condición de TRADE. Sin embargo, la sentencia concluye que el actor disponía del plazo de un año para realizar esta comunicación desde la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en octubre de 2007, por lo que, producida la extinción el 5 de mayo de 2008 no había vencido el plazo para llevar a cabo esta comunicación.

B) Extinción de contratos de trabajo. Concurso de acreedores

La STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2008, I.L. J 2008, analiza la competencia del Orden Social para conocer de tres demandas individuales de extinción del contrato de trabajo, tras la anulación del auto del juez del concurso, en el que se aprobaban medidas colectivas extintivas durante la tramitación de un concurso de acreedores. Mediante esta anulación, no sólo se anularon las indemnizaciones pactadas, sino que se anuló el acuerdo de extinción colectiva debido a su carácter fraudulento. La sentencia declara la competencia del Orden Social para conocer de estas demandas, al no acreditarse la superación de los umbrales numéricos que delimitan las extinciones colectivas de las plurales y que hubiese atribuido la competencia al juez del concurso.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Profesor especialista. Régimen administrativo determinado por previsión legal

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1743, declara la incompetencia del Orden Social para conocer de una demanda por despido interpuesta por un profesor especialista en “interpretación de la Lengua de Signos” frente el Gobierno de Canarias. El RD 1560/1995, de 21 de septiembre, por el que se regula el régimen de contratación de profesores especialistas, prevé la sujeción de este tipo de contratos al régimen administrativo. En virtud de esta disposición, la sentencia estima la incompetencia de jurisdicción, a pesar de que en la relación del actor concurrían elementos determinantes de la relación laboral, ya que no es la clase de servicios la que determina el carácter de la relación, sino la existencia de una normativa que autorice y determine la adscripción de este tipo de relaciones al área administrativa.

XII. El Proceso Laboral

B) Personal estatutario de los servicios de salud

Se analiza en la STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2008, I.L. J 1651, la competencia del Orden Social para conocer de la demanda por reclamación de trienios planteada por una planchadora que ostentaba la condición de personal estatuario no sanitario del Servicio Extremeño de Salud, tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de salud. El TJSJ declara que, tras la entrada en vigor de dicha norma, son competentes para el conocimiento de los procedimientos instados por el personal estatutario de los servicios de salud los tribunales del Orden Contencioso-Administrativo, por cuanto la relación del personal estatutario con los respectivos organismos y servicios de salud se califica en su artículo 1 como “relación funcional especial”.

C) Tutela del derecho de libertad sindical de una asociación profesional

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de noviembre de 2008, I.L. J 1863, analiza qué orden jurisdiccional es competente para conocer de la vulneración de los derechos de igualdad, asociación y libertad sindical de una organización profesional agraria como consecuencia de una actuación de la Administración. La sentencia hace suya la doctrina del TC, en virtud de la cual concluye que la libertad sindical es predicable tan sólo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en ella el asociacionismo empresarial, ya que es incompatible con la naturaleza del propio derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores. Además, la pretendida actuación vulneradora no incide en el marco de las relaciones laborales, sino que se sustenta en actos y resoluciones administrativas. Por todo lo anterior, se declara la incompetencia del Orden Social para conocer este tipo de cuestiones.

D) Trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)

La STSJ de Cantabria de 9 de diciembre de 2008, I.L. J 2142, analiza la posibilidad de aplicar retroactivamente la atribución de competencia al Orden Social de los litigios surgidos en el régimen profesional de los TRADEs, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio. Sin embargo, la sentencia rechaza esta aplicación retroactiva, ya que de conformidad con el artículo 2 del Código Civil las leyes no pueden tener efectos retroactivos si no se prevé lo contrario.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

La STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2008, I.L. J 1799, declara que el trámite preprocesal del intento de conciliación previa tiene por finalidad un acuerdo que evite el inicio del proceso. La demandada pretende sostener que no tuvo conocimiento del trámite preprocesal de la conciliación previa, por cuanto ésta se interpuso, identificando a

la demandada por su nombre comercial y no por su denominación social. Sin embargo, la Sentencia rechaza esta argumentación en la medida en que la demandada recogió y se hizo cargo de todas las citaciones que se realizaron utilizando el nombre comercial, por lo que en ningún caso esta circunstancia le generó indefensión.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. CITACIÓN EDICTAL

La **STC 158/2008 de 24 de noviembre** (recurso de amparo 3783/2007), I.L. J 1759, declara la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en un supuesto en el que el juzgador realizó el emplazamiento edictal sin desplegar previa actividad indagatoria con los medios disponibles a su alcance (análisis de los autos, solicitud de aclaración a la demandante, indagación en registros mercantiles, fiscales y de la Seguridad Social).

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 18 de diciembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1731, confirma la caducidad de una segunda demanda de despido. Ésta se interpuso tras el archivo de una primera demanda por falta de subsanación de defectos. El Supremo establece que la primera demanda no suspendió el plazo de caducidad de la acción de despido. La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de septiembre de 2008**, I.L. J 1780, afirma que el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 41 ET en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, impide que se exija al trabajador demandante la aplicación del plazo de caducidad de 20 días hábiles. En una reclamación de despido, la presentación de la papeleta de conciliación no provoca la interrupción e inicio de un nuevo plazo de 20 días hábiles sino que, tratándose de un plazo sometido a caducidad y no a prescripción, tal presentación implica la suspensión y posterior reanudación del plazo. Es por ello que la **STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2008**, I.L. J 1992, confirma la caducidad de la acción de despido interpuesta. Resulta de interés la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de diciembre de 2008**, I.L. J 2026. En ella se establece que, si bien los sábados son inhábiles para el cómputo del plazo de 20 días establecido para accionar contra el despido, el cómputo del plazo de quince días hábiles desde la presentación de la papeleta de conciliación sin que se haya celebrado ésta (artículo 65.1 LPL) sí incluye los sábados, puesto que se trata de un procedimiento administrativo previo a la vía judicial.

B) Cosa juzgada

La **STSJ de Valencia de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1891, define la cosa juzgada positiva como la vinculación en un proceso de lo ya resuelto en otro precedente; re-

XII. El Proceso Laboral

cuerda esta sentencia que no se exige que el pleito nuevo sea una reproducción exacta del procedimiento anterior, sino que es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse. En este supuesto, existía ya una sentencia firme que resolvía una cuestión que la parte demandada pretendía poner en entredicho en el segundo procedimiento mediante la práctica de una prueba que le fue denegada, con acierto, por el Juzgado *a quo*. En un supuesto de revisión de la cuantía de una pensión en el que se discuten sus efectos retroactivos —existiendo ya una sentencia en tal sentido—, la **STSJ de Extremadura de 18 de noviembre de 2008**, I.L. J 1933, establece que la excepción de cosa juzgada (en esta ocasión en su vertiente negativa) es apreciable de oficio, frente a una ya muy antigua doctrina jurisprudencial que entendió que debía ser alegada por la parte.

C) Falta de acción

La **STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2008**, I.L. J 1844, aprecia falta de acción en un procedimiento por despido. En el caso de autos, la actora recibió carta de despido individual, contra el que accionó, si bien fue incluida en un ERE instando por la empresa (y autorizado). En la fecha de la celebración del juicio oral, el ERE era firme y la relación laboral estaba ya extinguida por tal motivo, por lo que el Tribunal concluye que la actora carece de acción para cuestionar el despido individual.

D) Falta de legitimación activa

El empresario estará activamente legitimado en los procesos sobre prestaciones de invalidez permanente cuando pretenda la revisión hacia un grado inferior de la invalidez de la que ha sido previamente declarado responsable, o cuando impugne la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones. Así lo declara la **STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2008**, I.L. J 1994, siguiendo sentencias previas de la misma Sala.

E) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 11 de diciembre de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1791, establece que en los procedimientos de selección de personal o promoción interna, al estar implicados los intereses de los trabajadores individuales que participan en el concurso, sólo es posible la impugnación por la vía del conflicto colectivo mientras se encuentre en fases anteriores a su resolución. Una vez que se han adjudicado plazas a determinados trabajadores, aunque sea de forma provisional, los adjudicatarios tendrán interés legítimo en defensa de sus intereses que no podrán hacer valer en la vía del conflicto colectivo, por lo que en tales supuestos, la impugnación de las decisiones de la empresa sólo se pueden encauzar a través del procedimiento ordinario. Por otra parte, la **STSJ de Valencia de 16 de septiembre de 2008**, I.L. J 1784, remitiéndose a varias sentencias del TS, afirma que sólo cabe apreciar inadecuación de procedimiento en supuestos excepcionales, y considera adecuado el

procedimiento de tutela del derecho de libertad sindical aun cuando el suplico contenga también una solicitud de declaración de nulidad de acuerdos alcanzados en negociación colectiva.

F) Litispendencia

La STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2008, I.L. J 1797, así como la STSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1902, recuerdan que esta excepción procesal tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido y, a tales efectos, exige no una mera conexión o identidad de alguno de sus elementos sino una identidad total (subjettiva, objetiva y causal).

G) Prescripción

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 8 de octubre de 2008, I.L. J 1636, establece que el plazo para la prescripción de un falta laboral no puede empezar a computar hasta que cesa la actividad antijurídica. En la misma línea respecto de las faltas continuadas, se pronuncia la STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2008, I.L. J 1966, e indica, además, que en el caso de ocultación de la falta el plazo de los seis meses (prescripción larga) no puede comenzar a computar hasta que cesó la actividad de ocultación del trabajador (en idéntico sentido, la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008, I.L. J 2020). Por su parte, la STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2008, I.L. J 1756, recuerda que el plazo de prescripción relativo a mejoras voluntarias de la Seguridad Social es de cinco años en aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.1 LGSS. La STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de noviembre de 2008, I.L. J 1926, reitera la doctrina según la cual, para el reconocimiento del derecho a las prestaciones, debe aplicarse la legislación vigente en la fecha del hecho causante (lo que llevó a considerar prescrita una solicitud de prestación de orfandad puesto que en la fecha del hecho causante tal prestación no era imprescriptible). La STSJ de Murcia de 17 de noviembre de 2008, I.L. J 2051, establece que la acción por despido tiene efectos interruptivos respecto de la prescripción del derecho a indemnización por despido objetivo no abonada con la entrega de la comunicación extintiva. En consecuencia, el plazo de la reclamación de cantidad se inicia una vez firme la sentencia que declaró la procedencia de los despidos objetivos.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Prueba testifical

a) Error en su valoración

La sentencia de instancia, dictada en un procedimiento ordinario, desestima la demanda y en uno de sus fundamentos de derecho basa sus razonamientos en el testimonio de

XII. El Proceso Laboral

un testigo que no compareció al acto de juicio. Es por ello que la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de octubre de 2008**, I.L. J 1704, declara la nulidad de la sentencia y las actuaciones procesales previas al señalamiento del juicio.

b) Denegación

Al decidir limitar el número de testigos, el Juzgado de lo Social correspondiente no dejó practicar a la demandada el interrogatorio de un concreto testigo, única prueba de la que disponía para acreditar parte de las imputaciones realizadas en la carta de despido. El resultado de esta denegación de prueba fue que dichas imputaciones no se consideraron acreditadas en la sentencia de instancia. La **STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2008**, I.L. J 1872, declara la nulidad de actuaciones retro trayéndolas al momento inmediatamente anterior al acto de la vista. Basa la sentencia tal fallo en que, en este caso, la práctica cuya prueba se denegó era necesaria ya que cumplía lo siguiente: (i) era pertinente y, por tanto, estaba destinada a acreditar un hecho relacionado con el proceso; (ii) era útil ya que pretendía demostrar un hecho sobre el que no existía conformidad; (iii) era legal, al no vulnerar ningún derecho fundamental ni suponer una actividad legalmente prohibida, y (iv) había sido solicitada en tiempo y forma.

B) Carga de la prueba

En un proceso en el que se denuncia la vulneración de derechos fundamentales, opera la inversión de la carga de prueba siempre y cuando la parte actora aporte indicios suficientes de dicha vulneración. En este sentido, la **STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008**, I.L. J 1856, declara que, al existir sólo una imputación general sobre el supuesto mobbing al que, según las actoras, les estaba sometiendo la empresa demandada, sin concreción de hechos o comportamientos concretos que pudieran ser atentatorios contra su dignidad, no opera la inversión de la carga de la prueba. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 1894. Esta sentencia, en un supuesto de vulneración del derecho a la libertad sindical derivado de la convocatoria de una huelga, declara que no procede la inversión de la carga de la prueba por cuanto el sindicato demandante no aporta indicio razonable de que los actos empresariales hubieran vulnerado tal derecho. A este respecto, argumenta el Tribunal que una nota informativa circulada por la empresa en respuesta a cada uno de los aspectos a los que se refería la huelga, responde a la facultad de toda empleadora para hacer consideraciones sobre tal convocatoria, lo que no suponía limitaciones para el ejercicio de tal derecho. También declaran la inexistencia de inversión de la carga de la prueba las **SSTSJ de Asturias –dos– de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 2005 y 2013. En ambos casos, la parte actora pretendía la nulidad del despido por vulneración de su derecho a la indemnidad, al considerarlo una represalia por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia considera que no se aportan indicios razonables de tal vulneración, ya que la decisión de extinguir el contrato de trabajo se produjo antes de que la parte actora –junto con otros demandantes– promoviera demanda contra la empleadora reclamando su condición de fijo de ésta. Por el contrario, la **STSJ de Valencia de 9 de diciembre de 2008**, I.L. J 2078, sí declara la inversión de la carga de la prueba. Se trata en este caso del despido de un trabajador quien, previamente a

su cese, se había presentado a las elecciones sindicales de la empresa en la candidatura de un sindicato. Se concluye por el Juzgador que existían indicios suficientes para permitir establecer una presunción sobre la existencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical y, por ello, correspondía al empresario destruir tal presunción mediante la acreditación de una causa objetiva y razonable de la medida disciplinaria adoptada; y al no hacerlo, procede declarar la nulidad del despido. Una vez más, las **SSTSJ de Extremadura de 4 de noviembre y de 30 de diciembre de 2008**, I.L. J 1867 y 2132, con cita de sentencias del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, insisten en que la carga de la prueba de la realización de horas extraordinarias y en días festivos corresponde a la parte que alega su realización –la parte actora–.

8. SENTENCIA

A) Motivación

En un procedimiento de despido, en el que la causa que lo fundamentó fue haber realizado ciertas tareas mientras el trabajador se encontraba en situación de IT, la **STSJ de Extremadura de 17 de julio de 2008**, I.L. J 1673, desestima en suplicación la alegación de falta de motivación de la sentencia. El recurrente denunciaba que en la sentencia de instancia no se motiva por qué se dio más credibilidad a una prueba pericial que a otra. El TSJ, con cita de la STS de 25 de enero de 2001, entiende que no existe tal falta de motivación porque para la observancia del artículo 97 LPL “(...) no es necesario exponer un discurso minucioso y exhaustivo aplicado a todas y a cada una de las pruebas concretas que se hayan practicado (...)”. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2008**, I.L. J 1800, también desestima la petición de nulidad de la sentencia de instancia –dictada en un proceso de despido– por falta de motivación. Alega la empresa recurrente que el relato fáctico de la sentencia de instancia parece más “(...) una opinión personal sobre el comportamiento de una empresa que un riguroso estudio de lo sucedido (...) produciendo indefensión a la que recurre (...)”. Razona el TSJ que la sentencia recurrida reúne todos los requisitos del artículo 97.2 LPL, pues no sólo no causa indefensión –no consta que a la demandada se le haya impedido replicar las posiciones contrarias– sino que la sentencia razona los argumentos por lo que llega a la conclusión que consta en su parte dispositiva, así como las razones por las que alcanza a las conclusiones fácticas que refleja el relato de los hechos probados.

B) Incongruencia

a) Inexistencia

La **STS de Extremadura de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1668, desestima la alegación de incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, a los efectos de que se declare la

XII. El Proceso Laboral

nulidad de dicha resolución. El recurrente en suplicación apoya su denuncia en el hecho de que el Magistrado de instancia no tuvo en cuenta la prueba testifical practicada, al no haber incorporado al relato de hechos probados lo que se acreditó mediante ésta. Razona el TSJ que en modo alguno puede calificarse como vicio de incongruencia omisiva la falta de convicción del Juez *a quo* sobre lo que el recurrente pretende, por cuanto esto atañe a la libre valoración de la prueba y no a la falta de respuesta de la resolución sobre la pretensión de la parte. También la **STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2008**, I.L. J 1776, declara la inexistencia de incongruencia de la sentencia de instancia recaída en un procedimiento de despido en el que se declara su improcedencia. Con cita de las SSTC 5/1990, 53/1991, 144/1991 y 183/1991, el Tribunal declara que el fallo de la sentencia de instancia se ajusta perfectamente a lo solicitado en el suplico de la demanda y, asimismo, que sus Fundamentos de Derecho examinan cada una de las faltas imputadas y su prescripción conforme a lo alegado por la demandante.

b) Existencia

En un procedimiento de reconocimiento de incapacidad profesional, la sentencia de instancia declaró la incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional de la parte actora. En trámite de suplicación, se revoca dicha sentencia y se declara que la incapacidad derivaba de enfermedad común apoyándose de oficio en el principio de que “quien pide lo más, pide lo menos”. La **STS de 23 de diciembre de 2008**, I.L. J 1726, estima la incongruencia de la sentencia dictada en sede de suplicación al entender que incurrir en vicio de incongruencia, pues existe un claro desajuste entre el fallo y los términos en que se plantearon las pretensiones, al conceder algo distinto a lo pedido.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Exención

En la **STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2008**, I.L. J 1793, se declara que no comunicar al trabajador la efectiva consignación judicial de la indemnización es un requisito formal cuyo incumplimiento no puede acarrear el pago de salarios de tramitación. En el supuesto enjuiciado, la empresa puso de manifiesto en la misma carta de despido el reconocimiento de su improcedencia y el hecho de que se iba a efectuar la consignación de la indemnización en el plazo de las 48 horas siguientes al despido. Habiéndose realizado efectivamente la consignación en tal plazo, fue el propio juzgado de lo social el que cursó comunicación al trabajador sobre la efectiva consignación, lo que acaeció antes de que se celebrara el preceptivo acto de conciliación administrativo. En instancia se condenó a la empresa al abono de los salarios de tramitación por incumplimiento del requisito de comunicación de la efectiva consignación. Sin embargo, el TSJ revoca la sentencia de instancia y declara que no se puede exigir de la empresa, a efectos de la aplicación razonable de la norma, una nueva y posterior comunicación sobre la consignación judicial, siendo válida a estos efectos la comunicación realizada por el juzgado de lo social. De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2008**, I.L. J 2016, reiterando el criterio sentado

por la STS 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 y firmando el trabajador el finiquito, exonera a la empresa de abonar salarios de tramitación. Según el Tribunal, 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) Descuentos

Cuando no logra acreditarse el período concreto durante el cual el trabajador despedido ha prestado servicios para otra empresa durante la tramitación del procedimiento, no es posible que la sentencia limite el devengo de los salarios de tramitación descontando cantidad alguna. Dicha cuestión deberá resolverse en fase de ejecución de sentencia. Así lo declara la STSJ de Valencia de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1838.

C) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

La STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2008, I.L. J 1866, 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 en el Juzgado de lo Social a efectos de evitar el devengo de salarios de tramitación. Además de que en este supuesto dicha desviación era de poca importancia (3%) respecto del total consignado, lo que despeja cualquier duda sobre el potencial ánimo fraudulento de la empleadora, concurría aquí la circunstancia de que las nóminas del trabajador no incluían las cantidades que había percibido en concepto de dietas, cuya naturaleza salarial era discutible al corresponderse con desplazamientos realizados por el trabajador. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2008, I.L. J 1818, declara la inexistencia de error excusable y, por consiguiente, la no aplicación de la exención establecida en el artículo 56.2 ET. El Tribunal fundamenta su decisión en que la actuación de la empresa fue fraudulenta y ajena a todo criterio de buena fe, pues percibiendo aquélla una cantidad superior a la que se hacía constar en las hojas salariales, el error en la consignación se debió a un comportamiento voluntario de la empresa “(...) dirigido a escamotear el derecho a la trabajadora al importe de la indemnización devengada (...)”. También declara la inexistencia de error excusable la STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2009, I.L. J 1799 y, en consecuencia, condena a la empresa al pago de salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia. En este caso, la actora había prestado servicios en una jornada de 30 horas semanales hasta dos meses antes de su cese, momento en el que pasó a realizar una jornada de 40 horas. En consecuencia, al haberse consignado una indemnización que correspondía al trabajo de una jornada inferior, no puede declararse que en su cálculo se hubiera cometido un error excusable que admita justificación.

XII. El Proceso Laboral

D) Incapacidad temporal

La situación de incapacidad temporal del trabajador despedido es incompatible con el devengo de los salarios de tramitación, pues aquella situación exonera de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo y, por ello, no concurre en este caso la propia naturaleza de los salarios de tramitación: la suma que es debida al trabajador equivalente a los salarios dejados de percibir hasta la notificación de la sentencia o hasta que el trabajador hubiere encontrado un nuevo empleo. Así lo declara la **STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008**, I.L. J 1952.

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La **STSJ de Valencia de 11 de noviembre de 2008**, I.L. J 1892, resuelve que la sentencia que declara el derecho de un trabajador a una licencia retribuida de dos días por muerte de un familiar no es susceptible de recurso de suplicación, no sólo atendiendo a los efectos económicos de los dos días de licencia retribuida (inferior a 1.803,4 euros), sino a que no hay afectación general, pues no hay muchos trabajadores en la misma situación fáctica que el demandante, sin que puedan confundirse las normas sobre el conflicto colectivo con las que permiten el acceso al recurso por la vía de la afectación general.

b) Legitimación

La **STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2008**, I.L. J 2115, estima que la parte demandada, a la que la sentencia ha absuelto en un procedimiento de despido, tiene no obstante interés legítimo para recurrir la sentencia. La sentencia recurrida da el tratamiento o naturaleza de contrato temporal por obra o servicio a un contrato de formación, lo que se pretende recurrir de contrario, por lo que se aprecia la excepcionalidad de existencia de un perjuicio para la parte recurrente, aunque fuera absuelta por haberse desestimado la demanda de despido.

c) Resoluciones contra las que procede

La **STSJ de Extremadura de 18 de julio de 2008**, I.L. J 1672, siguiendo la doctrina unánime de los tribunales superiores de justicia, establece que los autos que resuelven cuestiones exclusivamente de ejecución (bienes embargables, determinación de créditos preferentes, levantamiento de embargos, ...) no obtienen acceso al recurso de suplicación porque no resuelven puntos sustanciales controvertidos en el pleito y decididos en la sentencia. A pesar de la irrecurribilidad regulada en el artículo 138 LPL, la **STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2008**, I.L. J 1932, admite la vía del recurso de suplicación contra una

sentencia recaída en materia de movilidad geográfica, por cuanto la empresa no tramitó la medida de acuerdo con los requisitos formales establecidos en el citado artículo 40 ET.

B) Modificación de hechos probados

En materia de incapacidad permanente, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de octubre de 2008**, I.L. J 1660, desestima la modificación del hecho probado propuesto por el letrado del INSS. Razona la sentencia que, toda vez que a la hora de establecer el hecho probado, el juzgador *a quo* difiere del criterio del EVI sobre las limitaciones orgánicas del actor, ha de estarse a la valoración que el juez haya realizado respecto de la conexión real entre esas limitaciones y la profesión habitual del actor, sin que deba sujetarse al criterio del EVI al respecto. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de octubre de 2008**, I.L. J 1697, desestima la pretensión de modificación de hechos probados al amparo de documentos consistentes en demandas, nóminas y denuncias genéricos, porque tal pretensión ha de apoyarse en un documento o pericia, señalando específicamente el documento que da lugar a la revisión, y el error del juzgador se ha de inferir simplemente del documento alegado sin necesidad de hipótesis, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada, es decir, el error ha de ser evidente. En la misma línea, la **STSJ de Baleares de 12 de noviembre de 2008**, I.L. J 2044, no acoge la pretensión de revisión de hechos probados porque el recurrente no propone redacción alternativa, ni especifica las pruebas concretas que soportan la modificación ni, en definitiva, detalla los extremos cuya adición interesa.

C) Infracción de la normativa

La **STSJ de Extremadura de 4 de diciembre de 2008**, I.L. J 2162, desestima la pretensión del recurrente sobre incongruencia *ultra petitum* de la sentencia de instancia, no sólo porque el recurrente no aclara cuál es su pretensión, si la anulación de la sentencia o la supresión del pronunciamiento no pedido por las partes, sino porque además no mencionó en el recurso las normas del ordenamiento o la jurisprudencia que consideraba infringidas.

D) Nulidad de actuaciones

La **STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 2008**, I.L. J 1899, desestima un recurso de suplicación en el que se solicita la nulidad de actuaciones porque los medios de prueba que propuso fueron inadmitidos por el juzgador *a quo*. Sin embargo, el propio recurrente no hizo constar en el acta del juicio su expresa protesta contra la decisión del juez, lo que implica su pasividad, negligencia o error ante tal decisión y por ello no se puede hablar en este caso de vulneración de normas procesales ni de indefensión. En cuestión similar, la **STSJ de Valencia de 2 de diciembre de 2008**, I.L. J 2157 desestima la pretensión de nulidad de actuaciones por causa de la inadmisión por el juez de lo social de la prueba solicitada, resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos de la nulidad de actuaciones: infracción de normas o garantías de procedimiento relevantes, indefensión

XII. El Proceso Laboral

efectiva, criterio restrictivo, hacer constar la protesta en el acta y falta de culpa para la referida indefensión de quien la alega.

E) Cuestión nueva

La STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2008, I.L. J 1648, determina la inadmisión de la censura jurídica planteada por la parte recurrente. En la demanda se solicitaba la improcedencia del despido por razón de una cesión ilegal, mientras que la pretensión en el recurso se basa en el fraude en la contratación temporal. Se trata, por tanto, de una cuestión nueva invocada por primera vez en vía de recurso. En este mismo sentido se manifiestan la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1708 y la STSJ de Extremadura de 16 de octubre de 2008, I.L. J 1718.

11. RECURSO DE QUEJA

La STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2008, I.L. J 2071, inadmite un recurso de queja contra la inadmisión del anuncio de un recurso de suplicación. La Mutua recurrente, que pretendía recurrir en suplicación la correspondiente sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, anunció dicho recurso sin proceder a consignar correctamente la cantidad de la condena. El Juzgado de lo Social le requirió mediante providencia para completar la consignación, providencia que no fue recurrida en reposición (la Mutua pidió por el contrario aclaración de sentencia sobre determinados extremos de cálculo de base reguladora). Al no cumplir la Mutua la citada providencia, el Juzgado inadmite el anuncio de la suplicación. Pues bien, el tribunal especifica que el recurso de queja sólo hubiera cabido contra el auto resolutorio del recurso de reposición que el recurrente debió interponer contra la providencia inicial que requería subsanar la consignación.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Inadmisión por razón de la cuantía

La STS de 15 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 1763, inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina porque, tratándose de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, la cuantía mínima a efectos del recurso se establece en virtud del monto de las cuotas mensuales, que en este caso no superan los 18.030,36 euros cada mes, y no de la suma de liquidaciones de cuotas de varios meses.

B) Inexistencia de núcleo básico de contradicción

La STS de 12 de diciembre de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 1729, en una cuestión sobre trabajadores fijos discontinuos, estima que no existe identidad entre las sentencias comparadas porque la sentencia recurrida se refiere a un trabajador al que se le hacen

llamamientos cíclicos para realizar un mismo trabajo en un mismo período de sucesivos ejercicios anuales, mientras que la sentencia de contraste parte de la relación de una trabajadora a la que se hacen llamamientos no cíclicos, sino por necesidades eventuales.

C) Imposibilidad de revisar hechos probados

La STS de 15 de diciembre de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 1813, siguiendo la reiterada doctrina de la Sala, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de interés casacional toda vez que no es posible, al amparo de este excepcional recurso, revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de prueba, pues el error de hecho no puede fundar un recurso de este tipo ni de forma directa, ni indirectamente.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En virtud del principio de ejecución de las sentencias en sus propios términos, la STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2008, I.L. J 1995, en resolución de un recurso de suplicación contra la resolución de un juzgado en fase de ejecución de sentencia, determina que si la sentencia que declara el despido improcedente solamente menciona la condena al pago de una indemnización, sin hacer referencia –ni expresa ni genérica– al pago de salarios de tramitación y, dicha sentencia no ha sido debidamente recurrida por el trabajador, no se puede pretender en fase de ejecución que se declare ni se ejecute una condena que no ha sido expresamente prevista.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

RAÚL BOO VICENTE

JORGE GOROSTEGUI ARRIERO

JUAN REYES HERREROS

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario**

Consideraciones preliminares. 1. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad. A) El expediente administrativo del recargo de prestaciones: inexistencia de caducidad. B) Requisitos. a) Incumplimiento del deber de seguridad. b) Imputación del incumplimiento. c) Relación de causalidad. C) Criterios para fijar la cuantía del porcentaje. D) Presunción de inocencia. E) Órgano competente. **2. La responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales.** A) Naturaleza de la responsabilidad empresarial. B) Requisitos. C) Alcance del deber de seguridad. D) Exoneración de la responsabilidad empresarial por imprudencia del trabajador: no procede. E) Alcance de la responsabilidad entre empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial. F) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista. G) Deber de colaboración entre empresas que desarrollan simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo: responsabilidad solidaria. H) Alcance de la responsabilidad de los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas XIII a XVI de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia del año 2008.

Las novedades principales respecto de anteriores reseñas se refieren, fundamentalmente, a la no aplicación del derecho a la presunción de inocencia en relación con el recargo de prestaciones, al alcance de la responsabilidad entre empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial; al deber de colaboración entre empresas que comparten un mismo centro de trabajo, y al alcance de la responsabilidad del fabricante ex artículo 41 de la LPRL.

1. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**A) El expediente administrativo del recargo de prestaciones: inexistencia de caducidad**

La STSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1676, deniega la prescripción del expediente del recargo de prestaciones, ya que no deriva de la potestad sancionadora de

la Administración, que se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa, sino de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo. Muestra de ello es que el procedimiento del recargo no se inicia a instancia de parte sino de oficio por la Inspección de Trabajo. Además, al tratarse de un procedimiento del que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo sin que se produzca por sí sola la prescripción de las acciones del particular.

En su fallo la **STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 1893 recuerda, igualmente, que no procede la caducidad del expediente por el transcurso del plazo de 135 días, puesto que el recargo no es una sanción ni tampoco puede configurarse como un acto cuyo contenido se agota en la producción de efectos desfavorables o de gravamen sobre el empresario. Esto es así porque el procedimiento no se desarrolla en el marco de una relación bilateral ente la Administración y el empresario infractor, sino el marco más complejo de la denominada actividad arbitral de la administración, en la que ésta decide entre dos privados.

En parecido sentido, la **STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008**, I.L. J 1855, recuerda, asimismo, que se excluye el recargo de la aplicación de la suspensión del expediente del artículo 16 de la OM de 18 de enero de 1996, siguiendo la doctrina del TS, que se basa en que la única suspensión prevista en la Ley es la del procedimiento sancionador y que el reconocimiento del recargo ha de seguir la misma regla de la prejudicialidad no devolutiva que se aplica en el proceso social, de modo que se separa el reconocimiento del recargo del reconocimiento previo, penal o administrativo, sobre la existencia de una infracción o sanción. Además, no estamos ante un procedimiento sancionador sino de reconocimiento de derechos para el beneficiario.

B) Requisitos

a) Incumplimiento del deber de seguridad

La **STSJ de Cataluña de 4 de noviembre**, I.L. J 1985, explica que se requiere, en primer lugar, la existencia de un incumplimiento general, por parte del empresario, de la obligación de seguridad y de los deberes preventivos específicos. En relación con la obligación general de seguridad que vincula al empresario, como destinatario del deber de prevención-seguridad-protección frente a los riesgos laborales que se proyectan sobre el personal a su servicio, dos son sus objetos. De un lado, un objeto mediato, la protección de la vida, integridad y salud de los trabajadores, cualquiera que sea el vínculo contractual a cargo del empresario, sea público o privado, dada la conexión entre la posición de débito empresarial y su condición de garante de la eficacia horizontal del derecho fundamental del artículo 15 CE, del cual es titular el trabajador y que debe ser respetado sin límites en el marco del contrato de trabajo. De otro, un objeto inmediato, identificable como la conducta prestacional del empresario, que comprende tanto obligaciones preventivas de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

medios como de resultado. Así, el deber de prevención del empresario, entendido como un deber de prevención de contenido vario, es una actividad multiforme sujeta a parámetros de un diligencia que se ha conceptualado como máximas de diligencia ordinaria exigibles a un empresario normal comparados a los fines de la convivencia industrial. Esta tesitura presenta una serie de especificaciones legales que la especifican pero no la agotan, dado el carácter dinámico, variable, mutable y adaptable a las vicisitudes del proceso productivo.

En cuanto al deber de protección comprende la instauración de todas la medidas adecuadas para la prevención de riesgos en todas las fases y circunstancias del proceso productivo, que no es sino una manifestación del principio de seguridad integrada que incorpora la prevención en toda la organización del proceso productivo.

Todo ello es consecuencia de que se ha impuesto una interpretación amplia y dinámica de la noción de seguridad del empresario, lo que implica que el incumplimiento de una medida preventiva, general o particular, activa el recargo de prestaciones. Por ello, el empresario deberá acreditar que ha actuado con la máxima diligencia de cara a la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores, cumpliendo toda la normativa. A su vez, cuando medie caso fortuito, fuerza mayor o el riesgo fuera inevitable o imprevisible no procederá el recargo porque estamos ante una responsabilidad cuasiobjetiva y no objetiva.

b) Imputación del incumplimiento

En segundo lugar, la falta de adopción de medidas ha de resultar imputable al empresario infractor a título doloso o culposo. La falta de diligencia del empresario es la que activa el recargo, siempre que aquélla entre dentro del círculo de imputación subjetiva, esto es, dentro de los parámetros de previsibilidad y evitabilidad, quedando fuera la fuerza mayor y el caso fortuito, que suponen la imprevisibilidad del siniestro. Lo que supone que si no puede imputarse a la empresa dolo, culpa o negligencia, no debe declararse su responsabilidad en cuanto al recargo (STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2008, I.L. J 1985).

c) Relación de causalidad

En tercer y último lugar, debe de existir un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física del trabajador y la conducta pasiva del empresario, consistente en omitir las medidas de seguridad impuestas por la legislación vigente, excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento se produce de manera fortuita, de manera imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empresario de alguna norma de prevención (STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1854; en idéntico sentido las SSTSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1676; de Madrid de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1955, y de Cataluña de 20 de noviembre, I.L. J 1996 y de 11 de diciembre de 2008, I.L. J 2094).

En concreto, la STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1688, no admite como causa de ruptura del nexo causal la insuficiencia de datos sobre la forma en que se produjo el accidente de trabajo pues su existencia se infiere del conjunto de circunstancias concu-

rentes. Por lo tanto, hay que verificar si los hechos del caso son suficientes para apreciar la relación de causalidad. Al respecto hay que partir de una doble consideración. De un lado, que la conexión puede ser de causalidad o concausalidad, lo que en su caso incidirá en el porcentaje del recargo, sin que sea necesario que la infracción sea la causa exclusiva del accidente. De otro, que la relación de causalidad no ha de acreditarse de manera indubitada, porque ello supondría colocar a las víctimas en situaciones de gran dificultad o imposibilidad probatoria, tanto más si se tiene en cuenta que la empresa ejerce el total control de la actividad desplegada y de los equipos de trabajo, bastando que se acredite en términos de probabilidad que los incumplimientos empresariales han sido concausa influyente –desencadenante o agravante– del accidente.

En este caso la empresa no identificó el riesgo ni informó de su existencia y tampoco indicó el modo de eludirlo y afrontarlo en el caso de que se materializase a fin de eliminar o reducir el daño. Por ello, dadas las deficiencias preventivas reseñadas y el resultado dañoso, existe una relación de causalidad correcta.

C) Criterios para fijar la cuantía del porcentaje

La STSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1676, ratifica la cuantía del 40% del recargo, ya que la infracción se acreditó como grave y no se demostró la imprudencia temeraria del trabajador. En este sentido, cabe recordar que el artículo 123 LGSS no contiene criterios precisos de atribución del porcentaje, pero sí indica una directriz general para su concreción judicial, que es la gravedad de la falta. Para ello, el juez deberá de tener en cuenta una serie de conceptos normativos como son la peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores afectados, la actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención o las instrucciones impartidas por el empresario para observar la normativa vigente.

En idéntico sentido cabe citar las SSTSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008, I.L. J 1688; de Asturias de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1854 y de Cataluña de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1942. Un mención especial merece la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1955, que es el único que reduce el porcentaje, ya que la falta fue considerada grave pero en su grado mínimo, al no haber tenido en cuenta el principio de proporcionalidad.

D) Presunción de inocencia

La STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 2008, I.L. J 1893, señala que la presunción de inocencia no es aplicable al recargo de prestaciones porque no tiene formalmente el carácter de una sanción tipificada como tal por la ley con independencia de que pueda cumplir una función preventiva. Tampoco la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2008, I.L. J 1996, la aplica, ya que para este Tribunal lo importante es que exista una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilística por acción u omisión,

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido.

E) Órgano competente

La STSJ de Castilla y León de 14 de noviembre, I.L. J 1971, recuerda que el órgano competente para la ejecución del recargo es el judicial y no el administrativo.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Naturaleza de la responsabilidad empresarial

La STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2008, I.L. J 1942, indica que la responsabilidad del empresario es de tipo causal, que comprende los actos y omisiones generados en la actividad empresarial y que supongan una infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo. Ello implica una exclusión de los supuestos de responsabilidad objetiva al necesitar su nacimiento una relación de causalidad entre la acción u omisión del empresario y el resultado lesivo producido.

B) Requisitos

Las SSTSJ de Valencia de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1741 y de 2 de diciembre, I.L. J 2081, siguiendo la doctrina del TS, dictada en su fallo de 12 de julio de 2007, indica los requisitos para que concurra responsabilidad del empresario por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, partiendo del principio de que el deber de vigilancia es de la empresa por lo que la conducta omisiva del empresario es la causa eficiente del daño producido al trabajador.

- a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, bastando con que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador.
- b) Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador.
- 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.

C) Alcance del deber de seguridad

La STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1854, señala el alcance del deber de protección del empresario. En este sentido, los artículos 4.2.d) y 19.1 del ET, establecen como un derecho básico de la relación laboral el deber de seguridad de los trabajadores

en la prestación de sus servicios, así como su derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. A su vez, los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la LPRL, especifican el contenido de deber de protección del empresario. Por todo ello, de la normativa actual se deduce que estamos ante una obligación incondicionada y prácticamente ilimitada, que obliga a adoptar todas las medidas de protección necesarias, protección que se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador, incluidas las distracciones. No quiere decir ello que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente una violación de las medidas de seguridad pero sí que las vulneraciones de los mandatos de seguridad ha de implicar en todo aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones. En este caso concreto, se apreció vulneración de dicho deber por la falta de información a los trabajadores sobre las instrucciones para realizar el trabajo.

En idéntico sentido cabe citar las **SSTSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2008**, I.L. J 1657 y de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1955; de **Baleares de 17 de octubre de 2008**, I.L. J 1676; del **País Vasco de 7 de octubre de 2008**, I.L. J 1688; de **Valencia de 14 de noviembre de 2008**, I.L. J 1893, y de **Cataluña de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1942; de **20 de noviembre**, I.L. J 1996 y de **11 de diciembre de 2008**, I.L. J 2094.

La **STSJ de Valencia de 9 de diciembre de 2008**, I.L. J 2155, ahonda un poco más en esta cuestión señalando que existe una obligación empresarial de garantizar a los trabajadores que prestan servicios bajo su dependencia una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, tal y como se deduce del artículo 19.1 ET y que la propia LPRL recoge una deuda de seguridad que todo empleador asume con sus trabajadores. El deber de vigilancia que se impone ha de valorarse con criterios de racionalidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario colaborador a los fines de convivencia industrial, en cuanto que le impone que la prestación de trabajo se realice en condiciones de seguridad. Y la **STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008**, I.L. J 1855, entiende que existe incumplimiento porque se modificó el sistema de trabajo sin que se evaluara dicho cambio ni se identificaran los riesgos.

D) Exoneración de la responsabilidad empresarial por imprudencia del trabajador: no procede

La **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2008**, I.L. J 1657, estima que la negligencia coadyuvante de la víctima no exculpa la responsabilidad del empresario, que sólo procedería si existiese una preponderación absoluta de la imprudencia del trabajador. En idéntico sentido, las **SSTSJ de Baleares de 17 de octubre de 2008**, I.L. J 1676 y de **Cataluña de 3 de noviembre de 2008**, I.L. J 1942.

Ello es consecuencia de que el deber de vigilancia es de la empresa, por lo que la conducta omisiva del empresario es la causa eficiente del daño producido al trabajador. La imprudencia profesional o exceso de confianza no tiene entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de responsabilidades a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a los trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

higiene en el trabajo. Además, la propia LPRL prevé la distracción o imprudencia profesional que pudieran cometer los trabajadores, tal y como lo expresa la STSJ de Valencia de 14 de octubre de 2008, I.L. J 1741.

E) Alcance de la responsabilidad entre empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial

La STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2008, I.L. J 1657, desestima la existencia de responsabilidad solidaria a la hora de imponer el recargo de prestaciones al entender que las dos empresas involucradas no pertenecen al mismo grupo empresarial puesto que la empresa sancionada es una mera designación comercial, que carece de personalidad jurídica propia, y que tampoco tienen ninguna relación con la actividad productiva de la empresa principal. Por lo tanto, no existe confusión patrimonial.

F) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista

En las SSTSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1824, y de 5 de noviembre de 2008, I.L. J 1990, indica que la responsabilidad de la empresa principal no deriva de que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de ella, sino que lo decisivo es que el trabajo se desarrolle bajo el control y la inspección de la empresa principal o en relación con lugares, centros de trabajo o dependencias de ésta y que, además, los frutos del trabajo y consecuencias del trabajo repercutan en ella, produciéndose una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal. Por todo ello, es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste.

Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.

En el caso analizado en la STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1855, se determina la existencia de responsabilidad solidaria ya que el plan de prevención no fue aprobado por el Coordinador de la obra de la empresa principal. Para ello, trae a colación el concepto de propia actividad de la STS de 24 de noviembre de 1998 que entiende por el mismo “actividad inherente a la actividad de la principal”, sin que las labores no nucleares queden excluidas de la propia actividad. Además, no se puede olvidar que la infracción se produce en el centro de trabajo de la empresa principal. Y en la STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2008, I.L. J 1990, también porque la actividad que lleva la empresa contratada va más allá de la mera distribución incluyéndose en el proceso productivo.

G) Deber de colaboración entre empresas que desarrollan simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo: responsabilidad solidaria

La STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2008, I.L. J 1824, delimita el deber de colaboración en la aplicación de las medidas de seguridad entre empresas que desarrollan simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo. Así, en el supuesto de que se produzca una infracción su alcance afecta a todos los empresarios ya que, de conformidad a la normativa vigente, estamos ante una responsabilidad de carácter solidario. En este caso concreto, no se habían adoptado las medidas de coordinación suficientes, no existía una previa evaluación de los riesgos; tampoco se había designado un coordinador en materia de seguridad y salud en los términos del artículo 12.24.a) del RDL 5/2000, de 4 de agosto y, por último, no se había informado al trabajador. Es cierto que no se puede imponer una exigencia de un control máximo y continuado que, ciertamente, podría hacer ineficaz un determinado modelo productivo pero sí puede exigirse un control efectivo, lo que en este caso no se ha producido.

También la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2008, I.L. J 1955, estudia un supuesto parecido. En este sentido, las medidas de protección alcanzan a todas las empresas que se encuentren desarrollando actividades en un mismo centro de trabajo por lo que todas las empresas están obligadas a observar las medidas de prevención necesarias para eludir los riesgos (artículo 24 LPRL y RD 171/2004). En definitiva, el legislador ha querido que todos aquellos empresarios que concurren en un mismo centro de trabajo adopten las medidas de prevención necesarias para evitar la concurrencia de actividades que hagan más peligrosa o arriesgada la actividad laboral de los trabajadores que allí intervienen, de forma que, al evaluar los riesgos y planificar su actividad, cada empresario deberá tomar en consideración los riesgos que las empresas concurrentes pudieran tener e incidir en la suya.

H) Alcance de la responsabilidad de los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo

La STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2008, I.L. J 1990, determina la no extensión de la responsabilidad solidaria a los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, tanto por la naturaleza sancionadora del recargo como por la adecuada hermenéutica de la normativa de aplicación.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ÉLISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

L. PÉREZ CAPITÁN

La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial

[Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2009, 182 páginas]

MAUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

La determinación del efecto de la imprudencia del trabajador en la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo mantiene, pese a tratarse de una cuestión añeja, un cierto halo de misterio o de falta de resolución; se presenta todavía como uno de los más inextricables y complejos problemas en materia de prevención de los riesgos laborales, cuestión que resulta, sin embargo, de extrema relevancia para una aplicación correcta de la imputación objetiva de la responsabilidad al empresario.

La doctrina científica y judicial se debaten entre la irrelevancia de la conducta del trabajador y su relevancia en los casos en que la conducta misma del trabajador presenta caracteres de temeridad o de imprudencia y el empresario incumple, a su vez, sus deberes de prevención, manteniendo la duda sobre la exigibilidad o no y el reconocimiento, en su caso, del efecto reductor o exonerador de responsabilidades para el empresario. Dada la “precariedad normativa” y la ausencia de una correlación objetiva entre estas dos variables aleatorias, no es de extrañar que aparezcan soluciones tan peculiares como arbitrarias, y tan diferentes como contradictorias.

En este marco difuso, carente de recursos hermenéuticos precisos, se adentra el autor

de este libro con el objeto de aclarar el carácter declinable o indeclinable de la responsabilidad del empresario en razón al grado de contribución del trabajador víctima a la causación del accidente laboral con su conducta imprudente, sometiendo a comparación el comportamiento de los tribunales en cada uno de los distintos órdenes jurisdiccionales en que se sustancian cada uno de los variados tipos de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo.

La obra no es una simple recopilación sistematizada de sentencias donde se ordenan las distintas corrientes de la doctrina de los tribunales en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, sino que es, además, un trabajo doctrinal, la realización de una propuesta teórica de sólido calado jurídico, totalmente innovadora, sobre la extensión de la responsabilidad del empresario, que va más allá de ofrecer una consideración sobre los presupuestos y requisitos comunes de la figura de la imprudencia, incidiendo en criterios externos, que deben recabarse del propio deber de seguridad.

La tesis que propone Luis PÉREZ CAPITÁN es la de delimitar la responsabilidad del empresario, en función, no de la conducta del trabajador y su calificación como temeraria o profesional, sino de la extensión de la obligación empresarial. Aboga, así, por desvincular la responsabilidad empresarial del comportamiento del trabajador y por ligarla al puro cumplimiento de sus obligaciones y a la previsibilidad del riesgo, de forma que el empresario responda de los incumplimientos materiales (falta de medidas de protección) y de aquellas imprudencias previsibles, pero sin llegar a excluir tampoco el juego aplicativo de la imprudencia del trabajador, pues reconoce que debe desempeñar algún papel, si bien algo más subalterno, ya sea para matizar la cuantía en el caso de la responsabilidad civil, o para aquilatar el porcentaje aplicable en el su-

puesto del recargo de prestaciones, en función de la contribución a la actualización del nexo causal.

J.A. ESPEÑO SANTIAGO, F. FERNÁNDEZ ZAPICO, M. ESPEÑO EXPÓSITO y B. FERNÁNDEZ MUÑIZ

Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 13ª ed., Valladolid, 2009, 430 páginas]

LEX NOVA

El presente manual está especialmente dedicado a aquellas personas que, habiendo seguido el curso correspondiente a la parte obligatoria y común del curso superior de Prevención de Riesgos Laborales, pretendan continuar sus estudios y cursar la especialidad de Seguridad en el Trabajo.

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, estructuradas en catorce capítulos, los cuales vienen a ser una fiel representación de casi toda la población trabajadora, sin perjuicio de poder extrapolar las indicaciones aquí recogidas a otros sectores de actividad, dado que algunas instalaciones, equipamientos o puestos de trabajo son comunes.

Dicho análisis se realiza tomando en consideración factores como el volumen de trabajo, número de personas expuestas al posible perjuicio y el propio riesgo o porcentaje de que éste ocurra como consecuencia del desempeño de tales funciones.

Por otro lado, se ha tratado de adaptar la metodología a la gran variedad de activi-

dades analizadas: unos temas recogen una evaluación completa de los riesgos de una empresa, y en otros se presentan los documentos legales y técnicos necesarios para realizarla, acompañados de los comentarios precisos para efectuar las aclaraciones o matizaciones necesarias.

La decimotercera edición resalta las principales ideas para guiar la argumentación, añade resúmenes en cada tema e incluye cuestionarios de autoevaluación.

En definitiva, sirviéndose de la obra se hallan respuestas y soluciones fácilmente asimilables y comprensibles para el lector a los múltiples problemas y conflictos de empresas que tan cotidianamente surgen en la esfera de la seguridad de los trabajadores durante el desempeño de sus trabajos.

Finalmente, hay que resaltar el hecho de que la publicación haya alcanzado una 13ª edición como prueba del éxito conseguido dentro de un mercado tan complejo como el de la prevención de riesgos laborales.

A. BENAVIDES VICO

Guía práctica de nóminas y seguros sociales. Cómo resolver las dudas e incidencias más habituales

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, junio 2009, 550 páginas]

LEX NOVA

La confección de las nóminas y de los seguros sociales de la empresa constituye, sin lugar a dudas, una de las gestiones más significativas dentro del ámbito de la administración de personal y de la gestión de los recursos humanos, tanto por su habitualidad y periodicidad como por la trascendencia y relevancia que conlleva el abono de los salarios, en cuanto que obligación fundamental de la empresa respecto a los trabajadores, así como la cotización a la Seguridad Social

y las retenciones a practicar a cuenta del IRPF, dadas las importantes repercusiones que puede tener para la empresa un inadecuado cumplimiento de estas obligaciones.

En la configuración de la nómina y de los seguros sociales, confluye una variada y compleja normativa, con normas propiamente laborales, disposiciones de Seguridad Social, normas sobre prestaciones, así como legislación tributaria.

Además de esta dispersión formativa, la propia dinámica de las múltiples situaciones de incidencia que se pueden producir sobre la situación ordinaria de gestión hace intervenir innumerables variables que es preciso abordar con sus respectivas especialidades (ausencias injustificadas, incapacidad temporal, pluriempleo, huelga, etcétera).

Constituye la parte esencial y básica de esta publicación, el análisis práctico, en primer lugar, de todos los aspectos relacionados con la confección de la nómina y, posteriormente, del procedimiento de ingreso tanto de las cuotas de Seguridad Social, a través de los documentos de cotización correspondientes, como de las cantidades retenidas a cuenta del IRPF, con las especialidades en esta materia de las normas tributarias de las Comunidades Autónomas con normativa propia del IRPF como la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Junto a esa parte esencial del curso, se incide en aspectos complementarios que pueden servir tanto para el adecuado conocimiento de estas materias esenciales, como de herramienta de consulta en otras materias conexas, como las bonificaciones de cuotas o el análisis práctico de las prestaciones de Seguridad Social.

Para incidir en el aspecto práctico del manual, junto al texto explicativo de las materias analizadas, se acompañan una serie de criterios administrativos y de jurisprudencia de interés para su mejor interpretación.

A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ

El recurso de suplicación: cuestiones prácticas, jurisprudencia, formularios y preguntas con respuesta

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, mayo 2009, 222 páginas]

LEX NOVA

Desde hace más de 50 años, el colectivo de graduados sociales viene reivindicando, primero al Estado, después al Poder Legislativo y, también, cómo no, al Ejecutivo, la necesidad de que la Ley de Procedimiento Laboral establezca la posibilidad de que este colectivo firme el recurso de suplicación.

Algunos autores han escrito con acierto sobre la cuestión procesal del recurso de suplicación, pero nunca nadie con tanta valentía y, sobre todo, con tanta rigurosidad jurídica como el de este libro.

En definitiva, estamos ante un libro muy especial para todos los estudiosos del Derecho del Trabajo y, sobre todo, para el colectivo de graduados sociales, pues no en vano el tratamiento que en él se hace a nuestra profesión es a todas luces un acierto y lleva expresamente el deseo de que de una vez por todas el Poder Legislativo, ayudado por el Poder Ejecutivo, haga Justicia a una profesión que gestiona las relaciones laborales de este país.

Gracias a esta obra, los profesionales del Derecho del Trabajo, los estudiantes de relaciones laborales y las organizaciones sindicales y empresariales, tendrán una referencia única y exclusiva a la hora de hacer valer un derecho constitucional tan importante como es el recurso de suplicación.

En este libro se analizan de forma práctica las siguientes cuestiones: naturaleza del recurso

de suplicación, órgano competente, legitimación para interponer el recurso, resoluciones recurribles y no recurribles en suplicación, determinación de la cuantía a efectos del recurso, objeto del recurso, anuncio del recurso, interposición e impugnación del recurso, actos ante la sala del tribunal superior de justicia, resolución del recurso.

Asimismo, se incluye toda la Jurisprudencia más relevante de cada una de sus fases procesales. También se incorporan los formularios necesarios para que el profesional tenga una plantilla a partir de la cual pueda confeccionar sus propios escritos. Por último, se recogen todas aquellas preguntas que con mayor frecuencia se suele plantear el profesional cuando tiene que realizar un trámite, obteniendo una respuesta práctica para resolver su duda, a la que se incorpora el criterio jurisprudencial aplicable a cada supuesto. Así pues, la finalidad de este libro es proporcionar al profesional del Derecho Laboral todos los elementos necesarios para realizar con garantía los trámites complejos del recurso de suplicación.

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ

Ergonomía y psicología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 13ª ed., Valladolid, mayo 2009, 574 páginas]

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su decimotercera edición, se pretende incorporar más herramientas y nuevos casos prácticos que ayuden al futuro ergónomo y le sirvan de argumento para contribuir a la consecución de empresas responsables y sanas. Se intenta crear una nueva cultura que ponga en práctica una eficaz prevención de las enfermedades musculoesqueléticas. Se plantea de forma integral la reducción del absentismo, el aumento de la satisfacción en el trabajo o la salvaguarda de los principios éticos en el entorno laboral.

Este manual para la formación cumple con la misión de ayudar a reflexionar y a cambiar algunas situaciones laborales a partir del análisis de la actividad de trabajo tanto por quienes están más directamente implicados en la protección de la seguridad y la salud como por aquellos que desde la máxima responsabilidad empresarial deben competir día a día por la supervivencia de su organización ya que las condiciones de trabajo tienen influencia no sólo sobre la seguridad y la salud de los trabajadores sino también sobre la productividad, y una de las finalidades de esta disciplina es alcanzar el equilibrio entre estos dos objetivos. El libro comienza con una introducción y definición de la Ergonomía, relacionándola con los diversos campos de aplicación, como la arquitectura, el transporte, el diseño de productos y la justicia, estableciendo, además, los métodos de análisis de las condiciones de trabajo.

El ambiente físico es abordado con proyección no sólo sobre el propio trabajador sino también con respecto al desempeño de la actividad profesional, analizándose aspectos como la Ergoacústica y los efectos del ruido, el ambiente climático o la iluminación. Asimismo, se incluye el análisis del diseño de puestos y espacios de trabajo, ya que el ergónomo, como ingeniero del factor humano, ha de contribuir a crear espacios de trabajo adaptados a los hombres.

Los factores de riesgo psicosociales existen, no están en la mente del trabajador; forman parte de las condiciones de trabajo y deben estar en la evaluación de riesgos. Es por esto por lo que se hace especial hincapié en el estudio de la carga mental y el estrés, con descripción de los tipos específicos, como el producido por el acoso psicológico en el trabajo también llamado *mobbing*, el síndrome del “quemado” o las diversas patologías de índole psicosocial como, por ejemplo, la adicción al trabajo, el acoso sexual o la violencia en el entorno laboral.

Este libro es un instrumento básico para quienes realicen los estudios conducentes al título de prevención

nistas de nivel superior en esta especialidad, y también para quienes desde el campo preventivo o desde fuera sientan un especial interés por la Ergonomía y Psicología y puedan comprender el potencial de dominio y utilidad de una disciplina que estudia la actividad humana y en particular la actividad laboral.

En este manual el autor aborda la ergonomía y psicología aplicada de manera lisa, clara, inteligente e intuitiva lo que nos permite traspasar sin esfuerzo estos conocimientos a nuestra realidad laboral. Es, por tanto, un compendio de todo lo que un buen profesional debe saber, comprender y poner en práctica.

A lo largo de estas trece ediciones, se han ido incorporando cuestionarios de autoevaluación y numerosos ejemplos explicativos y gráficos con el objetivo de ayudar al lector a comprender mejor la materia. Un CD-ROM con normativa y documentación complementaria, que permite acceder a contenidos gratuitos *on line* sobre esta disciplina, completa la obra. De esta forma, el libro se ha convertido en un excelente instrumento para cursar esta especialidad, lo cual se evidencia en el hecho de que estemos ante su decimotercera edición.

VVAA (coordinador: I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ)

Formación superior en prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común

[Lex Nova, 4ª ed., Valladolid, mayo 2009, 700 páginas]

LEX NOVA

La experiencia docente de los autores constituye la base fundamental sobre la que se basa la utilidad de este manual que desarrolla el programa oficial de formación –parte obligatoria y común– para desempeñar las funciones de técnico superior de prevención de riesgos laborales, con arreglo al Anexo VI del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, aportando una mayor agilidad, que favorece la difusión y el conocimiento de estas normas en las pequeñas organizaciones.

Contiene, al final de cada apartado, un breve resumen que facilita la comprensión y memorización de las materias e incluye un CD-ROM con documentación complementaria, normativa y acceso a contenidos *on line* de prevención de forma gratuita; asimismo, incorpora una aplicación para cumplimentar los cuestionarios de autoevaluación de cada tema que permiten valorar el nivel de conocimiento adquirido.

E. MARTÍN PUEBLA

El sistema de formación profesional para el empleo

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, junio 2009, 242 páginas]

LEX NOVA

La formación y la cualificación profesional de los trabajadores es, en opinión ampliamente compartida, uno de los principales factores de competitividad en la economía del conocimiento. En un mundo cada vez más globalizado, en el que los intercambios de mercancías y de capitales son cada vez más frecuentes, el nivel educativo y la preparación profesional de la población constituyen un activo que todo país debe cuidar al máximo si quiere estar en condiciones de competir con garantías de éxito con otros países que por razones históricas, geográficas o de otro tipo tienen ventajas competitivas en otros ámbitos.

La preocupación por el nivel y la calidad de la formación profesional de la población activa está muy presente en la Unión Europea, sobre todo en aquellas actuaciones más directamente vinculadas al mercado de trabajo, como sucede con la Estrategia Europea de Empleo. Las directrices u orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para el período 2008-2010 establecen como ejes prioritarios de actuación la mejora de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas y el aumento de la inversión

en capital humano mediante la mejora de la educación y las cualificaciones.

El estudio que presentamos analiza desde una perspectiva técnico-jurídica el subsistema de formación profesional para el empleo nacido del último proceso de diálogo social y actualmente vigente. Para ello, el autor concreta su trabajo de investigación en dos partes.

En la primera, describe y analiza la política de formación profesional para el empleo desde las perspectivas constitucional y europea. De este modo, recorre y detalla las bases constitucionales de esa política, la enmarca en la estrategia europea de empleo y la sitúa en el Programa Nacional de Reformas aprobado por el Gobierno en 2005. Concluye esta primera parte con la historia reciente de la formación profesional para el empleo y con la descripción de su marco general: la Ley Orgánica de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

En la segunda parte del estudio, el objeto de la investigación se concreta en la descripción y el análisis del subsistema de formación profesional para el empleo. Situada la configuración general del subsistema, se analizan sus principales ejes y sus iniciativas: la formación de demanda, la formación de oferta, las acciones de apoyo y acompañamiento a la formación y la formación en alternancia con el empleo. Se cierra esta segunda parte con las actuaciones de evaluación, seguimiento y control de la formación que incorpora la nueva regulación y con su estructura organizativa y de participación.

Concluye el estudio con un completo anexo normativo y con otros anexos de interés para los especialistas y para todas aquellas personas interesadas en entender en mayor medida la configuración, la estructura y el modelo de la formación en el ámbito laboral de nuestro país.

En la publicación de este estudio, ha colaborado la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo,

con lo que se logra un gran apoyo a la difusión de iniciativas y trabajos de investigación que contribuyan al mejor conocimiento de la formación profesional para el empleo, a la reflexión y al debate sobre las formas de mejorarla y, en definitiva, a la creación de una cultura de la formación permanente en nuestra sociedad.

F. MENÉNDEZ DÍEZ

Higiene industrial. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 10ª ed., Valladolid, mayo 2009, 634 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su décima edición, representa una trabajada obra técnica, pionera en su género, que nos proporciona una explicación práctica de los supuestos tipificados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

El autor aporta claridad de ideas a un ámbito tan complejo y de tan reciente eclosión como es la higiene industrial, con el único fin de alcanzar una mayor y más completa profesionalización del especialista. Esto lo lleva a cabo teniendo en cuenta la prácticamente nula conciencia social que sobre esta realidad ha habido hasta hace unos pocos años.

A lo largo de quince capítulos, este manual constituye una útil herramienta científica con el solo objeto de evitar, en la medida de lo posible, todo ese sinfín de experiencias negativas —a menudo con trágicos resultados— que se producen en el transcurso del desempeño de la profesión u oficio.

Merece destacarse el perfecto modelo expositivo que ha seguido el autor en el desa-

rollo de la obra, ya que sus coherentes explicaciones se ven constantemente acompañadas de ejemplos, esquemas, gráficos, dibujos y fórmulas que facilitan, aún más si cabe, el entendimiento y la comprensión de los distintos supuestos contenidos en ella.

La décima edición de este manual para la formación de especialistas es aún más didáctica, incluye cuestionarios de autoevaluación y un CD-ROM con normativa y documentación complementaria que le permitirá acceder a contenidos gratuitos *on line* sobre esta materia. 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.

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.

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S

